

**REGULAÇÃO
E DESENVOLVIMENTO**
NOVOS TEMAS

•
CALIXTO SALOMÃO FILHO
(Organizador)

ALBERTO DO AMARAL JR.
CARLOS PORTUGAL GOUVÊA
SHEILA CHRISTINA NEDER CEREZETTI
VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO

DIREITO COMERCIAL
BIBLIOTECA

**MALHEIROS
EDITORES**

6.2.3	<i>Os segmentos de listagem da BM&FBovespa: a opção pela via contratual</i>	201
6.3	Acesso ao mercado de capitais: regulação que abre portas	205
6.3.1	<i>A indispensável transparência</i>	206
6.3.2	<i>Lidando com a concentração do poder econômico</i>	210
6.3.2.1	<i>Ativismo acionário e resguardo do desinvestimento</i>	212
6.3.2.2	<i>Restrição a condutas abusivas: garantia de separação de interesses entre condutor e conduzida</i>	215
6.3.3	<i>Abertura do mercado para novos emissores</i>	220
6.4	Conclusão	228
	Bibliografia	229

Prefácio

Passados 10 anos da edição da primeira série sobre regulação e desenvolvimento,¹ a tarefa de reunir estes novos temas não é simples.

Matérias então em discussão não parecem tão relevantes agora. De outra parte, novos temas surgem, ligados a necessidades presentes. Ao mesmo tempo, permanece um núcleo de problemas constantes, particularmente em tema de desenvolvimento, que merece contínua análise e preocupação.

Assim, a um grande esforço de reformulação deve somar-se outro com a atualização. No caso das discussões a respeito de regulação e desenvolvimento, não parece haver dúvida da entrada em cena, na última década, de uma preocupação central: o *meio ambiente*. De outro lado, permanece sempre necessário atualizar e reforçar um dos núcleos duros da discussão sobre desenvolvimento, já objeto da outra edição: o *amplo acesso a bens e serviços*, sobretudo os de interesse social.

Não é mais possível imaginar um processo de desenvolvimento que não garanta a sobrevivência da espécie, hoje nem mais no longo, mas sim no curto e médio prazos. Na verdade, a questão do meio ambiente exige reflexões sobre um problema muito mais geral, que é o da escassez de recursos naturais e, mesmo, recursos em geral. É essa escassez, gerada pela contínua atividade produtiva humana, que torna e tornará a questão ambiental tão dramática.

É ela, ao mesmo tempo, que faz com que a problemática do desenvolvimento passe a exigir ainda mais atenção em torno de problema clássico, qual seja, o do *acesso*. Bens escassos exigem uma regulamentação do acesso muito mais complexa e bem-estruturada que a determina-

1. Calixto Salomão Filho (Org.), *Regulação e Desenvolvimento*, São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

da pelo mercado. Temas antes não tratados em sede regulatória – como o direito de propriedade, por exemplo – passam a ser centrais para a organização da vida em sociedade. Rediscutir a propriedade, e rediscuti-la em termos estruturais, para modificá-la (redefinindo-a, quando necessário estruturalmente, como será o caso quanto aos bens comuns), passa a ser importante para o processo de desenvolvimento.

Para tratar de todas essas questões, o livro foi dividido em duas partes, seguindo mais ou menos a linha definida na obra anterior: uma primeira parte de fundamentos e uma segunda com questões aplicativas.

Na primeira parte, o primeiro artigo (Capítulo 1), de minha autoria, pretende dar guarida a essas preocupações. Mantido e atualizado o núcleo do artigo constante da edição da primeira série de temas, a ele adicionaram-se preocupações jurídico-estruturalistas, em especial com a propriedade dos *bens comuns* e seus efeitos sobre o desenvolvimento econômico e social e a proteção do meio ambiente. Dado o caráter bastante teórico desse primeiro trabalho, pareceu-me necessário incluir outro, mais concreto e aplicativo, em que se propõe uma regulamentação (da empresa) para o desenvolvimento (Capítulo 2).

É importante fazer duas relevantíssimas observações em relação a esses dois primeiros trabalhos do livro (Capítulos 1 e 2).

A primeira observação diz respeito à imperiosa necessidade, para qualquer teoria crítica (como a que se pretende elaborar nesta sede), de discutir teorias econômicas ou teorias jurídicas com as quais não se concorda. Aquele que não as analisa para depois poder criticar, acaba por facilitar a aceitação das mesmas teorias econômicas com as quais não concorda. O silêncio acaba por ser identificado à falta de compreensão e não à negação. Parece, portanto, imprescindível enfrentá-las, discutindo e criticando seus pressupostos em termos jurídicos, exatamente para garantir que o raciocínio crítico em bases jurídicas não permaneça um raciocínio isolado do debate das ciências sociais como um todo, por não se dispor ele mesmo ao debate.

É o que se procurou fazer no Capítulo 1 em relação especialmente às teorias econômicas neoclássicas e neo-institucionalista aplicadas ao desenvolvimento. Pareceu preciso primeiro desmistificá-las, então criticá-las para, finalmente, construir sob a base dessas críticas o raciocínio jurídico que se pretende transformador (essa sim é uma pretensão assumida, espero que sem exagero, do autor destas linhas), i.é, o neo-estruturalismo jurídico.

A segunda observação é que a regulamentação proposta no artigo constante do Capítulo 2 se refere a mudanças estruturais no funcionamento da empresa. Não inclui, portanto, questão fundamental para reflexão sobre direito e desenvolvimento, qual seja: *o funcionamento e o papel do Estado*. Essa tarefa, bem mais complexa, é deixada para discussões específicas de diferentes setores de interesse econômico-social, feitas por alguns trabalhos (de autores convidados) constantes da segunda parte do livro – como o do saneamento básico e propriedade agrária, por exemplo – e outras que se farão em edições por vir.

Ainda na primeira parte pareceu também necessário discutir os aspectos de direito internacional da correlação entre direito, desenvolvimento e meio ambiente. A realidade de internacionalização das economias torna a perspectiva internacional imprescindível para a verdadeira compreensão dos problemas. Para tanto, convidei o professor Alberto Amaral Jr., eminente internacionalista, que tem tratado dessas questões e se destacado como uma voz progressista no Brasil em um ambiente doutrinário de direito internacional cercado de conservadorismo.

Na segunda parte incluíram-se artigos de destacados doutores pela USP, que trabalham em campos e questões concretas relacionados à regulação e ao desenvolvimento e que têm no acesso uma preocupação central. Os dois primeiros artigos, dos Drs. Vinícius Carvalho e Carlos Portugal Gouvêa, referem-se a questões socialmente relevantíssimas. Seus artigos tratam, respectivamente, da melhor regulamentação para acesso ao saneamento básico e à propriedade agrária.

O último artigo, da Dra. Sheila Cristina Neder Cerezetti, trata de problema que, ainda que não ligado a indicadores sociais, é também economicamente relevante: o acesso ao mercado de capitais. A importância econômica de tais mercados exige um acesso mais amplo, sob pena de aumento ainda maior da concentração de renda, informação e interesses, passíveis de criar “bolhas” e estimular crises econômicas e sociais graves como as recentes. O efeito sistêmico de tal discussão está longe, portanto, de ser socialmente irrelevante. Aliás, é mais que hora de introduzir, nas discussões sobre desenvolvimento, preocupações com o funcionamento do mercado financeiro e de capitais. O (mal) funcionamento atual do mercado financeiro, concentrador de renda e limitador das possibilidades de crescimento econômico (basta ver as discussões semanais sobre taxas de juros), é importante freio ao desenvolvimento econômico e social. É imperioso, então, refletir sobre o mercado de capitais, um mercado de capitais com amplo acesso, que ofereça a empresas

e aplicadores, respectivamente, alternativas para capitalização e poupança – e que, portanto, se transforme em real alternativa a nosso mercado financeiro superdimensionado.

Espera-se que essas reflexões consigam ao menos continuar a “jogar a pedra na direção certa”, como se imaginou desde a publicação do primeiro volume desta série, citado, estimulando discussões e críticas ao quanto dito, ao mesmo tempo em que mantêm as questões em evidência.

CALIXTO SALOMÃO FILHO
Dezembro de 2011

I – FUNDAMENTOS E REFLEXÕES GERAIS

1. *Regulação, Desenvolvimento e Meio Ambiente – CALIXTO SALOMÃO FILHO*
2. *Regulamentação da Atividade Empresarial para o Desenvolvimento – CALIXTO SALOMÃO FILHO*
3. *O Desenvolvimento Sustentável no Plano Internacional – ALBERTO DO AMARAL JR.*

Regulação, Desenvolvimento e Meio Ambiente

CALIXTO SALOMÃO FILHO

1.1 Introdução: a concepção econômica tradicional sobre o desenvolvimento. 1.2 As ideias básicas desenvolvimentistas: 1.2.1 As principais teorias e seu destino – 1.2.2 Elementos das análises econômicas úteis para a construção jurídica. 1.3 A concepção jurídica do desenvolvimento: 1.3.1 Fundamentos e princípios básicos – 1.3.2 Princípios desenvolvimentistas na Constituição – 1.3.3 Princípios regulatórios desenvolvimentistas: 1.3.3.1 Desenvolvimento e redistribuição – 1.3.3.2 Desenvolvimento, difusão do conhecimento econômico e acesso através da regulação – 1.3.3.3 Desenvolvimento e cooperação: (a) A cooperação como escolha individual – (b) Condições para a cooperação – (c) Papel do Direito no impulso à cooperação – (d) Características regulatórias – (e) Cooperação e teoria do conhecimento econômico – 1.3.4 Novo estruturalismo jurídico e desenvolvimento econômico. 1.4 Regulação, desenvolvimento e meio ambiente: 1.4.1 A insuficiência da dicotomia bem privado/bem público e a ideia de bens comuns – 1.4.2 Bens comuns e meio ambiente – 1.4.3 Alternativas de intervenção estrutural: 1.4.3.1 Apropriação: regulação e cooperação descentralizadas – 1.4.3.2 Utilização: conexão entre produção e consumo. 1.5 Conclusão. Desenvolvimento e proteção ao meio ambiente: uma compatibilização necessária e possível.

1.1 Introdução: a concepção econômica tradicional sobre o desenvolvimento

É desnecessário repetir que recentemente a teoria econômica tem sido excessivamente influenciada por matrizes teóricas econômicas anglo-saxãs. A consequência mais grave disso se faz sentir exatamente naqueles ramos que devem tratar de problemas estranhos às preocupações econômicas do mundo saxão. A teoria do desenvolvimento é um excelente exemplo.

Considerada problema menor se comparado à discussão sobre o funcionamento mais eficiente e produtivo do mercado (questão, de resto, típica de economias desenvolvidas), a questão do desenvolvimento é discutida em geral apenas na teoria macroeconômica e normalmente entendida como consequência necessária e natural do funcionamento do mercado nos moldes neoclássicos.¹ Razão teórica para isso está, entre outros fatores, na estagnação e no conformismo durante todo o século XX da teoria da escolha social com o teorema de Pareto, segundo o qual o melhor resultado para a sociedade é obtido através do aumento da riqueza total, sem considerações redistributivas. Sendo esse o resultado, realmente não há razão por que descrever da capacidade do mercado de resolver todos os problemas econômicos, inclusive o do desenvolvimento.

Interessante é notar que mesmo a discussão econômica crítica ao neoclassicismo nesses Países respeita e segue as premissas neoclássicas. Isso não faz desaparecer seu interesse para as discussões sobre o desenvolvimento, mas sem dúvida torna-a mais distante da realidade econômica e social (subdesenvolvida) em que deve ser aplicada.

Na literatura econômica dominante podem ser distinguidas três diferentes linhas com algum grau de crítica ao neoclassicismo.

A primeira delas critica o modelo, mas não os pressupostos e sequer o método da teoria neoclássica. São os chamados *teóricos das imperfeições de mercado*. O objetivo desses estudiosos não é negar o mercado e o método de sua análise. Procuram apenas identificar suas falhas ao nível macro ou microeconômico, para evitá-las ou eliminá-las. Apesar de ser crescente o número desses teóricos, eles não podem ser considerados uma real dissidência metodológica da escola neoclássica.²

Um segundo grupo, cada vez mais influente, é aquele que, novamente sem negar os pressupostos ou o método neoclássico, procura identificar novos campos de estudo que impedem o bom funcionamento dos mercados. Trata-se da difundida escola da chamada *nova economia institucional*. E o campo de estudo escolhido por essa escola é o das instituições sociais. Apesar da inegável importância e da originalidade

1. Exemplo eloquente dessa tendência está no trabalho de T. Schultz sobre a pobreza e a teoria do desenvolvimento, onde o autor procura explicá-la com base na análise neoclássica tradicional – trabalho, de resto, agraciado com o Prêmio Nobel (cf. T. Schultz, *The Economics of Being Poor*, Cambridge, Blackwell, 1993).

2. Cf., entre eles: G. Akerlof, "The market for lemons: quantitative uncertainty and the market mechanism", *The Quarterly Journal of Economics* 84/480 e ss.

desses estudos, eles continuam a se inserir na proposta metodológica neoclássica. Isto porque o objetivo principal do estudo das instituições é diminuir os chamados custos de transação, permitindo que as transações de mercado fluam mais naturalmente. Dentre os estudiosos dessa linha, o que sem dúvida mais se destaca é D. North, que vincula desenvolvimento econômico ao desenvolvimento das instituições.³

Um terceiro e último grupo é formado por economistas que, trabalhando individualmente, se dedicaram a temas envolvendo questões de pobreza e desenvolvimento e que procuram pôr em destaque a importância dos valores dentro da teoria econômica. O trabalho mais importante dessa linha é, sem dúvida, o de A. Sen, que põe em xeque a própria teoria da escolha social dominante, duvidando da possibilidade de definir *ótimo social* apenas em função do aumento de riqueza total e propugnando por uma revisão ética do conceito de racionalidade econômica.⁴

Tanto a teorias de North quanto a de Sen ressaltam pontos importantes, que devem ser levados em conta em qualquer discussão desenvolvimentista. Ambas pecam, no entanto, por buscar uma explicação unitária no espaço e no tempo para os fenômenos de desenvolvimento econômico e, portanto, sob variados matizes, sugerirem soluções também unitárias para o desenvolvimento.

