

REDISTRIBUIÇÃO E DISPOSITIVOS INCITATIVOS

Olivier Leclerc

Chercheur au Centre de Recherches Critiques sur le Droit (CERCRID, UMR 5137).

E-mail: olivier.leclerc@univ-st-etienne.fr

Tatiana Sachs

Professora à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense.

E-mail: tsachs@free.fr

Tradução e revisão de tradução:

Raphaël Ruedi e Joaquim Leonel de Rezende Alvim, respectivamente.

RESUMO

“Redistribuir através do direito?”: se admitirmos que o direito é, entre outros, um dispositivo de (re)distribuição, este título, formulado na forma interrogativa, sugere analisar os mecanismos jurídicos que participam de uma lógica redistributiva. Ou seja, como o direito pode redistribuir? Sem que pareça, responder a essa pergunta necessita redirecionar o olhar sobre a redistribuição. É nessa perspectiva que nosso foco volta-se para um tipo de norma cuja importância é crescente: as normas incitativas. Faremos uma abordagem dessas normas num ramo bem particular do direito: o direito da proteção social.

ABSTRACT

“Redistribute through law?”: if we assume that the law is, among others, a device for (re)distribution, this title, formulated in the interrogative form, suggests analyzing the legal mechanisms that take part into this redistributive logic. That is, how can the law redistribute? As unapparent it may seems, answering this question requires to redirect our focus over redistribution. In this perspective, our focus turns to a kind of norm whose importance is growing: the incitatives norms. We will approach these norms in a very particular branch of law: the right to social protection.

INTRODUÇÃO

“Redistribuir através do direito?": se admitirmos que o direito é, entre outros, um dispositivo de (re)distribuição¹, este título, formulado na forma interrogativa, sugere analisar os mecanismos jurídicos que participam de uma lógica redistributiva. Ou seja, como o direito pode redistribuir? Sem que pareça, responder a essa pergunta necessita redirecionar o olhar sobre a redistribuição. De fato, a análise foca frequentemente sobre os resultados que ela produz, a saber, a modificação da alocação das riquezas. É então em referência aos diversos níveis de alocação das riquezas que se encontra caracterizado o efeito redistributivo de um dispositivo de política social. Nessa perspectiva, o adjetivo redistributivo qualifica menos o próprio dispositivo do que os resultados que ele produz.

Assumindo a posição oposta a esta abordagem², necessitamos melhor delimitar o que poderiam ser as características jurídicas de um processo redistributivo. É nessa perspectiva que nosso foco volta-se para um tipo de norma cuja importância é crescente: as normas incitativas. Em uma parte da literatura econômica, a relação entre a redistri-

buição e a incitação parece indissolúvel. Com o risco de ser caricatural, esse vínculo pode ser resumido da forma seguinte: a implementação de dispositivos que tem uma finalidade redistributiva produz um efeito desincitativo para os agentes que produzem riqueza; torna-se então necessário o desenvolvimento de ferramentas incitativas que permitam neutralizar esse efeito e, finalmente, alcançar o nível de produção desejado. Em suma, as incitações contribuem para obter o nível de produção necessário para que o objetivo de redistribuição seja alcançado. Qual é realmente a situação?

A relação entre incitação e redistribuição merece ser considerada novamente. Sugerimos de fazê-lo sobre um ramo bem particular do direito: o direito da proteção social, que tem a vantagem de apresentar uma dupla característica. Primeiro, ele é totalmente construído sobre uma relação/ligação entre recursos³ e despesas⁴. Ele organiza um fundo comum e uma distribuição das receitas assim angariadas. Como observa um autor, “o direito da Previdência social é o direito de uma redistribuição [...]: recolhimento e distribui-

¹Não é fácil diferenciar nitidamente a distribuição da redistribuição. Para este assunto, ver a contribuição de Joaquim Leonel de Rezende Alvim neste livro.

²Por causa do efeito de um compartilhamento disciplinar, segundo o qual os juristas cuidam do direito positivo, enquanto o estudo dos fatos sociais é a prerrogativa dos sociólogos e dos economistas, esses últimos são geralmente os que cuidam da análise dos efeitos redistributivos de um dispositivo jurídico.

³Os recursos da Previdência social vêm das contribuições sociais, pagas pelos empregadores (contribuições patronais) e pelos trabalhadores (contribuições salariais). A taxa a ser recolhida é definida pelas leis de financiamento da Previdência social, decididas anualmente pelo Parlamento.

⁴O sistema de Previdência social francês tem cinco ramos: doença, acidentes de trabalho e doenças profissionais, família, velhice e desemprego.

ção”⁵. Esse ramo do direito parece então ser um terreno fértil nessa tentativa de caracterização das especificidades jurídicas de um dispositivo redistributivo⁶. Em seguida, o direito da proteção social dá um lugar crescente a dispositivos incitativos. Assim, por exemplo, foram estabelecidos incentivos financeiros para incentivar os médicos a adotar certos protocolos médicos⁷. De acordo com seus promotores, espera-se desses dispositivos que tornem mais eficiente o direito da proteção social, ou seja, que permita que esse último cumpra eficazmente as finalidades – notadamente as finalidades redistributivas⁸ – que são atribuídas a ele.

Incentivar para melhor redistribuir: este poderia ser o lema dos promotores dos dispositivos incitativos. Sem dúvida bastante popular, será que ele é justo? Responder a essa pergunta (II) requer um pré-requisito incontornável: definir

⁵J.-J. Dupeyroux, « Les exigences de la solidarité. Observations sur la désignation d’une institution déterminée pour la gestion d’un régime complémentaire de prévoyance », *Droit social*, 1990, p. 743.

