

NOVO ESTRUTURALISMO JURÍDICO: UMA ALTERNATIVA PARA O DIREITO?

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Professor Titular do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP (2002), onde leciona nos Cursos de Graduação e Pós-graduação.

ÁREA DO DIREITO: Fundamentos do Direito

RESUMO: O artigo propõe-se a discutir uma alternativa para a visão positivista do direito que permita lidar com estruturas de poder econômico que hoje em dia influenciam de maneira dominante a organização da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Estruturalismo jurídico - Positivismo - Poder econômico - Regulação.

ABSTRACT: The paper tries to discuss an alternative to legal positivism, allowing the law to deal with economic power structures that are nowadays influential (or dominant) in the organization of social relations.

KEYWORDS: Legal structuralism - Positivism - Economic power - Regulation.

Talvez de todos os ramos do conhecimento social o direito seja o que mais de perto e com mais intensidade venha sentindo e se submetendo aos desígnios de outras ciências sociais. De alternativa valorativa para o funcionamento da sociedade, que na antiguidade ditava formas de organização social, transformou-se em arte dos escribas, que ou (a) escrevem as leis segundo ditames vindos de outras ciências (economia, principalmente) ou dos jogos momentâneos de poder nos parlamentos, ou (b) obedientemente as interpretam, de forma literal ou quase literal, desde que em acordo com os sistemas de poder dominantes.¹

1. Va respeito as observações de FK.Comparato, *O direito e o avesso in Rumo à justiça*, São Paulo, Saraiva, 2010, p 343 e ss., em que o autor deixa claro a exis-

Da forma como aplicado, o direito parece então fundamentalmente um instrumento de manutenção das estruturas econômicas e sociais existentes.

Será esse o seu destino? Não é possível crer em um direito organizador da sociedade e transformador de suas estruturas?

Não é possível responder a essa pergunta sem antes indagar das origens e fundamentos do atual estado de letargia do direito, que já dura mais de 300 anos.

a) Do racionalismo jurídico ao positivismo

Para a breve notícia histórica que aqui se quer trazer é possível fazer um profundo corte histórico e iniciar a análise a partir da era moderna, em especial a partir da grande ruptura interna da ciência jurídica.

Essa ruptura interna ocorre com o racionalismo jurídico, em especial a partir das obras de seu representante mais influente, Samuel Pufendorf.

A ruptura a que se faz referência é a que se dá entre moral e direito. A partir especialmente de Pufendorf, o fundamento do direito passa a ser identificado não em algum elemento imanente à natureza do homem (seja ele religioso ou ético), mas na lógica, i.e., na existência de um sistema racional e autointegrado de disciplina das relações sociais.

São exatamente essas duas características, busca da racionalidade científica e autointegração, as que acompanharão a maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais (de direito codificado) até os nossos dias. A primeira faz com que o método de criação e interpretação do direito deixe de ser visto como um método exegético-histórico, passando a visar primordialmente à demonstração lógica.² Já a segunda característica leva à crença de que esse mesmo método lógico é capaz de resolver todas as situações da vida social. O recurso à analogia, regra de fechamento dos sistemas jurídicos codificados, dá parente força de verdade à crença de que os códigos e sua interpretação lógico-sistemática é suficientes para resolver todas as questões da vida civil e social.

O direito torna-se então um sistema autointegrado e os juristas devem ser e são tão mais afamados quando mais capazes forem de erigir grandes e sofis-

tência na história brasileira de dois direitos – o oficial e o aplicado, utilizado ora um ora outro, a depender do poder (econômico ou social) do sujeito a ter seus interesses protegidos.

2. Cfr. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. ed., Göttingen, Vandenhoeck e Ruprecht, 1967, p. 309 e ss.

ticados sistemas lógicos. Toda a discussão de interesses ou dos efeitos desse direito autointegrado e autosuficiente sobre a vida social parecem a partir de então estranhos à ciência do direito.

Estabelecido o racionalismo como método de construção e explicação do direito e afirmada a autossuficiência do sistema jurídico, pavimentado está o caminho para o chamado positivismo dogmático que se estabelecerá, sobretudo, na Alemanha no século XIX através da Pandectística. A tendência à concentração em torno de esquemas lógicos e à autointegração leva ao fechamento do sistema em torno de si mesmo. A consequência é uma proteção da doutrina e do direito contra demandas sociais e éticas. Em um sistema fechado como o racionalista-pandectista, a lógica substitui o conceito de justiça, determinando-o.³ Daí a característica bastante formalista ainda que rigorosamente lógica de trabalhos de grandes pandectistas como Windscheid.

