

seus cargos além de um mesmo período governamental, o que, na expressão de Celso Antônio,<sup>10</sup> consubstanciaria uma *fraude contra o próprio povo*. Por isso mesmo, somente ao preço de malabarismos intelectuais inadmissíveis insiste, certa doutrina, na defesa daquelas inovações — o mandato fixo e a estabilidade dos dirigentes autárquicos.

7. A multiplicidade de discursos superficiais produzidos em torno das inovações do neoliberalismo e da globalização em nada contribui para a reflexão sobre o Direito, antes a dificulta.<sup>11</sup> O fato é que o agudado transplante de experiências estrangeiras seria perfeito não fosse uma pedra no caminho: a Constituição do Brasil, que — é bom que os *spictheists*, com suas gravatas maravilhosas, tomem conhecimento disso — é mais importante até mesmo do que a Lei 8.884...

As agências de regulação, meras autarquias, não passam, na verdade, de *repartições* da Administração, no sentido literal do termo. A Administração é repartida, de modo a obviar-se a sua descentralização. As autarquias são produto dessa repartição, por isso mesmo tendo sido designadas, no passado, "repartições públicas".

O nome, embora antigo, é adequado, de sorte que, a bem da clareza e da simplicidade, o título desta minha pequena comunicação se justifica plenamente.

10. Ob. cit., p. 136.  
11. Para exemplificar, afirmo a certeza de que a imensa maioria dos leitores deste meu texto não tem a menor ideia do que possa ser o ou um "direito pós-moderno"...

## Regulação e desenvolvimento

CAIXTO SALOMÃO FILHO

1. *Introdução: a concepção econômica tradicional sobre o desenvolvimento*. 2. *As ideias básicas desenvolvimentistas*: 2.1 *As principais teorias e seu destino*; 2.2 *Elementos das análises econômicas úteis para a construção jurídica do desenvolvimento*: 3.1 *Fundamentos e princípios básicos*; 3.2 *Princípios desenvolvimentistas na Constituição*; 3.3 *Princípios regulatórios desenvolvimentistas*: 3.3.1 *Desenvolvimento e redistribuição*; 3.3.2 *Desenvolvimento e difusão do conhecimento econômico*; 3.3.3 *Desenvolvimento e cooperação*: 3.3.3.1 *A cooperação como escolha individual*; 3.3.3.2 *Condições para a cooperação*: 3.3.3.3 *Papel do direito no impulso à cooperação*; 3.3.3.4 *Características regulatórias*; 3.3.3.5 *Conclusão: cooperação e teoria do conhecimento econômico*. 4. *Reestruturação da intervenção estatal — O novo Estado desenvolvimentista*: 4.1 *Esfera pública e esfera privada no campo econômico*; 4.2 *Planejamento setorial — Regulação para difusão do conhecimento econômico*; 4.3 *Os órgãos regulatórios — Grupos de pressão e conhecimento econômico*. 5. *Conclusão: conhecimento, desenvolvimento e democracia econômica*.

### 1. Introdução:

#### a concepção econômica tradicional sobre o desenvolvimento

É desnecessário repetir que a teoria econômica tem sido recentemente excessivamente influenciada por matrizes teóricas econômicas anglo-saxônicas. A consequência mais grave disso se faz sentir exatamente naqueles ramos da teoria econômica 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, tipicamente de economias desenvolvidas), a questão do desenvolvimento é discuti-

da, em geral, apenas na teoria macroeconômica e normalmente entendida como consequência necessária e natural do funcionamento do mercado nos moldes neoclássicos.<sup>3</sup> Razão teórica para isso está, entre outras, na estagnação e conformismo da teoria da escolha social durante todo o século XX 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 porque 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 neoclássicismo nesses países respeita e segue as premissas neoclássicas. Isso não faz desaparecer o 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.

Dentro da literatura econômica dominante podem se distinguir três diferentes linhas com algum grau de crítica ao neoclássicismo.

A primeira delas crítica 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 a nível macro ou micro-econômico para evitá-las ou eliminá-las. Apesar de crescente ser o número desses teóricos, eles não podem ser considerados uma real dissidência metodológica da escola neoclássica.<sup>4</sup>

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. É o campo de estudo escolhido por essa escola e o das instituições sociais. Apesar da inegável importância e originalidade 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.<sup>5</sup>

1. Exemplo eloquente dessa tendência esta nos trabalhos de T. Schultz sobre a pobreza e a teoria do desenvolvimento, onde o autor procura explicá-la com base na análise neoclássica tradicional – trabalhos, de resto, premiados 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", in *Quarterly Journal of Economics*, n. 84, pp. 480 e ss.

3. Cf. *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

Um terceiro e último grupo é formado por economistas que, trabalhando individualmente, dedicaram-se 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 cheque 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.<sup>6</sup>

Tanto as teorias de North quanto 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 esses 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 diminuem custos de informação e transação, permanecendo preso portanto ao ambiente (neoclássico) em que se deu sua formação econômica.<sup>7</sup> Já Sen claramente se aparta dessa tradição, buscando inserir valores éticos no raciocínio econômico. Não é sua preocupação, no entanto, até por ser economista, discutir em profundidade os valores específicos que devem dirigir o desenvolvimento.<sup>8</sup>

A preocupação do presente estudo, exatamente por ser um estudo jurídico, é definir tais valores. Para defender sua primazia, parte, no entanto, de premissas um pouco diversas das assumidas acima pelos famosos economistas. Desde que se acredite que o fundamento de organização social é jurídico,

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, São Paulo, Companhia das Letras, 1988.