⁶Adotar uma perspectiva jurídica sobre a redistribuição levanta imediatamente a uma dificuldade: a lógica redistributiva, que implica uma relação entre recursos e despesas, nunca está considerada assim pelo direito. Assim, o direito fiscal cuida dos recursos, sem preocupar-se com a outra parte da redistribuição, ou seja, as despesas. Essas últimas são o objeto de outros ramos do direito (leis do auxílio social, etc.). É diferente no direito da Previdência social.

⁷Ver Voir A. Allouache, A.-S. Ginon, O. Leclerc, T. Sachs, I. Vacarie, « Une médecine ‘responsable’ », in *Réseau Droit, Sciences & Techniques, Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, Paris, Litec-LexisNexis, coll. « Colloque & Débats », 2011, pp. 509-522.

⁸Sobre este ponto, cf. infra.

melhor o que é, de um ponto de vista jurídico, uma incitação (I) ?

MEDIDAS INCITATIVAS NO DIREITO DA PROTEÇÃO SOCIAL

O direito francês de proteção social desenvolveu dispositivos jurídicos de incentivo. Para resumir as medidas, antes de analisá-las com mais atenção, podemos dizer que são mecanismos dos quais esperamos que conduzam os beneficiários a adotar comportamentos individuais que serão favoráveis à realização das finalidades redistributivas da proteção social. Existem várias ilustrações deste fenômeno. Depois de reportar algumas dentre elas (1), iremos nos esforçar para caracterizar mais precisamente o mecanismo jurídico de incentivo (2).

1 - Ilustrações

Entre os dispositivos incitativos dentro do direito da proteção social, só iremos mostrar rapidamente a implementação do médico “traitant” e do percurso do tratamento (a) e os dispositivos destinados a favorecer o retorno dos desempregados ao emprego (b)⁹.

a) O médico “traitant” e o percurso do tratamento

⁹Ver, para ter outras ilustrações sobre o estabelecimento de médicos liberais : A.-S. Ginon, « Démographie médicale et techniques juridiques d’incitation », *Politiques et Management Public*, vol. 28, n° 1, 2011, pp. 13-25 ; sur le « revenu de solidarité active » : E. Serverin et B. Gommel, « Le revenu de solidarité active ou l’avènement des droits incitatifs », *Centre d’études de l’emploi, Document de travail*, n° 154, 2012, p. 9.

A lei do 13 de agosto de 2004, relativa ao seguro doença e a convenção médica do 12 de janeiro de 2005 estabelecem a noção de “médico traitant” (art. L. 162-5-3 do Código da Previdência social)¹⁰. Resumido brevemente, o dispositivo obriga o segurado de mais de 16 anos a escolher um médico (generalista ou especialista) como “médico traitant”. A taxa de reembolso dos tratamentos médicos será mais alta se ele consulta o médico “traitant” e não um outro médico. Em caso de consulta com um outro médico, o paciente vê a taxa de reembolso cair entre 7,5% a 12,5%. O mesmo acontece se o paciente consulta um especialista diretamente, sem ter sido a ele encaminhado por seu médico “traitant”. Ao sair assim do percurso do tratamento elaborado pelo médico “traitant”, o paciente tem uma taxa de reembolso mais baixa mas também um aumento do valor do ato de 17,5%. Os motivos avançados pelos promotores deste dispositivo são múltiplos: trata-se de favorecer a “coordenação dos tratamentos”, para melhorar o atendimento médico graças a um melhor conhecimento do paciente pelo seu médico, de reduzir o “nomadismo” presumido dos pacientes, de regular o recurso ao especialista, e in fine de contribuir ao controle das despesas no campo da saúde.

¹⁰Para uma apresentação, ver J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, R. Ruellan, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 15ème éd., 2005, n° 713.

Quais que sejam as dúvidas formuladas sobre a capacidade que tem o dispositivo de alcançar essas metas¹¹, ele tem como objetivo de estimular os pacientes a adotar certos comportamentos, considerados tanto melhores para a saúde desses pacientes (o médico “traitant” terá uma visão global de estado da saúde do seu paciente) quanto para o controle das despesas no ramo da saúde (graças à rarefação esperada dos comportamentos dispendiosos). A busca pelo seu interesse individual deveria conduzir os pacientes a consultar preferencialmente o seu médico “traitant” e de ficar no percurso do tratamento.

b) A volta dos desempregados ao emprego

A reformas do direito francês que se aplica aos “trabalhadores involuntariamente privados de emprego” a partir de 2008 afetaram sensivelmente os direitos e as obrigações dos desempregados¹². A lei n°2008-758 do 1° de agosto

¹¹Para uma avaliação bem crítica, ver P.-L. Bras, « Le médecin traitant : raisons et déraisons d'une politique publique », *Droit social*, 2006, especialmente. p. 65 : «No total, o dispositivo médico traitant ratifica práticas generalizadas e somente terá uma influência muito limitada sobre os comportamentos. Mesmo tendo uma influência qualquer, os resultados dos dispositivos são fundamentalmente incertos no que diz respeito à qualidade dos tratamentos e potencialmente dispendiosos para os organismos de seguro-doença (de base e complementar)».

