

**NOVAS PERSPECTIVAS
JURÍDICAS SOBRE A REFORMA
DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL**
// NEW LEGAL APPROACHES
TO POLICY REFORM IN BRAZIL

Marcus Faro de Castro

>> RESUMO // ABSTRACT

O presente artigo oferece uma descrição de argumentos recentes sobre as relações entre o direito e o desenvolvimento econômico no Brasil. Tais argumentos têm sido concebidos como apropriados a um novo ativismo estatal. São eles: os da perspectiva descrita como Gestão Pública do Capital (GPC) e o da Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE). No trabalho, são discutidas as ideias dessas duas perspectivas, tal como aparecem na literatura relevante, bem como as concepções, igualmente elaboradas em obras recentes, acerca do papel do direito na articulação de políticas públicas que busquem a promoção do desenvolvimento econômico de modo alinhado com os esforços para tornar mais efetiva a fruição de direitos fundamentais e direitos humanos. É oferecida uma descrição estilizada de trabalhos de autores envolvidos com a análise jurídica das práticas de alocação de recursos financeiros (a regulação do mercado de crédito comercial, investimentos de portfólio de um banco de desenvolvimento estatal e a organização de um programa de transferência de renda). É também discutida a estrutura analítica da AJPE, incluindo seu tratamento da transmissão de valores monetários no contexto de estruturas contratuais que organizam diversos aspectos da política econômica. // This article offers a description of recent arguments about the relations between the law and economic development in Brazil which have been conceived as congenial to a new state activism: the Public Capital Management (PCM) approach and the Legal Analysis of Economic Policy (LAEP) approach. Ideas deriving from relevant literature are discussed, as well as their proposed role in the articulation of policies that attempt to promote economic development in line with efforts to enhance the fruition of fundamental and human rights. A stylized account of works by authors engaged in the legal analysis of practices of allocation of financial resources (regulation of the commercial credit market, portfolio investment by a state-controlled development bank and the organization of a cash-transfer program) is provided. The analytical framework of the LAEP approach is also discussed, including its treatment of monetary value transmission in the context of contractual structures that organize different aspects of economic policy.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Análise jurídica; desenvolvimento econômico; política econômica; ativismo estatal; direitos humanos; Brasil // Legal analysis; economic development; economic policy; state activism; human rights; Brazil

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Doutor pela Universidade de Harvard. // Full professor, Faculty of Law, University of Brasília. LL.M. (1986) and S.J.D. (1990), Harvard Law School.

>> SOBRE ESTE ARTIGO // ABOUT THIS ARTICLE

Tradução do original em inglês por Paulo Soares Sampaio, com revisão do autor. O presente artigo incorpora e amplia algumas partes do trabalho “Economic Development and the Legal Foundations of Regulation in Brazil”, que o autor apresentou na 4th Biennial ECPR Standing Group for Regulatory Governance Conference on ‘New Perspectives on Regulation, Governance and Learning’, realizada em Exeter, Reino Unido, de 27 a 29 de junho de 2012. // This article incorporates and elaborates on portions of a paper entitled “Economic Development and the Legal Foundations of Regulation in Brazil”, which I presented in the 4th Biennial ECPR Standing Group for Regulatory Governance Conference on ‘New Perspectives on Regulation, Governance and Learning’ held in Exeter, UK, from 27-29 June 2012.

1. INTRODUÇÃO

As discussões na economia e no direito sobre a regulação e o relacionamento entre interesses públicos e privados tem assumido novos contornos após a crise financeira de 2007–2008, que se alastrou por diversos mercados e afetou as finanças públicas, bem como a formulação de políticas governamentais em virtualmente todos os países do mundo. Assim, por exemplo, protestos de ativistas sociais favoráveis a renacionalização de ferrovias na Inglaterra – como o *Bring Back British Rail Movement* – ganharam visibilidade quando, no início de 2012, se espalhou a notícia de que haveria um aumento significativo das tarifas do sistema ferroviário britânico com o reajuste de até 11% no valor dos bilhetes para alguns trajetos, representando mais do que o dobro da taxa de inflação de 4,2% para 2011. De forma análoga, no Brasil, ao final de 2011, veio à tona o debate público sobre política econômica e regulação quando a Confederação Nacional de Estabelecimentos de Ensino anunciou que o aumento nas mensalidades escolares de 2012 seria na faixa de 10% a 12%, muito acima da inflação de 6,5% projetada para aquele ano. E, em um outro caso, o Tribunal de Joanesburgo – respondendo às preocupações dos residentes do distrito de Phiri, também defendidas pela Coalisão contra a Privatização da Água (*Coalition Against Water Privatization*) – decidiu, em 2008, que a instalação forçada de medidores de água pré-pagos naquela comunidade era ilegal e inconstitucional, embora a Corte Constitucional da África do Sul viesse a reformar esta sentença no ano seguinte.¹

Acrescente-se a esses fatos o nível de insatisfação da opinião pública com a privatização de empresas estatais em algumas regiões do mundo, o que aparentemente tem causado preocupação crescente em organizações multilaterais da área econômica como o Banco Mundial.²

Os exemplos acima ilustram o fato de que críticas inquietantes têm sido dirigidas contra a política oficial e as práticas comerciais prevalentes em países que adotaram – com graus variados de sucesso – mecanismos de mercado em diversos ou na maioria dos setores de suas economias. Um aspecto relevante de tais mudanças é o papel que o direito – doutrinas jurídicas, ideias e práticas, instituições, fundamentos e vocabulários – exerce no processo de impulsionar ou retardar transformações importantes que afetam a maneira pela qual a economia, as mudanças sociais e as instituições do Estado se entrelaçam para formar as atuais tendências de reforma de políticas públicas.

No caso do Brasil, durante a maior parte do século XX, as reformas em programas de governo (políticas públicas) apoiaram-se, sobretudo, em doutrinas do “direito administrativo”, adaptadas primordialmente do discurso jurídico francês por juristas brasileiros.³ Nas décadas que abrangem o período de 1930 a 1990, a evolução deste direito administrativo forneceu a linguagem jurídica para as agendas de reforma de políticas públicas, incluindo o planejamento de investimentos, em convergência com ideias elaboradas por autores do antigo desenvolvimentismo.⁴ Subsequentemente, dos anos 1990 até o início da crise econômica global em 2007–2008, em clara divergência com relação ao que se passou no

período anterior, foram realizadas no Brasil amplas “reformas pró-mercado”⁵ com a ajuda de concepções institucionais inspiradas essencialmente em ideias e instituições jurídicas estadunidenses.⁶ Mesmo assim, paralelamente às doutrinas do direito administrativo “renovado”, que foram instrumentais às reformas pró-mercado realizadas nos anos 1990 e início do século XXI, cresceu também, entre juristas brasileiros, um descontentamento frente ao discurso jurídico oferecido como justificativa das citadas reformas.⁷

Mais recentemente, contudo, desenvolveu-se uma nova linha de argumentação jurídica que vai além das críticas às concepções jurídicas anteriores (pró-mercado) e busca alternativas às configurações doutrinárias e institucionais que emergiram desde os anos 1990. Esta linha mais recente de elaboração doutrinária e analítica tem se fortalecido após a erupção da crise econômica global de 2007–2008.

O presente artigo fornece uma descrição desses argumentos mais recentes acerca das relações entre direito, reforma de políticas públicas e desenvolvimento econômico no Brasil. Esses argumentos foram caracterizados por alguns de seus autores como ligados a um “novo ativismo do Estado”⁸ no campo da política econômica. A questão principal abordada pelo presente artigo é: no caso do Brasil, quais são os conceitos e estratégias de análise jurídicas desenvolvidos para apoiar o renovado processo de ativismo na formulação e implementação de políticas econômicas e políticas públicas? Este artigo, portanto, discute ideias jurídicas e estratégias de análise desenvolvidas no contexto de um “novo ativismo do Estado” no Brasil,⁹ tal como formuladas em recentes trabalhos jurídicos relevantes. O presente artigo aborda, também, o possível papel de tais ideias, argumentos e estratégias analíticas na articulação de políticas e explora concepções delas derivadas sobre o relacionamento entre o direito, as instituições econômicas e as reformas de políticas públicas.

São abordadas neste artigo as duas principais formulações das visões alternativas mais recentes acerca do relacionamento entre o direito, as instituições econômicas e as reformas de políticas governamentais. A primeira formulação é uma abordagem relacionada à perspectiva denominada “Novo Direito e Desenvolvimento” (*New Law and Development*), que emergiu no contexto de trabalhos de cooperação acadêmica transnacional contemporâneos.¹⁰ Possui, não obstante, traços distintivos na medida em que procura explorar o potencial de construção da política regulatória tendo como referência a configuração jurídica de *fluxos financeiros*, ao mesmo tempo em que associa a essa referência uma clara preocupação com as *consequências* econômicas e sociais de tais fluxos. Este primeiro tipo de elaboração doutrinária e modo de análise jurídica pode receber a denominação de abordagem da “Gestão Pública do Capital” (GPC),¹¹ da qual importantes exemplos podem ser encontrados em Schapiro (2010a), Schapiro (2010b), Fabiani (2011) e Coutinho (2010).

A segunda perspectiva que busca avançar em direção a visões alternativas sobre o direito, a reforma das políticas públicas e o desenvolvimento é denominada “Análise Jurídica da Política Econômica” (AJPE), que tem sido desenvolvida por Castro¹². A abordagem da AJPE também focaliza a

importância da configuração jurídica dos fluxos financeiros e de suas consequências econômicas e sociais, mas propõe organizar as ideias jurídicas em torno das noções de “agregados contratuais” e da “fruição dos direitos”, aplicadas aos direitos fundamentais e humanos, inclusive aos direitos relacionados ao *consumo* e aqueles que pertencem ao núcleo das atividades de *produção* econômica e de troca comercial.

Na Seção 2, é apresentada uma descrição estilizada dos trabalhos de autores envolvidos na análise jurídica das práticas de alocação dos recursos financeiros, a saber, das práticas relativas (i) à regulação do mercado de crédito comercial, (ii) à gestão de investimentos de portfólio de um banco de desenvolvimento estatal e (iii) à organização de um programa de transferência de renda. A estrutura analítica da abordagem da “análise jurídica da política econômica” – incluindo seu tratamento da transmissão de valores monetários no contexto das estruturas contratuais que organizam diferentes aspectos da política econômica – é discutida na Seção 3. Comentários finais são oferecidos na Seção 4.

2. A ABORDAGEM DA GESTÃO PÚBLICA DO CAPITAL (GPC)

Como indicado acima, acadêmicos da área do direito desenvolveram uma nova abordagem analítica que busca responder a um renovado “ativismo do Estado”, tal como vem se manifestando recentemente no Brasil na área da formulação de políticas governamentais, inclusive a política econômica. Tais acadêmicos buscam abordar as atividades de reformas de políticas públicas surgidas nesse contexto. O trabalho elaborado pelos autores dessa linha de análise jurídica corresponde, em grande parte, ao que pode ser caracterizado como abordagem da Gestão Pública do Capital (GPC). Uma das características distintivas dessa abordagem analítica é que ela busca evidenciar a importância da estrutura de *fluxos financeiros* para a realização de fins jurídicos por grupos e indivíduos, promovendo assim tanto a liberdade quanto o desenvolvimento.