5. Cf. D. North, *Institutions*, cit., pp. 27 e ss.

6. Em ambos os trabalhos supra citados 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 auto-interesse como critério de avaliação das utilidades individuais (cf. A. Sen, *Sobre ética e economia*, cit., pp. 94 e ss.).

democracia econômica onde todos conhecem suas preferências e tem 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 preocupada 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 devam 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, conseqüentemente, que o conhecimento da melhor escocômica da sociedade e 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 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 porque o primeiro passo do estudo que se fará a seguir será revisar a análise econômica da situação de subdesenvolvimento latino-americano, e brasileiro em particular. Esse tópico será, deste modo, 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 um amplo conhecimento das preferências sociais.

## 2. As idéias básicas desenvolvimentistas

### 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 sub-

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 pré-estabelecidos. Significa, isso sim, dar prevalência à discussão sobre as formas específicas para cada sociedade 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 tem como valores básicos aqueles que permitiam 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) básicos. 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 identificar-se a um processo de conhecimento social que leve à maior inclusão social possível, caracterizando-se, portanto, como algo que se poderia apontar como democracia econômica. Poder-se-ia então perguntar imediatamente o porque da redugão do conceito de desenvolvimento à idéia de democracia econômica. Por que colocar a existência de democracia econômica no sentido supra-exposto no centro da noção de desenvolvimento?

Para responder a essa questão, antes de tudo é importante deixar algo bem claro. É absolutamente falso imaginar que a existência de democracia política leve necessariamente a 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, que, 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

desenvolvidas 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.<sup>7</sup> Com certas variações, todas elas convergem para a identificação de duas grandes linhas desenvolvimentistas na América Latina. De um lado a linha sociológica, 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-saxônica que vê a discussão sobre o desenvolvimento como um subtema de discussão sobre as instituições.

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

A primeira tomou-se o grande marco do pensamento cepalino, a separação da linha neoclássica hoje dominante. Seu fundamento e peculiaridade maior estão 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 determinante pelo processo do desenvolvimento industrial do sistema capitalista.<sup>8</sup>

7. A título exemplificativo cita-se duas obras organizadas por R. Bielischowsky, *Pensamento econômico brasileiro - O ciclo ideológico do desenvolvimento*, Rio de Janeiro, Editora Contraponto, 3ª ed., 1996; e a coletânea *Cinquenta anos de pensamento na CEPAL*, Rio de Janeiro, Record, 2000.

8. Dentre as várias criações do pensamento cepalino destacam-se as obras de R. Prebisch e C. Furtado: respectivamente, do primeiro "O desenvolvimento econômico na América Latina e alguns de seus problemas principais", in *Cinquenta anos de pensamento na CEPAL*, cit., p. 69; e do último "Desenvolvimento e subdesenvolvimento", in *Cinquenta anos de pensamento na CEPAL*, cit., p. 239, e o clássico *Formação econômica do Brasil*, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1986. Por trás da análise histórica extensamente acurada e crítica e da correta percepção dos entraves estruturais do desenvolvimento, Furtado desenvolve um determinismo que marcará sua obra. Concedido a impossibilidade de superar os determinantes internacionais do subdesenvolvimento, Furtado desenvolve pelo sistema internacional de trocas. A Escola histórico-estrutural, ainda que, segundo a 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 discipulos diretos de Furtado, cf. M. Conceição Tavares, *Acumulação de capital e industrialização no Brasil*, Campinas, Editora Unicamp, 1974.

Note-se que essa afirmação, de caráter fortemente determinista, é refletida na origem economicista da teoria. Ainda que ideologicamente completamente afastada dos neoclássicos, e bem mais atenta à realidade do que estes, compartilha com eles 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).

E 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 decisismo 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, permitindo uma forte guinada neoliberal do Estado brasileiro.<sup>9</sup> Pouco importa indagar, e talvez seja incorreto afirmar, que a teoria já era neoliberal em sua elaboração. O que importa é que o decisismo político que está em sua base permite as mais disparres aplicáveis, e não há qualquer suporte ou ligação a valores de base, consequência direta do decisismo político por ela propugnado.

Finalmente, a terceira linha não considera o desenvolvimento um tópico específico de estudo. Este é um subproduto do estudo sobre as instituições. Seu principal formulador, North, crítica duramente tanto a tradição cepalina quanto as teorias da dependência, afirmando que estas, ao ressaltarem a especificidade dos modelos subdesenvolvidos e propugnar por modelos que eliminem traços estruturais da dependência, acabam, por vezes, por defender instituições que aprofundam essas diferenças estruturais.<sup>10</sup> Como se verá, essa afirmação tem algo de verdade. Ela se refere, no entanto, ao momento de construção institucional dessas teorias. Ocorre que esse

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.

9. 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*, cit., v. II, p. 495; a ligação entre o otimismo decisionista da ideia de desenvolvimento dependente associado e a guinada neo-liberal 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, Editora Vozes, 1999, p. 11 (33). 10. Essa crítica é feita por D. North tanto a teoria da dependência quanto a teoria desenvolvimentista cepalina (v. *Institutions*, cit., pp. 99 e 100). Ainda que isso tenha sido verdade em alguns casos, inclusive na fase desenvolvimentista brasileira, essa

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. E o momento analítico, e não o 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.

## 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 importantes 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, por conseguinte, uma relação duplamente virtuosa entre análise econômica e análise jurídica.

Pois bem. Da análise histórica estrutural cepalina algumas conclusões podem ser retiradas. Das delas merecem destaque pela sua importância para análise jurídica que se fará a seguir. Em primeiro lugar, sério obstáculo ao desenvolvimento nesses países é o alto grau de concentração de poder econômico. Isso faz com que os fluxos de capital permaneçam fechados dentro de um 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 importa eram as inovações de oferta, os países subdesenvolvidos de hoje se vêem diante de um sistema internacional de trocas desiguais.