¹²Para uma apresentação dos diversos aspectos dessas reformas, ver sobretudo L. Camaji, « Le demandeur d'emploi à la recherche de ses obligations », *Droit social*, 2010, p. 666 ; P.-A. Adele, Y. Ferkane, S. Leroy, F. Guiomard, « Une nouvelle assurance chômage ? Un paysage institutionnel renouvelé », *Revue de Droit du travail*, n° 6, 2009, p. 366 ; L. Joly, N. Mihman, V. Pontif, F. Guiomard, « Une nouvelle assurance chômage ? Le nouveau sta-

de 2008 relativa aos direitos e obrigações dos candidatos a emprego pôs a tônica na ativação dos gastos passivos de indenização. Considerando que os dispositivos de indenização do desemprego eram susceptíveis de desencorajar os desempregados de buscar ou aceitar um novo emprego, a lei incita doravante que os desempregados busquem mais ativamente empregos compatíveis com seus graus de qualificação. O direito francês já impunha aos desempregados de “cumprir atos positivos e repetidos de busca de emprego”. A lei de 2008 reforça essa obrigação exigindo doravante que aceitem “as propostas razoáveis de emprego”¹³ que eles poderiam receber. Para apoiar essa obrigação, a lei prevê ainda que os desempregados sejam sancionados, caso eles recusem “sem motivo legítimo” duas “propostas razoáveis de emprego”.

2 - Análise

De qual maneira pode ser analisado o desenvolvimento dos mecanismos incitativos no direito da proteção social?

tut des demandeurs d'emploi », *Revue de Droit du travail*, nº 7-8, 2009, p. 436 ; C. Willmann, « Fusion ANPE-UNEDIC et nouveaux droits et devoirs du demandeur d'emploi : deux lois pour une même logique », *La Semaine Juridique Sociale*, 2008, 1475.

¹³O Código de trabalho define esta “proposta razoável de emprego” referindo-se à “natureza e as características do emprego ou dos empregos procurados, a área geográfica privilegiada e o salário esperado (...)” (art.L. 5411-6-2 C. trav.). O artigo L. 5411-6-3 do Código do trabalho precisa que “os elementos constitutivos da proposta razoável de emprego são revistos sobretudo para aumentar as perspectivas de volta ao trabalho”, levando em conta o tempo de inscrição da pessoa na lista dos demandantes de emprego.

Essa questão convida a refletir sobre o efeito incitativo das normas jurídicas (a) e, de uma forma mais geral, estimula a considerar a possível caracterização de uma categoria de normas que seriam especificamente incitativas (b).

(a) Normas jurídicas e incentivo

Foi reconhecido ao incentivo uma posição essencial para fazer a ligação entre as regras do direito e as ações. Tomando uma concepção ampla de incentivo, considera-se facilmente que todas as normas jurídicas¹⁴ podem ter um efeito de incentivo.

Na concepção de Austin sobre a regra do direito¹⁵, o efeito incitativo da regra do direito pode ser confundido em grande parte com o seu caráter obrigatório. A regra do direito é, de fato, considerada como prescrevendo um comportamento obrigatório acompanhada da ameaça de uma sanção. É então o medo da sanção que incentiva as pessoas a conformar-se à regra¹⁶. O caráter de incentivo da regra de direito distingue-se nitidamente da sua “obrigatoriedade”¹⁷ se, em uma perspectiva

¹⁴O efeito incitativo pode ser ligado a uma norma jurídica considerada individualmente (“norma incitativa”) ou, mais frequentemente, a um “dispositivo jurídico” composto por um conjunto de normas (“dispositivo” ou “processo” incitativo).

¹⁵J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, John Murray, 1832, especial. pp. 18-20.

¹⁶Sobre essas questões, v. H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2ème éd., 2005, especial. pp. 37-44.

¹⁷Sobre as várias dimensões da obrigatoriedade das nor-

mais sensível à diversidade das regras do direito positivo, considera-se que as regras do direito constituem modelos, “regras para a ação”¹⁸, “recursos para agir”¹⁹, sem que isso signifique que todas as regras tenham por objeto as ações (os objetos das regras são “os mais diversos”²⁰). Consideradas desta forma, as normas jurídicas produzem porém um efeito incitativo, naquilo que elas tendem a influenciar as ações. Efetivamente, a característica da regra jurídica é que é obrigatório de se referir a ela em certos contextos²¹. O efeito de incentivo da regra do direito vem então da antecipação pela pessoa de que as suas ações serão eventualmente avaliadas num certo sentido e que é então do próprio interesse da pessoa de se conformar à lei para evitar os inconvenientes (va-

mas jurídicas, v. P. Amselek, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in C. Thibierge (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 2009, pp. 3-11.

¹⁸ A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *Recueil Dalloz*, 1990, chron. XXXIV, p. 99.

¹⁹ A. Jeammaud, « Les règles juridiques et l'action », *Recueil Dalloz*, 1993, chron. LV, especial. p. 208.

²⁰ A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », loc. cit., especial. pp. 203 et ss.

²¹ “Quanto ao carácter obrigatório, na opinião de todos, do qual a regra do direito está investida, consiste naquilo que é obrigatório de se referir ao modelo que ela constitui para determinar como – na perspectiva do direito – as coisas devem ser. Salvo se confundirmos essa “obrigação” com o “dever ser” que expressa a relação do objeto concreto com o seu modelo (ou seja, a função instrumental de todo modelo visto do ponto de vista dos objetos que lhe são comparados), temos que admitir que ela tem a ver com o uso da regra e não a sua substância”: Groupe stéphanois de recherches critiques sur le droit, « Pour une réflexion sur les mutations des formes du droit », *Procès*, n° 9, 1982, especial. pp. 11-12.

riáveis) que a regra pode gerar ou, de uma forma mais prosaica, por causa do sentimento que o habita no sentido de ter sido juridicamente pego por ela. Nesse sentido, é possível dizer que a regra do direito incentiva a adoção de um comportamento por antecipação de um possível julgamento em conformidade com a regra. Essa análise permite considerar que o incentivo constitui a fonte de influência das regras do direito sobre o mundo social e que direito e incentivo não podem ser considerados como estrangeiros um para o outro²².