2.1. DESCONSTRUINDO A REGULAÇÃO DO CRÉDITO COMERCIAL

O trabalho de Fabiani, por exemplo, focaliza as normas jurídicas e princípios que organizam os mercados de crédito no Brasil, nos quais os bancos comerciais são atores principais. De acordo com o autor, o mercado de crédito comercial no Brasil é um tópico atrativo de pesquisa jurídica por ser a “principal fonte de financiamento para indivíduos e pessoas jurídicas”, ainda que tal mercado tenha se caracterizado pela oferta de crédito insuficiente e extremamente caro.¹³ Fica sugerido nessa argumentação que um reduzido volume de crédito e elevados *spreads* bancários impedem indivíduos e grupos de buscar realizar os objetivos por eles valorizados. Portanto, devido à sua influência tanto sobre o volume quanto sobre o preço do crédito oferecido pelos bancos comerciais no Brasil, a estrutura das normas jurídicas e princípios que dão suporte à existência desse mercado são vistos como cruciais para a realização das aspirações

da sociedade. Consequentemente, a reorganização do mercado de crédito, por meio da reforma das normas jurídicas e princípios nos quais se baseiam, é considerada uma premissa para o bem-estar social e para o desenvolvimento econômico. Isso significa que a regulação, concebida em termos amplos, deve incorporar também uma clara preocupação com a estrutura e com as características jurídicas do mercado de crédito. Além disso, é muito visível nessa abordagem uma preocupação vital com os resultados – neste caso, uma expansão efetiva do crédito e, simultaneamente, uma contração significativa do *spread* bancário – e sua relação com a normatividade jurídica.

A principal realização do trabalho de Fabiani é a sua cuidadosa descrição e minuciosa desconstrução analítica dos argumentos apresentados como base “racional” das reformas que foram realizadas nas normas sobre as relações de crédito dos bancos comerciais no Brasil, de 1999 a 2006, sob a égide das recomendações do Banco Mundial.¹⁴ Como o autor demonstra em seu livro, essas recomendações foram baseadas nas análises e prescrições apresentadas por trabalhos conjuntamente conhecidos como “literatura sobre as origens”.¹⁵ Fabiani destrói todo o conjunto de ideias que foi utilizado pelo Banco Mundial para formular recomendações, e, posteriormente, pelas autoridades monetárias brasileiras para planejar e implantar tais reformas de 1999 a 2007. Críticas importantes articuladas por Fabiani,¹⁶ algumas das quais baseadas em Milhaupt e Pistor (2008), atacam as seguintes características e justificativas de reformas das políticas implantadas sob os auspícios do Banco Mundial:

- A construção de uma proteção especial para os direitos dos credores, incluindo uma reforma da lei de falências, tomando como premissa a tese (baseada na deficiente “literatura sobre as origens”) de que esta proteção estendida é parte de uma determinada “dotação jurídica” (*legal endowment*) considerada necessária para promover o crescimento econômico.
- A tese (também derivada da “literatura sobre as origens”) segundo a qual deve haver uma convergência institucional, em termos de “dotação jurídica”, de todas as sociedades de mercado.
- O fato de que a “literatura sobre as origens” baseia-se em um conjunto insuficiente de dados empíricos, que negligencia pesquisas relevantes segundo as quais as jurisdições de direito civil podem ter mercados de capitais mais desenvolvidos do que as jurisdições do direito anglo-americano (*common law*).
- A despolitização da implantação das reformas, que foram tratadas pelos formuladores de políticas públicas no Brasil (sob influência do Banco Mundial) como meramente técnicas.
- O esforço para subtrair a implantação das políticas do controle judicial, o que incluiu a elaboração de diversos projetos de lei com o objetivo de expandir os mecanismos de resolução alternativa de litígios.
- O treinamento técnico de juízes e procuradores mediante programa financiado com um “empréstimo de assistência técnica” concedido pelo próprio Banco Mundial para assegurar a implantação “correta” da nova lei de falências.

- A visão reducionista que vincula a certas variáveis institucionais resultados tidos como necessários e invariáveis, negligenciando (i) que estas variáveis podem, em ambientes diferentes, levar a resultados diversos e (ii) que uma dada variável institucional pode produzir resultados inesperados.
- A errônea tese de que há uma “dotação jurídica” fixa e necessária, típica das economias de mercado, que pressupõe ser tal dotação “externa” e nunca estruturalmente “constitutiva” dos mercados.
- A falta de atenção ao papel das instituições informais que podem existir em diferentes contextos, em oposição àquelas estritamente formais, e que, frequentemente, afetam a estrutura de governança dos mercados.

Os argumentos de Fabiani, portanto, levam-no a sugerir que a reforma do mercado de crédito no Brasil, realizada de 1999 a 2006, teve uma dimensão não reconhecida abertamente seja pelos governos brasileiros, seja pelo Banco Mundial. O autor sugere não ser um exagero considerar que as atividades do Banco Mundial, exercidas no sentido de influenciar a reforma do mercado de crédito no Brasil, foram, de fato, interferências políticas indevidas, que a rigor são proibidas pelo Convênio Constitutivo do próprio banco. Em seu comentário sobre os empréstimos de assistência técnica feitos pelo Banco Mundial para apoiar as reformas do mercado de crédito brasileiro, Fabiani destaca que “a transferência técnica de *know-how* jurídico busc[ou] contornar [o] óbice à ação política [exercida pelo banco] e legitimar pré-requisitos para a concessão de empréstimos (...)”.¹⁷ Por conseguinte, é denunciado o fato de que a reforma do mercado de crédito de 1999 a 2006 – uma área crucial para a promoção do bem-estar e do desenvolvimento da sociedade – foi feita como resultado de interferências políticas indevidas empreendidas pelo Banco Mundial com base em noções tendenciosas e restritivas sobre o papel do direito na economia.

2.2. O SIGNIFICADO JURÍDICO DOS INVESTIMENTOS DE PORTFÓLIO DE UM BANCO DE DESENVOLVIMENTO ESTATAL

Os trabalhos de Schapiro¹⁸ também ilustram o novo tipo de elaboração jurídica, própria à abordagem da GPC. São características evidentes de suas elaborações a importância da análise da base jurídica dos mecanismos que organizam certos fluxos financeiros e também a preocupação com as consequências da estrutura desses fluxos sobre o desenvolvimento econômico e social.

O foco central das discussões em Shapiro¹⁹ é o estudo das relações entre o direito e as finanças em uma perspectiva comparada, com o objetivo de explorar os mecanismos institucionais relativamente recentes de fluxos financeiros orientados para a promoção do investimento e do desenvolvimento no Brasil. Ele baseia-se em parte no quadro de referências criado por Hall e Soskice,²⁰ e, também, em Gershenkron,²¹ para destacar diferenças institucionais relevantes na organização financeira e de governança do capital industrial em países como Estados Unidos,

Japão, Alemanha e Brasil no período do segundo pós-guerra do século XX. Apoiar-se ainda em trabalhos que exploram a evolução dos padrões da organização industrial, em particular na mudança de um padrão de desenvolvimento industrial fordista para um padrão pós-fordista, intensivo em conhecimento. Ele compara essa transição, ocorrida em países do Norte global, com a mudança de um estilo desenvolvimentista para um estilo pós-desenvolvimentista de formulação de políticas industriais em países menos desenvolvidos. Schapiro tem um interesse especial em fornecer argumentos jurídicos para justificar, especialmente no caso brasileiro, mecanismos financeiros que servem a um modo de organização industrial pós-fordista e pós-desenvolvimentista, descrita como típica de uma economia baseada no conhecimento e orientada para a “especialização flexível”.

Sendo guiado por essas preocupações, o autor²² articula argumentos jurídico-econômicos que apoiam certas práticas financeiras escolhidas pelos formuladores de políticas públicas no Brasil, nos últimos cinquenta anos, para impulsionar políticas de desenvolvimento industrial. Essas práticas financeiras nos campos do financiamento e da governança do capital industrial são apresentadas como adequadas para a organização industrial pós-desenvolvimentista local, isto é, brasileira. E, como mostra Schapiro, tais práticas organizadas no Brasil não se ajustam às ortodoxias prescritas pelas instituições multilaterais, que são articuladas tipicamente com o suporte teórico da “literatura sobre as origens” (também chamada de literatura sobre “Direito e Finanças”). As inovações adotadas desde os anos 1970 e 1980 no Brasil nessas áreas envolvem o papel especial do Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDE) e foram capazes de oferecer novas maneiras para alocar crédito, avaliar riscos e apoiar o desenvolvimento industrial. Schapiro vê tais inovações como sendo adequadas a muitos países em desenvolvimento. Em suas palavras:²³

Uma vez afastada a régua estreita da Law and Finance, o banco de desenvolvimento e a atuação financeira do Estado deixam de ser entendidos como um desvio e passam, então, a ser compreendidos como uma solução jurídico-institucional capaz de compensar as lacunas do mercado de crédito privado ou das oscilações erráticas do mercado de capitais, sobretudo nos países subdesenvolvidos...

No Brasil, as novas práticas financeiras incluíram basicamente instituições de poupança forçada como fonte de financiamento para um poderoso banco de desenvolvimento nacional (o BNDE), bem como certas inovações financeiras que caracterizaram as estratégias adotadas por aquele banco para apoiar o desenvolvimento industrial desde a década de 1970. Tais estratégias tem sido diferentes modalidades de provisão de créditos e, principalmente, de *investimento de portfólio* e de *gestão de portfólio*, os quais constituíram uma fonte especial de financiamento e canais de políticas de desenvolvimento para diversas indústrias no Brasil nas últimas décadas.

Desta maneira, Schapiro critica a chamada tese da “convergência institucional”²⁴ tanto quanto Fabiani. Além disso, em Schapiro, a refutação da

“tese da convergência institucional” se estende à rejeição também da “tese do fim da história”, que é complementar à tese anteriormente indicada e é aplicada ao campo do direito empresarial.²⁵ Como explica Schapiro, “o exemplo brasileiro corrobora outra tese, a da *persistência e da dependência da trajetória institucional* – que contraria as apostas de uniformização”.²⁶ De acordo com Schapiro, no caso do Brasil, a dependência histórica levou à persistência das inovações financeiras mencionadas acima (de investimento de portfólio e de gestão de portfólio), como parte de uma “rede institucional densa” de políticas que se reforçam mutuamente e favorecem, de forma clara, o crescimento industrial.