Conseqüentemente, só o desenvolvimento da demanda pode impulsionar o progresso econômico desses países. Corre que o desenvolvimento da demanda é uma tarefa de instituições jurídicas e não de dogmas econômicos. Como toda boa teoria econômica, deve ser analítica e não preceptiva. Assim sua falha preceptiva não elimina sua utilidade ou coerência analítica.

micos. O esgotamento do processo econômico de substituição de importações, que nada mais é que uma tentativa econômica de dar impulso à demanda, "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 desvanece ao cair a teoria, como já dito, num decisionismo político total. Os relativismos moral e ético econômicos das decisões, com base nesses tomados, tem conseqüências funestas para a ordem econômica. Os dados analíticos da teoria são extremamente úteis para a construção jurídica. Particularmente a idéia do desenvolvimento dependente associada aplicada em países caracterizados por enorme concentração de poder econômico, leva a uma imensa 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 necessário, então, a clara definição de um substrato valorativo social capaz de limitar esse risco.

Entim, da teoria institucional é possível retirar ligação importante. Regras de convivência, sejam formais ou informais, 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 deva ser feita em torno de um resultado econômico pré-determinado, a ser obtido através dessas instituições. Ao contrário, a busca do conhecimento econômico será o objetivo central.

## 3. A concepção jurídica do desenvolvimento

### 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.

11. A importância da demanda interna como motor propulsor do desenvolvimento é um dos elementos desenvolvimentistas centrais, na visão de C. Furtado, *Desenvolvimento e subdesenvolvimento*, cit., p. 260.

à redistribuição, única forma de expandir, de forma 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 dispensa menção, o fato de que muito mais do que instrumento para o desenvolvimento, a idéia de redistribuição integra o próprio conceito de desenvolvimento.<sup>12</sup> É filosoficamente impensável e historicamente errôneo imaginar que é possível dissociar desenvolvimento econômico e redistribuição de seus frutos.

O mesmo deve ser dito em relação ao segundo princípio. Trata-se da distribuição dos centros de poder econômico e político e a 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,<sup>13</sup> e para os estruturalistas, em função da tendência estrutural à manutenção e concentração da riqueza nos setores ligados ao poder econômico, sem difusão pela economia e sem produção de efeito multiplicador,<sup>14</sup> a definição dos centros de poder assume valor central em qualquer política desenvolvimentista.

Da outra parte, a difusão do conhecimento econômico é, reconhecida mente, forma mais adaptável à crítica e redirecionamento constante do processo desenvolvimentista no interesse específico de cada economia. A cobertura econômica e social proporcionada pela difusão do conhecimento só é possível caso se obtenha efetiva diluição dos centros de poder. E, portanto, outros 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 que, para que a esfera econômica possa se autocontrolar, com certo grau de interdependência da esfera política, é necessária 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 interpersonais de utilidade diretas.

12. 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 quem?", in *Cinquenta anos de pensamento da CEPAL*, cit., pp. 715 e ss.).

13. F. H. Cardoso e E. Faletto, "Dependência e desenvolvimento na América Latina", cit., pp. 511 e ss.

14. Cf., nesse sentido, C. Furtado, *Formação econômica do Brasil*, cit., pp. 78 e ss. e 151 e ss.

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. É essa razão, e não a tão propagada [ausência das] eficiências típicas de mercado, a responsável pelo relativo sucesso das experiências de economia centralizada.

Confrontada essa constatação com a existência de absoluta concentração de poderes estrutural em tais economias, o segredo para o desenvolvimento está, exatamente, em descobrir um método para eliminar essas imperfeições estruturais através da, ou fomentando a, difusão do conhecimento econômico. Sendo essas imperfeições estruturais decorrentes, precisamente, da inexistência de formação de conhecimento econômico e de escolha social próprias, o principal objetivo de uma teoria jurídico desenvolvimentista deve ser exatamente este.

É preciso revisar 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 necessário uma propulsão apta a resolver ou minimizar os problemas estruturais dessas economias e, ao mesmo tempo, capaz de 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 dos 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 histórica 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. Conseqüentemente, não há justificativa para centrar a filosofia regulatória em torno da eficiência. Ela deve necessariamente ser direcionada precipuamente

cício 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 artigo 170 da CF torne-se viável para toda a sociedade. Ai está a razão concreta para a concentração das atenções nesses três princípios.

### 3.3 Princípios regulatórios desenvolvimentistas

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

#### 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 cem anos, acreditou-se no Estado políctico, cuja única função era proteger a liberdade econômica e política do particular. A esse Estado exageradamente liberal, opõe-se o Estado da keynesiana e dos comunismos revolucionários. De formas diversas, esses Estados pretendiram ser os grandes gestores do sistema econômico. Não por acaso ambos os movimentos citados são macro-econômicos. Há, efetivamente, nesse período, que dura mais de oitenta 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 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 destituir-se de função.

Implica atribuir-lhe 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: incumbê-lhe redistribuir. E 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 desse 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.

### 3.2 Princípios desenvolvimentistas na Constituição

Problema já bastante antigo em matéria de princípios da ordem econômica está na aparente anodina do texto Constitucional que, referindo-se a princípios por vezes absolutamente disparates (livre iniciativa e justiça social), parece bem pouca orientação concreta dar 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 das impasses. Sob a ótica da teoria jurídica do conhecimento econômico, todos os princípios do artigo 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.<sup>15</sup> Ora, isso corresponde, nada mais nada menos, ao processo de conhecimento dos valores sociais, realizada pelo aplicador do direito.