Hoje não há mais dúvida, graças em grande parte às brilhantes contribuições desses autores, que processos de desenvolvimento dependem de instituições e valores. A grande pergunta que resta, não respondida por esse autores, é em que sentido devem apontar essas instituições e valores. North, após analisar as várias formas pelas quais as instituições conformam, modificam e determinam o comportamento econômico, sugere como modelo instituições que diminuam custos de informação e transação, permanecendo preso, portanto, ao ambiente (neoclássico) em que se deu sua formação econômica.⁵ Já, Sen claramente se aparta dessa tradição, buscando inserir valores éticos no raciocínio econômico.

3. D. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

4. Vários são os trabalhos de A. Sen que poderiam ser citados. Em matéria de racionalidade e moralidade destacam-se, sobretudo: "Choice, ordering and morality", in *Choice, Welfare and Measurement*, Oxford, Blackwell, 1997, pp. 74 e ss., bem como o mais recente *On Ethics and Economics*, consultado em sua tradução para o Português, *Sobre Ética e Economia*, São Paulo, Cia. das Letras, 1988.

5. Cf. D. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, cit, pp. 27 e ss.

Não é sua preocupação, no entanto – até por ser economista –, discutir em profundidade os valores específicos que devem dirigir o desenvolvimento.⁶ Mas o elemento central do pensamento de A. Sen sobre desenvolvimento permanece até hoje bastante vivo. Trata-se da ideia de *entitlements* (de difícil tradução, pois mistura capacidades jurídicas e econômicas).⁷ O conceito chama a atenção para o fato de que o verdadeiro desenvolvimento econômico e social não significa apenas (e nem primordialmente) crescimento econômico, e nem tampouco distribuição de renda. É necessário a *capacidade de acesso* a elementos importantes da cidadania social, como educação, saúde etc. Como se verá a seguir, essa constatação tem relevante influência sobre a afirmação do acesso como um valor importante na teoria jurídica do desenvolvimento.

A preocupação de presente estudo – exatamente por ser um estudo jurídico – é definir tais valores. Para defender sua primazia, parte, no entanto, de premissas diversas das assumidas acima pelos famosos economistas. Desde que se acredite que o fundamento de organização social é jurídico – baseado, portanto, em valores –, e não econômico, baseado em feitos ou resultados, uma conclusão é necessária. O desenvolvimento, antes que um valor de crescimento ou, mesmo, um grupo de instituições que possibilitem determinado resultado, é um processo de autoconhecimento da sociedade. Nesse processo a sociedade passa a descobrir seus próprios valores aplicados ao campo econômico. As sociedades desenvolvidas sob essa visão são aquelas que bem conhecem suas próprias preferências. Portanto, dar privilégio aos valores não significa substituir o determinismo de resultados da teoria econômica por um determinismo de valores preestabelecidos. Significa – isto, sim – dar prevalência à discussão sobre as formas específicas para cada socieda-

6. Em ambos os trabalhos supracitados é bastante evidente a preocupação do autor em desenvolver um método para inclusão do raciocínio moral na avaliação das utilidades individuais. Por essa razão, seu conceito de ética e moralidade é bastante simplificado, implicando basicamente a rejeição da busca exclusiva do autointeresse como critério de avaliação das utilidades individuais (cf. A. Sen, *Sobre Ética e Economia*, cit. pp. 94 e ss.).

7. A ideia é desenvolvida principalmente no seu livro *Desenvolvimento como Liberdade* (v. Capítulo 4, “Pobreza como Privação de Capacidades”, São Paulo, Cia. das Letras, 1999, p. 109 e ss.). Essa sua ideia foi fundamental para a crítica aos índices de desenvolvimento econômico e social baseados no PIB e em outros indicadores quantitativos de produto e renda *per capita* e levou à elaboração e utilização pela ONU do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) hoje largamente utilizado.

de de autoconhecimento e autodefinição das instituições e valores mais apropriados ao seu desenvolvimento econômico-social.

O que se quer dizer, em suma, é que, do mesmo modo que processos políticos têm como valores básicos aqueles que permitam conhecer a vontade dos eleitores, os processos econômicos devem ter como valores básicos o conhecimento das preferências econômicas dos agentes. Ocorre que para tanto é necessário introduzir no sistema duas outras características (instituições ou valores) básicas. É preciso, em primeiro lugar, que todos sejam capazes de exprimir suas preferências econômicas. É necessário, portanto, eliminar a exclusão do processo econômico. Em segundo lugar, é preciso que existam meios de transmissão dessas preferências. É necessário, então, que se eliminem valores ou instituições que impedem que isso ocorra.

Assim definido, o conceito de *desenvolvimento* passa a se identificar com um processo de conhecimento social que leve à maior inclusão social possível – portanto, algo que se poderia caracterizar como democracia econômica. Poder-se-ia, então, perguntar imediatamente o porquê da redução do conceito de desenvolvimento à ideia de democracia econômica. Por que colocar a existência de democracia econômica, no sentido supraexposto, ao centro da noção de desenvolvimento?

Para responder a esta questão, antes de tudo é importante deixar algo bem claro. É absolutamente falso imaginar que a existência de democracia política leva necessariamente à democracia econômica. O Estado cada vez mais fraco é cada vez menos capaz de transmitir ao mercado, através de sua atuação direta, preferências dos eleitores no campo econômico. O domínio econômico é cada vez menos controlável pela esfera política; ao contrário, com cada vez mais frequência a controla.

Se assim é, então, é preciso cogitar de princípios e valores que permitam controlar a esfera econômica sem depender necessariamente dos influxos da esfera política. Ora, isso só pode ser feito caso a esfera econômica se torne capaz, por si só, de identificar seus problemas e mudar seus destinos. Isso, por sua vez, só pode ser obtido em presença de um princípio de democracia econômica onde todos conhecem suas preferências e têm igual “direito de voto” no campo econômico. Isto é tudo o que não corre nas economias subdesenvolvidas. Isso é tudo o que a regulação da atividade econômica deve buscar.

Mas não é só. Essas observações revelam um outro dado importantíssimo. Trata-se da necessidade de uma regulação econômica preocupa-

da com a preservação de valores econômicos próprios daquele Estado ou Nação. Essa é outra consequência da preocupação com valores e outra divergência de fundo com a análise econômica tradicional. Inexistem resultados econômicos únicos que devem ser buscados e são mais convenientes em qualquer lugar do Planeta. Objetivos econômicos diversos podem levar ao desenvolvimento social, desde que perseguidos a partir de escolha social feita com democracia econômica – portanto, desde que se conheçam as melhores alternativas sociais e econômicas.

A conclusão é, portanto, que o conhecimento da melhor escolha econômica da sociedade é o valor fundamental para o processo de desenvolvimento. A teoria da escolha social tem de ser revivida, portanto, mas sob um enfoque absolutamente novo. Trata-se de propugnar por um absoluto relativismo dos resultados econômicos e levar adiante uma tentativa de descoberta dos valores próprios da sociedade que possibilitem seu conhecimento e sua transformação. Passa-se, então, de um determinismo econômico para um relativismo jurídico baseado em valores de democracia econômica.

Sendo essa a proposta, primeiro passo para qualquer estudo desenvolvimentista é descobrir problemas, estruturas e valores específicos das sociedades objeto de estudo. Daí por que o primeiro passo do estudo que se fará a seguir será revisitar a análise econômica da situação de subdesenvolvimento latino-americano – e brasileiro em particular. Esse tópico será, portanto, precipuamente analítico, limitando-se a estudar razões econômicas específicas para o subdesenvolvimento e obstáculos ao desenvolvimento. Ao contrário da análise neoclássica, não se procurará dar qualquer força preceptiva a essa análise.

Em seguida, em um momento já de construção jurídica, procurar-se-á sugerir, com base em valores socialmente aceitos, os fundamentos para uma construção regulatória capaz de permitir amplo conhecimento das preferências sociais.

1.2 As ideias básicas desenvolvimentistas

1.2.1 As principais teorias e seu destino

Uma das áreas da ciência econômica em que há maior, mais clara e mais original contribuição latino-americana é a análise das economias subdesenvolvidas e de seus problemas estruturais. As escolas latino-americanas trazem explicações que rivalizam fortemente com as explicações tradicionais para o subdesenvolvimento.

Várias e importantes são as resenhas sobre o pensamento desenvolvimentista latino-americano no século XX.⁸ Com certas variações, todas elas convergem para a identificação de duas grandes linhas desenvolvimentistas na América Latina. De um lado, a linha econômica, caracterizada pelo histórico estruturalismo cepalino. De outro, a linha sociológica, caracterizada pelo politicismo da teoria da dependência. Uma terceira linha é a já mencionada linha anglo-saxã, que vê a discussão sobre o desenvolvimento como um subtópico da discussão sobre as instituições.

A título introdutório, mais relevantes que o detalhamento de cada uma são o fundamento e o destino respectivo – aspectos extremamente elucidativos de seu conteúdo.

A primeira tornou-se o grande marco do pensamento cepalino, a separá-lo da linha neoclássica hoje dominante. Seu fundamento e sua peculiaridade maior estão na crença na existência de diferenças estruturais nas economias subdesenvolvidas, decorrentes do processo histórico de evolução econômica internacional, que tornam seus problemas peculiares. Segundo seus defensores, é impossível, portanto, imaginar que a mesma teoria econômica aplicável aos Países desenvolvidos seja adaptável aos demais. O subdesenvolvimento não é uma fase do desenvolvimento, mas uma estrutura determinada pelo processo do desenvolvimento industrial do sistema capitalista.⁹

8. A título exemplificativo, citam-se duas obras organizadas por R. Bielschowsky: *Pensamento Econômico Brasileiro – O Ciclo Ideológico do Desenvolvimento*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Contraponto, 1996, e a coletânea, *Cinquenta Anos de Pensamento na CEPAL*, Rio de Janeiro, Record, 2000.

9. Dentre as várias criações do pensamento cepalino destacam-se as obras de R. Prebisch e C. Furtado. Do primeiro: “O desenvolvimento econômico na América Latina e alguns de seus problemas principais”, in *Cinquenta Anos de Pensamento na CEPAL*, Rio de Janeiro, Record, 2000, p. 69. Do último: “Desenvolvimento e subdesenvolvimento”, in *Cinquenta Anos de Pensamento na CEPAL*, cit, p. 239, e o clássico *Formação Econômica do Brasil*, São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1986. Por trás da análise histórica extremamente acurada e crítica e da correta percepção dos entraves estruturais do desenvolvimento, Furtado desenvolve um determinismo que marcará sua obra. Convencido da impossibilidade de superar os determinantes internacionais do subdesenvolvimento, Furtado desenvolve um certo pessimismo, parecendo atribuir um eterna função periférica às Nações não beneficiadas pelo sistema internacional de trocas. A escola histórico-estrutural, ainda que, seguindo a sorte da teoria econômica do desenvolvimento em geral, tenha sido preterida no meio acadêmico econômico (inclusive brasileiro) em prol da teoria neoclássica (e suas variações), fez seguidores de peso. Apenas para mencionar dois discípulos diretos de Furtado, cf. M. da Conceição Tavares, *Acumulação de Capital e Industrialização*

Note-se que essa afirmação, de caráter fortemente determinista, é reflexo da origem economicista da teoria. Ainda que, ideologicamente, completamente afastados dos neoclássicos e bem mais atentos à realidade que aqueles, compartilham com aqueles a plena crença em esquemas lógico-formais de raciocínio econômico. Daí porque o determinismo e o pessimismo na crença da imutabilidade das estruturas (historicamente determinadas e invariáveis).

É da crítica a esse pessimismo que deriva a segunda linha de evolução teórica. Trata-se da chamada *teoria da dependência*, que procura identificar os determinantes políticos internos da dependência (termo que é usado em lugar de “subdesenvolvimento”). Com isso, pretende-se superar o determinismo da teoria do desenvolvimento. O problema é que, em lugar do determinismo econômico, insere-se forte decisionismo político, exatamente ao defender a forte influência das relações de poder locais sobre os modelos de dependência. Isso fez com que uma teoria inspirada (ao menos em princípio) na teoria marxista da História e em sua avaliação da relação estrutura/superestrutura acabasse, quando retirada de seu contexto histórico, permitido uma forte guinada neoliberal do Estado Brasileiro.¹⁰ Pouco importa indagar, e talvez seja incorreto afirmar que a teoria já era neoliberal em sua elaboração. O que importa é que o decisionismo político que está à sua base permite as mais díspares aplicações, e não há qualquer suporte ou ligação a valores de base, consequência direta do decisionismo político por ela propugnado.

Finalmente, a terceira linha não considera o desenvolvimento de um tópico específico de estudo. Este é um subproduto do estudo sobre as instituições. Seu principal formulador, North, critica duramente tanto a tradição cepalina quanto as teorias da dependência, afirmando que estas, ao ressaltarem a especificidade dos modelos subdesenvolvidos e pro-

no Brasil, Campinas, Editora UNICAMP, 1974, e J. M. Cardoso de Mello, *O Capitalismo Tardio*, São Paulo, Brasiliense, 1982. Esses dois últimos autores reforçam o papel da evolução histórica interna das forças de poder no processo de desenvolvimento (ou subdesenvolvimento) econômico.