O autor²⁷ também incorpora percepções de Brian Tamanaha²⁸ e outros juristas para afirmar que a “rede institucional densa” que influencia a economia é o resultado de processos multi-facetados derivados do *enraizamento social* (*social embeddedness*) das instituições. Assim, Schapiro acaba por substituir a noção de uma “dotação jurídica” fixa e necessária das economias de mercado, tipicamente empregada em reformas impostas de cima para baixo, pela ideia de que os formuladores de políticas públicas devem comprometer-se com a experimentação institucional de baixo para cima, envolvendo um processo de *aprendizado*. Isso corresponde a um processo de mudança, no qual os reformadores tentariam aprender com base no relacionamento evolutivo entre instituições jurídicas e nos elementos que emergem da inserção social (*social embeddedness*) de tais instituições. Tais elementos são considerados em si mesmos como resultantes da influência mútua que ocorre entre o direito e outros “ordenamentos normativos”, incluindo “padrões culturais, atributos comportamentais” e semelhantes.²⁹

2.3. ANÁLISE DE UM PROGRAMA DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA PARA O COMBATE À POBREZA

Outro conjunto de ideias jurídicas desenvolvidas sob a perspectiva da GPC é encontrado em Coutinho.³⁰ Esse autor tem interesse na elaboração de argumentos jurídicos que se referem ao aparato jurídico – ou o que ele denomina “tecnologia jurídica” – como um meio necessário para a superação dos elevados níveis de desigualdade e pobreza no Brasil. A “tecnologia jurídica”, de acordo com ele, deve existir para toda política pública. Como afirma o autor, “atrás de toda política pública existe (...) uma dimensão jurídica e uma ampla gama de tarefas jurídicas que devem ser realizadas”.³¹ Coutinho escolheu explorar, como exemplo empírico, a “tecnologia jurídica” exigida pelo planejamento e implantação de um vasto programa de transferência condicional de renda mantido pelo governo federal do Brasil, o *Programa Bolsa Família* (PBF).³² A preocupação de Coutinho relaciona-se com sua alegação de que o direito pode ser compreendido como um “regime” que “influencia profundamente a produção econômica e a distribuição e também dá forma à regulação macroeconômica”. Portanto, em seu ponto de vista, o direito “é tudo menos uma variável neutra, quando se trata de níveis de desigualdade e pobreza”.³³

Coutinho procura descobrir como evitar que as instituições e as normas jurídicas da “tecnologia jurídica” do PBF se tornem, na prática, uma “camisa de força que replica barreiras ao desenvolvimento tanto na perspectiva da equidade quanto do ponto de vista da eficiência”.³⁴ Coutinho indica que a construção de eficácia de uma política pública exige dos juristas a habilidade de pensar e avaliar de forma ampla os resultados das reformas realizadas nos detalhes das instituições. Para superar a desigualdade “integrada” ao sistema de aposentadorias, por exemplo, ele aponta a importância de reformular limites, compensações, incentivos, procedimentos, etc. de modo a aumentar a eficácia dos esforços para promover a igualdade.

Assim, tanto quanto Fabiani e Schapiro, Coutinho vê o direito não apenas como instrumento, mas também como um “elemento constitutivo”, da mudança econômica e do desenvolvimento. Mas esse oferece uma tipologia mais ampla dos papéis do direito nas políticas distributivas tais como o PBF.³⁵ Sua tipologia inclui os seguintes papéis atribuídos ao direito: (i) o direito como objetivo, (ii) o direito como ferramenta, e (iii) o direito como arranjo institucional.³⁶

A primeira noção (“o direito como objetivo”) requer que o jurista se engaje na tarefa de identificar objetivos qualitativos e quantitativos, valores, concepções de economia política e perspectivas de desenvolvimento para uma dada política pública. Por outro lado, o papel do direito inerente ao “direito como ferramenta” relaciona-se ao modo de determinar os meios jurídicos que devem ser utilizados para que objetivos sejam alcançados. Coutinho destaca o fato de que, no Brasil, as leis que instituem políticas públicas nem sempre indicam os mecanismos pelos quais elas devem ser executadas. Assim, segundo o autor, os juristas devem fornecer respostas às questões sobre as possibilidades disponíveis de articular tais mecanismos, estruturar os melhores instrumentos jurídicos a serem empregados e produzir as soluções mais eficientes em termos de custo para a implantação de políticas públicas.

Finalmente, a ideia do “direito como arranjo institucional” refere-se à função do direito no contexto de reformas das instituições realizadas pelo Estado, resultando em um processo de mudança organizacional. Isto implica na construção de uma moldura jurídico-institucional que conduza a formas de colaboração entre atores públicos e privados, e também a coordenação intersetorial. Coutinho baseia-se em concepções de Ha-Joon Chang³⁷ sobre as funções das instituições relativas à promoção do desenvolvimento para sugerir que as políticas de desenvolvimento devem ser juridicamente “gerenciadas”, tendo em vista o fim de assegurar que os objetivos se tornem “ações através de ferramentas”, evitando superposições, lacunas e rivalidades que possam frustrar a realização dos fins jurídicos e econômicos da política em questão.³⁸

2.4. CARACTERÍSTICAS GERAIS DA ABORDAGEM DA GPC

Em resumo, a visão de Coutinho sobre as relações entre o direito, a economia e o desenvolvimento tem muito em comum com aquelas de Schapiro

e Fabiani (ver acima). Refletindo sobre o direito e suas conexões com o desenvolvimento, todos esses autores destacam a importância da análise dos *fluxos financeiros* – seja no mercado de crédito de curto prazo, abastecido pelos bancos comerciais, nas políticas de transferência de renda para combater a pobreza e a desigualdade, em créditos industriais de longo prazo e gestão do capital industrial ou, ainda, em arranjos de governança corporativa. Os três autores também se preocupam com as *consequências* econômicas e sociais da estrutura juridicamente determinada dos fluxos financeiros. Mais ainda, não apenas admitem eles a dimensão instrumental do direito em seu relacionamento com o desenvolvimento, mas também destacam o seu papel “constitutivo” na organização e reforma dos mercados. Finalmente, todos apontam para possibilidades múltiplas e abertas de experimentação com reformas institucionais realizadas pela análise jurídica nos diferentes campos de políticas públicas que escolheram abordar.

3. A ANÁLISE JURÍDICA DA POLÍTICA ECONÔMICA (AJPE)

3.1. DIREITOS DE CONSUMO, DIREITOS DE PRODUÇÃO E OUTRAS NOVAS IDEIAS JURÍDICAS

As características do direito, na forma concebida pela abordagem da GPC, e as concepções sobre a relação das estruturas normativas jurídicas com os resultados econômicos também estão presentes na abordagem da AJPE. Mas esta perspectiva tem também suas formulações próprias.

A abordagem da AJPE propõe que todas as economias de mercado podem ser analisadas juridicamente como diferentes combinações de “agregados contratuais”, tomados como fatores organizacionais das atividades de produção, troca e consumo. Enquanto a economia é vista como um conjunto de práticas por meio das quais estes três tipos de atividades econômicas são estruturados (produção, troca e consumo), a política econômica é compreendida como sendo o conjunto de regras e princípios juridicamente instituídos que organizam muitos aspectos cruciais dessas práticas.³⁹ Mesmo se algumas partes das instituições econômicas resultam de negociações privadas e de contratos, consoante a abordagem da AJPE, elas interagem com – e, em graus variados, dependem da – existência de normas e organizações compartilhadas pela comunidade mais ampla sob a forma de regras jurídicas e princípios que refletem o interesse público geral. Além disso, sob a perspectiva da AJPE, o interesse público pode gerar prescrições jurídicas que são adicionadas aos contratos privados por meio de processos juridicamente estruturados, como será discutido abaixo.

Na perspectiva da AJPE, os agregados contratuais são ferramentas analíticas, não fatos fixos e imutáveis. Assim como advogados especializados em direito antitruste podem referir-se aos “mercados relevantes”⁴⁰, tomados como construtos analíticos, os juristas empenhados na análise jurídica da política econômica podem debruçar-se sobre os “agregados contratuais” que sejam jurídica e economicamente relevantes.

Além disso, na abordagem da AJPE, torna-se importante para a regulação descrever e manejar intelectualmente o que é concebido como “arquitetura contratual”, juntamente com seus impactos econômicos e sociais em dados contextos empíricos. As relações intercontratuais, selecionadas por referência à definição do campo empírico da atividade econômica que o jurista escolhe examinar, tornam-se relevantes para a análise jurídica da regulação.

Ademais, a abordagem da AJPE rejeita concepções de direito subjetivo que remetam seja a entidades metafísicas (por exemplo, direitos naturais), seja a referenciais normativos considerados como estabelecidos de modo incontroverso pelo direito positivo. A abordagem da AJPE tampouco aceita a utilidade de qualquer noção de direito abstrato e descontextualizado. A visão da AJPE focaliza especialmente a “fruição dos direitos”, termo que se refere ao gozo de direitos enquanto experiência social que ocorre em um contexto específico. A fruição de direitos, portanto, sempre pressupõe diferentes padrões de relações sociais e institucionais contextualizadas, muitas das quais na forma de interações contratuais. Isto não significa que a abordagem da AJPE trate apenas de economias comunitárias, ou economias locais, de pequena escala, pois o “contexto” da ação econômica e da fruição de direitos pode variar desde uma pequena aldeia até plataformas institucionais transfronteiriças (tais como os regimes internacionais) e até mesmo o ciberespaço. Neste último caso, o “contexto” implicaria na escolha de arquiteturas de informação, de estruturas de governança da internet e outros elementos.

Nos termos estabelecidos sob a perspectiva da AJPE, a produção econômica e a troca comercial giram em torno da fruição, pelos atores econômicos, de “direitos de produção”, que se referem a direitos enquanto sustentáculos jurídicos de atividades relacionadas à produção econômica e à troca. “Direitos de consumo”, por outro lado, são uma referência para as práticas que adquirem significado (cultural, moral, religioso, etc.) a partir de atividades mediante as quais os atores *expendem* – e não se engajam intencionalmente na produção ou troca comercial de – produtos e serviços. Portanto, os “direitos de produção” são sempre equivalentes a uma forma de “propriedade comercial”, enquanto os “direitos de consumo” podem ter a forma de diversos tipos de propriedade não-comercial (individual ou coletiva) e também do que são frequentemente chamados “direitos sociais” ou “direitos econômicos, sociais e culturais” (DESCS). Tanto os direitos de produção quanto os direitos de consumo são formas de direitos fundamentais e humanos, presentes nas constituições nacionais e em tratados internacionais.

Duas estratégias analíticas principais são desenvolvidas na abordagem da AJPE. A primeira é denominada “análise posicional” e refere-se à análise empírica da “fruição dos direitos” em um dado contexto empírico. A segunda estratégia analítica é a “nova análise contratual”. A seguir, será apresentada a análise posicional. Subsequentemente, será oferecida uma descrição da “nova análise contratual” e serão feitos comentários sobre algumas de suas implicações relativas ao papel da análise jurídica em diferentes campos jurídicos.

3.2. A ANÁLISE POSICIONAL

Conforme assinalado acima, a “análise posicional” tem por objetivo caracterizar e avaliar a fruição de um direito subjetivo em um contexto empírico circunscrito. A análise posicional, portanto, tem em vista o que a abordagem da AJPE denomina “fruição de direitos”. Como já observado, este termo denomina a experiência empírica da fruição de direitos. Enquanto experiência concreta, a fruição de direitos adquire existência nas interseções de padrões de condutas institucionais e sociais mais ou menos estabilizados, e em grande medida entrecruzados, nos quais se engajam indivíduos, grupos e autoridades. Tais padrões de ações sociais e institucionais são expressos juridicamente em agregados contratuais, que são constructos analíticos elaborados pelo jurista à luz de um interesse de pesquisa definido. Um agregado contratual é também complementado tipicamente por um “pacto social”, que articula compromissos dos governos em implantar certa agenda de reforma de políticas públicas.⁴¹ Exemplos seriam a reforma de um sistema de saúde pública, a reestruturação de um sistema tributário ou a reforma de programas de regulação financeira. Nas democracias, os pactos sociais expressam diversos aspectos do interesse público, articulam a confiança política e são, com frequência, um ingrediente da cooperação social genericamente considerada.