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 artigo 170 da CF, 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, inciso VII) a difusão do conhecimento econômico (concorrência e defesa do consumidor – art. 170, incisos IV e V) e a cooperação (art. 114, § 2º). Todos eles, de diversos pontos de vista, incluindo cidadãos na escolha econômica, impedindo que uns possam, unilateralmente, determinar a escolha econômica de outrem, ou permitindo a exer-

15. Cf. E. Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002, pp. 194 e ss.

um lado, cria um ônus adicional para setor ou empresas particularmente beneficiadas por um determinado serviço ou atividade; de outro, financia a intervenção compensatória do Estado em determinada atividade ou até subssetor particularmente atingido.

Desse modo, a contribuição, em uma de suas formas mais eficazes, pode ter uma 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 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 consumidores sem poder aquisitivo como pela instituição de uma contribuição de intervenção no domínio econômico. Note-se, no entanto – e isso é muito importante sublinhar –, que o destinatário dessas regras é, em primeira linha, o consumidor. 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 concorrentiais existentes a favor

do consumidor, para preservar o meio ambiente, para garantir a participação dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal na exploração, nos respectivos territórios, de recursos minerais etc.” (*Curso de Direito Constitucional Tributária*, cit., p. 501). Disso decorre que a contribuição de intervenção no domínio econômico poderá ter como sujeito passivo qualquer particular que explore, sob regime privado, atividade econômica objeto de regulação estatal, e terá como fim qualquer um dos apresentados acima. A necessidade de visar a um fim determinado implica o fato de que, necessariamente, a receita oriunda das contribuições será vinculada, ao contrário dos demais tributos, nos quais essa finalidade é elemento accidental. Em virtude dessa peculiaridade, as contribuições terão uma natureza parafiscal, apesar de serem entendidas como tributos. Hugo de Brito Machado chama atenção para isso. Literalmente: “A função das contribuições sociais, em face da vigente Constituição, decididamente não é a de suprir o Tesouro Nacional de recursos financeiros. As contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas, bem como as contribuições de financeiros entidades do Poder Público com atribuições específicas, desvinculadas do Tesouro Nacional, no sentido de que dispõem de orçamento próprio. (...) As contribuições de intervenção no domínio econômico vinculam-se ao órgão do Poder Público incumbido de desenvolver ações intervencionistas, ou de administrar fundos decorrentes da intervenção estatal na economia” (*Temas de Direito Tributário-II*, São Paulo, Ed. RT, pp. 50-51). A título de exemplo da contribuição de intervenção no domínio econômico cite-se a quota contribuição ao Instituto Brasileiro do Café (IBC), a quota adicional ao frete para Renovação da Marinha Mercante e a contribuição ao Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA).

Mas não pode ser objetivo só desse 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, do mesmo modo, objetivo da regulação econômica. O que passa, com frequência, despercebido é que essa redistribuição pode ser feita de várias formas. Algumas das mais eficazes delas 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 prestar o serviço simplesmente pelas externalidades sociais positivas que apresenta. Em consequência, há características que assemelham-na 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*).<sup>16</sup> Essa contribuição serve para dois objetivos: de

16. As contribuições sociais sobre o domínio econômico têm natureza tributária, dado que sua aplicabilidade deve observar o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, da Constituição Federal (v. R. Carrazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 16ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 501; P. de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 33; e H. de Brito Machado, *Curso de Direito Tributário*, 20ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 360). No entanto, diferentemente dos outros tributos, a Constituição Federal não institui para as mesmas uma regra-matriz (prevedo hipótese de incidência, sujeito ativo, sujeito passivo, base de cálculo e alíquota). Ao contrário, a Constituição prevê, apenas, a finalidade econômica, portanto, deverão ter uma finalidade comum às finalidades de intervenção do Estado no domínio econômico. Conforme explicita Roque Carrazza, “a intervenção no domínio econômico poderá dar-se para assegurar a livre concorrência, para defen-



ofereça canais de transmissão do conhecimento econômico adquirido de forma difusa na sociedade.<sup>19</sup>

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 60) é muito mais que linguístico. Corresponde a uma compreensão comum da necessidade de contrastar (com antídotos jurídicos) tendências respectivamente macro e micro-econômicas 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 idéia é semelhante à das cortesias mais progressistas do realismo jurídico, que, colocadas diante do problema de encontrar o fundamento para a norma, e querendo evitar a

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 societies", 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 errado 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, 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 reason", Chicago, *Enciclopedia Britannica*, 1996, v. 39, 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, i.e., 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.

dos detentores de redes. Se assim é, essa contribuição não deve ser repassada para o mesmo consumidor ou concorrente.<sup>17</sup>

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

### 3.3.2 Desenvolvimento e difusão do conhecimento econômico

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<sup>18</sup> é preciso que a regulamentação de vazão e

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 do fundo (conforme previsto no art. 81 da Lei Geral das Telecomunicações, foi enviada dentro do prazo previsto para o Chefe do Executivo, por meio da Mensagem 1.450, de 1997, apresentando o Projeto de Lei 3.938/97, apensado ao Projeto de Lei 3.808/97. 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. E 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 corresponde 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 as demais o custo da universalização (terço obtido do Estado uma verdadeira tuela 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"

discussão em termos exclusivamente políticos da questão, respondem defendendo a norma processual, direcionada a encontrar a regra jurídica justa,<sup>20</sup> e, assim, abrem a porta para o desenvolvimento da *due process clause*.<sup>21</sup>

O que se buscava, 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 igualdade material em termos concorrenciais —, é uma resposta à questão do fundamento da regulamentação (*due process clause* em matéria econômica).

Enquanto garantia institucional da correção e equilíbrio do processo de interação econômica, a regulamentação ganha justificativa autônoma. A razão é que deixa de haver um fundamento pré ou ultrajurídico para a regulamentação. 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 regulamentação com os valores históricos, sociais e constitucionalmente estabelecidos no sistema brasileiro.