Assim concebida, a ação que se refere às regras é considerada da mesma forma para todas as regras do direito, não importa o objeto, sob o lema bastante impreciso do incentivo a respeitá-las. Por outras palavras, não é necessário distinguir dentre as regras de direito segundo o modo de ação que elas postulam: os dispositivos jurídicos são todos susceptíveis de influenciar as ações, e ser ditos incitativos neste sentido. Mas a elaboração de dispositivos incitativos no direito da proteção social não condiz com essa homogeneidade: certas regras jurídicas não são justamente e particularmente concebidas para ter um efeito de incentivo determinado, que as distinguiriam de outras normas do direito da proteção social? É então necessário

²² Comp. F. Eymard-Duverney, « Le droit du travail est-il soluble dans les incitations ? À propos d'un rapport du Conseil d'analyse économique sur les procédures de licenciement », *Droit social*, 2004, pp. 812-815.

refletir sobre a possibilidade de caracterizar, entre as normas jurídicas, algumas delas que poderiam especificamente ser chamadas de “incitativas”?

(b) Propostas para uma caracterização das “normas incitativas” no direito da proteção social

Ao considerar os dispositivos incitativos instituídos pelo direito da proteção social, parece que eles supõem a existência de um certo tipo de relação entre a norma e a ação. O que funda seu carácter incitativo é o fato que eles visam orientar as ações das pessoas utilizando de forma instrumental os recursos (supostos) de sua ação, especialmente a busca do interesse financeiro individual. Oferecendo uma vantagem financeira em contrapartida da adoção de um dado comportamento, a regra orienta a pessoa rumo a esse comportamento. O fato de governar pessoas é assim garantido não mais pela imposição de comportamentos apresentados como obrigatórios, mas pela orientação rumo à comportamentos em adequação com o interesse pessoal das pessoas. Em vez de impor as pessoas uma conformação ao modelo estabelecido (por exemplo, adicionando uma sanção), seus criadores se esforçam para garantir a eficiência futura ajustando a realização dos seus próprios fins aos elementos que guiam supostamente a ação espontânea das pessoas para quem o modelo é destinado.

As normas incitativas presentes no direito da proteção social se caracterizam então pela base que elas possuem na teoria da ação interessada. Essas regras são concebidas para combinar com as lógicas espontâneas de ação (supostas) desses atores. Podemos especificar alguns desses traços característicos.

Para começar, a concepção de agir que é pressuposta pela própria norma é aquela do indivíduo racional, agindo na busca do próprio interesse. As suas escolhas de ação são então necessariamente interessadas. Igualmente, em situação de informação ideal, não ocorrerá nenhuma hesitação sobre o sentido da ação a ser tomada. Em suma, o indivíduo visado pela regra é reputado como tendo um comportamento de um agente econômico racional. A concepção dos comportamentos individuais subjacente é a seguinte: “os indivíduos só obedecerão à regra de direito se eles tiverem interesse de fazer assim, e tentarão, em todos os casos, de minimizar os prejuízos que o direito impõe a eles”²³. Por conseguinte, uma regra bem concebida tem que levar em conta este mecanismo fundamental que é a orientação das pessoas com referência a uma regra do direito. Notamos que o uso das categorias da análise econômica clássica acerca do direito desloca-se e aprofunda-se nesta ocasião: não

²³ Van den Bergh 1996, cité par Th. Kirat, « La Law and Economics, le calcul et la règle », in A. Jeammaud et Th. Kirat (coord.), *Le droit et l'économie : quelles rencontres ?*, Lyon, Maison Rhône-Alpes des Sciences de l'Homme, colloque des 28 et 29 sept. 1998, p. 6.

se trata mais somente de avaliar ex post as regras do direito à luz da sua eficiência como o faz a análise econômica do direito, mas de construir dispositivos de ação que integram na sua própria concepção a racionalidade econômica existente em qualquer um²⁴.

Em seguida, a concepção das normas incitativas entende plenamente que a arquitetura normativa pode integrar-se nos mecanismos da ação individual muito mais do que coagi-la. A eficiência da regra não tem como objetivo a imposição de uma conduta dada sob coação, mas sim a sua arquitetura, que parece basear-se nos mecanismos espontâneos da ação. Nisso, as normas incitativas aparecem, no repertório do “paternalismo libertário”²⁵, ao lado dos dispositivos materiais²⁶, para provocar

ações baseando-se sobre o que as pessoas devem racionalmente querer. A ideia subjacente é que as regras incitativas devem poder conduzir os indivíduos a adotar certos comportamentos, não só pela brutalidade do exercício da coerção, mas explorando a suposta propensão de cada um a otimizar o próprio interesse financeiro.

Em terceiro lugar, as normas incitativas estão orientadas de forma explícita em direção a sua realização; elas só tem sentido se forem ligadas a uma finalidade. Elas se integram então em programas de ação, e constituem uma das modalidades desses últimos. Não é então estranho de achá-las como local principal nas políticas públicas (política de emprego, políticas de inserção...) ²⁷. Mas, em compensação, a difusão dessas normas nas políticas públicas informa sobre algumas evoluções que afetam essas últimas. As normas incitativas se concebem, sob o ângulo da legística, como instrumentos jurídicos que devem ser corretamente parametrizados para produzir os resultados esperados²⁸. O objetivo é, em suma, de conseguir que o interesse de cada um contribua para bem coleti-

²⁴É possível perceber a influência dos trabalhos de micro-economia relativos aos contratos incitativos, se esforçando para desenvolver arquiteturas contratuais que permitem orientar corretamente os comportamentos em situação de assimetria da informação. Para uma apresentação geral, v. P. Cahuc, *La nouvelle microéconomie*, Paris, La Découverte, coll. « Repères », 1998.?