Ora, é fácil ver que a única efetiva diferença entre o positivismo dogmático e o positivismo jurídico está na existência de um Código. Não por acaso, basta que a Alemanha promulgue seu Código Civil para que o positivismo jurídico, já estabelecido em outros países (principalmente na França através da Escola Exegética) dominasse a cena dos países de *civil law*.

O positivismo dogmático e legislativo, estabelecido desde o século XIX espera então apenas uma fundamentação na teoria geral do direito. O trabalho de autores como Kelsen nada mais faz que dar uma justificativa na teoria geral para o direito como já era praticado e ensinado. O positivismo passa a dar desde então e até hoje, inclusive nas escolas brasileiras, o tom da teoria geral do direito. Representa, na teoria geral do direito, doutrina tão estabelecida e dominante quanto o marginalismo na microeconomia.

Repita-se que esse positivismo aparece reforçado. Não é meramente declarado em uma teoria geral, sequer se compõe de uma mera exegese formalista de códigos, integra-a também uma doutrina pronta a grandes elucubrações lógicas e racionais, cada vez mais distante de valores e seus princípios. Mas pior do que isso, doutrina cada vez mais apta a abrir espaço para a determinação dos rumos da organização da sociedade a partir do poder (especialmente o econômico) e não da consideração dos interesses envolvidos pela aplicação das normas.

No fundo o que se está dizendo é que olhar para a fronteira entre moral e direito é mais uma das ilusões criadas pelos dogmas positivistas. Essa fron-

3. Idem, p. 441.

teira é no máximo formal e está fadada a ser constantemente ultrapassada na aplicação do direito – tanto isso é verdade que no fundo as discussões entre positivistas modernos sempre tendem a assumir e tentar justificar sobre diferentes perspectivas a captação de valores morais na aplicação da norma, procurando compatibilizar esse fato com os dogmas positivistas. O grande problema a ser enfrentado – ao menos do ponto de vista de construção de uma teoria do direito apta à organização das relações sociais – não está aí, mas sim no fato de que o intimismo positivista reduz a capacidade do sistema jurídico de minimamente captar e considerar os interesses sociais envolvidos pelo direito. O equilíbrio (ou o desequilíbrio) concreto entre tais interesses será então dado não mais pelo direito, mas sim pelas relações de poder.

A questão não é, portanto, de conteúdo material das normas mas sim de sua capacidade procedimental de organizar e reger as relações em sociedade. Ausente ou desinteressado o direito, as relações sociais e os interesses nela envolvidos serão organizados (ou desequilibrados) pelas relações de poder. Poder e direito são, portanto, mutuamente excludentes como elementos relevantes para a organização social. A postura doutrinária positivista prepara a cena, portanto, para o afastamento do direito dos grandes problemas sociais e para a sua submissão aos desígnios técnicos de outras ciências (em particular a economia).

b) Positivismo, intimismo do direito e poder econômico

A afirmação e prevalência do movimento positivista têm enorme efeito sobre a afirmação e prevalência da ideia do poder econômico no campo do direito. É, com efeito, o autocentrismo do positivismo aliado à sua exacerbada racionalidade que permite ver no direito instrumento para objetivos econômicos.⁴

Sendo a ciência do direito positivista, totalmente avessa à discussão de finalidades das normas, qualquer ciência que o faça apresentando certa coerência racional em sua apresentação (ainda que, como demonstrado, essa coerência seja apenas aparente) facilmente será capaz de dominar sua inter-

4. É bastante interessante a análise de Posner sobre a utilidade da teoria de Kelsen para a análise econômica do direito. O autor vê no formalismo e pragmatismo das ideias de Kelsen um poderoso instrumento para reconhecimento e admissão da análise econômica do direito – Cfr. R. Posner, *Law, pragmatism and democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, p. 265 e ss. (tópico “Kelsen, Pragmatism and Economics”). Ainda que não totalmente fiel a certas ideias kelsenianas a análise de Posner capta com precisão o efeito do positivismo sobre a interpretação do direito e de sua função.

pretação, entre doutrinadores e aplicadores do direito. Repita-se, para uma mente positivista, a discussão “científica” a respeito de métodos interpretativos, que proponha uma finalidade pré-jurídica (como a eficiência), que possa por sua generalidade ser identificada em qualquer norma e que seja capaz de deixar intacto o autocentrismo do jurista e o cerne da teoria positivista a respeito das formas possíveis de produção legislativa, mais do que aceitável, é até bem-vinda. Transfere para o economista a tarefa de formulação das políticas econômica e legislativa e atribui ao jurista uma tarefa de escriba ou no máximo intérprete dos objetivos fixados pelos economistas.