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 valorização política de interesses contrapostos (retomando, portanto, idéias da jurisprudência dos interesses) (v. H. Susswell 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 A. Sacks, *The Legal Process*, New Haven, Tentative Edition, 1958). O desenvolvimento mais moderno do realismo progressista mistura, de uma certa 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*, v. 6, n. 2, 1982, pp. 121 e ss.).

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 artigo de C. R. Dinamarco, "O princípio do contraditório e sua dupla destinação", in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 5ª ed., t. I, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, pp. 124 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.

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

Dispersos, quando sujeitos à lógica de mercado, esses princípios podem ser compatibilizados por uma coerente regulamentação. Tal regulamentação 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 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 regulamentação nos setores passíveis de regulamentação. Essa crença decorre de dois fatores que se conjugam e se entrelaçam para fazer da regulamentação concorrencial ativa um 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 hipotese 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.

Problemas e incoerências dessas teorias avolumam-se, a ponto de permitir ao principal crítico da teorização do conhecimento econômico, F. Hayek, ganhar o Prêmio Nobel de Economia. Esse autor afirma nada mais que o óbvio: o conhecimento econômico é, por natureza, prático, e o melhor conhecimento é adquirido individualmente, através do processo de escolha, *i.e.*, através da efetiva existência de concorrência.<sup>22</sup>

Tal crítica, cara ao aspecto econômico da discussão, não esgota o problema. De outro lado temos, em uma abordagem jurídica do problema econômico, como a que ora se pretende realizar, a necessidade de reconhecimento da importância do elemento jurídico na organização social. A con-

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

duplamente sobre a realidade – primeiro modelando-a, e, em seguida, permitindo o seu conhecimento.

Essa última frase cria uma aparente perplexidade. O normal parece ser o processo inverso – primeiro conhecer e depois modelar. Não assim no Direito Concorrencial. A regra jurídica, aí, é eminentemente instrumental. A afirmação da concorrência como valor fundamental (modelagem) garante a liberdade de escolha e informação mais abundante possível para o consumidor. Ele, então, sozinho, descobrirá a solução mais adequada para as suas necessidades.

Aplicada, genericamente, essa afirmação da força cognitiva do Direito implica uma transformação do próprio Direito. Transformação necessária, pois o Direito tem um importante papel cognitivo. Um sistema jurídico que pretende possibilitar a sociedade corrigir-se a si mesma precisa, necessariamente, permitir a essa sociedade conhecer-se a si própria.

Em um sistema jurídico assim idealizado as regras jurídicas mudam necessariamente de natureza. Não é mais possível que prevaleçam as regras mandamentais do antigo Estado Liberal. O ordenamento jurídico passa a ser formado, precipuamente, de regras institucionais e procedimentais. A mudança institucional é, então, obtida não por um experimentalismo político, vazio de valores e de discussão política, mas, sim, de um bem estruturado e debatido conjunto de valores e regras institucionais.

As regras institucionais e procedimentais contêm em si valores democraticamente estabelecidos e debatidos. Por outro lado, não predelimitam a solução mais conveniente. Ao mesmo tempo em que dão estabilidade ao sistema e garantias ao cidadão, permitem o experimentalismo social e institucional. O Direito assim concebido leva a – e não decorre da – solução mais justa. É sistema a um tempo mais seguro – pois tem instituições seguras – e mais flexível, já que permite seu próprio aperfeiçoamento.

O processo de difusão do conhecimento não se esgota, obviamente, na diluição do poder econômico. Essa diluição permite, apenas, a formação do conhecimento econômico de forma difusa, como é sua tendência natural. Evita, portanto, a existência de grave dicotomia entre os métodos naturais de formação do conhecimento e as estruturas econômico-jurídicas que devem instrumentalizá-lo.

É preciso, ainda, garantir que o conhecimento econômico flua e se transmite, ainda, garantindo a existência de mecanismos econômicos que assegurem a formação de grupos regulados e planejadores. Daí, a necessidade da participação dos vários grupos sociais envolvidos pela prestação de um determinado serviço participarem do processo de elaboração de regulamentação. Trata-se de conhecimento/informação fundamental para a elaboração da regulamentação. Esse princípio procedimental regulatório nada tem de incompatível com a fixação de objetivos gerais regulatórios (como redistribuição, concorrência),

cepção jurídica é, de resto, uma forma ética de superar os impasses criados pelo economicismo. O Direito vê o conhecimento de maneira profundamente diversa das Ciências Sociais. Enquanto para estas o conhecimento é algo eminentemente empírico, para o Direito o conhecimento é eminentemente valorativo.

Afirmar que o conhecimento é valorativo não é nada mais nada menos que afirmar que os valores de uma determinada sociedade podem influenciar, e influenciam, dramaticamente, o conhecimento que dela se tem. Se, como afirma a doutrina, não existe uma norma vazia sem uma pretensão ou um interesse a proteger,<sup>23</sup> ou seja, sem um valor que lhe esteja por trás, então a sociedade que *conhecemos*, ao cumprir essas regras, nada mais faz que traduzir esses valores. Desse modo, a sociedade que vemos é uma representação de valores sociais democraticamente estabelecidos.<sup>24</sup>

A formação democrática de valores e regras deve ser coletiva. *Coleriva* não significa necessariamente estatal. Pode referir-se a grupos maiores ou menores de pessoas. Isso não significa que esse conhecimento seja teórico, não vindo da prática ou artificial. *O Digesto* romano, obra jurídica mais duradoura e influente da história da Humanidade, nada mais é que a compilação estruturada de casos práticos.<sup>25</sup>