²⁵Richard H. Thaler et Cass. R. Sunstein, « Libertarian Paternalism », *The American Economic Review*, vol. 93, n° 2, 2003, pp. 175-179 : “Na nossa opinião, uma política pode ser considerada paternalista se ela é escolhida com o objetivo de influenciar as escolhas das pessoas envolvidas de forma que seja vantajosa para elas”.

²⁶Ver o livro notável de Richard H. Thaler et Cass. R. Sunstein, *Nudge. La méthode douce pour inspirer la bonne décision*, Paris, Vuibert, 2010 [2008] : os autores descrevem dispositivos materiais (marcação no chão, formulários administrativos, arquitetura...) que suscitam comportamentos desejados com mais eficiência do que a edição de uma regra combinada com uma sanção. O livro pode ser útil para uma linha de pesquisa combinando psicologia, neurociência e Law & Economics.

²⁷Norberto Bobbio vê na difusão “de técnicas de incentivo que vem se adicionar ou se substituir às técnicas de desencorajamento” a marca da “ação do Estado social contemporâneo” (N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1998, p. 65).

²⁸Norberto Bobbio vê na difusão “de técnicas de incentivo que vem se adicionar ou se substituir às técnicas de desencorajamento” a marca da “ação do Estado social contemporâneo” (N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1998, p. 65).

vo. O movimento de racionalização das políticas públicas que se diz portador o Evidence-based policy legitima o impulso dado aos comportamentos individuais²⁹: é justamente porque as finalidades coletivas desejadas são fundadas sobre estudos objetivos e não sobre bases ideológicas que os comportamentos devem ser corretamente orientados por uma estrutura normativa incitativa adequada.

Em quarto lugar, o esforço para caracterizar as normas incitativas convida a levar em consideração o lugar que ocupam, respetivamente, a sanção e a recompensa. O incentivo supõe uma recompensa, uma vantagem? Inversamente, uma desvantagem ou um prejuízo podem ser analisados como um incentivo (negativo) ou esse último dissolve-se na sanção? Por outras palavras, o incentivo só é positivo ou a sanção é o seu lado negativo? Essas questões foram levantadas a propósito dos dispositivos de penalização dos pacientes que ficam fora do dispositivo de coordenação. Como o indica I. Vacarie, na convenção médica anterior, o paciente que tinha escolhido designar um “médico référent” – o que era facultativo – beneficiava de um reembolso idêntico àquele recebido pelos que não tinham feito a escolha, porém tinha a vantagem de não precisar adiantar as despesas³⁰. A atribuição

de uma vantagem simplifica a identificação de um incentivo e alguns autores não hesitaram em notar aqui “incentivos positivos para pacientes e médicos”³¹. Mas será que a atribuição de uma vantagem é um critério de identificação de uma norma incitativa³²? A questão tem pertinência em se colocar a respeito do dispositivo instituído em 2004 no qual o fato de não se prestar ao objetivo de coordenação dos tratamentos é antes de tudo fonte de desvantagem. Deve então ser chamado de sanção e não de incentivo? Segundo I. Vacarie, a perspectiva de uma desvantagem ao sair do percurso faz disso uma sanção clara³³, sem que seja excluída por isso a qualificação de incentivo, estando entendido que essa última é então considerada como “uma medida negativa de incentivo”³⁴.

De acordo com a nossa opinião, o incentivo não é o lado positivo da sanção. Essa ideia se divide em dois níveis: toda consequência legal positiva (vantagem) não é um incentivo (positivo);

³¹J.-J. Dupeyroux et alii, *Droit de la sécurité sociale*, 15ème éd., 2005, op. cit., n° 713.

³²Le Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit (sous dir. A.-J. Arnaud, 2ème éd., 1993) ajuda a entender uma tal concepção segundo o qual o incentivo é caracterizado pela atribuição de uma vantagem: V° “Incentivo”: “1. Técnica legislativa que consiste na instauração de uma norma incitativa para seguir um comportamento determinado, seja atribuindo consequências positivas a esse comportamento, seja estabelecendo condições favoráveis funcionando como motivações” (grifo nosso).

³³Neste sentido também: J.-J. Dupeyroux et al., *Droit de la sécurité sociale*, op. cit., n° 713.

³⁴I. Vacarie, « Les tensions entre le droit de la santé et le droit de la sécurité sociale », loc. cit., especial. p. 903.

²⁹Sobre essa relação, ver Th. Widmer, « The contribution of evidence-based policy to the output-oriented legitimacy of the state », *Evidence & Policy*, vol. 5, n° 4, 2009, pp. 351-372.