Ora, em um quadro assim descrito é fácil entender o porquê da aceitação do poder econômico. Dentro da análise econômica do direito de marcada influência neoclássica, o poder econômico é, como visto, algo a ser, na maioria dos casos, estimulado.⁵

Na verdade, essa teoria nada mais faz do que traduzir a evolução do capitalismo e dos monopólios nos últimos séculos, de enorme concentração do poder e busca teórica de sua justificação.⁶

c) Consequências concretas: ausência de discussão de interesses e direito meramente compensatório

A consequência mais direta e talvez óbvia do raciocínio positivista é a aversão à discussão de interesses. Se o direito é racional e intimista, obviamente qualquer discussão dos interesses envolvidos pelas normas e esforço no sentido de seu sopesamento parece estranho ao raciocínio jurídico. Ainda que tal reflexão sobre interesses não seja formalmente proibida (e nem poderia sê-lo) torna-se com o passar dos séculos algo totalmente estranho para o jurista. O aluno das escolas de direito é habituado a não prestar atenção ou se preparar para tal exercício. Tal preparação exigiria conhecimentos e inte-

5. Para os neoclássicos não é relevante a formação de poder econômico na linha vertical. De outro lado, a formação de poder na linha horizontal só não é permitida quando não gerar alguma eficiência. Diz-se alguma, pois qualquer eficiência produtiva é presumida suficiente para superar a ineficiência alocativa do monopólio. É fácil ver, portanto, que mesmo na linha horizontal, só os cartéis, que são por natureza não geradores de eficiência, podem ser considerados ilícitos pelos neoclássicos – Cfr., para análise e crítica da teoria neoclássica, C. Salomão Filho, *Direito concorrencial – As estruturas*, 3. ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 22 e *Direito concorrencial – As condutas*, 1. ed., 2. tir., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 21 e ss.

6. A respeito da evolução histórica do poder econômico e de suas justificativas v. C. Salomão Filho, *Histoire critique des monopoles*, Paris, LGDJ, 2010.

resses interdisciplinares (sociologia, política, economia) além da disposição interna de com o direito reorganizar a sociedade. Não é o que ocorre. Alunos de direito e depois profissionais em diversas áreas (promotoria, magistratura, advocacia, magistério) são incentivados a refestelar-se na cômoda posição de exegetas científicos, sem preocupação com efeitos das normas, interpretações ou soluções que propõe.

Mas não é só. Um dos mais nocivos (mas não tão óbvios) corolários do direito de inspiração racional-positivista é a ideia de compensação. O direito compensatório é na verdade o tipo mais comum de solução legal para tratar de problemas econômicos e sociais. Isso é verdade para vários importantes campos do direito como direito do trabalho, direito do consumidor e mesmo muitos dos direitos sociais na Constituição.

É fácil entender o porquê. Se o direito não se propõe a tratar de estruturas, mas apenas se preocupa com esquemas lógicos e autointegrados, o máximo que pode almejar são as compensações interindivíduos ou intergrupos. Da afirmação positiva dos direitos objetivos surgem pretensões, direitos subjetivos de uns perante outros. De início, parece possível fazê-lo ao nível individual. Fazer justiça na tradição civil do século XIX é fazer com que indivíduos desvantajados no processo de trocas ou na vida civil tenham acesso a compensações.

Os desajustes e injustiças sociais criados pelo capitalismo no século XX põe nu a insuficiência desse sistema. Surgem grandes grupos sociais prejudicados pelo próprio funcionamento do capitalismo. Mas o direito não perde sua característica compensatória. Um direito sob base racional-positivista não poderia mesmo perdê-la. Campos inteiros dos direitos sociais são erigidos com base na ideia de compensação. É o caso do direito do trabalho e do consumidor, construções legislativas e dogmáticas do século XX. Também o direito econômico, preso à tradição positivista, acaba no mais das vezes por se resumir à formulação de princípios gerais, sem grande preocupação com os interesses envolvidos pelas normas e com as formas concretas de protegê-los. Referida enunciação de princípios é apta a ser utilizada no sentido criticado acima, de defesa ora da lei, quando protege as estruturas de poder, ora dos costumes ou princípios contrários às leis, quando úteis às mesmas. Não deve causar estranheza, portanto, quando se observa a conversão expressa a um positivismo rígido de alguns de seus cultores.

O problema é que compensações, ainda que extremamente relevantes para grupos hipossuficientes, não são capazes de alterar ou influenciar o funcionamento do sistema econômico. Não há dúvida sobre a necessidade de compensações para trabalhadores, consumidores ou com mais razão ainda os

excluídos do processo econômico pela pobreza. Ocorre que exatamente em função dos relevantes interesses desses grupos, compensações não são suficientes, sobretudo em uma realidade econômica mais e mais dominada por estruturas que concentram ao extremo o poder econômico (monopólios).