Essa definição da relação entre valores e conhecimento da sociedade é bastante cristalina no campo econômico. Como visto, a proteção da concorrência leva à descoberta da verdadeira utilidade dos produtos e das melhores opções para o consumidor. O valor “concorrência” influi, portanto,

23. V. G. Calabresi, “The pointlessness of Pareto: carrying coarse further”, *Yale Law Journal* 100/1.211, 1991.

24. Superados os determinismos marxista e neoclássico, sobra como explicação necessária para a formação jurídica dos valores apenas o elemento histórico. Esse elemento histórico não determina positivamente o Direito, mas o influencia drasticamente. Tem duas características importantes que o diferenciam de outras tentativas de explicação da formação das normas jurídicas. Em primeiro, prescinde de um legislador estatal, dotado de princípios humanistas, como queriam os jusnaturalistas. Aproximamente, não se identifica, com a Escola Histórica da Pandectística alemã. Esta, via no Direito não um produto do legislador estatal mas, sim, um pedaço de uma estrutura mais ampla, como originária do inconsciente coletivo dos povos (“aus dem kollektive Unbewusstseins der Völker zu erblihen”) (v. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 358). Esse elemento indeterminado é exatamente a ação do indivíduo e, sobretudo, dos grupos organizados na formação do Direito. É a formação do Direito a partir de iniciativas difusas, muito mais aptas a identificar e coletar os valores sociais do que uma administração central. Pretende resgatar a Escola Histórica do Direito (v., nesse sentido, F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 348 e ss.).

3.3.3.2 *Condições para a cooperação* – A mais interessante e mais simples expressão do dilema individualismo/cooperativismo está no famoso dilema do prisioneiro.<sup>26</sup> 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 consequente comportamento defensivo de um em relação ao outro agente.

O estudo cuidadoso do dilema do prisioneiro e os modernos estudos sobre a cooperação através da teoria dos jogos<sup>27</sup> já permitem chegar a algumas conclusões básicas. Três são as condições mínimas para o sucesso de soluções cooperativas: pequeno número de participantes, existência de

26. O dilema do prisioneiro é um dos primeiros modelos teóricos sobre o qual 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 suponham-se 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, relativa ao crime mais simples (por hipótese, o 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) (ver, a respeito do dilema do prisioneiro, D. Baird, C. Gertner, R. Pickner, *Game theory and the law*, Cambridge-Massachusetts-London, Harvard University Press, 1994, pp. 48-49).

27. O principal deles é, sem dúvida, o de R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, New York, Basic Books, 1984. O fulcro do 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 (i.e., adota a reciprocidade) nas demais. A reciprocidade de comportamentos passa 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.

Em primeiro lugar porque todos convergem no sentido da participação de todos (sem exclusão) do processo econômico. Mas, além disso, pelo fato de que os princípios jurídicos institucionais são genéricos. E no seu preenchimento e concretização que o conhecimento econômico (difuso) é mais necessário.

Note-se que essa idéia de pluralismo na transmissão de idéias como instrumento de fluxo do conhecimento econômico difuso não se restringe aos órgãos regulatórios. Meios de comunicação, particularmente de radio-difusão, são importantes instrumentos de transmissão e discussão do conhecimento (em geral) difuso na sociedade. Daí a necessidade premente de pluralismo da difusão de idéias nos meios de comunicação.

### 3.3.3 Desenvolvimento e cooperação

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

A idéia de democracia econômica, como até agora descrita, permitiu entender a necessidade de difusão do conhecimento econômico entre 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 o 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.

3.3.3.1 *A cooperação como escolha individual* – A questão da decisão individual vs. 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 de esponte própria, 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 o 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.

que é possível afirmar que, em presença de valores e instituições que permitem a cooperação, esta surge naturalmente. Essa conclusão é importanteíssima para a fixação do papel do Direito no incentivo à cooperação.

**3.3.3.3 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.

Existem 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.

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 pré-determinados. 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.

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

informação sobre o comportamento dos demais e existência de relação continuada entre os agentes.

Demonstra-se que, sempre raciocinando do ponto de vista estritamente individual, um 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 repetem. A tão falada e malfadada globalização só faz accentuar essa tendência e, portanto, a tendência ao individualismo nas relações sociais.

Conclusão é, portanto, pela necessidade de instituições e valores que induzam e permitam a cooperação.<sup>28</sup>

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 aumentaram o nível de informação através da criação de critérios contábeis e códigos de conduta uniformes para os mercadores.<sup>29</sup>

Interessante é notar, e aqui esta outra prova da relevância dos valores de 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 ela 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 intervenção de terceiros.<sup>30</sup> 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

28. Cf., nesse sentido, D. North, *Institutions, institutional change and economic performance*, cit., pp. 15 e 16.

29. 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", in *Economics and politics*, n. 2 (1990) pp. 1-23.

30. Cf., nesse sentido, D. North, *Institutions, institutional change and economic performance*, cit., p. 38.

Outro elemento fundamental para a distinção entre cooperação positiva ou negativa é o fato de esta versar ou não sobre variáveis concorrentiais. No primeiro caso é forte a probabilidade que a aparente cooperação esconda, na verdade, uma tentativa de excluir os demais concorrentes e abusar dos consumidores. Aqui, a estrutura é, portanto, 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 auto-interesse. Com a única peculiaridade de que o auto-interesse 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.<sup>32</sup> Essa conclusão, tão simples, ainda na foi compreendida pela maioria das autoridades antitruste, com prejuízos de monta para o sistema econômico e para o consumidor. Contribui, 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 à 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 retirar-se, 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

da prática. Com base nesta justificativa, por exemplo, o CADÉ autorizou a empresa Kibon a manter preços indicativos para os sorvetes em padarias. Sem eles, argumentou a empresa e aceitou o CADÉ, os preços tenderiam a aumentar (Processo Administrativo n.º 184/94).