10. Aqui, a referência principal é, sem dúvida, a obra de F. H. Cardoso e E. Faletto, “Dependência e desenvolvimento na América Latina”, in *Cinquenta Anos de Pensamento na CEPAL*, vol. II, Rio de Janeiro, Record, 2000, p. 495. A ligação entre o otimismo decisionista da ideia de desenvolvimento dependente associado e a guinada neoliberal do Estado Brasileiro comandada exatamente por um dos autores do famoso estudo não é casual, e é muito bem ilustrada em J. Fiori, “De volta à questão da riqueza de algumas Nações”, in *Estados e Moedas no Desenvolvimento das Nações*, Rio de Janeiro, Vozes, 1999, p. 11 (33).

pugnarem por modelos que eliminem traços estruturais da dependência, acabam, por vezes, por defender instituições que aprofundam essas diferenças estruturais.¹¹ Como se verá, essa afirmação tem algo de verdade. Ela se refere, no entanto, ao momento de construção institucional dessas teorias. Ocorre que esse não é e nem poderia ser o ponto de interesse dessas teorias para o presente estudo. A função das análises econômicas, como com frequência repetido, está exatamente na análise da realidade. É o momento analítico e não construtivo das escolas cepalina e da teoria da dependência que será, então, de ora em diante utilizado. A construção que se fará com base nesses dados econômicos recolhidos terá por base valores, sendo eminentemente jurídica.

1.2.2 Elementos das análises econômicas úteis para a construção jurídica

O embate entre deterministas da teoria do subdesenvolvimento, decisionistas da teoria da dependência e institucionalistas, a propugnar em polos opostos e com metodologias opostas os mesmos objetivos (desenvolvimento), põe a nu a inexistência de um modelo jurídico de desenvolvimento.

Só a introdução de valores pode minar o pessimismo determinista, iluminar o total relativismo do decisionismo e eliminar a crença nos resultados econômicos dos institucionalistas. Por outro lado, qualquer teoria jurídica desenvolvimentista que se preze não pode desconsiderar esses importantíssimos movimentos e estudos sobre subdesenvolvimento, dependência e instituições. Tem, ao contrário, muito a haver destes em matéria de método e análise da realidade. Há aí, portanto, uma relação duplamente virtuosa entre análise econômica e jurídica.

Pois bem. Da análise histórico-estrutural cepalina algumas conclusões podem ser retiradas. Duas delas merecem destaque, pela sua importância para a análise jurídica que se fará a seguir. Em primeiro lugar, sério obstáculo ao desenvolvimento nesses Países é o alto grau

11. Essa crítica é feita por D. North tanto à teoria da dependência quanto à teoria desenvolvimentista cepalina (v. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, cit, pp. 99-100). Ainda que isso tenha sido verdade em alguns casos, inclusive na fase desenvolvimentista brasileira, essa crítica não chega a macular as referidas teorias desenvolvimentistas. Como toda boa teoria econômica, deve ser analítica, e não preceptiva. Assim, sua falha preceptiva não elimina sua utilidade ou coerência analítica.

de concentração de poder econômico. Isso faz com que os fluxos de capital permaneçam fechados dentro de determinado setor econômico, não se espalhando pela economia, não gerando o efeito multiplicador de consumo e não permitindo o desenvolvimento. A segunda observação, tão útil quanto a primeira, é que o elemento dinâmico das Nações subdesenvolvidas em geral – e do Brasil em particular – está na demanda, e não em inovações no processo produtivo. Ao contrário dos Países desenvolvidos, que calcaram seu progresso em uma demanda (internacional) ilimitada e para os quais, portanto, o que importava eram as inovações de oferta, os Países subdesenvolvidos de hoje se veem diante de um sistema internacional de trocas desiguais.

Consequentemente, só o desenvolvimento da demanda pode impulsionar o progresso econômico desses Países. Ocorre que o desenvolvimento da demanda é tarefa de instituições jurídicas, e não de dogmas econômicos. O esgotamento do processo econômico de substituição de importações, que nada mais é que uma tentativa econômica de dar impulso à demanda,¹² deve-se também à falta de estruturas jurídicas para sustentá-la.

Essa conclusão nada mais faz que confirmar o que foi dito há pouco a respeito do conhecimento econômico. Em uma sociedade acostumada a ter suas preferências ou gostos definidos pela metrópole não existem formas naturais de pesquisa das preferências econômicas. Só o desenvolvimento da demanda interna permite, então, desenvolver esse processo de conhecimento, incluindo e chamando larga legião de pessoas a participar da escolha social.

Já, a conclusão da teoria da dependência dá-se, por assim dizer, por antonomásia. A bela demonstração da ligação entre as forças políticas da “periferia” e os interesses dos Países hegemônicos se esvanece ao cair a teoria, como já dito, num decisionismo político total. O relativismo moral e ético-econômicos das decisões com base nele tomadas tem consequências funestas para a ordem econômica. Os dados analíticos da teoria são extremamente úteis para a construção jurídica. Particularmente a ideia do desenvolvimento dependente associado, aplicada em Países caracterizados por enorme concentração de poder econômico,

12. A importância da demanda interna como moto propulsor do desenvolvimento é um dos elementos desenvolvimentistas centrais na visão de C. Furtado (“Desenvolvimento e subdesenvolvimento”, cit., in *Cinquenta Anos de Pensamento na CEPAL*, p. 260).

leva a uma enorme capacidade de influência desse poder nas decisões sobre os rumos regulatórios. O decisionismo político associado ao poder econômico cria um enorme risco de captura das instâncias políticas e regulatórias pelo poder econômico. É necessária, então, a clara definição de um substrato valorativo social capaz de limitar esse risco.

Enfim, da teoria institucional é possível retirar lição importante. Regras de convivência, sejam formal ou informalmente impostas, têm forte relevância para o processo de desenvolvimento. Elas devem ser também estudadas a essa luz. Novamente aqui é preciso repetir: isso não significa que a construção institucional deve ser feita em torno de um resultado econômico predeterminado a ser obtido através dessas instituições. Ao contrário, a busca do conhecimento econômico será o objetivo central.

Finalmente, da ideia dos *entitlements* de Sen é possível deduzir a centralidade do princípio do acesso para qualquer regulação preocupada com o desenvolvimento. Sem o acesso a bens e serviços essenciais é impossível considerar que exista realmente um processo coerente de desenvolvimento econômico e social.

1.3 A concepção jurídica do desenvolvimento

1.3.1 Fundamentos e princípios básicos

As teorias desenvolvimentistas, com sua análise diferenciada da realidade, requerem uma construção jurídica também adaptada à realidade específica do subdesenvolvimento.

Essa realidade específica exige a difusão forçada do conhecimento econômico. A razão está na própria análise econômica do subdesenvolvimento há pouco procedida. A existência de centros propulsores de desenvolvimento baseados na demanda (consumidores) não é compatível com concentração do conhecimento econômico.

Entenda-se, assim, que, particularmente nessas economias, desenvolvimento econômico só pode ser obtido pela difusão do conhecimento econômico. A formação do conhecimento econômico já é naturalmente difusa na sociedade. Consequentemente, é a concentração excessiva do conhecimento que leva a graves ineficiências alocativas.

Confrontada essa constatação com a existência de absoluta concentração de poderes estruturais em tais economias, o segredo para o desenvolvimento está exatamente em descobrir um método para eliminar

essas imperfeições estruturais através de ou fomentando a difusão do conhecimento econômico. Sendo essas imperfeições estruturais decorrentes exatamente da inexistência de processo de formação de conhecimento econômico e de escolha social próprios, o principal objetivo de uma teoria jurídica desenvolvimentista deve ser exatamente este.

É preciso revisitar o Estado moderno, para esmiuçar mais a fundo o que significa, sob esse novo enfoque, e qual a profundidade de seu papel regulatório em economias subdesenvolvidas. Nelas não parece haver dúvida sobre a necessidade de propulsão pelo Estado do processo de desenvolvimento. Não se trata, no entanto, da propulsão anticíclica do tipo keynesiano. É necessária uma propulsão apta a resolver ou minimizar os problemas estruturais dessas economias e ao mesmo tempo apta a difundir o conhecimento econômico. Será preciso, então, repensar o modelo jurídico de propulsão econômica estatal.

Dessas considerações emergem duas preocupações, uma de forma, outra de fundo. A preocupação de fundo estimula a indagar sobre os princípios que devem reger o esforço desenvolvimentista (na maneira supradefinida). Seguindo a concepção aqui defendida, estes são basicamente três, todos a um tempo instrumento e consequência da difusão do conhecimento econômico, acima defendida.

O primeiro princípio é, sem dúvida, o redistributivo. O resultado mais saliente e incontestável da análise histórico-estrutural é a convicção de que, nos Países subdesenvolvidos, alterações de demanda e não alterações no processo produtivo são os grandes elementos propulsores do crescimento. Consequentemente, não há justificativa para centrar a filosofia regulatória em torno da eficiência. Ela deve necessariamente ser direcionada precipuamente à redistribuição, única forma de expandir, de maneira estruturada e linear, o consumo pela sociedade. Ao fazê-lo, elimina também as ineficiências alocativas da concentração do conhecimento econômico, na medida em que expande a base de coleta de dados sobre preferências individuais.

É óbvio – e quase que dispensa menção – o fato de que, muito mais que instrumento para o desenvolvimento, a ideia de redistribuição integra o próprio conceito de desenvolvimento.¹³ É filosoficamente

13. É generalizada a adoção, hoje em dia, em estudos econômicos e até estatísticos, da distribuição de renda como critério para aferição do desenvolvimento (v. M. Wolfe, “Abordagens do desenvolvimento: de quem e para quê?”, in *Cinquenta Anos de Pensamento da CEPAL*, Rio de Janeiro, Record, 2000, pp. 715 e ss.).

impensável e historicamente errôneo imaginar que é possível dissociar desenvolvimento econômico e distribuição de seus frutos.

O mesmo deve ser dito em relação ao segundo princípio. Trata-se da diluição dos centros de poder econômico e político e consequente difusão de informações e conhecimento por toda a sociedade. Reconhecida como grande foco de dependência – para os dependentistas em função da ligação dos centros políticos de poder da periferia ao poder dos Países centrais;¹⁴ e para os estruturalistas em função da tendência estrutural à manutenção e à concentração da riqueza nos setores ligados ao poder econômico, sem difusão pela economia e sem produção de efeito multiplicador¹⁵ –, a definição dos centros de poder assume valor central em qualquer política desenvolvimentista.

Da outra parte, a difusão do conhecimento econômico é reconhecidamente forma mais adaptável à crítica e ao redirecionamento constante do processo desenvolvimentista no interesse específico de cada economia. A descoberta econômica e social proporcionada pela difusão do conhecimento só é possível caso se obtenha efetiva diluição dos centros de poder. É, portanto, outro dos objetivos centrais da construção jurídica desenvolvimentista.

Finalmente, o terceiro princípio – quase que ponto de chegada dos três anteriores – é o estímulo à cooperação. Não parece haver dúvida de que para que a esfera econômica possa se autocontrolar, com certo grau de independência da esfera política, são necessárias a introdução de princípios cooperativos na esfera econômica e a eliminação do individualismo exacerbado. Além disso, estruturas cooperativas também têm um efeito positivo sobre o processo de difusão de conhecimento, na medida em que, como se verá, permitem comparações interpessoais de utilidade direta.

1.3.2 Princípios desenvolvimentistas na Constituição

Problema já bastante antigo em matéria de princípios da ordem econômica está na aparente anodinia do texto constitucional, que, referindo-se a princípios por vezes absolutamente díspares (livre iniciativa e

14. F. H. Cardoso e E. Faletto, “Dependência e desenvolvimento na América Latina”, cit. in *Cinquenta Anos de Pensamento na CEPAL*, vol. II, pp. 511 e ss.

15. Cf., nesse sentido: C. Furtado, *Formação Econômica do Brasil*, cit. pp. 78 e ss. e 151 e ss.

justiça social), parece dar bem pouca orientação concreta à atuação dos agentes na ordem econômica.

A ideia de orientar o processo econômico no sentido do conhecimento das melhores opções econômicas pode auxiliar um pouco na resolução desse impasse. Sob a ótica da teoria jurídica do conhecimento econômico, todos os princípios do art. 170 da CF representam opções econômicas básicas oferecidas à sociedade, entre as quais deve haver a escolha. A doutrina mais abalizada com razão afirma que a definição por um ou por outro se dá na interpretação e aplicação concreta dos princípios, verdadeira revelação de seu conteúdo, onde devem ser levados em conta aspectos históricos, a considerar as necessidades sociais do País.¹⁶ Ora, isso corresponde nada mais nada menos que ao processo de conhecimento dos valores sociais, realizada pelo aplicador do Direito.

Ocorre que – e, neste ponto, a presente visão do processo de desenvolvimento econômico tem muito a contribuir – o aplicador não é representante legítimo da sociedade para as opções econômicas individuais. De um lado, não há eleição para a escolha dos aplicadores e, de outro, as escolhas econômicas realmente efetivas são aquelas realizadas por todos, sem intermediários.

O que se quer dizer é que em matéria econômica só a democracia direta, e não a representativa, é eficaz. Torna-se fundamental, então, que o processo de decisão econômica se expanda pela sociedade. É preciso permitir e incentivar a difusão do conhecimento econômico. Ora, se assim é, então, destaques devem ter os princípios constitucionais que permitam essa difusão. Esses princípios serão instrumentais à escolha de quaisquer outros dos princípios do mesmo art. 170, escolha que poderá ser feita desde que haja democracia econômica garantida por esses princípios.

Identificar esses princípios não é fácil, pois muitos podem ter, e têm, influência indireta nessa difusão de conhecimento. Na forma de tentativa, pode-se afirmar que aqueles ligados diretamente à consecução desse objetivo instrumental são a redistribuição (art. 170, VII) a difusão do conhecimento econômico (concorrência e defesa do consumidor – art. 170, IV e V) e a cooperação (art. 114, § 2º). Todos eles, de diversos pontos de vista, incluindo cidadãos na escolha econômica, impedindo que uns

16. Cf. E. Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 210.

possam unilateralmente determinar a escolha econômica de outrem ou permitindo o exercício de uma outra organização social não naturalmente conseguida pelas interações sociais, contribuem para que a escolha econômica se difunda e, portanto, para que o processo de concretização dos princípios do art. 170 se torne viável para toda a sociedade. Aí está a razão concreta para a concentração das atenções nesses três princípios.

1.3.3 Princípios regulatórios desenvolvimentistas

É hora, então, de passar à análise específica de cada um desses princípios.