Em uma realidade como essa, compensações levam a dois resultados paradoxais: (a) políticas públicas dificilmente podem ser implementadas através do direito, pois as compensações são atribuídas pelas decisões judiciais de forma casuística e nem sempre coordenada e coerente; (b) é difícil conseguir através do direito a transformação econômica e social, pois compensações serão sempre insuficientes para fazer frente às desigualdades continuamente criadas em múltiplas esferas do sistema econômico, pelo funcionamento do sistema econômico, baseado que é em estruturas de poder econômico extremamente concentrado. Relações econômicas, em ausência de limitações legais, são reguladas pelo poder econômico. Se o direito decide-se por uma interferência mínima, apenas proporcionando compensações para grupos mais desfavorecidos (o que é obviamente necessário, mas não suficiente), o poder torna-se o principal elemento de organização das relações econômicas e sociais. O poder econômico impõe então a sua racionalidade: seu uso contínuo e constante para obter maximização de riqueza em proveito próprio.

Parece evidente, portanto, a necessidade do direito interferir no funcionamento estrutural-econômico da sociedade e não ser mero instrumento de aplicação e positividade de objetivos econômicos predeterminados. O desenvolvimento de uma ideia estruturalista no direito parece então fundamental. A esse ponto será o caso de retornar na conclusão.

d) O estruturalismo jurídico

O termo estruturalismo, bastante utilizado em ciências sociais, é também muito equivocado. De forma geral, indica a disposição de estudar os elementos ou fenômenos em relação a um todo, destacando sua posição e importância dentro dessa totalidade. Ocorre que desta ideia geral decorrem possibilidades diversas do ponto de vista social, político e até ideológico. Na economia, chamou-se de estruturalismo tanto os estudos críticos do funcionamento global do capitalismo proporcionados pelo estruturalismo Cepalino com os estudos de moldes neoclássicos dos efeitos sobre conduta e desempenho das grandes organizações econômicas capitalistas (o chamado estruturalismo de Harvard). No direito também os estruturalismos são muito díspares. O termo estruturalismo é frequentemente associado, a uma visão de funcionamento interno do sistema jurídico, basicamente de suas sanções, modelo bastante próximo da visão positivista do direito.

Pois bem, o termo estruturalismo utilizado no presente trabalho tem orientação diametralmente oposta. Como visto, parte da crítica explícita ao funcionamento positivista do direito e procura identificar estruturas econômicas e jurídicas que, fundamentais à organização social, respondem por relações de dominação e de poder econômico, afastando a possibilidade de aplicação de qualquer raciocínio valorativo na organização da sociedade. É à crítica e transformação dessas estruturas, ora jurídicas ora econômicas, que se propõe a sugerida “teoria estruturalista”. Assim, o direito por vezes serve de base (como no caso das patentes, verdadeira “estrutura jurídica” geradora das estruturas econômicas e de dominação importantes), às vezes de superestrutura determinada por uma base econômica (o caso da concentração de empresas e seu tratamento regulatório e concorrencial).

Observe-se que no modelo que se propõe, as estruturas são formadas historicamente. São desestabilizadoras do sistema (jurídico) exatamente porque levam à determinação das normas de conduta por padrões de poder e não por valores. E finalmente se opõe ao caráter funcionalista do direito. Exatamente por basearem-se e ao mesmo tempo reforçarem o poder, o não direito, tais estruturas se opõem à função valorativa de interesses que, como se viu acima, está no fulcro da ideia de organização jurídica das relações sociais. Assim sendo, o estruturalismo que ora se propõe é totalmente diverso, quase o oposto, dos estruturalismos das ciências humanas e sociais (principalmente o linguístico e o antropológico) do século XX, que se definiam por oposição tanto ao funcionalismo quanto ao historicismo (ainda que os autores estruturalistas mais arejados, como Levi Strauss na antropologia, defendam a possibilidade de interação entre estruturalismo e historicismo).⁷

7. Uma dúvida que poderia surgir seria a respeito da conveniência então da utilização do termo novo estruturalismo jurídico. A rigor não seria necessário falar em novo estruturalismo, pois nem os estruturalismos clássicos das ciências sociais nem o da economia se desenvolveram no campo do direito. Assim não seria o caso de elaborar um novo estruturalismo mas de propor algo que não existiu, pelo menos não de forma independente, no direito. V. a respeito desse tema (não desenvolvimento no direito do estruturalismo das ciências sociais – linguística e antropologia), M. Losano, *Sistema e estrutura no direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2011, vol. 3, p. 179 e ss. Optou-se, no entanto, no presente trabalho por utilizar o termo novo, mas com um sentido diverso. O termo “novo” é utilizado no sentido propugnado por Otávio Paz, ou seja não por oposição ao velho mas como algo que busca responder aos problemas do presente – “La búsqueda del presente”, Conferência Nobel 1990 in *Lex Prix Nobel, The Nobel Prizes 1990*, (Nobel Foundation), Stockholm, 1990.