Uma “posição” é uma interseção de ações institucionais e sociais onde a fruição de um direito adquire existência, ou é bloqueada, parcial ou completamente. A propriedade é, por si mesma, uma “posição” em que a fruição de um direito é experimentada em alguma medida. Ao servir de base à ação econômica, a fruição de um direito envolve o gozo de um direito de produção ou de um direito de consumo. Um desses tipos de direito deve ser escolhido pelo jurista como alvo de sua análise em uma determinada pesquisa. A análise posicional é realizada mediante a execução de diversas etapas de análise, descritas a seguir:⁴²

- (1) *Relacionar políticas públicas à representação jurídica dos direitos subjetivos.* A política de saúde, por exemplo, pode ser relacionada ao “direito à saúde” (um direito de consumo), e/ou ao direito de propriedade intelectual (tal como a patente, um direito de produção), que podem ser a base do fornecimento de certos serviços de saúde. De forma similar, uma política habitacional pode e deve ser ligada juridicamente ao “direito à moradia” (um direito de consumo) e/ou ao “direito à propriedade” de incorporadores imobiliários (um direito de produção). Dependendo do interesse analítico do jurista, ele ou ela escolherá as ligações entre “direitos” e “políticas”⁴³, que serão feitas à luz de um interesse de pesquisa definido.
- (2) *Decomposição analítica do conteúdo relacional dos direitos subjetivos.* Nesta etapa analítica, o jurista deve indicar quais padrões de ação institucional e social são considerados necessários para a efetiva fruição de um direito. No caso do “direito à moradia”, por exemplo, o fornecimento pela comunidade ou pelo Estado (ou mesmo por empresas privadas contratadas) de segurança, infraestrutura de serviços (energia, água e saneamento, telecomunicações),

monitoramento das condições ambientais e sanitárias, e manutenção de estradas e pontes próximas à moradia dos titulares de direito – em resumo, o fornecimento de diversos serviços combinados – pode ser considerado essencial para a fruição do direito por um indivíduo, família, ou residentes de um bairro de uma cidade. Ao decidir quais ações ou serviços devem ser considerados necessários à fruição de um direito, o jurista pode trabalhar com uma comunidade de titulares de direitos ou apoiar-se na orientação de documentos jurídicos, incluindo a argumentação jurídica e jurisprudencial relevante⁴⁴ e documentos elaborados pelo Direito Internacional de Direitos Humanos.⁴⁵

- (3) *Quantificação da fruição de direitos em uma situação empírica circunscrita.* Em geral, a quantificação pode beneficiar-se das discussões recentes sobre a mensuração da observância dos direitos humanos e demais inovações neste campo.⁴⁶ Consideremos alguns exemplos hipotéticos de quantificação. Mais uma vez, numa situação envolvendo o “direito à moradia” em uma dada vizinhança, a pesquisa empírica pode medir o fornecimento, ao titular do direito, de serviços de segurança, outros serviços essenciais, manutenção de estradas, etc. Para realizar esta parte da análise, o jurista pode produzir dados primários por meio da mensuração direta e/ou pode cooperar com agências governamentais, da sociedade civil ou organizações profissionais⁴⁷ para o fim de utilizar informações ou bases de dados existentes. Desta forma, pode ser gerado um “índice” quantitativo de fruição empírica (IFE), referente ao gozo de um direito subjetivo. Castro⁴⁸ sugere um exemplo hipotético de um IFE para o direito à moradia no Brasil, que agregaria mensurações do fornecimento de água limpa, energia, serviços de segurança e semelhantes (Castro, 2009). A representação formal de tal índice seria:

$$M = \frac{3S + 2A + X + Y + Z}{8}$$

no qual M se refere ao direito à moradia, S significa serviços de segurança, A significa o suprimento de água limpa, X , Y e Z representam quaisquer outros serviços focados pela pesquisa (como o fornecimento de energia, saneamento, etc.). A representação formal de cada serviço pode ser ponderada (como pode ser visto no exemplo acima), com a derivação dos pesos a partir do registro da percepção dos titulares dos direitos. Pode ser ainda conveniente que o IFE seja elaborado de forma composta, resultando da agregação de sub-índices. Deste modo, no exemplo acima, M seria uma composição de outras representações formais como:

$$S = \frac{P + A + I + S + C}{U}$$

no qual *S* significa “serviços de segurança”, *P* representa o número de postos policiais em uma área definida da cidade, *A* significa o número de agentes policiais prestando esse serviço, *I* significa a quantidade e a qualidade da infraestrutura de tecnologia da informação da polícia na área da cidade coberta pela pesquisa, *S* representa o salário médio pago a cada policial (novamente, na área da cidade coberta pela pesquisa), *C* significa o número de carros de polícia empregados pela polícia e *U* representa o número de unidades residenciais e comerciais cobertas (ou população atendida) pelos serviços de segurança em questão. Medições similares detalhadas de água e do fornecimento de energia, etc. (indicando o montante e a qualidade do fornecimento por residência e por unidade comercial) podem ser elaborados de forma a gerar o índice composto final *M*.

- (4) *Definição quantitativa de um padrão de validação jurídica (PVJ)*. Esta definição resulta da incorporação das reivindicações e opiniões dos titulares de direitos sobre falhas no gozo de um direito subjetivo, obtidas por meio de pesquisas participativas e/ou práticas de governança experimentalista.⁴⁹ O PVJ elaborado como parte do exercício de análise jurídica também pode ser desenvolvido a partir de recomendações de padrões da ação indicados em diplomas legais ou outros materiais técnicos e jurídicos,⁵⁰ inclusive os produzidos por organismos internacionais. Os IFES gerados em pesquisas empíricas comparativas conduzidas em diversos bairros de uma cidade, indicando desigualdades drásticas entre bairros, no que se refere à fruição de um direito, podem oferecer também a base para a formação de um PVJ elaborado para diminuir ou eliminar essa desigualdade.
- (5) *Elaboração de propostas de reformas de políticas públicas mutuamente complementares*. Nos casos em que haja uma discrepância significativa entre o IFE e o PVJ em uma dada situação empiricamente circunscrita, o jurista pode propor reformas ao quadro normativo que dá base às políticas públicas relevantes, visando assegurar a eficácia (fruição empírica) do direito legal objeto da análise. Isto seria equivalente à produção do que Coutinho⁵¹ chama de “tecnologia jurídica”. Como as reformas visam a assegurar a eficácia no sentido específico da fruição empírica, que sempre ocorre localmente, elas devem ser planejadas de baixo para cima e devem oferecer uma cadeia de reformas projetadas em níveis “mais altos” de referenciais normativos. Assim, por exemplo, a reforma de uma lei local, que tenha por objetivo assegurar a fruição empírica do direito à saúde, ou o gozo do direito de propriedade comercial que esteja na base de atividades econômicas de pequenas empresas, pode implicar a reforma de uma lei do governo central, uma interpretação diferente da constituição nacional e até mesmo exigir modificações de normas da cooperação comercial internacional. De modo semelhante, a reforma de uma lei local visando assegurar a eficácia do direito à alimentação em uma determinada

comunidade pode exigir a reforma de leis e regulamentos adotados pelo governo central, e mesmo a alteração de regras e princípios relativos à cooperação internacional na área de regulação financeira. Esta última situação seria aquela na qual o preço dos alimentos nos mercados de bens de consumo fosse afetado pela flutuação de preços dos ativos financeiros. Este seria o caso, por exemplo, da cooperação internacional referente a esquemas tais como a Gestão de Riscos dos Preços Agrícolas (*Agriculture Price Risk Management – APRM*), do Banco Mundial.⁵²

A análise posicional, composta dos passos analíticos descritos acima, tem por objetivo proporcionar uma visão das falhas presentes na fruição de direitos fundamentais e humanos por indivíduos e grupos. Todavia, tomadas como um produto da análise, as “propostas de reforma de políticas públicas mutuamente complementares” (passo 5, acima) certamente se beneficiam também das percepções geradas pela “nova análise contratual”, desenvolvida pela abordagem da AJPE, e devem incorporá-las.

3.3. A NOVA ANÁLISE CONTRATUAL

A segunda principal estratégia analítica da abordagem da AJPE é denominada “nova análise contratual”⁵³. Enquanto a análise contratual convencional tende a examinar a aderência de uma determinada transação ao “direito de contratos”, os juristas envolvidos na nova análise contratual estão interessados, sobretudo, nas relações intercontratuais e na análise da “arquitetura contratual” formada dentro ou entre os agregados contratuais selecionados para a análise. A principal preocupação dos juristas trabalhando na perspectiva da AJPE são as consequências econômicas e sociais da estrutura ou arquitetura dos agregados contratuais, inclusive dos impactos que tendem a “congelar” certos indivíduos ou grupos – ou os habitantes de regiões inteiras – em certas “posições” da economia nacional ou global. O “congelamento” de indivíduos ou grupos em posições por eles indesejadas é vista como um resultado – talvez uma consequência não intencional – de “déficits” na fruição de direitos. Nesse sentido, as arquiteturas contratuais que oferecem incentivos especiais para certos grupos econômicos ou sociais desfavorecidos são um tema de interesse para os juristas trabalhando sob a abordagem da AJPE, na medida em que esses incentivos visem a assegurar a fruição de direitos fundamentais e humanos à luz de um PVJ proposto. E, ao tratar desse tema, o jurista deve considerar tanto conteúdos contratuais referentes à economia real quanto conteúdos monetários, conforme detalhado nos parágrafos abaixo.

A nova análise contratual propõe que os juristas se concentrem na descrição da combinação de conteúdos contratuais presentes nos agregados contratuais, recorrendo a um conjunto de tipos ideais de cláusulas contratuais, utilizado como ferramenta de análise. Isto quer dizer que, na abordagem da AJPE, considera-se que os contratos economicamente relevantes combinam dois tipos de cláusula contratual, tratadas como tipos ideais:

- a cláusula de utilidade (U), e
- a cláusula monetária (M).

O conteúdo da cláusula U refere-se aos bens e serviços produzidos na economia real, e o conteúdo da cláusula M será sempre uma quantidade de dinheiro ou ativo financeiro transacionado, tendo em vista um conteúdo da cláusula U. A diferença entre os contratos da economia real e os contratos financeiros está em que, neste último tipo de contrato, os conteúdos da cláusula U não serão bens ou serviços da economia real, mas sim o dinheiro ou ativos financeiros transacionados. Assim, por exemplo, em um contrato da economia real, no qual um litro de leite é vendido a um consumidor, o leite em si mesmo é o conteúdo de U, e o preço pago por esse bem é um conteúdo M. Mas, em um contrato financeiro, por meio do qual uma soma em dinheiro é emprestada por um banco a um mutuário, o conteúdo M são os juros (mais eventuais tarifas bancárias) cobrados ao mutuário, enquanto a soma de dinheiro emprestada (e não um bem ou serviço da economia real) é o conteúdo U.