³⁰I. Vacarie, « Les tensions entre le droit de la santé et le droit de la sécurité sociale », *Revue de droit sanitaire et social*, n° 6, 2005, especial. p. 903.

inversamente, uma consequência legal negativa (sanção) pode ser um incentivo (negativo). Dito de outra forma, a atribuição de uma vantagem como a imposição de uma sanção pode ser incitativa. De fato, pensar as normas incitativas se referindo a uma teoria da ação (interessada) torna indiferente o caráter positivo ou negativo do incentivado. Concordamos aqui com o pensamento de Norberto Bobbio, que destaca o desenvolvimento da “função promocional” do direito. Um dos traços visíveis do sistema jurídico do Estado-providência pode ser achado, segundo ele, no “aumento das leis de incentivo, ou leis incitativas”³⁵ que utilizam a “técnica do incentivo, que consiste em promover os comportamentos”³⁶, enquanto uma ordem jurídica protetora-repressiva foca sobretudo em desencorajar certos comportamentos ao reprimi-los. Para tanto, essa função promocional pode ser garantida, segundo N. Bobbio, tanto por sanções positivas quanto por sanções negativas³⁷: “Mesmo se, de fato, as normas negativas costumam ser reforçadas por sanções negativas, e as sanções positivas são principalmente previstas e

aplicadas para reforçar as normas positivas, não existe nenhuma incompatibilidade entre normas positivas e sanções negativas de um lado, e normas negativas e sanções positivas de outro lado”.

Em quinto lugar, a concepção das normas incitativas reativa o debate clássico sobre o que significa obedecer ou desobedecer uma regra³⁸. A norma incitativa desenha, efetivamente, várias vias de ação igualmente possíveis (ex. consultar seu médico traitant ou consultar um outro médico), mas que não tem o mesmo valor racional. Nisso, a regra incitativa não pode ser violada pelos indivíduos cujo comportamento ela pretende controlar³⁹. Assim, o paciente que escolheria sair do percurso coordenado dos tratamentos não violaria propriamente falando a regra e não transgrediria nenhuma proibição. No máximo, não iria beneficiar de uma vantagem (ou teria o risco de uma sanção) que teria sido racional de desejar (ou evitar). Não poderia ser acusado de nada mais. Por tudo isso, a regra incitativa somente tem distinção da regra su-

³⁵N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, préc., p. 75.

³⁶Ibid. eod. loc.

³⁷Ibid, p. 68 : “é importante não confundir, de uma perspectiva analítica, a distinção entre normas positivas e normas negativas, e aquela entre sanções positivas e sanções negativas. Para utilizar termos mais comuns, a distinção entre comandos e proibições é diferente daquela que faz a distinção entre recompensas e castigos. As duas distinções não se sobrepõem”.

³⁸Para ter uma noção, ver Ph. Coppens, *Normes et fonction de juger*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1998, spéc. pp. 185-209, que discute as teses formuladas por Wittgenstein nas Investigações filosóficas.

³⁹A violação da regra é porém concebível da parte do organismo encarregado de estabelecer as consequências relativas ao comportamento do indivíduo visado pela regra. Assim, o organismo da Previdência Social que não versaria o nível de reembolso correspondente ao percurso do tratamento violaria sim a regra. Mas este não é o comportamento desse organismo que é visado pela regra, mas o do segurado (seguir o percurso coordenado do tratamento).

pletiva pelo julgamento dos valores que incide sobre a escolha de não seguir a regra: enquanto é um verdadeiro direito de opção pela regra supletiva⁴⁰, é uma escolha irracional pela regra incitativa.

AS CONSEQUÊNCIAS DOS PROCESSOS INCITATIVOS SOBRE A LÓGICA REDISTRIBUTIVA DO DIREITO DA PROTEÇÃO SOCIAL

Apesar de não ser fácil enunciar os traços distintivos de um dispositivo incitativo em comparação às formas tradicionais de regulamentação, há uma certeza absoluta: um dispositivo incitativo opera uma articulação original de aspectos individuais e coletivos de uma regulamentação. De fato, trata-se, para a autoridade pública que adota a regra incitativa, de alcançar um objetivo de natureza coletiva por via de uma influência sobre os comportamentos individuais dos atores. Reportadas ao objetivo da redistribuição, os incentivos visam então satisfazer essa finalidade influenciando os comportamentos individuais. Avaliar a eficiência desses dispositivos não é uma tarefa fácil para os juristas. Assim a tentativa se importa mais em realçar as incidências desses dispositivos sobre o ordenamento jurídico que sustenta a lógica de redistribuição do direito da proteção social.

⁴⁰E, de uma forma mais geral, para os direitos disponíveis: P. Deumier, « La force normative optionnelle », in C. Thibierge et alii., *La force normative. Naissance d'un concept*, op. cit., pp. 166-170. Aqui, iremos abstrair do fato que o exercício da liberdade individual, traduzida pela regra supletiva, é suscetível de ter diversos graus: C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, Paris, LGDJ, 2004, spéc. pp. 170 et s.

Uma grande parte dos especialistas da proteção social concorda em destacar o caráter coletivo do direito da proteção social, e especialmente do direito da previdência social. A noção de “regime”, que serve para designar os diversos ramos do seguro social, permite principalmente de distinguir esse último em comparação a um seguro privado. Assim, segundo J.-J. Dupeyroux, especialista francês do direito da proteção social, a noção de “regime” está ligada a uma lógica de redistribuição “possibilitando supostamente a aplicação de uma certa solidariedade entre os membros de um grupo”⁴¹. Um tal regime existe e opera uma verdadeira redistribuição se duas condições forem reunidas. Por um lado, a lógica redistributiva supõe que todos os membros do grupo sejam obrigados a contribuir ao fundo comum, independente da sua vulnerabilidade ao risco coberto pelo regime de Previdência social. Uma redistribuição se opera então entre os que são pouco vulneráveis ao risco protegido e os que são mais, em função da sua idade, das suas funções, do seu estado de saúde, etc. Por outro lado, a redistribuição só pode ser assegurada se as contribuições forem obrigatoriamente pagas ao mesmo organismo. Este último pode então operar uma (re)distribuição dos recur-

⁴¹J.-J. Dupeyroux, « Les exigences de la solidarité. Observations sur la désignation d'une institution déterminée pour la gestion d'un régime complémentaire de prévoyance », *Droit social*, 1990, p. 743.

tos entre os diferentes beneficiários. Se, ao contrário, os contribuintes dispõem de uma escolha dentro do organismo de gestão, a redistribuição não pode então se operar⁴².