A utilização da palavra estruturalismo justifica-se então, não por razões históricas (ligação a uma teoria assim chamada) mas por uma razão de conteúdo.⁸ É da identificação das estruturas jurídicas e econômicas e de sua formação histórica que se origina a possibilidade de reconstrução do direito.

Essa reconstrução não exige necessariamente a elaboração de um sistema. Daí outra importância do uso do termo estruturalismo, exatamente para diferenciá-lo da teoria dos sistemas. Esta, por um ou outro caminho acaba por nos levar de volta à discussão dogmática e legalista sincrética e intimista.⁹

No estruturalismo proposto não há necessidade e nem se objetiva a construção de um sistema. Não há preocupação com a construção de uma unidade partes – todo. Tampouco exige o autorreferenciamento, a partir de sua comparação com o ambiente. A teoria jurídica é uma teoria social e exige, portanto, influxos, informações e comparação com outras teorias que pretendem organizar o funcionamento social. Não se dissocia e não pode ser compreendida ou interpretada sem a contribuição e o diálogo com outras teorias sociais. Como se verá abaixo, portanto, a interdisciplinariedade é essencial para sua análise (da realidade) e aplicação (à realidade).

O objetivo de uma teoria estruturalista do direito assim caracterizada é definir um método amplo que permita (através da elaboração ou identificação de dispositivos declaratórios, como se verá abaixo) a consideração e o sopesamento dos interesses envolvidos pela aplicação do direito. As soluções que permitem esse a correta avaliação e distribuição dos benefícios entre os vários interesses em jogo dependerão do grau concreto de influência que cada uma das estruturas identificadas tem sobre o funcionamento do sistema social e jurídico. Importará identificar o grau de influência e perturbação

8. A análise aqui realizada é, portanto, substancialmente diferente da de M. Losano que vê no termo estruturalismo algo necessariamente ligado às correntes estruturalistas clássicas do século XX (estruturalismo linguístico e antropológico) – v. a respeito M. Losano, op. cit., p. 150 e ss.

9. Seria sem dúvida exagero de pretensão tentar analisar a vastíssima obra de N. Luhmann e seus vários períodos de evolução em uma nota de rodapé. Limito-me a afirmar, portanto, que o principal formulador da teoria dos sistemas nas ciências sociais no século XX acaba, tanto antes quanto após a guinada auto-poietica, por ver na teoria do direito um sistema próprio, autoreferencial e (até certo ponto) programável com base, em seus princípios próprios e seu funcionamento interno próprio. O influxo do ambiente é, portanto, no máximo, de dados de fatos, mas não de interesses e valores. Com isso acaba por estimular imensamente as visões intimistas do direito acima mencionadas e criticadas.

causado por essas estruturas ao procedimento jurídico acima descrito e o grau de substituição de relações jurídicas por relações de poder, para só depois poder formular uma teoria crítica e transformadora das mesmas estruturas e, portanto, do funcionamento da sociedade.

Observe-se que criticar, revisar e transformar as estruturas não implica construir um sistema. Refeitas as estruturas, sua unidade (ou desunião) será decorrência natural da reordenação estrutural. Da reconstrução estrutural pode, portanto, derivar uma integração (ou desintegração) espontânea, ou seja, uma ordem (seja integrativa ou desintegrativa) social espontânea.

Por ser uma teoria crítica direcionada a revisão e crítica das estruturas frequentemente, para discussão de cada um dos problemas estruturais e das alternativas propostas será necessário utilizar diferentes instrumentos teóricos, muitas vezes com estabelecimento de diálogo com disciplinas circundantes diversas. A elaboração coerente de tal teoria depende, portanto, da utilização de instrumentos vindos de diversas áreas do conhecimento. Assim, para escapar do racionalismo, mola mestra da construção positivista, é necessário conjugar diversos raciocínios críticos e ser capaz de aplicá-los a campos específicos. Assim, da Escola de Frankfurt, pode-se emprestar a ideia de racionalidade comunicativa da relação intersubjetiva.¹⁰ Da economia do conhecimento e da informação é possível retirar as reflexões centrais, difusão de conhecimento e assimetria de informação, delas concluindo por uma teoria econômica procedimental, cujo objetivo é criar condições de um devido processo econômico, permitindo a inclusão mais ampla possível de agentes econômicos e que permita aos agentes formar suas próprias escolhas com o nível de informações mais equilibrado possível.¹¹