Outra característica da nova análise contratual é a distinção entre os conteúdos de interesse privado e conteúdos de interesse público, tanto da cláusula U quanto da cláusula M dos contratos. Os conteúdos de interesse privado são aqueles escolhidos pelas partes contratantes através da negociação privada. Os conteúdos de interesse público, ao contrário, são aqueles estabelecidos por “negociações” institucionalizadas que seguem intrinsecamente, por exigência jurídica (legal, constitucional, etc.), procedimentos que promovem ampla publicidade de todos os aspectos da determinação de conteúdos. Tais procedimentos públicos são tipicamente aqueles do processo legislativo, do processo judicial e dos processos administrativo e regulatório. Desta forma, qualquer contrato ou agregado contratual relevante pode ser analisado com base no quadro da Figura 1 (ver abaixo), em que U' e M' são os “conteúdos de interesse público” das cláusulas globais U e M respectivamente.⁵⁴

	CLÁUSULA U	CLÁUSULA M
Interesse Privado	U	M
Interesse Público	U'	M'

Figura 1: A nova análise contratual

Fonte: Castro, 2011:42

A abordagem da AJPE considera que todas as economias de mercado contemporâneas são *economias mistas*, já que a grande maioria dos contratos combina conteúdos de interesse público e de interesse privado, tanto na cláusula U quanto na cláusula M.⁵⁵ Assim, por exemplo, nas economias de mercado contemporâneas, nenhuma empresa pode

produzir ou vender medicamentos, automóveis, *smartphones* ou aparelhos de televisão sem que incidam sobre as atividades econômicas uma série de regulamentos de políticas como as de saúde pública, de proteção ambiental, de proteção ao consumidor, e outras. Todas essas políticas adicionam conteúdos de interesse público às cláusulas U dos contratos, e são, portanto, conteúdos U', que só podem ser suprimidos ou modificados através de procedimentos públicos, sujeitos à fiscalização pública jurídica: eles não podem ser modificados ou cancelados por meio de negociação contratual privada.

E há também os conteúdos M'. De fato, outro aspecto crucial das economias de mercado, mostrado pela nova análise contratual, é que os tributos e as taxas de juros devem figurar como M', distribuído – por vezes um tanto aleatoriamente, mas idealmente seguindo um plano geral de políticas – por diversos setores dos agregados contratuais. A avaliação do impacto da distribuição dos conteúdos M' na capacidade de fruição efetiva de direitos por seus titulares é de interesse dos juristas trabalhando sob a abordagem da AJPE. Tais juristas devem desenvolver uma análise da distribuição de M', inclusive do que pode ser descrito como “conteúdos M' estratégicos”, nos agregados contratuais, conforme descrito abaixo.

Com efeito, a abordagem da AJPE ajuda o jurista a compreender que, em princípio, todos os contratos economicamente relevantes incorporam uma taxa de juros (a chamada taxa básica de juros) como M'.⁵⁶ Isto porque, em sua operação regular, os bancos realizam transações no mercado interbancário e decidem onde alocar fundos (seja em títulos da dívida pública com uma determinada taxa de juros, ou outro ativo, como títulos de dívida interbancária de curto prazo, etc.), transmitindo contratualmente a taxa básica de juros a todos os outros contratos celebrados pelos bancos, tais como os do crédito ao consumidor, os do crédito contratados com empresas comerciais, e outros. Na prática, em virtualmente todos os contratos – financeiros ou da economia real – a taxa básica acaba sendo englobada pelo preço expresso como M, mas ela deve ser separada para fins de análise.

De maneira similar ao que ocorre no tratamento analítico da taxa de juros, os encargos fiscais e créditos tributários devem ser considerados como conteúdos M'. Ademais, deve-se esperar que a magnitude do conteúdo M' correspondente aos tributos varie de contrato a contrato, dependendo da política tributária. É a política tributária que atribui encargos fiscais ou créditos tributários ao que, de outro ângulo, pode ser caracterizado como fruição de um direito. Os encargos fiscais e os créditos tributários estão presentes em todos os agregados contratuais, como estão também as taxas de juros. Além disso, de forma análoga ao que ocorre com a taxa de juros, os encargos fiscais geralmente acabam sendo incorporados no preço (M) dos contratos em razão das práticas negociais, e são transmitidos intercontratualmente. Contudo, para os propósitos da análise jurídica, eles devem ser indicados separadamente, de modo que as possíveis reformas de políticas públicas possam dispor de registros precisos das contas referentes à alocação de recursos financeiros e aos passivos relativos a M', e seus impactos na fruição de direitos fundamentais no contexto das arquiteturas contratuais existentes.

Conspícuas exceções a esta condição estrutural de contratos, sob a qual a taxa básica de juros e os encargos fiscais são transmitidos a todos os agregados contratuais, podem ser encontradas em dois casos típicos das economias de mercado contemporâneas. A primeira exceção relaciona-se com a transmissão das taxas de juros nas transações envolvendo contratos que possuem taxas de juros “estratégicas”, tal como nos casos de políticas agrícolas e industriais, ou ainda nas hipóteses em que taxas de juros abaixo dos valores praticados no mercado são oferecidas por agências de crédito à exportação, e assim por diante. Evidentemente, as taxas de juros estratégicas oferecem incentivos especiais à produção, troca ou consumo em que se engajam grupos que, de outro modo, não poderiam fruir direitos importantes (e, em alguns casos, direitos fundamentais), levando a situações de injustiça econômica. Do ponto de vista da fruição de direitos, a adoção de incentivos ou desincentivos fiscais estratégicos pelo governo (por exemplo, benefícios fiscais ou sobretaxas) tem consequências análogas àquelas das taxas de juros transmitidas intercontratualmente.

A segunda principal exceção à condição estrutural dos contratos, mencionada acima, é o fato de que, em alguns mercados – em especial nos mercados de trabalho e de consumo –, a incorporação de conteúdos M' no preço M dos contratos é obstruída de forma parcial ou total. Isso ocorre seja por causa de normas jurídicas enviesadas, que alocam mais poder a uma das partes interessadas (por exemplo, ao empregador, frente ao empregado, na determinação de como a estrutura de custos – inclusive custos salariais – dos investimentos deve ser organizada), seja porque o interesse no consumo, mais do que na troca, define um ponto de interrupção na transmissão dos sinais de preços em um dado agregado contratual.

Neste último caso, que é o de consumo final, os consumidores não podem repassar M' aos conteúdos M de quaisquer outros contratos em que sejam partes, pois os bens e serviços consumidos são expendidos, não trocados. Na verdade, o consumidor final comum se vê adstrito a tentar incorporar o conteúdo M' de certos contratos no conteúdo M de um único tipo de contrato: seu contrato de trabalho, pois o trabalho é a única mercadoria que um consumidor final comum é ordinariamente capaz de vender. Todavia, como já observado, as normas jurídicas nos mercados de trabalho tendem a ser parciais de modo a tornar o empregador capaz de, em muitos casos, eficazmente resistir às demandas por aumentos salariais. As leis relativas ao dissídio coletivo trabalhista, como se sabe, tendem a mitigar esta desvantagem estrutural dos trabalhadores em muitas economias de mercado contemporâneas. Ademais, os assalariados participam geralmente de negociações coletivas tentando transformar parte do conteúdo M de seu contrato de trabalho em um conteúdo M' (eles também procuram estabelecer conteúdos U' que reflitam suas preferências). O chamado salário mínimo (um conteúdo M' em contratos de trabalho), por sua vez, resulta geralmente de demandas canalizadas diretamente por meio do processo legislativo nas democracias, e não pode ser negociado para baixo de forma privada.

3.4. CONSEQUÊNCIAS PARA A ANÁLISE DE DIVERSOS CAMPOS ECONÔMICOS E JURÍDICOS

O desenvolvimento da análise posicional e da nova análise contratual, descritas brevemente acima, permite uma maior conscientização sobre o significado jurídico de fatos e circunstâncias atinentes a diversos campos do direito e da política econômica, incluindo as políticas cambiais, diversos tipos de regulação financeira, o direito antitruste e o direito do comércio internacional.

Assim, por exemplo, a influência das flutuações da taxa de câmbio sobre diferentes contratos da economia torna-se clara sob a nova análise contratual. Neste caso, um importante foco da análise jurídica serão as escolhas feitas por autoridades na elaboração de regulações incidentes sobre os contratos de câmbio. Tornam-se visíveis, assim, políticas cambiais que promovem certos interesses. O estabelecimento de *hedges* associados a determinados contratos, como um expediente de segurança financeira contra a volatilidade da taxa de câmbio – uma segurança que, em alguns casos, pode se tornar obrigatória por força de lei – pode passar a ser percebido como uma política financeira “estratégica”, dependendo dos objetivos gerais à luz dos quais tal prática venha a ser desenvolvida.

Por outro lado, conteúdos decorrentes de regulação financeira (U’ nos contratos financeiros) afetando diversos tipos de contratos da economia real e, de um modo geral, os impactos deste tipo de regulação nos preços dos contratos financeiros – por exemplo, o impacto das chamadas “exigências de capital” (*capital requirements*) dos Acordos da Basileia⁵⁷ sobre os *spreads* bancários nos diversos ambientes financeiros, bem como a possível “prociclicidade” das regras desses acordos⁵⁸ – passam a ser de grande interesse para os juristas preocupados com o desenvolvimento econômico e simultaneamente com a efetividade dos direitos humanos, pois U’ nos contratos financeiros, pode afetar, de forma positiva ou adversa, a capacidade de indivíduos ou grupos de negociar, por meio da barganha contratual, a saída de posições indesejadas que ocupem na economia. As posições indesejadas – nas quais indivíduos ou grupos possam vir a ficar economicamente “aprisionados” ou “imobilizados” – podem ser analisadas por meio da “análise posicional”, e são normalmente uma indicação da ocorrência de uma fruição “deficiente” de direitos fundamentais e humanos por parte dos titulares de direitos afetados.

A abordagem da AJPE tem também implicações para a análise jurídica nos campos do direito antitruste e políticas concorrenciais. Com efeito, o que permanece aparentemente ausente do estilo dominante da análise do direito antitruste é a preocupação com a equidade resultante da regulação incidente sobre a atividade de empresas. A equidade neste caso pode ser entendida como a qualidade de um conjunto de políticas que permite a um titular de direitos, considerando sua posição atual dentro de agregados contratuais relevantes, “mover-se”, puramente por meio da negociação contratual, em direção a outras posições preferidas.