32. Nesse sentido eloquente a ligação 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".

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

### 3.3.4 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 um grau muito maior 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 entendidos 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 auto-regulação.

Essa característica, sem dúvida, sugere cautela em relação a experiências auto-regulatórias autônomas. Como é sabido, base e fundamento das auto-regulações 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 auto-regulatória 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 auto-regulação representa demônios

Segunda característica geral regulatória bastante importante é a capa-

cidade de diferenciar, entre os estímulos, as formas socialmente positivas de cooperação, i.e., aquelas que permitem o autocumprimento de regras e criam nos agentes disponibilidade de busca de interesses supra-indivíduos, e aquelas negativas para o interesse público, i.e., a cooperação que visa reforçar posições de poder econômico e abusar do consumidor. A diferença-gão 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 (empresas 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.<sup>31</sup>

31. Daí porque, em muitas ocasiões, a existência de comparilhamento da informação com o consumidor é muitas vezes critério suficiente para determinar a licitude

Ora, para tanto, não bastam medidas macroeconômicas. São necessárias mudanças valorativas profundas.

A substituição da preocupação econômica com os resultados, pela preocupação jurídica com os valores, mesmo no campo econômico importa uma mudança relevante. Igualdade de oportunidades, incluso no mercado, conhecimento das melhores opções econômicas e sociais, cooperação, menos que resultados econômicos passam a compor o quadro valorativo de construção de uma democracia econômica. Aí o verdadeiro impacto desenvolvimentista dá análise jurídica.

Identificados os princípios, é possível, agora, identificar quais mudanças na estrutura regulatória estatal a aplicação coerente desses princípios requer.

#### 4.1 Esfera pública e esfera privada no campo econômico

Parece indiscutível a inaplicação do Direito Administrativo para trans-formar o particular em colaborador do processo de desenvolvimento. E note-se que é isso exatamente o que se afirma, ao se identificar princípios institucionais jurídicos que devem ser impostos aos particulares como fundamento para a regulação.

No sistema de Direito Administrativo atual, duas são as formas de regulação — a concessão do serviço público e o exercício do poder de polícia. Ambas têm origem histórica absolutamente diversa. O poder de polícia nasce com o Estado Moderno liberal do século XIX. Resulta de crença de que o Estado pode regular simplesmente através de uma atuação passiva, de limitação da liberdade dos particulares. O exercício dos serviços públicos, e, em especial, a concessão de serviços públicos, ganha destaque com o Estado Social. Constatada a impossibilidade de o Estado realizar diretamente todos os serviços, desenvolveu-se a ideia de concessão de serviço público, baseada na construção teórica do regime de Direito Público ao centro da noção de serviço público.

Ora, é fácil ver que essas origens históricas distintas das formas de regulação da economia pelo Estado causam problemas de monta.

De um lado, a concepção claramente liberal e passiva do poder de polícia não é suficiente para atender às necessidades de sistemas econômicos com tantas imperfeições estruturais como são as modernas economias capitalistas. De outro, o regime de concessão de serviço público parte de uma imperfeição de fundo quase insólita. Assenta suas bases na crença de que é possível transformar agentes privados em persecutores do interesse público. Sendo inviável o Estado realizar todas as atividades econômicas,

(teoria dos jogos) chega a essa conclusão, ainda que por vias tortas. Para os teóricos dos jogos cooperativos<sup>33</sup> a típica estratégia, que pode levar a construção, requer que não se faça muitas elucubrações sobre a racionalidade ou a justificativa do comportamento da contraparte. 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 como plexas 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.

3.3.3.5 Conclusão: *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 comportamento dos demais agentes de mercado, que aprendem a forma mais adequada de agir no mercado para potencializar os benefícios conjuntos (sociais).<sup>34</sup>

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 o que não é o comportamento baseado no auto-interesse, seja ele individual ou grupal (daí a tendência à formação de cartéis). A concentração do poder e do conhecimento econômico elimina 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.

#### 4. Reestruturação da intervenção estatal — O novo Estado desenvolvimentista

Espera-se ter demonstrado existirem limites histórico-estruturais a serem superados para que se alcance o desenvolvimento econômico. Existe a necessidade efetiva de criação de fluxos redistributivos e de diluição de centros de poder econômico e introdução do princípio cooperativo nas relações sociais, a par da mudança da forma de planejamento e atuação do Estado.

33. Cf. R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, cit., p. 120.

34. V. R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, cit., p. 169.



lares, sua eficácia tem sido muito limitada. Esse regime tem, de um lado, originado a captura do poder concedente pelo concessionário, que, logo após a licitação, torna-se monopolista daquela atividade, de outro, tem-se mostrado ineficaz, pois, a cada controle erigido, o concessionário desenvolve duas ou três formas de contorná-lo. Controles de preço são contornados através da diferença de qualidade, de continuidade, de atendimento ao usuário etc.

Cumprir, então, redefinir a forma de intervenção regulatória do Estado, reestruturando a relação estatal/estera privada. Os princípios acima discutidos são fundamentais para essa reorientação. Sugerem uma interpenetração entre estera pública e estera privada. O objetivo comum e unificador da ação privada estatal passa então a ser a busca do conhecimento econômico.

#### 4.2 Planejamento setorial

##### — Regulação para difusão do conhecimento econômico

Para atingir um objetivo tão ambicioso, é preciso redefinir por completo a ação planejadora do Estado.

Uma primeira observação que pode ser feita refere-se à idéia clássica de desenvolvimentista de planejamento global da atividade econômica. Os resultados econômicos relativamente pobres dessa alternativa detam, e dão ainda, bastante impulso a extremadas proposições neoliberais.