Ambas as ideias, da ação comunicativa e do *deficit* de conhecimento ou informacional, implicam e requerem o combate às estruturas concentradoras de poder. Um dos maiores empecilhos à transmissão de informações e à troca comunicativa é o poder econômico.¹² Concentrador de conhecimento

10. Para uma revisão histórica bastante interessante dessa escola e do trabalho de seus principais representantes, cfr. R. Wiggerhaus, *Die Frankfurter Schule*, 6. ed., München, Deutscher Taschenbuch Verlag, 2001.

11. V. para essa construção C. Salomão Filho, *A legal theory of economic power*, Cheltenham – Northampton, Edgar Elgar, 2011, capítulo 1, em que é utilizado o termo “novo estruturalismo jurídico”.

12. Cfr. J. Stiglitz, *Information and the change in paradigm in economics*, Nobel Prize Lecture, 08.12.2001, p. 489.

e de informações, não só desequilibra as relações instantaneamente como ainda permite a perpetuação da relação de desequilíbrio, já que impede que a parte sem poder adquira informação ou conhecimento. Consequência direta é então o desequilíbrio das relações do ponto de vista econômico e então o desequilíbrio de distribuição de renda. A relação entre poder econômico concentrado e pobreza é, nessa perspectiva, de implicação necessária.

Saídas para esse problema, aparentemente de tão difícil solução na história das ideias, podem ser exploradas. Todas elas exigem a rediscussão estrutural das relações sociais e interindividuais. É interessante notar que até a própria teoria dos jogos, cujos pressupostos individualistas são bem conhecidos, acaba por indicar esse caminho através de um raciocínio interessante. Em trabalho bastante relevante sobre o poder, K. Dowding demonstra como, algumas vezes, visto da perspectiva da teoria dos jogos o poder está mais na estrutura das relações individuais, determinada por fatores externos e institucionais, do que apenas no próprio desequilíbrio de forças entre as partes. Essa estrutura acaba por determinar o comportamento do indivíduo (é o caso, por exemplo, do dilema do prisioneiro).¹³ Trata-se, evidentemente, de uma boa notícia, pois confirma aquilo há pouco aventado, no sentido de que modificações estruturais são formas viáveis para a limitação do poder na sociedade.

É ao direito que cabe criar os instrumentos para influir em tais estruturas de relação interpessoal e intersocial. Para tanto deve também se liberar dos traços positivistas e se dispor a um enfoque estrutural das relações sociais e econômicas.

Como mencionado acima, (item c) duas tem sido as consequências práticas dessa histórica tendência ao positivismo. Quanto à primeira, aversão

13. Cfr. K. Dowding, *Power*, Buckingham, Open University Press, 1996, p. 42. Na verdade, essa afirmação merece explicação. Para Dowding, como o próprio dilema dos prisioneiros demonstra, as pessoas, em certas circunstâncias, determinam o seu comportamento de acordo com o comportamento esperado do outro indivíduo. Aí dois elementos são importantes. Em primeiro lugar, o passado, ou seja, a reputação criada pelo indivíduo, de cooperação ou não. De outro lado, a estrutura do jogo. Nos chamados jogos de soma nula, não há outra alternativa a não ser o comportamento individual, pois ele é sempre melhor que qualquer outra alternativa individualmente escolhida. Assim, a alternativa é estruturar as organizações de forma a que os jogos não sejam de soma nula e que não se crie uma reputação de comportamento individualista. Como se verá, regras como a do conflito de interesses, quando bem aplicadas, influenciam favoravelmente ambos os elementos (reputação e estrutura do jogo).

à discussão de interesses envolvidos, a mudança depende da elaboração de uma nova metodologia de criação e aplicação do direito. A ênfase na interpretação sistemática, lógica e ou literal de princípios e regras leva à aplicação da lei sempre em benefício das estruturas de poder dominantes: ora se aplicam as regras de forma literal quando essas favorecem as estruturas, ora se aplicam os princípios mais largos, quando as regras não são favoráveis às mesmas estruturas.