Sobre isto não se deve negligenciar que, em seu contexto original do final do século XIX, o direito antitruste foi desenvolvido nos Estados

Unidos, tendo como pano de fundo debates que opunham perspectivas influenciadas pelas visões de Jefferson e de Hamilton sobre a sociedade e a economia.⁵⁹ Faziam parte das preocupações dos legisladores, nesse contexto, considerações sobre equidade e justiça distributiva relativa aos efeitos da concentração econômica.⁶⁰ Subsequentemente, a análise do direito antitruste, sendo influenciada pela análise microeconômica, marginalizou, em grande parte, as “relações intercontratuais” – já aludidas acima – que conectam conteúdos U’ e M’ em agregados contratuais e entre eles. O fato a ser destacado quanto a este ponto é que, dada a sua aderência a premissas microeconômicas, o estilo dominante de análise de questões concorrenciais tende a excluir a possibilidade de associar explicitamente a política de defesa da concorrência com a política industrial, a política de desenvolvimento ou a política social e suas relações com a fruição de direitos fundamentais e direitos humanos. A política de defesa da concorrência e o direito antitruste, em consequência disso, tendem a desperdiçar oportunidades de articular a promoção de práticas comerciais equitativas (*fair business practices*) com reformas de políticas públicas que ampliem a fruição de direitos fundamentais e direitos humanos, incluindo tanto os direitos de produção quanto os direitos de consumo. Estas seriam os tipos de reformas de políticas públicas que poderiam resultar da aplicação da abordagem da AJPE ao relacionamento entre o direito e as diversas economias mistas que existem no mundo.

De modo semelhante, no campo do direito do comércio internacional, a abordagem da AJPE conduz a algumas percepções gerais pouco ortodoxas. Tais percepções ligam-se ao fato de que o direito do comércio internacional, construído a partir do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), de 1947, desenvolveu-se como derivações do chamado “princípio da não discriminação”.⁶¹ Este princípio, projetando-se no “princípio da nação mais favorecida” e no “princípio do tratamento nacional”, determina que os agentes econômicos devem ser tratados como iguais, mesmo quando eles sejam radicalmente diferentes. Geralmente, os países menos desenvolvidos têm menor capacidade de promover a inovação tecnológica, têm pouco ou nenhum acesso ao crédito internacional, são carentes de instituições ou bases culturais que facilitem o crescimento dos mercados de capital, e assim por diante. Ou seja, os países menos desenvolvidos não são iguais aos países mais desenvolvidos e ricos. Na verdade, muitos países menos desenvolvidos permanecem involuntariamente encurralados em “posições” indesejadas no âmbito dos agregados contratuais. Portanto, o direito do comércio internacional não deveria ser construído com base no princípio de não discriminação, que marginaliza noções como a de “tratamento especial e diferenciado”, e as relega ao status de meras exceções ao princípio fundamental do sistema normativo que governa as relações comerciais internacionais. Ao atribuir um papel central ao requisito de que a política econômica deve ser organizada de modo a promover tanto a fruição dos direitos de produção quanto dos direitos de consumo, a análise posicional e a nova análise contratual, combinadas, poderiam ajudar os formuladores de políticas governamentais relevantes a visualizar muitas questões de política comercial sob uma nova luz.

A perspectiva da AJPE tem consequências também para a formulação de componentes jurídicos das políticas sociais e da fixação da taxa de juros. De acordo com a perspectiva da AJPE, considerando a existência de uma crescente concorrência internacional e o aumento dos fluxos de capital transfronteiriços, a adoção de padrões de fruição de direitos (PVJs) para “direitos de consumo” em países que desejam promover a justiça social por meio da expansão drástica e rápida dos DESCs pode comprometer a capacidade da economia local de competir internacionalmente.⁶² Por isso, as reformas em políticas relativas aos “direitos de produção” devem assegurar que o componente M’ dos PVJs seja vinculado a um índice de taxa de juros composto por taxas de rendimentos selecionadas de mercados financeiros (por exemplo, dos mercados de derivativos) e mercados de capitais (bolsas de valores)⁶³, de modo a evitar que, nas economias abertas, defasagens persistentes entre a taxa de retorno sobre o investimento produtivo e taxas de juros (dos mercados financeiros) possam afetar negativamente a formação de capital e mesmo causar o desinvestimento e a fuga de capitais. De acordo com a abordagem da AJPE, a arquitetura contratual da economia nacional deve “equilibrar” a proteção aos direitos de consumo com a capacidade dos detentores de propriedade comercial de manter condições de competir na economia global. Por esta razão, um índice ou uma “cesta” das taxas de juros dos mercados financeiros mais importantes do mundo deve ser um referencial importante para a formulação de PVJs referentes à fruição de “direitos de produção” e para a orientação da cooperação monetária ou comercial internacional.

Em resumo, na elaboração de PVJs aplicados aos direitos de consumo, os juristas não devem negligenciar as relações macroeconômicas entre o consumo e a produção. Todavia, ao fazê-lo, os juristas não precisam – e, com certeza, não devem – apoiar-se em modelos macroeconômicos existentes. Afinal, esses modelos não podem antecipar, de maneira acurada, quais são as aspirações e estratégias das pessoas que agem por meio dos agregados contratuais. Tampouco são tais modelos capazes de representar intelectualmente as possibilidades, potencialmente infinitas, de reforma e alteração dos conteúdos de interesse privado e de interesse público de tais agregados. Os juristas trabalhando sob a perspectiva da AJPE aceitam, portanto, a visão pós-keynesiana segundo a qual as expectativas importam e o futuro não pode ser totalmente previsto⁶⁴.

Todavia, para os juristas trabalhando sob a perspectiva da AJPE, merecem atenção algumas relações entre representações estatísticas de fatos econômicos. Um exemplo importante é o dos diferenciais internacionais entre taxas de juros. Na perspectiva da AJPE, grandes disparidades internacionais entre taxas de juros tornam-se um tópico proeminente de debate e pesquisa jurídica, uma vez que tais disparidades são um sinal de que a competitividade internacional de empresas atuantes em economias com taxas de juros elevadas está sendo restringida em decorrência da impossibilidade, por parte de investidores locais, de gozarem de “direitos de produção” com conteúdos M’ de agregados contratuais locais, que sejam proporcionais a conteúdos M’ de agregados contratuais estrangeiros.

Nesse sentido, disparidades como as que prevaleceram em 2011 entre as taxas de juros de países como o Brasil (11%), a Argentina (9.98%), a África do Sul (5.5%), aqueles da área do Euro (1.75%), o Reino Unido (0.52%) os Estados Unidos (0.12%)⁶⁵, não são juridicamente aceitáveis e devem ser criticadas.

Tudo isso leva à visão de que uma “boa” regulação não tem a ver com o fato de haver uma “menor” ou “maior” intervenção do Estado na economia. Na perspectiva da AJPE, a boa regulação não é uma questão de *quantidade* da intervenção do Estado, mas sim de *qualidade* da formulação das políticas públicas, determinada juridicamente e refletida na estrutura dos conteúdos de interesse público (U’ e M’) dos agregados contratuais. É a combinação juridicamente apropriada de conteúdos U, M, U’ e M’ nos agregados contratuais, conducente a uma fruição balanceada e plena tanto dos direitos de produção quanto dos direitos de consumo, que gera a “boa” regulação e também as reformas “justas” de políticas públicas.

Em suma, os trabalhos realizados nos moldes propostos pela abordagem da AJPE devem combinar a “análise posicional” e a “nova análise contratual” a fim de avaliar as estruturas regulatórias e propor reformas que promovam melhorias gerais da fruição efetiva e balanceada dos direitos de produção e direitos de consumo em um dado setor econômico, ou mesmo em uma economia nacional ou regional. A abordagem da AJPE também fornece uma nova linguagem jurídica que pode ser útil no levantamento de questões relevantes para os debates sobre aspectos jurídicos e econômicos (inclusive macroeconômicos) do processo de regulação. Por fim, o trabalho desenvolvido com a abordagem da AJPE também oferece novas ideias jurídicas e argumentos analíticos que podem ser úteis em negociações desenvolvidas nos diversos organismos e redes de políticas (*policy networks*) internacionais.

4. COMENTÁRIOS FINAIS

Nos últimos anos, novas concepções jurídicas surgiram no Brasil, no contexto de uma ampla crise econômica global que afetou muitas economias, embora, de forma menos intensa, os chamados mercados emergentes. Não obstante essas concepções enfatizem a necessidade de um papel ativo por parte do Estado no fornecimento dos meios jurídicos para o desenvolvimento, os novos argumentos e estratégias analíticas do discurso jurídico brasileiro recente são realistas o suficiente para reconhecer as extremas limitações dos constructos doutrinários que forneceram a base jurídica para o antigo estilo desenvolvimentista de formulação e implementação de políticas públicas. Em um mundo no qual prevalecem a mobilidade internacional de capitais e taxas de câmbio flutuantes, a essência do velho desenvolvimentismo – sua ênfase nas virtudes do desenvolvimento planejado, como, por exemplo, o do II Plano Nacional de Desenvolvimento, lançado ao final da década de 70 – não faz mais sentido. O velho desenvolvimentismo esperava muito do conhecimento tecnocrático e excluiu a possibilidade de lidar com o desconhecido e

tentar novos arranjos de políticas públicas e de governança. O discurso jurídico mais recente no Brasil tem trabalhado no sentido de desenvolver novas ideias e estratégias analíticas no campo do direito e suas consequências quanto aos resultados econômicos em contextos nos quais o pleno conhecimento não é possível, dado o fato de que as motivações e ações dos indivíduos e grupos não podem ser inteiramente previstas.

Por outro lado, em contraste com o corpo da literatura jurídica que foi elaborado em apoio às reformas pró-mercado da década de 1990 e início do século XXI no Brasil, as formulações mais recentes visam o desenvolvimento de meios analíticos para avaliar tanto as estruturas econômicas quanto os resultados das reformas de políticas públicas. A literatura jurídica que mais influenciou a fundamentação das reformas de finais do século XX e início do século XXI no Brasil era formalista e nunca desenvolveu uma preocupação consistente com relação às consequências econômicas e sociais – que fossem empiricamente verificáveis – das reformas das políticas públicas.

As novas perspectivas jurídicas – as abordagens da GPC e da AJPE – são decididamente consequencialistas, e tem interesse em incorporar as análises empíricas na análise jurídica. Elas buscam esclarecer as consequências da organização jurídica das finanças públicas e privadas para o desenvolvimento. Ambas examinam como os fundamentos jurídicos (regras e princípios) das finanças públicas e privadas podem oferecer novas maneiras de conformar políticas relacionadas à produção e à troca, no âmbito de quadros normativos que promovam a competitividade internacional das economias locais e também protejam juridicamente as formas e níveis de consumo, ampliando a inclusão social.

Em última análise, tanto a abordagem da GPC quanto a da AJPE rejeitam como uma categoria analítica válida o conceito abstrato de “mercado”, que é amplamente utilizado pelos economistas. As abordagens da GPC e da AJPE consideram o direito, com sua riqueza de princípios, regras, procedimentos e instituições, como elemento *constitutivo* das relações econômicas. Elas também rejeitam firmemente a noção de que apenas as instituições que servem aos mercados abstratamente concebidos devem ser consideradas juridicamente válidas. Tal como revelado na crítica dirigida pela abordagem da GPC contra a tese da “dotação jurídica”, propagada na literatura internacional, e também tal como resulta claro da insistência da AJPE em que “um número potencialmente infinito de diferentes ‘economias de mercado’ pode ser criado pela simples vontade das pessoas”⁶⁶ – ambas as perspectivas de análise jurídica mais recentes, discutidas neste trabalho, veem as ideias e as instituições jurídicas como sendo essencialmente convencionais, flexíveis e provisórias. O corolário deste ponto de vista sobre as ideias e instituições jurídicas é que, dada a sua extrema plasticidade, estas ideias e instituições devem, sem hesitação, ser moldadas pelo desejo do espírito humano de ser livre.