1.3.3.1 Desenvolvimento e redistribuição

Se, com exagero de pretensão e sem apego à originalidade, alguém procurasse estabelecer uma trajetória histórica da intervenção do Estado no domínio econômico em sua era moderna (adotando-se como marco inicial a reafirmação do poder estatal na França revolucionária), poderia fazê-lo como segue. No início, e por mais de 100 anos, acreditou-se no Estado-polícia, cuja única função era proteger a liberdade econômica e política do particular. A esse Estado exageradamente liberal opõe-se o Estado da era keynesiana e dos comunismos revolucionários. De formas diversas esses Estados pretenderam ser os grandes gestores do sistema econômico. Não por acaso ambos os movimentos citados são macroeconômicos. Há, efetivamente, nesse período, que dura mais de 80 anos, uma concepção do Estado como gestor máximo, superior e distante do sistema econômico.

A época presente – à parte as acomodações iniciais de difícil percepção para observadores que vivem a história por eles próprios narrada – deverá ter outra característica. Parece haver consenso no sentido de que o Estado, como gestor distante e abstrato, não cumpre a contento suas funções. Isso não significa que é necessário diminuir a sua presença ou destituí-lo das funções.

Implica atribuir outra função, talvez até mais onerosa. Em vez de gestão abstrata e macroeconômica da sociedade, cumpre-lhe fazer algo que o particular e o mercado jamais farão. Incumbe-lhe *redistribuir*. É na redistribuição que deve ser identificada a grande função do novo Estado. Trata-se, portanto, de um Estado que deve basear sua gestão (inclusive do campo econômico) em valores, e não em objetivos econômicos.

Ocorre que, exatamente pelos problemas de gestão acima identificados, redistribuir está longe de ser tarefa exclusiva do direito tributário, como se acreditava nas antigas concepções de Estado (e ainda em grande parte se acredita). A função redistributiva deste ramo do Direito estará sempre presente, especialmente para suprir as necessidades daqueles setores geradores de externalidades sociais (saúde, educação etc.) cuja responsabilidade sempre deve ser estatal.

Mas não pode ser objetivo só deste ramo do Direito. Se o problema é de gestão, qualquer manual de administração (pública ou privada) indica que tanto mais eficiência haverá quanto mais proximidade do problema e especialidade houver na gestão. Ora, isso só pode ser obtido através de uma redistribuição setorial, e não apenas macroeconômica. O objetivo redistributivo é, então, também uma forma de dar eficiência ao Estado.

Ocorre que esse tipo de redistribuição só pode ocorrer se for também objetivo da regulação econômica. O que passa com frequência despercebido é que essa redistribuição pode ser feita de várias formas. Algumas das mais eficazes dessas conjugam instrumentos tributários setoriais com medidas regulatórias.

A redistribuição pode ser direta – como ocorre, por exemplo, quando a regulação exige dos grandes produtores ou monopolistas que estendam seus serviços a consumidores (ou candidatos a consumidores) que a eles não têm acesso. É o que se tem, ultimamente, chamado de *universalização de serviços*.

A universalização é, via de regra, não lucrativa, pois implica estender a rede até consumidores longínquos e sem poder aquisitivo. Por outro lado, a empresa privada não estará disposta a estender a prestação de serviços simplesmente pelas externalidades sociais positivas que apresenta. Em consequência, há características que o assemelham bastante aos problemas que levaram à identificação de setores não regulamentáveis, onde a intervenção direta do Estado é necessária.

Não por outra razão, como se verá, as principais propostas para resolução do problema de fornecimento universal baseiam-se exatamente em soluções estatais ou quase estatais. Particularmente apropriada para resolução desse tipo de problema é a utilização da figura – até hoje letra morta na Constituição Federal – da *contribuição de intervenção no domínio econômico* (art. 149, *caput*). Essa contribuição serve para dois objetivos. De um lado, cria um ônus adicional para setor ou empresas particularmente beneficiados por determinado serviço ou atividade. De

outro, financia a intervenção compensatória do Estado em determinada atividade ou até subsetor particularmente atingido.

Desse modo, a contribuição, em uma de suas formas mais eficazes, pode ter importante externalidade social positiva. Pode – e deve – contribuir para reequilibrar setores em que especiais condições de mercado criam benefício adicional para determinados agentes econômicos, em potencial detrimento dos demais concorrentes e dos consumidores. É exatamente o que ocorre na maioria dos setores em que há necessidade de regulação de monopólios formados a partir de redes. O titular de direitos sobre as redes parte de uma imensa vantagem inicial. Essa vantagem pode proporcionar lucros extraordinários. Esses lucros podem ser compensados tanto por uma obrigação direta de provimento de serviços a cidadãos sem poder aquisitivo, que não poderiam em condições normais de mercado usufruir do serviço, como pela instituição de uma contribuição de intervenção no domínio econômico.

Note-se, no entanto – e isso é muito importante sublinhar –, que o destinatário das regras de universalização é, em primeira linha, o potencial usuário do serviço. A universalização é algo que a ele serve. Não tem como objetivo primário o reequilíbrio das relações entre concorrentes, ainda que indiretamente possa ter o efeito benéfico de compensar as vantagens concorrenciais existentes a favor dos detentores de redes. Se assim é, eventual contribuição destinada à universalização não deve ser repassada para o mesmo consumidor ou concorrente.¹⁷

17. Exatamente o oposto foi feito na Lei de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16.7.1997). O chamado “Fundo de Universalização”, criado para financiar a universalização dos serviços de telecomunicações, tem como princípio básico exatamente a não interferência nas condições de concorrência. Em primeiro lugar, as fontes de financiamento da universalização devem ser neutras em relação à concorrência (art. 80, § 1º). Ademais, permite-se, em uma clara sugestão de repasse para o período posterior à introdução da contribuição, que antes da criação do Fundo (conforme previsão do art. 81 da Lei Geral das Telecomunicações, foi enviada dentro do prazo previsto para o Chefe do Executivo por meio da Mensagem 1.450/1997, apresentando o Projeto de Lei 3.938/1997, apensado ao Projeto de Lei 3.808/1997. Esse último foi remetido para o Senado em 7.12.1999) a universalização pode ser financiada a partir de subsídios entre modalidades de serviços de telecomunicações ou pagamento de adicional ao valor da interconexão; ou seja: admite-se o repasse exatamente para os agentes econômicos mais fragilizados (respectivamente, os consumidores e os concorrentes sem rede). Evidentemente, isso é contrário a qualquer lógica econômica ou jurídica. É também contrário à letra da Constituição. Trata-se de clara hipótese de regulamentação que permite o aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º, da CF). A razão para tanto é simples. Permitir o retorno dos custos de universalização cor-

Essa é apenas uma das muitas formas de políticas redistributivas setoriais que podem ser realizadas. Na verdade, a universalização insere-se no gênero mais amplo das políticas públicas de subsídios entre consumidores de alta e baixa renda. Crucificada no direito concorrencial como forma de abuso, a discriminação entre consumidores, desde que imposta por via regulatória como subsídio setorial, é totalmente admissível como política redistributiva.

1.3.3.2 *Desenvolvimento, difusão do conhecimento econômico e acesso através da regulação*

A segunda e não menos importante base de sustentação jurídica de regulação desenvolvimentista é a crença na necessidade de difusão do conhecimento econômico. Partindo-se do pressuposto de que a pretensão de isolar e teorizar o conhecimento econômico leva a resultados econômicos socialmente inconvenientes,¹⁸ é preciso que a regulamentação dê vazão e ofereça canais de transmissão do conhecimento econômico adquirido de forma difusa na sociedade.¹⁹

responde a admitir atividade empresarial sem risco. As empresas titulares das redes, além da enorme vantagem concorrencial que a pura e simples operação da rede lhes proporciona, se puderem ainda repassar às demais o custo da universalização terão obtido do Estado verdadeira tutela da obtenção da margem máxima de lucro. De um lado, uma posição dominante é transferida a elas e, de outro, lhes é tutelado o retorno de todo e qualquer custo social da atividade.

18. Importante transcrever a famosa observação de F. Hayek sobre esse tema: "O caráter peculiar de uma ordem econômica racional é determinado precisamente pelo fato de que o conhecimento das circunstâncias das quais temos de fazer uso nunca existe de forma concentrada ou integrada, mas somente como fragmentos dispersos de um conhecimento incompleto e, em geral, contraditório, que todos os indivíduos, separadamente, possuem. O problema econômico da sociedade não é, desta forma, como alocar recursos dados, e sim como garantir o melhor uso dos recursos conhecidos de quaisquer dos membros da sociedade, para fins cuja importância relativa somente esses indivíduos conhecem. Em resumo, o problema relevante é o da utilização do conhecimento que não é dado a ninguém em sua totalidade" ("The use of knowledge in society", in *Individualism and Economic Order*, Londres, 1949, pp. 77-78; v. também infra, nota 19).

19. Esse é o postulado principal da teoria do conhecimento de Hayek. Para ele é errôneo crer que o conhecimento possa ser centralizado ou teorizado, pois é essencialmente prático e individual. Essa crítica ao pensamento teórico no campo econômico tem provavelmente sua inspiração filosófica na crítica da razão pura de Kant, em especial em sua concepção do pensamento sintético, aquele criativo, capaz de adicionar conhecimento. Esse tipo de conhecimento é, na concepção kantiana, por essência experimental e, portanto, prático e indutivo (v. I. Kant, *The Critique of Pure*

Para a aquisição de conhecimento econômico, uma visão institucional do processo econômico é fundamental. É preciso garantir a diluição do poder econômico dos particulares, requisito mínimo para assegurar a governabilidade do sistema econômico.

Como já visto, a indução do desenvolvimento é fundamental para economias estruturalmente subdesenvolvidas, e indução só é possível com combate às condições estruturais da economia que favorecem a concentração do poder e, portanto, a ingovernabilidade econômica.

O parentesco entre estruturas no desenvolvimento cepalino e o estruturalismo concorrencial (como o da Escola de Harvard de direito antitruste nos anos 1960) é muito mais que linguístico. Corresponde a uma compreensão comum da necessidade de contrastar (com antídotos jurídicos) tendências respectivamente macro e microeconômicas negativas, que têm respaldo estrutural nas respectivas economias ou nos respectivos setores.

Para esse fim, o fundamento jurídico da regulação está exatamente na procedimentalização da atividade econômica. A ideia é semelhante à das correntes mais progressistas do realismo jurídico, que, colocadas diante do problema de encontrar o fundamento para a norma e querendo evitar a discussão em termos exclusivamente políticos da questão, respondem defendendo a norma processual, direcionada a encontrar a regra jurídica justa,²⁰ e, assim, abrem a porta para o desenvolvimento da *due process clause*.²¹

Reason, vol. 39, Chicago, Enciclopédia Britânica, 1996, pp. 14 e ss.). É importante entender que, ainda que sua utilização tenha sido eminentemente libertária, voltada a solapar os fundamentos da atuação do Estado na economia (em função do forte viés ideológico da obra de Hayek), sua maior utilidade pode ser exatamente a oposta, isto é, dar subsídios à própria ação estatal para que possa intervir na economia. Essa intervenção, exatamente por ter de levar em conta as preferências econômicas individuais, pode e deve buscar a obtenção de uma democracia econômica. Daí a ligação desse conceito à teoria do conhecimento econômico aqui discutida.

20. Os realistas progressistas dividem-se em duas correntes: a chamada Escola de Yale e a Escola de Harvard. A primeira vê na atuação do Judiciário uma valoração política de interesses contrapostos (retomando, portanto, ideias da jurisprudência dos interesses) (v. H. Sasswell e M. McDougal, "Legal education and public policy: professional training in the public interest", *Yale Law Journal* 52/203, 1943; v. também, a respeito, B. Ackerman, *Reconstructing American Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1984). A segunda, mais original, de Harvard, vê o problema da aplicação do Direito como uma discussão de qual a instituição mais apta a aplicá-lo (v. H. Hart e Albert Sacks, *The Legal Process*, New Haven, Tentative Edition, 1958). O desenvolvimento mais moderno do realismo progressista mistura, de uma certa

O que se buscará, aqui, é nada mais nada menos que o desenvolvimento de uma *due process clause* em matéria econômica para aqueles setores reguláveis.

Essa mudança no foco da preocupação – da busca de um objetivo predeterminado e pré-jurídico para a garantia efetiva da correção e da lealdade da integração dos vários agentes econômicos no mercado e de sua igualdade material em termos concorrenciais – é uma resposta à questão do fundamento da regulação (*due process clause* em matéria econômica).

Enquanto garantia institucional da correção e equilíbrio do processo de interação econômica, a regulação ganha justificativa autônoma. A razão é que deixa de haver um fundamento pré ou ultrajurídico para a regulação. Sua justificativa passa a ser apenas a de criar uma igualdade jurídica material, e não meramente formal, entre todos os agentes econômicos e garantir a correção de seu procedimento no mercado.

Cabe, então, definir o modo de compatibilização de toda forma de regulação com os valores históricos, sociais e constitucionalmente estabelecidos no sistema brasileiro.

Em particular, é necessário compatibilizar tal forma de regulação com princípios constitucionais díspares como a livre iniciativa e a justiça social (art. 170 da CF).

Díspares quando sujeitos à lógica de mercado, esses princípios podem ser compatibilizados por uma coerente regulação. Tal regulação deve – como se verá mais adiante – garantir condições para que os agentes econômicos possam desenvolver suas atividades em condições de igualdade material.

“Igualdade material” quer, aqui, significar igualdade efetiva, e não meramente formal, de oportunidades. Como se pretende demonstrar

forma, as duas concepções, procurando identificar como a decisão judiciária pode influenciar as instituições públicas e as instâncias de poder da economia de mercado, aprimorando-as (cf. O. Fiss, “The social and political foundations of adjudication”, in *Law and Human Behavior* 6(2)/121 e ss., 1982).