Para sair desse círculo vicioso que só as estruturas de poder beneficia é preciso mudar o método de elaboração e interpretação do direito. É passada a hora de complementar as tradicionais declarações de princípios por uma identificação dos interesses a serem protegidos pelos princípios e normas. Explico-me. Declarações de princípios, indefinidas, prestam-se tanto a sua aplicação quanto ao contrário dela. Imagine-se, por exemplo, o princípio da função social do contrato. Já foi interpretado tanto como um desidratado dever de equilíbrio interno ao contrato como de consideração dos interesses externos ao contrato. Sem uma definição dos interesses envolvidos pelo contrato e que devem ser considerados em sua aplicação, a força desse princípio como guia valorativo para regras torna-se muito diminuta. Princípios são, portanto, guias valorativos fundamentais em qualquer sociedade e sistema jurídico, mas devem ser acompanhados de corajosa e clara identificação dos interesses envolvidos em sua aplicação, bem como da identificação de instrumentos para a mediação entre esses vários interesses.

A esse terceiro tipo de norma, ao lado dos princípios e regras, e voltado à definição específica dos interesses envolvidos, denominar-se-á, de ora em diante, *dispositivo declaratório* (de interesses).¹⁴ Observe-se que os dispositivos declaratórios não podem ser genéricos e aplicáveis a uma generalidade de áreas. Dispositivos declaratórios (como de resto os princípios) são tão mais úteis quanto mais específicos e menos genéricos. Versam, como visto acima, sobre cada estrutura jurídica e econômica específica que se deve considerar e transformar. Referidos dispositivos declaratórios tornam-se, na prática, guias de interpretação para o restante da legislação.

É importante esclarecer algo. Aplicar dispositivos declaratórios não carece necessariamente de reforma legislativa. Nem sempre é preciso elaborar

14. Coerente com essa ideia, procuro sugerir o conceito de dispositivos declaratórios, além de alguns dispositivos declaratórios específicos (ainda que naquele contexto limitados à regulação da atividade empresarial) em *Regulação empresarial para o desenvolvimento*, In: C. Salomão Filho (org.), *Direito e desenvolvimento. Novos temas*, São Paulo, Malheiros, 2012, p. 60 e ss.; v. também *infra* item d.

um novo dispositivo declaratório. Muitas vezes esse dispositivo já está na legislação, inserido em um princípio. Ocorre que raramente se identifica nos princípios fonte de identificação dos interesses envolvidos. Na perspectiva positivista tradicional eles são, no mais das vezes, utilizados como guias para interpretação lógica ou sistemática das regras, tendo então sua função excessivamente reduzida.

O elemento metodológico retro exposto nos encaminha a um segundo, consequência necessária do anterior e já intimamente ligado ao raciocínio substancial. Se visão estrutural e reconhecimento de interesses são necessários, as regras que devem resultar desses dispositivos declaratórios devem necessariamente permitir a intervenção sobre ou o acesso a essas estruturas econômicas e aos produtos de sua atividade.

E com isso se chega à discussão do segundo problema do método positivista retro exposto. Trata-se da característica compensatória do direito tradicional de índole positivista. Como visto acima, já se foi o tempo em que era possível acreditar que compensações a grupos prejudicados pela atividade econômica e pelo poder das estruturas monopolísticas fossem suficientes. Direitos de conteúdo precipuamente compensatório como direito do trabalho ou direito do consumidor são instrumentos úteis, mas hoje claramente insuficientes para disciplinar os efeitos das estruturas de poder econômico e social sobre, respectivamente, os mercados de trabalho e de consumo. A racionalidade monopolística tende a multiplicar os abusos naturais ao seu comportamento autointeressado. É preciso disciplinar o próprio funcionamento e existência dos centros de poder e não apenas procurar compensar os efeitos ou abusos decorrentes de seu mau funcionamento.

Nesta perspectiva estruturalista, temas clássicos passam a exigir outro tipo de visão. É natural que tais temas sejam mais diretamente ligados às estruturas jurídicas e econômicas que têm impacto sobre o sistema econômico e social. Discute-se, por exemplo, a viabilidade e necessidade de proteção ampla a patentes, em um mundo em que informação e conhecimento são fontes indiscutíveis de poder. A isenção de produtos de patenteamento e o licenciamento compulsório de patentes de produtos socialmente sensíveis tornam-se temas relevantes. A própria justificativa econômica para a existência de patentes parece indicar a necessidade de uma análise acurada das hipóteses em que sua concessão se justifica. Em setores já dotados de grande nível de rivalidade a patente não serve para estimular a invenção, mas apenas para garantir monopólios. Isso porque nesses setores a busca por invenções já decorre naturalmente da necessidade de sobrevivência dos agentes econômicos – descobrir novidades é fundamental para preservar ou conquistar mercados. Apenas em setores, hoje em dia bem pouco numerosos, em que

há grandes divários tecnológicos a serem superados é sustentável a existência de patentes. Note-se que essa conclusão, se aceita, nada mais faz que nos remeter a situação tecnológica semelhante à existente na Revolução Industrial quando as patentes em sua forma e com sua justificativa atual foram reconhecidas. Naquele específico momento histórico eram enormes os desafios tecnológicos a serem vencidos e, portanto, justificava-se o reconhecimento amplo de patentes, em todos os setores. Hoje em dia, uma análise setorial mais acurada faz-se necessária.