>> NOTAS

- ¹ Confira-se: *The Guardian*, 2012, Jan 2, “Rail fare rises take effect”; Clark, N., “Help fight fare rises and push for railway renationalization”. In: *The Guardian*, 2012a, Jan 2; Bom Dia Brasil, 2011, “Aumento da mensalidade escolar ultrapassa índice da inflação”; *Lindiwe Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others*, Case CCT 39/09, 2009.
- ² Cf. Bonnet *et al.*, 2012.
- ³ Sobre as origens francesas do direito administrativo brasileiro, Castro, 2013, no prelo e Castro, 2012: 174–177.
- ⁴ Para um exemplo da visão de que o direito administrativo brasileiro deve ser orientado para apoiar o planejamento de investimentos e o desenvolvimento econômico, veja a palestra sobre as transformações da educação jurídica publicada originalmente por Caio Tácito em 1970 e republicada em Tácito, 2007.
- ⁵ Para uma descrição abrangente dessas reformas, ver Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), 2008. Para uma análise do processo político subjacente a essas reformas, confira Castro e Carvalho, 2003: 478–482.
- ⁶ Cf. Schapiro / Trubek, 2012: 36. Confira-se também Nunes *et al.*, 2007: 20–49.
- ⁷ Ver, por exemplo, Faria, 1993; Grau, 2002; Nusdeo, 2002; Coutinho, 2002; Salomão Filho, 2002; Faria, 2008; Aranha, 2010; Carvalho, 2010.
- ⁸ Trubek, Coutinho / Schapiro, 2013.
- ⁹ Esse novo ativismo do Estado é por vezes denominado “neodesenvolvimentismo”. Ver, por exemplo, Moraes / Saad-Filho, 2011.
- ¹⁰ A principal referência aqui são os trabalhos publicados Trubek / Santos, 2006. Ver também os trabalhos publicados em Schapiro / Trubek, 2012. Para uma visão geral da literatura sobre Direito e Desenvolvimento, ver Prado, 2010.
- ¹¹ A denominação “Gestão Pública do Capital” não aparece na literatura. É uma expressão descritiva utilizada neste artigo.
- ¹² Castro, 2007; Castro 2009; Castro 2010; Castro, 2011.
- ¹³ Fabiani, 2011: 17–18.
- ¹⁴ Fabiani, 2011: 97–124.
- ¹⁵ A “literatura sobre as origens” (também chamada literatura sobre “Direito e Finanças”) surgiu na década de 1990. Uma das principais teses desse corpo da literatura é que as jurisdições do *common law* são mais favoráveis ao desenvolvimento de mercados do que as jurisdições de direito civil, sendo as últimas mais propensas a formas mais intervencionistas de governança econômica. Para um resumo da literatura, seus principais argumentos e trabalhos empíricos, ver LaPorta, Lopes-de-Silanes / Schleifer (2008). Para uma avaliação crítica, ver Roe (2006). Os argumentos da “literatura sobre as origens” tem sido invocados pelo Banco Mundial para justificar algumas de suas políticas. Cf. Santos, 2006: 280, n. 90.
- ¹⁶ Fabiani, 2011: 97–124.
- ¹⁷ Fabiani, 2011: 118.
- ¹⁸ Schapiro, 2010a e Schapiro, 2010b.
- ¹⁹ Cf. Schapiro, 2010a.
- ²⁰ Cf. Hall / Soskice, 2001.
- ²¹ Cf. Gerschenkron, 1962.
- ²² Cf. Schapiro, 2010a: 169 *et seq.*
- ²³ Schapiro, 2010: 264.
- ²⁴ Cf. Schapiro, 2010a: 281–290.

- ²⁵ Cf. Schapiro, 2010a: p.282–284. A “tese do fim da história” aplicada ao direito empresarial pode ser encontrada em Hansmann / Kraakman, 2004.
- ²⁶ Cf. Schapiro, 2010a: 286.
- ²⁷ Cf. Schapiro, 2010b.
- ²⁸ Tamanaha, 1995.
- ²⁹ Cf. Schapiro, 2010b: 241.
- ³⁰ Coutinho, 2010.
- ³¹ Coutinho, 2010: 4.
- ³² O Programa Bolsa Família foi instituído Lei nº 10.836/2004, que reformulou e consolidou diversos programas de transferência de renda previamente existentes.
- ³³ Coutinho, 2010: 6.
- ³⁴ Idem, 17.
- ³⁵ Coutinho baseia-se em Rittich, 2004 para elaborar sua tipologia sobre os papéis do direito.
- ³⁶ Ver Coutinho, 2010: 23–24.
- ³⁷ Ver Chang, 2001. “Understanding the Relationship between Institutions and Economic Development – Some Key Theoretical Issues”. *WIDER Discussion Paper No. 93*, UNUWIDER. Este trabalho foi republicado como Chang, 2007.
- ³⁸ Veja Coutinho, 2010: 23–24.
- ³⁹ Cf. Castro, 2007 e Castro, 2009.
- ⁴⁰ Cf. Pitofsky, 1990.
- ⁴¹ Ver Castro, 2009: 34–40.
- ⁴² As etapas analíticas são detalhadas em Castro, 2009.
- ⁴³ O estabelecimento de ligações analíticas entre as políticas públicas e os direitos subjetivos pode ser usual nas jurisdições de *common law*, mas não o são nas jurisdições de direito civil, onde as categorias de análise de políticas públicas, surpreendentemente até os dias de hoje, tendem a permanecer bastante separadas do discurso jurídico. Esta separação é tão forte que justifica o esforço especial, embora ainda limitado, dos juristas para superá-la. Um exemplo desse esforço para estabelecer explicitamente um “conceito jurídico” de política pública pode ser encontrado em Bucci, 2006. Ver também Bucci, 2002.
- ⁴⁴ A Corte Constitucional da África do Sul, por exemplo, no famoso caso *Grootboom*, considerou o fornecimento de serviços, tais quais o saneamento e a coleta de lixo, como parte do “direito à moradia”. Nas palavras da Corte, “a moradia compreende mais do que tijolos e cimento. Ela requer terra disponível, serviços adequados como o fornecimento de água e saneamento e o financiamento de todos estes, inclusive da construção da própria moradia. Para que uma pessoa tenha acesso à moradia adequada todas estas condições devem ser cumpridas: deve haver terra, deve haver os serviços, deve haver uma moradia.” Ver *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169 (4 October 2000) (tradução livre).
- ⁴⁵ Um exemplo da área do “direito à moradia” é o documento *U.N. Doc. E/1992/23, annex III at 114* (1991). Como indicado ali, “a Comissão sobre Assentamentos Humanos e a Estratégia Global de Moradia no Ano 2000 declararam: ‘A moradia adequada significa (...) privacidade adequada, espaço adequado, segurança adequada, iluminação e ventilação adequadas, infraestrutura básica adequada, localização adequada relativa ao trabalho e infraestrutura básica – todos a um custo razoável’” (tradução livre).
- ⁴⁶ Para uma visão global dos debates relevantes, ver Rosga / Satterthwaite, 2009. Ver também *United Nations Development Program*, 2006; e Landman / Carvalho, 2009.
- ⁴⁷ Os exemplos nesse ponto podem ser: a Federação de Advogadas - Fida-Kenya, na República do Quênia; o Fundo do Nepal Britânico; e a Rede Global das Mulheres pelos Direitos Reprodutivos

(WGNRR) atuando na Holanda. Estas três organizações se empenham no uso da avaliação do Impacto dos Direitos Humanos (HRIA) relacionada aos direitos à saúde de mulheres nos contextos locais. Ver Bakker *et al.*, 2009.

⁴⁸ Castro, 2009.

⁴⁹ Ver, por exemplo, as experiências de reformas de políticas públicas descritas em Sabel / Zeitlin, 2012.

⁵⁰ No Brasil, por exemplo, o Plano Nacional de Educação, introduzido em 2001 por uma lei federal (Lei no. 10172/2001), estabeleceu a meta, formalmente obrigatória para todas as escolas públicas, que seus órgãos internos deveriam aprovar no prazo de três anos, um “Plano Pedagógico” detalhado. Cf. Castro, 2009: 45/ 52.

⁵¹ Cf. Coutinho, 2010. Ver a discussão na seção 2C acima.

⁵² Confirma-se o anúncio do programa APRM em Banco Mundial, 2011. O anúncio fez referência explícita ao lançamento de uma “*debut facility*” em parceria entre a International Finance Corporation (IFC), que pertence ao grupo do Banco Mundial, e a casa bancária J. P. Morgan. Para uma discussão das iniciativas de cooperação que promovem a adoção de técnicas de *hedging* utilizando os mercados de derivativos e atores privados na indústria de derivativos, ver Bush, 2012.

⁵³ Ver Castro, 2007 e Castro, 2011.

⁵⁴ O adjetivo “globais” é empregado aqui para abranger tanto conteúdos de interesse público quanto os de interesse privado das cláusulas U e M.

⁵⁵ Ver Castro, 2010.

⁵⁶ Ver Castro, 2011: 43–44.

⁵⁷ A edição original do Acordo da Basileia sobre Exigências de Capital (1988) foi submetida a duas revisões. A última versão (Basileia III) foi publicada em 2010. Confira-se: *Basel Committee on Banking Supervision*, 2010.

⁵⁸ Para uma argumentação de que as regras de Basileia II eram “procíclicas” (ou seja, tendiam a reforçar os movimentos do ciclo econômico), veja Drumond, 2009. Em termos jurídicos, a prociclicidade naturalmente afeta, de modo adverso, a fruição de direitos pelos titulares de direitos de consumo e de direitos de produção. O movimento descendente do ciclo econômico pode lançar indivíduos e grupos em direção a posições indesejadas, nas quais permaneçam “congelados”. Com a ajuda da AJPE, o que se deve fazer, em face da prociclicidade percebida em algumas políticas, torna-se não apenas uma questão econômica, mas também uma questão *jurídica*.

⁵⁹ Este parágrafo reproduz partes de Castro, 2010.

⁶⁰ Ver Sullivan / Harrison, 2003. Nesse sentido, estes autores sublinham que “o jeffersonianismo adquiriu expressão nos debates parlamentares que culminaram na aprovação do *Sherman Act*”. Ver *idem*, p. 3.

⁶¹ Trebilcock / House, 1995: 26–30.

⁶² Este ponto é desenvolvido em Castro, 2009: 52–60.

⁶³ *Idem, ibidem*.

⁶⁴ Conforme sublinha Paul Davidson: “As decisões econômicas raramente são tomadas com base em algo comparável a uma tábula rasa. Na medida em que diferentes indivíduos ou grupos avaliam as mesmas circunstâncias econômicas com base em diferentes referenciais, suas expectativas e, conseqüentemente, suas decisões podem também divergir entre si. Os pós-keynesianos, portanto, enfatizam o papel desempenhado por esta heterogeneidade de expectativas, bem como a importância do fato de que eventos futuros não podem ser plenamente previstos” (tradução livre). Davidson, 1980: 158.