21. No direito processual o fulcro da *due process clause*, o princípio do contraditório, nada mais é que uma forma de garantir a participação das partes no processo que leve o terceiro e um juiz a uma decisão mais justa. V., a respeito, o fundamental texto de C. R. Dinamarco, “O princípio do contraditório e sua dupla destinação”, in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 6ª ed., t. I, São Paulo, Malheiros Editores, 2010, pp. 517 e ss.). Da mesma maneira, a concorrência é a garantia de uma contestação, de uma participação de todos os agentes econômicos, que garanta a tomada de uma decisão mais uniformizada pelos consumidores.

abaixo, isso só pode ocorrer com a difusão forçada do conhecimento econômico entre os indivíduos, que, por sua vez, só pode ser assegurada através de uma garantia firme de existência de concorrência. Aqui cabe um pequeno adendo sobre a razão da crença na imposição da concorrência como moto principal da regulação nos setores passíveis de regulação. Essa crença decorre de dois fatores que se conjugam e entrelaçam para fazer da regulação concorrencial ativa uma das principais formas de atuação do Estado na economia.

Em primeiro lugar, é preciso seguir brevemente a linha evolutiva crítica em relação às teorias que procuram conceituar e sistematizar o conhecimento econômico. Tanto a teorização operada pelos marxistas como aquela feita pelos neoclássicos demonstraram-se imperfeitas na teoria e ineficazes na prática. Imperfeitas porque ambas assentam suas bases sobre pressupostos inexistentes na vida real. É o caso do papel fundamental atribuído pelos marxistas ao fator “trabalho” no processo capitalista de produção e da hipótese famosa da definição de mercado em concorrência perfeita, absolutamente inexistente na prática, tão cara aos neoclássicos. Ineficazes foram, na prática, ambas, respectivamente pela ausência de efetividade na coordenação da ação e dos limites da ação do Estado e pela total incapacidade de controle do poder econômico e redução das desigualdades por ele criadas.

Ocorre que o conhecimento econômico é, por natureza, prático, e o melhor conhecimento é adquirido através do processo de escolha.²² Daí a necessidade, de um lado, da existência de comparações possíveis (concorrência) e, de outro, da presença de condições concretas de acesso a essas alternativas. A ideia de *acesso* a alternativas torna-se, portanto, um elemento fundamental a ser protegido pelo aparato regulatório. Sem acesso não há nem comparação nem aquisição de conhecimento econômico. Observe-se mais uma vez que a ideia de acesso não se confunde nem se esgota no princípio redistributivo (daí seu tratamento como um princípio separado). “Acesso” significa a capacidade de utilização do bem ou serviço e a não exclusão. Para tanto não bastam a existência da prestação de serviço ou a existência de renda. É preciso também garantia de utilização e, sobretudo, participação nos destinos e objetivos da prestação daquele determinado serviço de interesse social.

Ocorre que para tanto é preciso, ainda, garantir que o conhecimento econômico flua e se transmita para os órgãos reguladores e planejadores.

22. F. Hayek, *Individualism and Economic Order*, Chicago, The University of Chicago Press, 1948.

Daí a necessidade da participação dos vários grupos sociais envolvidos na prestação de determinado serviço no processo de elaboração de regulamentação. Trazem conhecimento/informação fundamental para a elaboração da regulação. Esse princípio procedimental regulatório nada tem de incompatível com a fixação de objetivos gerais regulatórios (como redistribuição, concorrência). Em primeiro lugar porque todos convergem no sentido da participação de todos (sem exclusão) no processo econômico. Mas, além disso, pelo fato de que os princípios jurídicos institucionais são genéricos. É no seu preenchimento e na sua concretização que o conhecimento econômico (difuso) é mais necessário.

Note-se que essa ideia de acesso e de pluralismo na transmissão de ideias não se restringe aos órgãos regulatórios. Meios de comunicação, particularmente de radiodifusão, são importantes instrumentos de transmissão e discussão do conhecimento (em geral) difuso na sociedade. Daí a necessidade premente (e inexistente na prática) de pluralismo na difusão de ideias nesses meios de comunicação.

1.3.3.3 *Desenvolvimento e cooperação*

O terceiro princípio básico de uma teoria jurídica desenvolvimentista é a ideia cooperativa.

A ideia de democracia econômica, como até agora descrita, permitiu estender a necessidade de difusão do conhecimento econômico a todos os componentes da sociedade, de modo a que todos eles possam formular suas escolhas. Para tanto, demonstrou-se a importância do princípio redistributivo, que permite a inclusão de participantes no processo de escolha econômica, e do princípio da diluição dos centros de poder econômico.

Ocorre que esses princípios garantem apenas que todos os agentes econômicos sejam capazes de escolher livremente (o que a exclusão social e a concentração de poder econômico, evidentemente, não permitem). É preciso, ainda, que seja possível aos agentes comparar escolhas individuais com escolhas sociais. Como se verá, isso só se torna possível através da cooperação.

(a) A cooperação como escolha individual

A questão da decisão individual *versus* decisão social é algo que há séculos atormenta a reflexão humana. Como e em que circunstâncias

é possível fazer com que o indivíduo, naturalmente e *sponte propria*, coopere com seu semelhante?

O que se procurará demonstrar a seguir é que a resposta a essa pergunta não depende da adoção de pressupostos otimistas ou pessimistas em relação à natureza humana. Demonstra-se, com efeito, que o aparecimento, ou não, da cooperação é função direta da existência de condições (e instituições) que permitam seu desenvolvimento. Não por acaso a resposta que tem sido mais recentemente fornecida, e que é particularmente interessante para o presente trabalho, é que o aparecimento da cooperação depende, basicamente, de um problema de informação.

(b) Condições para a cooperação

A mais interessante e mais simples expressão do dilema individualismo/cooperativismo está no famoso *dilema do prisioneiro*.²³ Nele, o que basicamente se contrapõe é a decisão individual e a decisão no interesse coletivo. A perplexidade que dele resulta refere-se exatamente à incapacidade das partes de cooperarem para obter a solução para o conjunto de jogadores considerados.

O interessante é, então, observar que a solução cooperativa só não é obtida por impossibilidade de informação sobre o comportamento esperado da outra parte e em função do conseqüente comportamento defensivo de um em relação ao outro agente.

23. O *dilema do prisioneiro* é um dos primeiros modelos teóricos sobre os quais se estruturou a moderna *teoria dos jogos*. Sua estrutura é bastante simples: imaginem-se dois prisioneiros a serem interrogados pela prática do mesmo crime, e suponha-se que a cada um deles é dito que, se confessar e delatar o outro, será perdoado, e o outro terá a pena máxima (por hipótese, 20 anos), enquanto que, se ambos confessarem e delatarem, ambos terão a pena básica do crime (por hipótese, 10 anos). Por outro lado, se nenhum dos dois confessar serão aplicadas penas de 5 anos para cada um, relativas ao crime mais simples (por hipótese, único que é possível demonstrar sem a confissão). O comportamento estratégico individual leva ambos os jogadores a confessarem. Essa é, seguramente, a melhor estratégia individual, pois, qualquer que seja o comportamento do outro jogador (e imaginando-se sempre que o outro jogador adotará uma estratégia individual), o comportamento mais conveniente será sempre confessar (pois, se o outro não confessar, o primeiro jogador estará livre; e, se o outro confessar, o primeiro jogador terá evitado a pena máxima). O que ocorre é que, nesse caso, as estratégias individuais representam para os prisioneiros uma opção pior que o comportamento que visa à maximização da utilidade coletiva (que ocorreria se nenhum dos dois confessasse). V., a respeito do dilema do prisioneiro: D. Baird, C. Gertner e R. Pickner, *Game Theory and the Law*, Cambridge/Massachusetts/Londres, Harvard University Press, 1994, pp. 48-49.

O estudo cuidadoso do *dilema do prisioneiro* e os modernos estudos sobre a cooperação através da *teoria dos jogos*²⁴ já permitem chegar a algumas conclusões básicas. Três são as condições mínimas para o sucesso de soluções cooperativas: pequeno número de participantes, existência de informação sobre o comportamento dos demais e existência de relação continuada ente os agentes.

Demonstra-se que, sempre raciocinando do ponto de vista estritamente individual, determinado agente econômico terá tanto mais tendência a cooperar quanto maior for a importância das “rodadas seguintes” do jogo. Traduzindo essa afirmação para termos mais concretos – e óbvios: tanto mais haverá tendência a cooperar quanto maior for a importância da relação futura com a contraparte.

Ocorre que todas essas condições são raramente e cada vez menos observáveis no mundo real. A realidade é crescentemente de grandes números e relações impessoais – que tendem a ocorrer uma vez e não se repetir. A tão falada e malfadada globalização só faz acentuar essa tendência e, portanto, a tendência ao individualismo nas relações sociais.

A conclusão é, portanto, pela necessidade de instituições e valores que induzam e permitam a cooperação.²⁵

Muitos são os exemplos históricos a demonstrar a eficácia e até a simplicidade desse tipo de instituição. Talvez o mais eloquente e mais importante deles seja o crescimento do comércio na Europa Medieval, que exigiu o restabelecimento de níveis de confiança recíproca em uma realidade de grandes distâncias e pouca informação. Esse renascimento pode ser em grande medida atribuído a regras jurídicas e éticas que au-

24. O principal deles é, sem dúvida, o de R. Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, Nova York, Basic Books, 1984. O fulcro de referido trabalho é a análise do dilema do prisioneiro. Procura-se determinar, a partir desse jogo simples, as condições para a cooperação e o comportamento que pode melhor levar à cooperação. Para tanto foi feito um jogo entre vários matemáticos, economistas e especialistas em teoria dos jogos. O resultado foi a vitória da estratégia denominada *tit for tat*, que é aquela em que o jogador coopera na primeira rodada e segue o comportamento do outro jogador (isto é, adota a reciprocidade) nas demais. A reciprocidade de comportamentos passa a ser, então, o centro de sua construção teórica. Observado esse resultado, o autor conclui pela possibilidade efetiva de cooperação para, então, discutir os requisitos para sua verificação.

25. Cf., nesse sentido: D. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, cit, pp. 15 e 16.

mentaram o nível de informação através da criação de critérios contábeis e códigos de conduta uniformes para os mercadores.²⁶

Interessante é notar – e aqui está outra prova da relevância dos valores *conhecimento* e *informação* na sociedade – que as instituições requeridas pela cooperação são apenas aquelas necessárias para criar as condições de seu aparecimento. Criadas essas condições, o cumprimento das decisões econômicas por elas indicadas se faz, no mais das vezes, de forma natural, e não coercitiva. A análise histórica demonstra que soluções adotadas através do método cooperativo trazem consigo um nível muito maior de cumprimento voluntário, sem interveniência de terceiros.²⁷ Assim regras bem elaboradas, que criem um ambiente cooperativo, acabam sendo cumpridas, e seu descumprimento controlado e policiado pelos próprios participantes da relação. É exatamente em função desse autocumprimento de normas que é possível afirmar que, em presença de valores e instituições que permitam a cooperação, essa surge naturalmente. Essa conclusão é importantíssima para a fixação do papel do Direito no incentivo à cooperação.

(c) Papel do Direito no impulso à cooperação

Resulta evidente das linhas acima que, em matéria de cooperação, a mais importante tarefa institucional está na criação do ambiente a ela propício.

Há duas razões bastante claras que permitem chegar a tal conclusão com tanta peremptoriedade. Em primeiro lugar, como já se viu, a cooperação, diversamente do comportamento individual, não aparece naturalmente na sociedade. Não há nessa afirmação qualquer concepção hobbesiana da natureza humana, mas simplesmente o reconhecimento de que existem condicionantes sociais a dificultar seu comportamento. Esse condicionante é basicamente o receio do comportamento estratégico da contraparte. Se assim é – e essa parece ser uma presunção no mínimo razoável –, então, basta ao Direito criar as condições para que desapareça esse receio para que a cooperação encontre campo fértil.

26. P. Milgrom, D. North e B. Weingast, “The role of institutions in the revival of trade: the law merchant, private judges and the champagne fairs”, *Economics and Politics* 2/1-23, 1990.

27. Cf., nesse sentido: D. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, cit, p. 38.

Mas existe, ainda, uma outra razão para sublinhar o papel do Direito na criação de condições para a cooperação. Como já ressaltado anteriormente, não é objetivo do presente trabalho substituir o determinismo econômico por um determinismo jurídico que parta de valores predeterminados. O que se quer aqui é apenas permitir que esses valores se transformem a partir de contribuições de toda a sociedade. Daí a busca de valores que possam permitir o autoconhecimento social, como a redistribuição, a difusão do conhecimento econômico. Assim também para a cooperação. Pensar na forma de obtê-la é fundamental para o desenvolvimento econômico, na medida em que abre uma nova alternativa de comportamento social e econômico, eliminando as amarras que prendem o indivíduo ao comportamento egoístico.

Consequência disso é que para o Direito a cooperação não deve ser e não é um valor absoluto. Naquelas situações em que a cooperação não serve como instrumento de conhecimento social, mas sim como forma de estratificação de decisões e concentração de conhecimento econômico, como ocorre nos cartéis, ela deve ser e é severamente reprimida.

De outro lado, permitir que ela surja como alternativa ao comportamento individual é tarefa indiscutível do Direito. Trata-se de oferecer mais uma alternativa no campo econômico, ampliando as escolhas econômicas.

Em síntese, o que se quer dizer é que, dadas as condicionantes sociais e supraindividuais do comportamento humano (receio do comportamento do outro, reciprocidade etc.), a cooperação não é uma alternativa viável de interação social. Cumpre ao Direito permitir que isso ocorra.

Por outro lado, ao criar os instrumentos que permitem interações sociais baseadas na cooperação, é razoável acreditar, por razões suprapostas, que ela surgirá naturalmente.

(d) Características regulatórias

É preciso, em primeiro lugar, observar que a presença de cooperação em setores regulados é fundamental para o desenvolvimento. De um lado, assegura muito maior grau de efetividade para as normas e decisões do órgão regulador. Mas, muito mais que isso, como o *dilema do prisioneiro* parece demonstrar, assegura que as partes (aqui entendidas como o agente regulador, todos os agentes regulados e todos os usuários dos serviços) possam descobrir os comportamentos de maior proveito social (ainda que de menor proveito individual).

A tendência ao autocumprimento das decisões também influencia outro debate fundamental em matéria de teoria da regulação. Trata-se da discussão – bastante acirrada em matéria regulatória – das vantagens e desvantagens da autorregulação.