No campo do direito regulatório, a própria existência do poder econômico e dos monopólios passa a poder ser objeto de preocupação específica. Discipliná-los e mesmo desfazê-los parece menos como um imperativo de convicção jurídico-econômica e mais como uma necessidade de reforma do sistema de produção, que estruturado sob forma monopolista gera distorções e concentração de recursos econômicos e sociais. Assim, medidas estruturais para desagregação ou duplicação de redes, garantia de gestão independente de bens essenciais no interesse dos vários agentes econômicos e dos seus usuários (e não usuários), parecem contrapesos naturais para uma situação de grande acúmulo de poder.

Mas as mudanças estruturais não podem se resumir a institutos específicos do direito econômico e empresarial. Também o instituto da propriedade merece estudo e reflexão específicos. Em uma realidade de extrema escassez de todo o tipo de bens é preciso reconhecer sua importância estrutural para o próprio funcionamento do sistema econômico. É preciso, então, rever o instituto, adequando o conceito e a forma de propriedade à escassez relativa de cada bem. Assim como nas patentes é preciso reconhecer um conceito mais dinâmico e adaptável de propriedade.

O direito da propriedade deve passar a ter um campo crescente de reconhecimento e disciplina para os chamados bens comuns, sejam eles bens de múltiplos proprietários ou então bens que, por sua importância, não podem pertencer a ninguém, mas a toda a coletividade.

Formas criativas de utilização de bens, mesmo os de raiz, cujos produtos (alimentos) são crescentemente escassos, tornam-se necessárias. Sendo aí a escassez basicamente relacionada à necessidade de utilização de recursos por múltiplos interessados, é preciso saber utilizar teorias aptas a lidar com necessidades múltiplas de utilização de um mesmo bem escasso. É conveniente adaptar e ampliar discussões existentes para realidades tecnológicas de bens escassos para uma gama mais ampla de bens. É o que ocorre, por exemplo, com a teoria dos bens essenciais (*essential facilities*), cuja extensão à propriedade da terra pode mostrar-se conveniente.

Outro tipo de bem que exige reconhecimento e tratamento especial, em particular no que toca ao direito de propriedade, é o meio ambiente. Regiões preservadas, especialmente de florestas, pouco se compatibilizam com a ideia de utilização exclusiva da propriedade clássica. Não é de espantar que segundo estimativas recentes, 75% das florestas ainda existentes no globo situem-se em regiões de populações nativas onde impera a propriedade comunal da terra. A ideia de não exclusividade no uso da terra parece mais adaptável a esse tipo de região, que exige particulares esforços de preservação. Observe-se que em relação a esse tema (modificações do direito de propriedade – proteção ambiental), já existe avanço teórico importante, consistente na chamada teoria dos bens comuns que inclusive, recentemente, rendeu o Prêmio Nobel de economia (2009) a uma de suas principais formuladoras (Elinor Ostrom).¹⁵ É urgente a necessidade de que o direito e seus estudiosos disponham-se a participar de forma produtiva dessa discussão.

Mesmo os bens de consumo, para os quais a forma clássica de propriedade é a mais bem adaptada, exigem também crescentes restrições a seu uso e desperdício. Em um ambiente de escassez, as externalidades sociais negativas geradas pelo desperdício são evidentes.

Parece claro, portanto, que soluções jurídico-estruturais baseadas em uma revisão do funcionamento do sistema econômico exigem disposição a também visitar de forma criativa institutos ainda aplicados em sua forma clássica, que no mais das vezes remonta as sociedades agrárias remotas (como o direito de propriedade) ou aos primórdios da revolução industrial (como as patentes), em que escassez, desigualdades e sobrevivência da espécie pareciam problemas longínquos.

Evidentemente, cada um desses institutos jurídicos merece um tratamento sistemático, não compatível com os objetivos desse trabalho. Por ora, parece suficiente se tiver sido possível fornecer alguma contribuição para proporcionar uma visão crítica da realidade social, tão repleta de consensos artificiais e irrefletidos e para a transformação da qual o direito tem contribuído tão pouco nos últimos séculos.

15. V. para a exposição da teoria e exemplos concretos E. Ostrom, *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.