⁶⁵ Os valores referem-se a taxas de juros de curto prazo, em percentuais por ano. Fonte: *Principal Global Indicators* (PGI) publicado pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), Disponível em: <http://www.principalglobalindicators.org/>. Acesso em: 05.05.2012.

⁶⁶ Castro, 2010: 36.

>> REFERÊNCIAS LIVROS E ARTIGOS

- Aranha, Márcio Iorio (2010).** “Virtude Política e Abertura Estrutural das Agências Reguladoras: O Caso das Telecomunicações”. In: Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira (ed.). *O Novo Direito Administrativo Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 167–191.
- Bakker, Saskia et al. (2009).** “Human Rights Impact Assessment in Practice: The Case of the Health Rights of Women Assessment Instrument (HeRWAI)”. *Journal of Human Rights Practice*, vol. 1, no. 3, 436–458 doi:10.1093/jhuman/hup017.
- Bonnet, Céline et al. (2012).** “Empirical Evidence on Satisfaction with Privatization in Latin America”. *World Bank Economic Review* 26 (1): 1–33 doi:10.1093/wber/lhr037.
- Bucci, Maria Paula Dallari (2006).** “O Conceito de Política Pública em Direito”. In: Maria Paula Dallari Bucci (ed.). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1–49.
- Bucci, Maria Paula Dallari (2002).** *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva.
- Bush, Sasha Breger (2012).** *Derivatives and Development: A Political Economy of Global Finance, Farming, and Poverty*. New York: Palgrave Macmillan.
- Carvalho, Vinícius Marques de (2010).** “Regulação Econômica e Serviços Públicos”. In: Mario Gomes Schapiro (ed.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva, 21–77.
- Castro, Marcus F. de (2013, no prelo).** “Economic Development and the Legal Foundations of Regulation in Brazil”. De Gruyter – *Law and Development Review*.
- (2012).** *Formas Jurídicas e Mudança Social: Interações entre o Direito, a Filosofia, a Política e a Economia*. São Paulo: Saraiva.
- (2011).** “Direito, Tributação e Economia no Brasil: Aportes da Análise Jurídica da Política Econômica”. *Revista da PGFN*, vol. 1, no. 2, jul./dez., 23–51.
- (2010).** “Liberalism, Competition and Rights: Towards a New Vision of Market-Oriented Legal Reforms”. In: Miodrag Micovic (ed.). *Liberalism and the Protection of Competition* [original book title in Serbian]. Kragujevac: Graduate Program of the Faculty of Law of Kragujevac, 33–47.
- (2009).** “Análise Jurídica da Política Econômica”. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil*, vol. 3, no. 1, junho, 17–70.
- (2007).** “A Função Social como Objeto da Análise Jurídica da Política Econômica”. *Notícia do Direito Brasileiro*, vol. 14, 107–128.
- Castro, M. F. de / Carvalho, M. I. V. de (2003).** “Globalization and Recent Political Transitions in Brazil”. *International Political Science Review*, vol. 24, 465–490.
- Chang, Ha-Joon (2007).** “Understanding the Relationship Between Institutions and Economic Development – Some Key Theoretical Issues”. In: Ha-Joon Chang (ed.) *Institutional Change and Economic Development*. United Nations University Press / Anthem Press, Tokyo / London, 17–33.
- Coutinho, Diogo R. (2010).** “Linking Promises to Policies: Law and Development in an Unequal Brazil”. *The Law and Development Review*, vol. 3, no. 2, May, 3–40. DOI: 10.2202/1943-3867.1055.
- (2002).** “A Universalização do Direito Público para o Desenvolvimento como uma Tarefa da Regulação”. In: Salomão Filho, Calixto (ed.) *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 65–123.
- Davidson, Paul (1980).** “Post Keynesian Economics”, *The Public Interest*, special edition, 151–173.

- Drumond, Ines (2009)**. "Bank Capital Requirements, Business Cycle Fluctuations and the Basel Accords: A Synthesis". *Journal of Economic Surveys*, vol. 23, no. 5, 798–830 (doi: 10.1111/j.1467-6419.2009.00605.x).
- Fabiani, Emerson (2011)**. *Direito e Crédito Bancário no Brasil*. São Paulo: Saraiva.
- Faria, José Eduardo**
(2008). *Direito e Conjuntura Econômica*. São Paulo: Saraiva.
(1993). *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros.
- Gerschenkron, Alexander (1962)**. *Economic Backwardness in Historical Perspective*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- Grau, Eros Roberto (2002)**. "As Agências, Essas Repartições Públicas". In: Calixto Salomão Filho (ed.) *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 25–28.
- Hall, Peter / Soskice, David (2001)**. *Varieties of Capitalism*. Oxford: Oxford University Press.
- Hansmann, H. / Kraakman, R. (2004)**. "The End of History for Corporate Law". In: Gordon, J. N. and Roe, M. J. (eds.) *Convergence and Persistence in Corporate Governance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Landman, Todd / Carvalho, Edzia (eds.) (2009)**. *Measuring Human Rights*. Abingdon: Routledge.
- LaPorta, R. / Lopes-de-Silanes, F. / Schleifer, A. (2008)**. "The Economic Consequences of Legal Origins". *Journal of Economic Literature*, vol. 46, no. 2, 285–332.
- Milhaupt, Curtis/Pistor, Katharina (2008)**. *Law & Capitalism: What Corporate Crises Reveal About Legal Systems and Economic Development Around the World*. Chicago: University of Chicago Press.
- Morais, L. / Saad-Filho, A. (2011)**. "Da Economia Política à Política Econômica: O Novo-Desenvolvimentismo e o Governo Lula". *Revista de Economia Política*, vol. 31, no. 4 (124), October–December, São Paulo, 507–527.
- Nunes, Edson de Oliveira et al. (2007)**. *Agências Reguladoras e Reforma do Estado no Brasil: Inovação e Continuidade no Sistema Político-Institucional*. Rio de Janeiro: Garamond.
- Nusdeo, Fábio (2002)**. "Desenvolvimento Econômico: Um Retrospecto e Algumas Perspectivas". In: Calixto Salomão Filho (ed.) *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 11–63.
- Pitofsky, Robert (1990)**. "New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust". *Columbia Law Review*, vol. 90, no. 7, November, 1805–1864.
- Prado, Mariana Mota (2010)**. "What is Law and Development?". *Revista Argentina de Teoria Jurídica*, vol. 1, October, 1–20. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1907298>. Acesso em: 20 de novembro de 2011.
- Rittich, Kerry (2004)**. "The Future of Law and Development: Second Generation of Reforms and the Incorporation of the Social". *Michigan Journal of International Law*, vol. 26, Fall, 199–243.
- Roe, Mark J. (2006)**. "Legal Origins, Politics and Modern Stock Markets". *Harvard Law Review*, vol. 120, 460–627.
- Rosga, Ann J. / Satterthwaite, Margaret L. (2009)**. "The Trust in Indicators: Measuring Human Rights". *Berkeley Journal of International Law*, vol. 27, no. 2, 253–315.
- Sabel, Charles / Zeitlin, Jonathan (2012)**. "Experimentalist Governance". In: David Levi-Faur (ed.) *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford: Oxford University Press, 169–183.
- Salomão Filho, Calixto (2002)**. "Regulação e Desenvolvimento". In: Calixto Salomão Filho (ed.) *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 29–63.
- Schapiro, Mario G.**
(ed.) (2010). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva.
(2010a). *Novos Parâmetros para a Intervenção do Estado na Economia*. São Paulo: Saraiva.

- (2010b). “Repensando as Relações entre Estado, Direito e Desenvolvimento: Os Limites do Paradigma *Rule of Law* e a Relevância das Alternativas Institucionais”. *Revista Direito GV*, vol. 6, no. 1, Jan–Jun., 213–252.
- Schapiro, M. G. / Trubek, D. M. (eds.) (2012). *Direito e Desenvolvimento: Um Diálogo entre os BRICs*. São Paulo: Saraiva.
- Sullivan, Thomas E. / Harrison, Jeffrey L. (2003). *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*. Newark: LexisNexis / Mathew Bender.
- Tácito, Caio (1997). “O Desafio do Ensino do Direito”. In: C. Tácito (ed.). *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 1, 27–37.
- Tamanaha, Brian (1995). “An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law”. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, no. 4, 501–535.
- Trebilcock, M. / Howse, R. (1995). *The Regulation of International Trade*. London: Routledge.
- Trubek, D. M. / Coutinho, D. R. / Schapiro, M. G. (2013). “Towards a New Law and Development: New State Activism in Brazil and the Challenge for Legal Institutions”. In: Hassane Cissé, Sam Muller, Chantal Thomas and Chenguang Wang (orgs.). *World Bank Legal Review*, vol. 4, pp. 281–251.
- Trubek, D. M. / Santos, A. (eds.) (2006). *The New Law and Economic Development*. Cambridge: Cambridge University Press.

CASOS

- Lindiwe Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others*, Case CCT 39/09 (2009) ZACC 28
Date of Judgment: 8 October 2009. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/13884.doc>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2012.
- Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169. Date of Judgment: 4 October 2000.
Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2013.

NOTÍCIAS

- Bom Dia Brasil** (2011). Aumento da mensalidade escolar ultrapassa índice da inflação.
Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2011/11/aumento-da-mensalidade-escolar-ultrapassa-indice-da-inflacao.html>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2012.
- Clark, Neil** (2012). Help fight fare rises and push for railway renationalization. *The Guardian*.
Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2012/jan/02/fare-rises-railway-nationalisation?intcmp=239>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2012.
- Guardian, The** (2012). Jan 2, Rail fare rises take effect. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/uk/2012/jan/02/rail-fare-rises?cat=uk&type=article>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2012.

OUTRAS FONTES

- Basel Committee on Banking Supervision** (2010). Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems. Disponível em: <http://www.bis.org/publ/bcbs189_dec2010.htm>. Acesso em: 2 de maio de 2012.

International Monetary Fund (IMF). Principal Global Indicators (PGI). Disponível em:

<<http://www.principalglobalindicators.org/>>. Acesso em: 5 de maio de 2012.

Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD) (2008). *Brazil:*

Strengthening Governance for Growth. OECD Reviews of Regulatory Reform. Disponível

em: <[http://www.regulacao.gov.br/publicacoes/livros/oecd-reviews-of-regulatory-](http://www.regulacao.gov.br/publicacoes/livros/oecd-reviews-of-regulatory-reform-brazil)

[reform-brazil](http://www.regulacao.gov.br/publicacoes/livros/oecd-reviews-of-regulatory-reform-brazil)>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2012.

The World Bank Group (2011). “World Bank Group Announces New Instrument to Help

Food Producers and Consumers in Developing Nations Deal with Volatile Prices”. Press

Release No:2011/559/EXT – Disponível em: <<http://go.worldbank.org/T7EAoVLHG0>>.

Acesso em: 10 de dezembro de 2012.