Podemos ver através desta rápida apresentação que a lógica redistributiva do direito da seguridade social é baseada sobre mecanismos jurídicos de natureza coletiva, onde as pessoas beneficiam da redistribuição, menos como seres dotados vontade, menos como pessoa considerada na sua individualidade, que como pessoa pertencendo a uma classe de beneficiário. Continuando, as relações entre as pessoas e as instituições do direito da seguridade social não podem ser pensadas através das categorias geralmente usadas para analisar as relações jurídicas, conforme a do direito subjetivo⁴³ ou ainda do sinalagmatismo⁴⁴.

Efetivamente, o estabelecimento de dispositivos incitativos perturba essa arquitetura. Ela tem como consequência dois tipos de deriva. Por um lado, a pessoa não é mais considerada como um beneficiário, mas também como um agente possuidor de algumas características (1). Por outro lado, a jus-

tificação do benefício das prestações evolui por causa do efeito do estabelecimento de incentivos: a realização do risco não é mais suficiente, o beneficiário deve, diferentemente, adotar um comportamento que legitime o fato de receber prestações. A lógica redistributiva baseada no risco é subordinada a uma lógica baseada na necessidade (2). Juridicamente, esses dois movimentos poderiam ser traduzidos pela entrada de uma lógica contratual em um ramo do direito do qual estava excluída (3).

1) Do beneficiário ao ator (agente econômico)

De acordo com a arquitetura tradicional, a noção de “regime” de seguridade social permite delimitar um espaço de contribuição e de distribuição entre os indivíduos que compõem um grupo. A construção de um regime delimita então um espaço de solidariedade conforme as tipologias dos riscos e das exposições ao risco. Essa construção conduz a se referir a pessoa em função do seu pertencimento a um tipo social (crianças, trabalhadores, pessoa doente...) ⁴⁵, o qual justifica o benefício das prestações dadas pelo regime. São então os traços sociais da pessoa que são considerados para determinar a qualidade de beneficiário de um regime ⁴⁶.

⁴²Ibid.

⁴³A ruptura com as categorias de pensamento do direito civil se mostra necessária. Se a contribuição social condiciona o benefício de uma prestação, esse último não pode ser analisado como a contrapartida da primeira. Neste sentido, cf. L. Camaji, *La personne et la protection sociale*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2008, n° 369.

⁴⁴Ibid., n° 412.

⁴⁵J.-J. Dupeyroux, « Les exigences de la solidarité », loc. cit. especial. p. 743.

⁴⁶A escolha do termo “beneficiário” não é inocente. Foi preferida àquela de “titular” para destacar a singularidade da situação do segurado com relação às instituições da previdência social. O “titular” de um direito é um indivíduo livre

Os mecanismos incitativos perturbam essa construção naquilo em que são destinados aos beneficiários sem para tanto reduzi-los a tipos sociais. Pelo contrário, sua eficiência é baseada sobre a lógica de ação da pessoa considerada individualmente. Em vez de ser considerada somente como um tipo social, a pessoa é apreendida como um agente⁴⁷. Conforme demonstrado pelos exemplos anteriores (o médico traitant, a ativação das políticas do emprego), somente o pertencimento ao grupo não é mais suficiente: o indivíduo surge. Ou melhor, é a ideia de ator que aparece aqui. Por conseguinte, as normas não são mais somente construídas em função dos tipos sociais, mas também dos modelos de ação⁴⁸.

2) Do risco à necessidade

Esses modelos de ação estão no centro dos incentivos. Nisso, eles modificam sensivelmente a justificação das prestações pagas pelo sistema de proteção social. Aqui ainda, uma avaliação do funcionamento tradicional do siste-

e voluntário; o “beneficiário” de um regime de prestações sociais é um tipo social. Um exemplo pode facilmente ilustrar essa diferença. Uma das marcas desta qualidade pode ser encontrada no fato que quando se produz uma mudança de regime, os indivíduos não podem fazer valer o direito de manter a situação anterior; no máximo podem reivindicar o seu direito à previdência social. Cf. L. Camaji, *La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales*, op. cit., n° 12.

⁴⁷ Neste sentido, cf. I. Vacarie et alii, « Crise de l'Etat providence ou crise de la régulation économique ? Les leçons des réformes de l'assurance maladie », *Droit social*, 2008, p. 1103 et s.

⁴⁸ Sobre este ponto, cf. supra.

ma de proteção social permite identificar melhor o efeito induzido pelo estabelecimento de incentivos.