Essa característica, sem dúvida, sugere cautela em relação a experiências autorregulatórias autônomas. Como é sabido, base e fundamento da autorregulação é o autocumprimento das regras por seus membros. Por outro lado, referido autocumprimento depende da existência de pré-condições institucionais (regulatórias). Assim, tanto mais bem-sucedida será a tentativa autorregulatória quanto mais bem-encaixada estiver em uma forte regulação, desde – é claro – que essa regulação seja capaz de criar as condições para cooperação. A experiência razoavelmente bem-sucedida dos mercados de capitais na cumulação de regulação e autorregulação representa demonstração interessante dessa tendência.

Segunda característica geral regulatória bastante importante é a capacidade de diferenciar entre os estímulos as formas socialmente positivas de cooperação, isto é, aquelas que permitem o autocumprimento de regras e criam nos agentes disponibilidade de busca de interesses supraindividuais, e aquelas negativas para o interesse público, isto é, a cooperação que visa a reforçar posições de poder econômico e abusar do consumidor. A diferenciação está exatamente na ligação da cooperação com a aquisição de conhecimento econômico. Compreendida essa ligação, é fácil, de um lado, entender que o estímulo à cooperação – por assim dizer – “positiva” se faz através do incentivo de troca ampla de informações entre agentes econômicos (empresa e consumidores) Como já visto, a existência de informação é condição essencial para a cooperação. Por outro lado, é também a forma mais legítima e eficaz de controle da existência de cartéis pelos consumidores e pelos órgãos reguladores.²⁸

Outro elemento fundamental para a distinção entre cooperação positiva ou negativa é o fato de esta versar, ou não, sobre variáveis concorrenciais. No primeiro caso é forte a probabilidade de que a aparente cooperação esconda, na verdade, uma tentativa de excluir os demais concorrentes e abusar dos consumidores. Aqui a estrutura é, portanto,

28. Daí por que muitas vezes a existência de compartilhamento da informação com o consumidor é critério suficiente para determinar a licitude da prática. Com base nesta justificativa, por exemplo, o CADE autorizou a empresa Kibon a manter preços indicativos para os sorvetes em padarias. Sem eles – argumentou a empresa e aceitou o CADE –, os preços tenderiam a aumentar (Processo Administrativo 184/1994).

exatamente contrária à que pode permitir a aquisição de conhecimento econômico, pois esse tipo de estrutura leva à concentração e teorização do conhecimento, com os resultados previsíveis. O comportamento busca exclusivamente o autointeresse. Com a única peculiaridade de que o autointeresse é o do grupo, e não do indivíduo.

Ainda nessa linha de compreensão do significado da cooperação, a observação dos requisitos para que esta ocorra deixa claro quando a cooperação enquanto ilícito contra a ordem econômica (formação de cartel) pode ocorrer sem necessidade de acordo formal, por mero comportamento paralelo.²⁹ Essa conclusão, tão simples, ainda não foi compreendida pela maioria das autoridades antitruste, com prejuízos de monta para o sistema econômico e para o consumidor. Contribuí, ainda, para a endêmica concentração do poder econômico – fator, sem dúvida, impeditivo do desenvolvimento.

Também relevante é outra das condições mínimas para a existência de regulação supramencionada: a necessidade de convivência continuada. Como traduzir tal princípio em termos regulatórios sem, por outro lado, induzir a formação de cartéis? A resposta é mais ou menos clara. É aconselhável que a regulação desincentive os agentes especuladores, aqueles que, por hipótese, têm interesse em entrar, fazer lucro em curto prazo e depois se retirar, vendendo sua participação com lucro. Um tal tipo de agente, tipicamente, não tem compromisso com a continuidade da relação – ou, na terminologia econômica, com a “próxima rodada do jogo”. Seu incentivo para cooperar, cumprindo voluntariamente suas obrigações sem adotar comportamentos estratégicos em relação aos concorrentes, é mínimo.

Finalmente – e não menos importante –, é preciso reconhecer o valor jurídico da cooperação, e daí tirar consequências. A própria teoria econômica (teoria dos jogos) chega a essa conclusão, ainda que por vias tortas. Para os teóricos dos *jogos cooperativos*,³⁰ a típica estratégia que pode levar a confusão requer que não se façam muitas elucubrações sobre a racionalidade ou a justificativa do comportamento da contraparte.

29. Nesse sentido, eloquente a lição de R. Axelrod (*The Evolution of Cooperation*, cit, p. 180): “Cooperation certainly does not require formal agreements or even face-to-face negotiations. The fact that cooperation based upon reciprocity can emerge and prove stable suggests that antitrust activities should pay more attention to preventing the conditions that foster collusion than to searching for secret meetings among executives of competing firms”.

30. Cf. R. Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, cit, p. 120.

O comportamento deve ser o mais possível simples e compreensível aos demais, para que possa criar um ambiente cooperativo. Não se pode, portanto, confiar muito em regulações complexas do ponto de vista teórico, que procurem atuar complexas teorias econômicas. Teorias mais simples, baseadas em valores e comportamentos éticos claramente identificáveis, têm muito maior probabilidade de levar a um ambiente de cooperação entre regulador e regulado.

(e) Cooperação e teoria do conhecimento econômico

O dilema do prisioneiro traz consigo, talvez, a lição mais importante que se possa tirar em matéria de cooperação. Estratégias bem-sucedidas o são na teoria evolutiva darwiniana porque destroem as outras. Na realidade social, na maioria dos casos, estratégias bem-sucedidas o são porque levam ao mesmo comportamentos dos demais agentes de mercado, que aprendem a forma mais adequada de agir no mercado para potencializar os benefícios conjuntos (sociais).³¹

A teoria jurídica do conhecimento econômico faz, portanto, círculo completo para retornar e justificar-se a si mesma. A cooperação é causa e consequência da difusão do conhecimento econômico.

A cooperação é consequência da difusão do conhecimento econômico, pois sem esta difusão é o comportamento baseado no autointeresse, seja ele individual ou grupal (daí a tendência à formação de cartéis). A concentração do poder e do conhecimento econômico eliminaria a possibilidade de cooperação, por torná-la desnecessária.

Por outro lado, a cooperação é causa da difusão do conhecimento econômico porque permite comparações de utilidade social e individual, abrindo aos agentes mais uma alternativa de comportamento social.

Mas não é só. Como se verá a seguir, a ideia de cooperação é também fundamental para a conjugação dos objetivos desenvolvimentistas com a proteção ao meio ambiente.

1.3.4 Novo estruturalismo jurídico e desenvolvimento econômico

Não basta, no entanto, apenas identificar princípios desenvolvimentista no Direito. Para efetivamente aplicá-los através do Direito é preciso também dispor de metodologia jurídica própria.

31. Cf. R. Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, cit, p. 169.

Dai a necessidade de se referir, também em matéria de desenvolvimento, a um método próprio, que se pode denominar de *novo estruturalismo jurídico*. É preciso partir de uma rejeição inicial ao tradicional instrumental positivista para aplicação do Direito: as compensações e a tendência à manutenção das estruturas.

Intimamente ligadas, essas duas características do Direito de inspiração positivista responderam durante mais de dois séculos (desde o Iluminismo e as grandes codificações) pelo imobilismo do Direito e pela perda de seu poder transformador.

O desinteresse do Direito por qualquer solução estrutural capaz de influir, reorganizar ou, mesmo, eliminar estruturas econômicas e jurídicas de poder foi sempre reforçado pela tradicional forma de atuação do Direito através de compensações. Exatamente por não influir nas estruturas, a única forma de buscar ideais de justiça passou a ser compensar indivíduos e grupos prejudicados nas interações sociais. Da responsabilidade aquiliana – forma clássica de compensação individual – passou-se, no século XX, à compensação de grupos prejudicados pelo processo econômico e social. Em fila de importância social maior no momento de sua introdução, sucedem-se trabalhadores (direito do trabalho), consumidores (direito do consumidor) e comunidade afetada pela degradação do meio ambiente (direito ambiental).

Todos compartilham uma característica: a ideia de compensação de grupos ou interesses hipossuficientes dentro dos processos econômicos e sociais. Todos compartilham também a insuficiência. Relevantísimos em seu momento de introdução, exatamente por não influírem nas estruturas, esses ramos do Direito e essa forma de pensar a intervenção do Direito demonstram-se insuficientes para mudar a realidade de subordinação e submissão aos desígnios das estruturas de poder dentro dos processos de interação social. Demonstram-se, portanto, incapazes de dar ao Direito uma função realmente organizadora ou reorganizadora da sociedade com base em seus princípios e valores próprios.

Qualquer solução jurídica, para ter mínima capacidade de influir nessa relação de forças, precisa ter o interesse e o instrumental de intervir nas estruturas econômicas não de forma compensatória, mas reorganizativa. Uma pauta jurídico-desenvolvimentista é, nessa perspectiva, muito extensa, mas não pode olvidar questões centrais, como a rediscussão de certas estruturas jurídicas e econômicas de poder. É difícil listá-las todas. Entre elas incluem-se, por exemplo, as patentes e as estruturas de poder criadas pelo Direito em setores regulados – apenas para citar

dois exemplos.³² A tarefa é amplíssima, e não pode ser toda tratada em um único trabalho. Por isso optou-se por discutir brevemente apenas uma estrutura específica e sua relação com uma questão fundamental para o desenvolvimento nos próximos anos: a propriedade e os efeitos da revisão de sua estrutura sobre a proteção ambiental e sobre o acesso a bens escassos. É o que se fará a seguir.

1.4 Regulação, desenvolvimento e meio ambiente

1.4.1 A insuficiência da dicotomia bem privado/bem público e a ideia de bens comuns

Como visto no item 1.3.3.2, a visão jurídico-estruturalista do desenvolvimento identifica a ideia de desenvolvimento à ideia de acesso. Desenvolvimento como instrumento de transformação e melhoria dos índices sociais passa a ser dependente, na maioria dos setores, da ampliação do acesso de consumidores a serviços de interesse social e à infraestrutura necessária para seu provimento.

Ocorre que, como se verá abaixo, a ideia de acesso é também instrumental para a correta disciplina do problema dos bens escassos dentro de uma visão jurídico-estruturalista. E o problema dos bens naturais escassos e sua utilização está ao centro da questão ambiental. A consequência, como se verá, é uma direta ligação e não uma contraposição entre a ideia de desenvolvimento e a de regulação ambiental. Assim, o que se explorará ao final desse item é exatamente a instrumentalidade de uma visão jurídico-estruturalista da regulação tanto para o desenvolvimento como para o meio ambiente.

Para bem entender a relação entre disciplina dos bens comuns e proteção ao meio ambiente, é preciso retornar à definição de *bens*, em especial retornar de forma crítica à distinção entre *bens públicos* e *bens privados*. Essa classificação, fundamentalmente adotada pelo Direito, sempre encontrou apoio na teoria econômica, que até mesmo procurou justificar sua existência com base em certas especificidades.

Assim, na teoria econômica clássica, *bens privados* têm duas características básicas: são *excludable* (ou seja: o indivíduo *A* pode excluir o indivíduo *B* da utilização) e *rivalrous* (ou seja: o consumo pelo

32. Uma discussão de certos aspectos dessas duas questões na perspectiva estruturalista já foi feita em trabalhos anteriores (v. C. Salomão Filho, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2007, pp. 159 e ss.).

indivíduo *A* exclui o consumo por qualquer outra pessoa).³³ Já, os bens públicos teriam as características exatamente contrárias. Seriam *non excludable e non rivalrous*.

Essa classificação demonstra, *prima facie*, dois problemas sérios. Em primeiro lugar, uma mistura evidente entre características dos bens e disciplina jurídica. Enquanto a rivalidade é uma característica, a exclusividade é um traço de disciplina jurídica – traço, aliás, que se justifica apenas em uma realidade de superabundância de bens. A possibilidade de exclusão de utilização do bem como característica do bem tem como consequência direta a despreocupação com concentração de referido bem em mãos particulares (poder econômico). Com efeito, se a exclusão é admitida, o poder também deve ser.

Mas não é só. A referida classificação revela um bom grau de incoerência interna. Basta observar a própria enumeração das características dos referidos bens.

Enquanto a exclusão de utilização parece se referir a um bem não consumível, a rivalidade parece se referir a um bem consumível.

Na verdade, essa dificuldade revela uma outra, mais profunda. Essa classificação não esgota as possíveis diferenças entre bens quanto a suas características – e, portanto, não é um bom parâmetro para a disciplina jurídica.

Essa dificuldade revelou-se há muito tempo pela importância adquirida por trabalho de um ambientalista bem-intencionado, que se baseou, no fundo, na distinção entre bens públicos e bens privados. Trata-se do trabalho de Garret Hardin, que em 1968 identificou a existência de uma *tragedy of the commons* exatamente na utilização de bens que não se encaixavam bem na definição de privados ou públicos (e, portanto, não poderiam ter regulamentação conveniente em qualquer das disciplinas). A clássica tragédia está na utilização e degradação pelos privados de um bem comum (pasto). Guiados por seus interesses particulares, teriam sempre a tendência de colocar seus interesses privados acima do interesse do grupo – o que teria como consequência a destruição do pasto.³⁴ A ausência de reflexão sobre a possibilidade de uma regulamentação específica para o bem de utilidade comum se deve provavelmente à di-

33. P. Samuelson, "The pure theory of public expenditure", *Review of Economics and Statistics* 36/387-389, 1954.

34. G. Hardin, "The tragedy of the commons", *Science* 162/1.243-1.248, 1968.

ficuldade, à época, de admitir qualquer coisa que não a regulamentação pública ou a privada.

Assim, formou-se um consenso com várias sustentações. De um lado, a teoria jurídica tradicional sustentando a diferença entre direito público e privado e a consequente distinção unitária entre bens públicos e privados. De outro, a teoria econômica tradicional, dando ou pretendendo dar fundamento a essas convicções.