Tradicionalmente, a lógica de proteção social é aquela da cobertura contra um risco. Assim que o risco visado acontece, os beneficiários do regime podem pretender ao pagamento de uma prestação. Dito de outra forma, a justificação do benefício da prestação assim que do valor da prestação reside na ocorrência do risco. Quando, o valor da prestação (no caso do médico traitant) ou até o próprio benefício da prestação dependem da adoção, pelo beneficiário, de atitude encorajada pelo dispositivo incitativo, a própria lógica do sistema fica perturbada. Por que, sem parecer, os incentivos são portadores de uma lógica de cobertura baseada na satisfação de uma necessidade⁴⁹. De fato, o incentivo é baseado sobre a propensão de cada indivíduo agir para satisfazer as suas necessidades, especialmente as necessidades financeiras: a necessidade de ver as despesas médicas serem reembolsadas corretamente no âmbito do dispositivo do médico traitant, a necessidade de um rendimento de substituição no âmbito das políticas de ativação do mercado de trabalho⁵⁰. Em reciprocidade

⁴⁹ Segundo uma apresentação clássica, enquanto o direito da previdência social cobre os riscos sociais, o direito da assistência social obedece a uma lógica de necessidade. Neste sentido, a necessidade refere-se a um estado de necessidade (J.-P. Chauchard, « Les nécessaires mutations de l'État Providence : du risque social à l'émergence d'un droit-besoin », *Droit social*, 2012, p. 138).

⁵⁰ Podemos ver aqui que a palavra “necessidade” tem menos a ver com um estado de necessidade do que com uma situação que constitui um motor interno da ação.

dade, se o indivíduo não reage ao incentivo, não seria o sinal que a prestação paga não corresponde para ele a uma necessidade? Assim, a própria lógica de um dispositivo incitativo se baseia sobre a lógica da necessidade.

Além disso, segundo os seus criadores, um dispositivo incitativo permite isolar, dentre os beneficiários, os que realmente se encontram em necessidade. Tal é o caso dos demandantes de emprego que, não recebendo propostas razoáveis de emprego, possuem verdadeiramente necessidade de rendimentos de substituição.

Uma parecida interferência da lógica da necessidade ressurgue sobre o objetivo da redistribuição. Alguns falam que a primeira permite alcançar à segunda, na medida em que as despesas se encontram concentradas em direção dos beneficiários que necessitam. Ainda faz-se necessário entender sobre o que significa esse último termo. A substância da necessidade não é dada, pelo contrário. Mais ainda, através dos dispositivos incitativos, o direito contribui a distinguir o que, dentre as aspirações dos indivíduos, diz respeito a necessidade e aquilo que a ultrapasse. Não é de fato a lógica que preside a determinação do caráter razoável de uma oferta de emprego? A proposta razoável de emprego é aquela que corresponde ao que o demandante de emprego pode legitimamente esperar. Há então um lado jurídico na determinação de uma necessidade. Da determinação do risco àquela da necessidade:

essa é a deriva produzida pelo estabelecimento dos dispositivos incitativos.

3) Do estatuto à adesão individual

Beneficiário e risco: ao lado deste binômio fundador da lógica redistributiva do direito da previdência social, posiciona-se, sob o efeito do estabelecimento de dispositivos incitativos, a dupla ator-necessidade. Jurídica, a emergência desta segunda dupla se traduz pelo recurso às técnicas contratuais. Tal recurso não é natural, o direito da proteção social se baseando sobre a rejeição dos mecanismos contratuais. Tradicionalmente, é muito mais o estatuto de trabalhador⁵¹, assim que o pertencimento familiar, que desencadeiam a implementação dos mecanismos redistributivos. Os mecanismos incitativos marcam a volta do contrato em um espaço de onde a lógica contratual tinha sido descartada. De fato, a implementação de mecanismos incitativos supõe, frequentemente, uma vontade da adesão individual manifestada pela assinatura de documentos. A natureza contratual desses compromissos é discutida. Assim, o segurado que escolhe o seu médico traitant assina um contrato com ele? Da mesma forma, podemos considerar que os dispositivos que condicionam o benefício dos seguros de desemprego à adesão a um programa de busca de emprego tem uma natureza contratual? Responder a essas perguntas não é fácil, porque prevalece, no

⁵¹Sobre o benefício dos seguros sociais aos trabalhadores: v. B. Palier, *Gouverner la sécurité sociale*, PUF, 2002, p. 75 et ss.

direito de proteção social, a lógica estatutária⁵². Se é difícil afirmar que os segurados assinam verdadeiramente um contrato, os dispositivos incitativos sempre supõem um ato de adesão individual. A incitação supõe uma motivação⁵³; essa passa necessariamente por uma implicação pessoal dentro do dispositivo incitativo; mesmo se esse fosse estabelecido pela lei ou por uma convenção de seguro desemprego ou uma convenção médica. A noção de “contrato pedagógico”⁵⁴ ilustra bem essa ideia: se o “contrato” se limita a lembrar obrigações legais, ele também representa um suporte favorável ao comprometimento da pessoa.

Olivier Leclerc

Chercheur au Centre de Recherches Critiques sur le Droit (CERCRID, UMR 5137).

Tatiana Sachs

Professora à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense.

⁵²Neste ponto, cf. a controversa, notadamente contenciosa, sobre a natureza contratual (ou não) da convenção assinada entre um desempregado e o organismo encarregado de ajudá-lo na busca de um emprego (Pôle emploi). Em um acórdão do 31 de janeiro de 2007 (Boletim Civil V, nº15), o tribunal de segunda instância (Cour de cassation) fez prevalecer uma lógica estatutária. Neste sentido, X. Prétot, « L'intangibilité des droits aux prestations de l'assurance-chômage ou les recalculés en cassation », *Droit social*, 2007, p. 403 et s.

⁵³Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit, vº « Incentivo ».

⁵⁴J. Rochfeld, « Le PARE et les virtualités du contrat pédagogique », *Revue de droit des contrats*, nº 2, 2005, p. 257 ; J. Rochfeld, « La contractualisation des obligations légales : la figure du “contrat pédagogique” », in M. Xifaras et G. Lewkowicz (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2009, pp. 294-308.