Daí a convicção de impossibilidade de regulamentação, ficando tais bens e tais situações relegados à disciplina estática da propriedade privada e da propriedade pública. Não é de espantar o crescimento da concentração de poder econômico sobre bens comuns, que nada mais é que o resultado de uma disciplina meramente estática da propriedade privada. Abandonados a si próprios, tais bens acabam fadados à concentração e à escassez. De outro lado a propriedade pública, também ela estática e incapaz, muitas vezes, de ter em conta as necessidades de cada localidade e bem específico, carente de regulamentação especial.

Aí, é fundamental uma visão estruturalista de como o poder econômico se revela sobre esses bens e como é possível regulá-los de forma a minorar seus efeitos. Mas antes é preciso aclarar a própria ideia de *bens comuns*.

Em trabalhos hoje bastante reconhecidos, renomados cientista sociais³⁵ operaram importante revisão crítica dos tipos de bens. Em primeiro lugar, substituíram as categorias de rivalidade de consumo pela de possibilidade de subtração ao uso (*subtractability of use*). Em seguida, substituíram as respostas *sim e não* para as sobreditas categorias por *gradações alta ou baixa*.

Afinal, reconheceram um novo tipo de bem, chamado *common pool resource/CPR* ou, segundo a denominação que de ora em diante se utilizará, *bem comum*. Observe-se, em primeiro lugar, que a categoria de bem comum resolve o paradoxo criado pelas características de bens públicos e privados. Os bens comuns são caracterizados por alta subtração de uso e também alta dificuldade de exclusão – ou seja: o uso por um diminui a possibilidade de uso por outro (imaginem-se florestas, pastos, rios) e também não é possível, dada a necessidade comum envolvida,

35. Cf.: V. Ostrom e E. Ostrom, "Public goods and public choices", in E. E. Savas (ed.), *Alternatives for Delivering Public Services: Towards Improved Performance*, Boulder, Westview Press, 1977, pp. 7-49; E. Ostrom, *Understanding Institutional Diversity*, Princeton, Princeton University Press, 2005, p. 24.

excluir pessoas envolvidas pelo bem (participantes da comunidade) de seu uso.

Não é o que ocorre com os bens privados (comida, bens de consumo etc.), em que há baixa dificuldade de exclusão mas alta subtração de uso. O uso por um pode causar escassez a outro (imagine-se a comida), mas é da natureza do bem, individuado e pertencente a só uma pessoa, a exclusão de seu uso por outrem.

Já, os bens tipicamente públicos – como educação, saúde etc. – são caracterizados tipicamente por baixa subtração de uso e alta dificuldade de exclusão.

Evidentemente, todas essas características, em um mundo de escassez montante de recursos e serviços, podem ser relativizadas.

O que ocorre é que o maior refinamento da distinção torna mais claros os problemas a serem resolvidos pela disciplina. Os bens comuns geram, por natureza, um problema de escassez maior que os bens públicos, exatamente por terem alta taxa de subtração. Enquanto educação (bem público) para um não impede (em princípio) a educação de outro, a subtração de árvores de uma floresta ou de animais de uma reserva impedirá a utilização econômica da floresta ou da reserva por outrem. Assim, o problema de escassez é mais grave para o bem comum que para o bem público.

O mesmo deve-se dizer em relação ao bem privado. Ambos têm alta subtração de uso, mas apenas o bem comum apresenta dificuldades de apropriação (ou exclusividade) – ou seja: o bem comum tem por natureza mais pessoas que dele dependem e devem ter acesso a ele (uma caneta não pode ser utilizada por muitos, mas uma fonte de água potável pode e deve).

Isso gera um problema a mais para os bens comuns, que é a maior possibilidade de escassez. Observe-se que, em uma realidade como essa, qualquer apropriação privada gerará monopólio sobre a utilização de um bem disputado por muitos. O poder, aqui, deriva da possibilidade de apropriação do bem necessário para muitos, e não de uma primazia de produção. Para dada comunidade o acesso a uma floresta pode ser fundamental para sua existência, ainda que no mesmo País existam enormes quantidades de florestas. Sua subsistência e seus costumes estão a ela ligados e dela não podem se dissociar.

Assim, a detenção por um particular da propriedade e do direito de limitar ou impedir o acesso a essa comunidade gera enorme poder sobre

ela. Gera, na verdade, uma tripla drenagem semelhante aos monopólios tradicionais.

A comunidade estará privada de bens de subsistência, dependendo do proprietário único para obtê-los. Dependerá também, para o seu trabalho, do proprietário único do recurso natural escasso. E, finalmente, acostumada ao uso da floresta para inúmeras atividades, terá poucas alternativas econômicas de sobrevivência.

Observe-se que essa descrição é válida para uma série de bens ligados à Natureza, como florestas, pesca marítima e fluvial e, mesmo, propriedades com fontes de água. Sua relação com a proteção do meio ambiente é, portanto, direta e imediata. O poder econômico ou monopólio sobre tais atividades gera consequências bastante sérias. Seu poder de gerar escassez e penúria social é enorme. A regulação deverá ter em conta esses problemas.

1.4.2 Bens comuns e meio ambiente

A identificação de uma possível regulamentação para os bens comuns exige, previamente, a individualização e a tipificação das relações sociais passíveis de criar um bom tratamento para os bens comuns e, conseqüentemente, para a Natureza.

Direito e relações sociais estão indissociavelmente ligados, e regras jurídicas não podem existir em um vácuo, dissociadas de relações sociais. A reflexão sobre os bens comuns coloca essa afirmação particularmente em evidência.

É bem difícil, efetivamente, imaginar alguma disciplina possível para um bem a que muitos precisam ter acesso, mas cujo uso por um pode gerar escassez para os demais, sem algum tipo de cooperação entre indivíduos e coletividades que precisam utilizar o referido bem. Trata-se de afirmação intuitiva, que encontra larga comprovação em estudos empíricos realizados ao longo de muito tempo por cientistas sociais.³⁶

Ocorre que, a seu turno, a cooperação, para ser realizável, exige a presença de certos requisitos. A teoria dos chamados *jogos cooperativos* tem sido objeto de muita discussão nos últimos decênios. A elaboração inicial mais completa dessa teoria para as ciências sociais foi feita

36. A. Poteete, M. Janssen e E. Ostrom, *Working Together: Collective Action, the Commons and Multiple Methods in Practice*, Princeton, Princeton University Press, 2010.

por Axelrod em 1984.³⁷ Ali identificaram-se alguns requisitos básicos para a cooperação em sociedade: (i) a existência de pequeno número de participantes, (ii) a informação completa entre eles; (iii) a dependência recíproca, e (iv) a duração do jogo.

Todos esses requisitos ajudavam a criar um elemento tido como fundamental para o funcionamento de qualquer estrutura cooperativa: a *confiança*. Estudos posteriores indicaram a importância de questões adicionais (algumas já identificadas nos primeiros trabalhos).³⁸ São elas o chamado *barulho (noise)* – ou seja: a dificuldade de reconhecimento da estratégia do outro participante – e a *importância do futuro (shadow of the future)* – ou seja: o efeito que pode ter a duração da interação (do jogo) sobre o comportamento presente dos agentes.

A dificuldade de reconhecimento da estratégia do outro dificulta a cooperação exatamente por poder dar a ideia de defecção, comportamento individualista, quando o objetivo era a cooperação. Novamente a confiança corre o risco de se deteriorar.

Situação semelhante ocorre em relação à *importância do futuro*. Exatamente por existir um momento (etapa final) em que não haverá mais interação, nessa rodada os comportamentos podem ser individuais, sem pensar na reação da parte contrária. O individualismo solapa, então, a dependência recíproca e a confiança, fundamentais para a cooperação.

Em um estudo sobre o poder econômico, mais que ir a fundo sobre qualquer desses requisitos, é importante identificar como a existência de poder pode influenciar sua presença nas relações sociais.

O resultado mais ou menos intuitivo é que ele afeta negativamente quase todos os requisitos elencados. Vejamos: é mais que sabido que um dos principais efeitos do monopólio é a concentração de informações. Aliás, como visto acima, essa é a característica principal dos monopólios modernos. Assim, não há como imaginar qualquer fluxo de informação entre os participantes da relação social.

Também é típico das estruturas de poder econômico criar a dependência e não se envolver nela. Assim, existente o monopólio, não há que se pensar em dependência recíproca, mas dependência unilateral em relação ao detentor de poder. Observe-se que, tratando-se de bens comuns

37. R. Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, cit.

38. R. Axelrod e D. Dion, "The further evolution of cooperation", *Science* 242/1.385, 1988.

e de um direito propriedade sobre um bem, é de se excluir a possibilidade de oligopólio ou, mesmo existente, ela é indiferente, porque os efeitos cooperativos do oligopólio se fazem sentir apenas entre seus membros. Quanto aos demais os efeitos são de ausência de informação e exclusão. Assim, tratando-se de bem comum, cujo interesse de utilização é de muitos (o que já afasta a possibilidade de assemelhar a situação de todos os potenciais usuários a um oligopólio), o efeito do oligopólio sobre o bem comum é equivalente ao efeito do monopólio.

Dessas dificuldades derivam as demais. O *barulho (noise)* é uma consequência da dificuldade de informação. Os monopólios, mais que qualquer outra estrutura, exatamente por concentrarem informação, são capazes de transmitir falsas informações sobre suas estratégias e, portanto, criar *barulho* – o que dificulta a cooperação.

Também a despreocupação das estruturas de poder concentrado em relação ao futuro é bastante conhecida. A distinção entre as situações de poder permite crer na possibilidade de ser sempre o último a "jogar" – ou seja, ter sempre a última reação. Essa afirmação tem particular relevância em matéria ambiental. A reconhecida característica, mesmo em direito antitruste, de os monopólios tornarem a vida útil do produto mais curta,³⁹ por serem maiores os ganhos na venda de um novo produto (venda em monopólio) que a manutenção do antigo, demonstra essa despreocupação com o futuro, típica dos monopólios.

Não parece haver dúvida, portanto, de que um primeiro grande parâmetro para uma regulamentação estrutural dos bens comuns deve estar na eliminação do poder econômico. Quanto a eles, poder econômico é antinômico a cooperação.

1.4.3 Alternativas de intervenção estrutural

A pergunta que se deve fazer em seguida é simples: Como pode o Direito influir sobre esta situação, permitindo maior regulamentação dos bens comuns?

Em primeiro lugar, é necessário ressaltar a importância de uma intervenção estrutural em tal campo. Com efeito, é visível a insuficiência de soluções compensatórias em matéria de proteção da Natureza e do meio ambiente. Princípios gerais tradicionais do direito ambiental – co-

39. V. H. Hovenkampf, *The Antitrust Enterprise*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, pp. 293-294.

mão do poluidor-pagador, o da precaução e, mesmo, o da prevenção – de nada adiantam em um mundo de crescente escassez e crescente superutilização de recursos. Alguns deles – como o princípio do poluidor-pagador –, de certa forma, até legitimam a destruição do meio ambiente por aqueles dispostos a pagar por ela, como se compensações monetárias pudessem ser de alguma valia nesse campo.⁴⁰ Antes que úteis, acabam por ser uma consagração e legitimação do poder econômicos em matéria tão sensível.

Urge, então, uma discussão que se proponha a enfrentar a questão da regulamentação de propriedade dos bens de interesse comum. É nesse sentido que uma intervenção dita estrutural se faz necessária.

Algumas ressalvas são necessárias. Uma primeira é que, obviamente, não há que se falar, aqui, de discussão ampla de todos os aspectos relacionados aos bens comuns. Essa questão é objeto de tratamento bastante extenso na literatura especializada, e teria de ser objeto de estudo específico.

O que importa aqui são as relações entre poder econômico e regulamentação dos bens comuns. Mais especificamente, a questão de como o estímulo regulatório à cooperação pode, ao mesmo tempo, garantir que estruturas de poder não se formem em relação aos bens comuns. Como visto acima, isto é fundamental, posto que o poder econômico impede a cooperação – e, portanto, a conveniente disciplina de bens comuns. Assim, qualquer aparato regulatório a ser erigido deve, a par de estabelecer condições que permitam a cooperação no uso e administração dos bens, garantir que não venham a se formar estruturas de poder que possam vir a dominá-los.

Mas há ainda uma segunda ressalva, tão ou mais importante que a primeira. Não é possível imaginar uma dedução racional e geral de parâmetros regulatórios aplicáveis a todo e qualquer caso. Em particular em matéria de bens comuns, o que se demonstra é exatamente que soluções

40. Como afirma G. Rist, este princípio parece até mesmo atribuir o direito de poluir àqueles que têm recursos (*Le Développement – Histoire d'une Croyance Occidentale*, Paris, Presses de Sciences Po, 2007, p. 327). O individualismo exacerbado desse princípio faz alguns ambientalistas defenderem até mesmo a criação de um novo princípio do protetor-pagador (*protecteur-payeur*) para constrangê-lo financeiramente a levar adiante políticas públicas em matéria ambiental (cf. R. Hostiou, “Vers un nouveau principe général du droit de l'environnement – Le principe protecteur-payeur”, in *Pour un Droit Commun de l'Environnement – Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, p. 567 (575)).

regulatórias adotadas em dada situação e localidade e ali bem-sucedidas podem não sê-lo em outras.⁴¹ Assim, mais que indicar soluções completas, importa identificar problemas regulatórios a serem enfrentados.

Um primeiro problema a ser levantado refere-se à identificação dos tipos de bens comuns e dos problemas de regulação mais importantes relativos a cada um. Para tanto, é preciso desde logo deixar claro que não é mais possível adotar uma visão unitária de direito de propriedade. Não há mais que se falar em *direito de propriedade*, mas em *feixes de direitos* (*bundles of rights*) compondo a propriedade.

Esses feixes merecem especial atenção em sua enumeração e classificação. Alguns direitos referem-se à apropriação dos próprios bens ou recursos deles advindos, outros relacionam-se à utilização dos próprios bens. Essas enumeração e classificação são importantes pois, como será visto, terão diferentes efeitos quanto aos principais problemas econômicos identificados em relação aos bens: a dificuldade de exclusão e a possibilidade de subtração de uso (*subtractability of use*).

Dentre os vários direitos incluídos no feixe de direitos de propriedade podem ser identificados: o direito de acesso ao bem, o direito de retirar produtos ou recursos (*withdrawal rights*) de uma fonte ou propriedade, o direito de administrar (*management*) – ou seja, o direito de transformar a propriedade e/ou regular padrões internos de uso –, o direito de exclusão (*exclusion*) – ou seja, o direito de decidir quem terá direito de acesso, retirada ou administração –, o direito de uso – ou seja, o direito de utilizar economicamente o próprio bem (não se confundindo com a retirada de seus frutos) – e o direito de disposição – ou seja o poder de alienar o bem. A esses adiciona-se, ainda, hoje, no caso de muitos bens (sobretudo os bens consumíveis), o direito de decisão sobre o destino final do subproduto da utilização dos referidos bens.

Alguns desses direitos referem-se ao grupo (ou feixe) dos direitos de apropriação e outros ao grupo (ou feixe) dos direitos de utilização. Assim, dentro da descrição inicial das características econômicas dos bens, alguns estão ligados à ideia de intensidade da subtração de uso (*subtractability of use*), e outros à dificuldade de exclusão de utilização.

Assim, por exemplo, o direito de acesso para retirada de recursos e o direito de retirada estão ligados ao grupo da apropriação de bens. Já, o

41. Cf., a respeito, os vários casos analisado por E. Ostrom e as comparações feita in *Governing the Commons – The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, pp. 178 e ss.

direito de uso e o de alienação estão ligados ao feixe de direitos de uso. Finalmente, os direitos ligados à administração do bem e os direitos de decisão sobre os resíduos da utilização referem-se ora a um, ora a outro, dos grupos de direitos.

Ora, não é difícil concluir que, quanto maior o grau de subtração de uso gerado pelo bem, maior será a busca de direitos de apropriação de recursos em relação àquele bem. Assim, para os bens comuns (CPRs) será grande a necessidade de atribuição de direitos de acesso e retirada de recursos ao maior número possível de membros da comunidade deles dependentes. Inversamente, a dominação desses direitos por um só agente gerará enorme poder e enorme capacidade de drenagem de recursos e utilidades dos outros membros da comunidade interessada por parte de seu detentor.

Já, em relação a bens em que há forte possibilidade de exclusão de uso – como os bens privados de consumo –, a grande preocupação deve ser com seu uso e seu abuso, em particular o direito hoje ilimitado de decisão sobre as alocações dos resíduos do processo de consumo ou produção.

Dessa descrição resultam diretamente os cuidados que devem ser observados em relação às estruturas de poder econômico.

1.4.3.1 *Apropriação: regulação e cooperação descentralizadas*

Em relação a importante parcela dos bens comuns (florestas, bacias hídricas etc.) parece evidente o reconhecimento da essencialidade dos bens e dos recursos naturais extraídos da terra para as comunidades que os circundam. É importante também reconhecer que um problema importante em relação aos recursos naturais está na tendência predatória criada pela sua retirada em escala, normalmente por grandes estruturas industriais de retirada. Também não é incomum que essa retirada predatória se dê em regiões distantes das exploradas originalmente por essas estruturas econômicas, grandes ou pequenas. Ou seja: o distanciamento geográfico e a menor dependência que cria em relação à natureza e aos habitantes daquela região ajudam a tornar a interação menos cooperativa.⁴²

42. Exemplo evidente ocorre em matéria de pesca oceânica. A conhecida exaustão do estoque de peixes tem levado grandes companhias pesqueiras europeias (sobretudo espanholas e irlandesas) a deslocarem enormes navios de pesca para o

Não há dúvida de a que ligação territorial aos bens e estruturas compostas de indivíduos dependentes da existência dos mesmos bens tende a tornar a interação com a Natureza mais cooperativa.⁴³

Novamente aqui não se trata de predefinir a regulamentação, mas identificar os problemas relacionados a esse tipo de bem. O reconhecimento da essencialidade leva, por consequência, à necessária conferência de direitos de apropriação (acesso e retirada de recursos) à comunidade que dele depende ou a entidades representativas dessa comunidade. Obviamente, às decisões sobre a retirada de recursos (direito de administração – *management*), exatamente por se tratar de recurso escasso, devem ser institucionalizadas, atribuídas a entidades reguladoras representativas da comunidade e de alguma forma conectadas a um órgão mais amplo de coordenação de políticas regulatórias regionais. Aliás, essa institucionalização em escala em matéria de regulação de bens comuns tem-se mostrado a medida mais eficaz, na prática.⁴⁴

Também a participação da comunidade na regulação deve-se fazer de maneira consensual e equilibrada. Assim, também aí não se pode admitir a formação de uma estrutura de poder que monopolize a tomada de decisões. O efeito pode ser o desestímulo à cooperação natural na utilização do bem, exatamente pela desconfiança (barulho – *noise*) em relação à estratégia de apropriação decidida pelo órgão regulador local. Novamente aqui o “jogo” corre o sério risco de se transformar de um jogo de estratégia coletiva em um jogo de estratégia individual, o que pode levar rapidamente ao uso predatório ou excessivo da reserva – ou seja: à *tragedy of the commons* identificada por Hardin.

Senegal, realizando atividade muitas vezes muito além do limite permitido (v., a respeito, o livro jornalístico-investigativo de C. Clover, *The End of the Line*, Nova York, The New Press, pp. 41 e ss. – capítulo “Robbing the poor to feed the rich”).

43. Observe-se que, do ponto de vista da *teoria dos jogos*, a cooperação é mais difícil em caso de distância geográfica, por várias razões, entre elas porque a capacidade de retaliação pelos produtores locais ou pela própria Natureza local é limitada – ou seja: a *shadow of the future* é limitada e, conseqüentemente, o jogo se assemelha a um *finely repeated prisoner's dilemma game/FRPD*, em que o que predomina é a estratégia individual. Empresas que predarem ou destruam região da qual não dependem, ou porque podem fazer extração em outras regiões ou porque são elas mesmas de outras regiões, não podem ser retaliadas pela Natureza, no sentido de sentir os efeitos da escassez ou da destruição do meio ambiente. Portanto, entre elas e a Natureza o que há é um *FRPD game*, de estratégia estritamente individual.

44. Cf. E. Ostrom, *Governing the Commons – The Evolution of Institutions for Collective Action*, cit. p. 190.

1.4.3.2 Utilização: conexão entre produção e consumo

Há outra parcela de bens comuns e uma boa parcela de bens privados em que o problema do uso ou da exclusão de uso é o mais relevante. A exclusão em relação à utilização da terra produtiva é um exemplo. Trata-se de bem cuja escassez relativa e cuja importância ambiental tornam cada vez mais difícil classificá-lo como bem puramente privado ou bem comum.

O mesmo se pode dizer, *mutatis mutandis*, em relação a bens de consumo como alimentos, roupas etc. – ainda que aqui a preocupação seja mais em relação aos subprodutos do processo de consumo que em relação ao bem em si (pois, quanto a ele, a própria utilização gera o consumo ou o desaparecimento do bem como era em seu estado de origem – ou seja: a exclusão de uso).

Tanto em relação a um quanto a outro o problema central está no amplo direito de disposição sobre os subprodutos do processo de produção e consumo. São eles que geram a escassez.

No caso das terras, através da poluição ambiental e deterioração de rios e lagos fundamentais para o interesse comum. No caso dos bens de consumo, pelo caráter até hoje facultativo da reciclagem dos subprodutos do processo produtivo e de consumo – o que exige constante aumento de escala de produção e crescente insuficiência de recursos.

Em ambos os casos um elemento comum está presente: estrutura concentradas de poder econômico. No caso da terra, a utilização extensiva e em escala por grandes propriedades dedicadas à monocultura. A somar-se à concentração da terra está, normalmente, a despreocupação com os efeitos locais dos resíduos do processo agrícola (fertilizantes etc.).

Quanto aos bens de consumo, a produção em massa e a escala obtida pelas grandes estruturas tornam desnecessária e custosa a reciclagem. Monopolizado o circuito industrial, é muito mais fácil e barato produzir sem reaproveitar, exatamente porque a estrutura de drenagem monopolista descrita está, já, toda montada desde a fonte de matéria-prima até o produto final. Já, a reciclagem exige investimento específico, normalmente de baixo retorno (pois na ponta final estão os produtores monopolistas que remuneram pouco a atividade) e trabalho intensivo.

Novamente aqui, proposição útil pode ser a intervenção seletiva sobre o feixe de direitos que compõem a propriedade, conferindo o direito de decisão sobre a destinação dos subprodutos do processo de produção

e consumo a grupos de indivíduos interessados e capazes de lhe dar processamento. O estabelecimento de direitos (verdadeiros direitos, e não mero acesso a depósitos voluntários de resíduos) para cooperativas de reciclagem é, nesse sentido, instrumento dotado de potencial grande de eficácia.

Mas não é só. O reaproveitamento depende de mudanças no próprio funcionamento da estrutura industrial. Assim, é necessário um movimento inverso ao realizado pela economia monopolista e globalizada. Os processos de produção e consumo têm de se reaproximar, para que seja possível um reaproveitamento industrial mais efetivo. Isso só pode ser feito ao nível local.

Também só ao nível local e na ausência de poder econômico se pode buscar a chamada *industrial ecology*. O que se tenta, aí, é aproximar os processos industrial dos *natural ecological systems*, em que os rejeitos são reciprocamente reaproveitados. As empresas podem, com efeito, minorar os efeitos sobre o meio ambiente se estiverem próximas e consumirem os rejeitos umas das outras. O objetivo é conectar processos industriais produzindo rejeitos diversos, de forma a ser possível um aproveitar os subprodutos do processo industrial do outro, minimizando o desperdício total. Projetos muito bem-sucedidos nesse sentido existem na criação dos chamados *industrial ecosystem parks*, dos quais um dos mais famosos é o de *Kolundborg*, na Dinamarca.⁴⁵

Ainda aqui, para tanto, é necessária disposição social e institucional ao relacionamento cooperativo, e não com estratégia individual. Tal ambiente será tão mais difícil de se obter quanto maior for a disparidade de poder entre os participantes do processo econômico – ou, visto de outro modo, quanto maior for o poder econômico de um dos membros, que facilmente optará por uma estratégia individual.

1.5 Conclusão. Desenvolvimento e proteção ao meio ambiente: uma compatibilização necessária e possível

Tudo que foi dito acima conduz a uma forte concentração da teoria jurídica do desenvolvimento, ora proposta, em torno da ideia de conhecimento econômico. Essa concentração traz consigo certas vantagens inegáveis, não deixando, por outro lado, de ser problemática.

45. V., a respeito: D. Gibbs, *Local Economic Development and the Environment*, Londres, Routledge, pp. 97 e 129.

As vantagens parecem resultar evidentes da própria descrição da evolução da teoria desenvolvimentista. Bem destacados os problemas estruturais específicos de cada economia, a impedir o desenvolvimento, as teorias econômicas, exatamente por buscarem resultados específicos, sempre deixam e deixarão de lado a busca dos objetivos e necessidades específicos de cada conformação social. Consequência disso é a crescente discrepância, nos dias de hoje, entre necessidades dos Países em desenvolvimento e receitas regulatórias que lhes são sugeridas (e muitas vezes impingidas).

De outro lado, é inegável que a concentração sobre o conhecimento econômico traz consigo alguns dos problemas típicos das soluções ditas instrumentais. Trata-se do relativismo das conclusões. Levando-se ao extremo o argumento, poder-se-ia afirmar que, se o objetivo principal é a descoberta dos valores sociais de determinada sociedade, de modo a garantir que todos participem dessa escolha, qualquer escolha seria admissível. Não haveria, portanto, valores de fundo a serem protegidos. Cair-se-ia na velha armadilha lógica, tão bem identificada por Bertrand Russel, segundo a qual, se tudo fosse relativo, não haveria nada absoluto, com relação ao quê tudo seria relativo.

Ocorre que – como é, de resto, comum nesse tipo de solução instrumental – a correção e a democratização das formas levam à definição de objetivos valorizados. É o que ocorre, de regra, com toda solução participativa. Imagine-se, por exemplo, o devido processo legal: entendido em seu sentido material, exige a ampliação de participação no processo – o que é um valor social em si.

O mesmo se pode dizer com relação aos valores que buscam permitir o conhecimento econômico. Exatamente porque exigem a participação de todos no processo, a eliminação da exclusão e dos centros de poder e a possibilidade de escolha de valores comunitários (cooperação) e não individualistas, representam uma opção, em si, por valores sociais. É em torno desses valores básicos que se pode, portanto, definir o conceito de *regulação*.

Mais que isso: admitidas essas características essenciais da regulação, princípios desenvolvimentistas e de proteção ao meio ambiente, às vezes descritos como objetivos opostos entre si, revelam grande grau de complementariedade. Do ponto de vista regulatório, uma vez adotada a perspectiva jurídico-estruturalista, tanto a promoção do desenvolvimento quanto a proteção do meio ambiente têm instrumentos comuns de persecução.

Garantia de amplo acesso e consequentemente regulamentação do uso de bens escassos pelos vários interessados, usuários e potências usuários, é instrumento fundamental de desenvolvimento social e econômico.

Essa mesma garantia de acesso é também instrumento para a proteção ambiental. Só através dela é possível evitar a degradação de bens ambientais por populações famintas ou, então, evitar que estruturas de poder econômico se apropriem desses bens e os submetam à sua racionalidade de máximo lucro. Mas não é só. Como visto, se é verdade que a garantia de acesso muitas vezes significa garantia de utilização pelos grupos sociais interessados, outras vezes significa participação na decisão sobre os destinos daqueles bens. Isso tem relevância prática nada desprezível, como pesquisas empíricas recentes indicam. Comunidades que dependem do bem ou recurso tendem a ser bem mais protetivas que investidores ou exploradores que não têm sua sobrevivência diretamente afetada pela sorte do bem.

Assim, se não é palavra mágica, a ideia de *acesso* dentro da teoria regulatória do desenvolvimento parece ser ponte prática entre desenvolvimento e proteção ao meio ambiente. É, no mínimo, caminho profícuo a ser perseguido.