Na verdade, antes que negar a idéia de planejamento, o importante é corrigir suas imperfeições teóricas, orientado-o no sentido de propiciar a democracia econômica. Sob esse enfoque, as críticas levantadas a essa forma de intervenção, basicamente decorrem da impossibilidade de bem compreender a realidade econômica sobre a qual se está agindo, e de conhecer as próprias necessidades dos usuários de serviços e agentes de mercado, bem como incluí-los no processo econômico. Obviamente, a resolução desses problemas exige a revisão dos princípios jurídicos que orientam a atuação estatal. Exige, também, uma revisão da própria atuação do Estado, no sentido de melhor equipá-lo para adquirir conhecimento. Pelas mesmas razões levantadas acima, é impensável imaginar um Estado que, mesmo em um determinado setor específico, tudo define, sendo capaz de estabelecer níveis de produção e preço de comercialização.

A concepção jurídica de regulação ora defendida propõe-se, exatamente, a fazer uma revisão do planejamento, tendo em vista essas necessidades. Não é mais admissível a intervenção estatal baseada na crença (sem dúvida paradoxal do ponto de vista ideológico) no conhecimento de todas as informações necessárias para determinar as variáveis de mercado (preço

ele passa a delegá-las aos particulares, acreditando que pode controlá-los através de um regime de Direito Público. Base fundamental para que esse regime funcione é a possibilidade de previsão do conhecimento econômico, prevendo, com precisão, o fim das atividades dos particulares.

As razões para o fracasso desse sistema são óbvias. Basta exemplificar com um problema de forma e um de fundo. Quanto à forma, é saliente a incapacidade do sistema contratual, nuclear para as concessões, de bem ordenar o cumprimento de fins públicos. Mesmo dirigidos, tais contratos sempre como fim o arbitramento de interesses conflitantes entre as partes, ao menos se entendidos como sinalagmáticos ou de escambo. Tem por base princípios típicos desse tipo de relação, como o equilíbrio econômico contratual, que, recorrentemente, é usado em tema de concessões para justificar o descumprimento de fins públicos.

Esse problema formal é, na verdade, manifestação de um problema de fundo mais grave. Trata-se do difícil ou desajustado encaixe do sistema de concessões em uma filosofia regulatória. Imaginado como remédio para as relações do Estado com o particular, da impossibilidade constitucional de tornar vinculante o planejamento para o setor privado, o sistema contratual fracassa, exatamente porque pouco apto a captar a pluralidade de interesses envolvidos pelo ambiente regulado.<sup>35</sup>

Dados todos esses problemas, não por acaso a experiência empírica com o controle dos agentes privados através do regime jurídico do Direito Público é muito pobre. Se o regime das concessões iria substituir, com vantagem, o mercado, estabelecendo fins públicos para os agentes particu-

35. Nas palavras clássicas de P. Rescigno, é capaz de captar uma situação, mas não um status: "I termini situazione e status esprimono modi profondamente diversi di valutazione. La situazione ha carattere episodico e temporaneo; un frammento di azione e di vita concluso nei confini ristretti di un rapporto con uno o più soggetti o di una relazione coi beni del mondo esterno. Lo stato, al contrario, richiama l'idea di una condizione personale destinata a durare, capace di dar vita a prerogative e doveri, e di sostituire vicende molteplici dell'attività e della vita della persona". E nesse sentido giustificar viceinde molteplici della possibilità de attivita e della vita della persona". E nesse sentido que a pretensa proteção dos interesses, conferida aos indivíduos pela possibilidade de espular as cláusulas contratuais livremente ("la libertà contrattuale che deve cancellare falsa l'idea sottintesa al regime legale della autonomia negoziale, che ogni contratto sia una situazione unica e irripetibile"), cede espaço a proteção de interesses por regras institucionais ("Contro quella illusione si è scoperta la comunanza degli interessi apparentemente divisi e lontani, e la convenienza di organizzarli, che è poi la maniera più semplice di replicare e di reagire agli interessi contrari, già organizzati almeno sul piano del fatto quando non abbiano assunto forme giuridicamente precise") (V. P. Rescigno, "Situazione e status nell'esperienza del diritto", in *Rivista di Diritto Civile* (1973), pp. 212, 222-223).



Outra forma mais óbvia é a regulação, em sentido próprio ou estrito, através da edição de normas específicas, e sua fiscalização. Nessa forma é fundamental que a introdução de princípios institucionais seja apenas um primeiro passo no sentido da resolução efetiva dos problemas estruturais. Políticas concorrentiais não servem para atração de investimentos. São instrumentos de desestruturação de centros de poder econômico. Políticas redistributivas, por outro lado, não servem simplesmente para fazer com que os serviços estejam disponíveis para toda a população (universalização em sentido formal), mas que possam ser usufruídos por toda a população (universalização em sentido material).

#### 4.3 Os órgãos regulatórios

##### — Grupos de pressão e conhecimento econômico

Evidentemente, a redefinição do papel do Estado e das formas de regulação da economia exige, também, uma análise profunda das instituições regulatórias e de seu funcionamento. Boa parte dos mais lucidos estudos econômicos ligados às escolas de análise econômica tradicionais tem se centrado nesse aspecto como forma de atingir o desenvolvimento. Aqui a contribuição da chamada nova economia institucional é bastante relevante. Não é objetivo do presente trabalho estudar e comparar desenhos institucionais. O que se pretende é chamar, apenas, atenção para um ponto, fundamental para a obtenção dos objetivos aqui enumerados.

No Brasil, é preciso reconhecer que a discussão sobre órgãos regulatórios carece ainda de um maior aprofundamento no que tange aos reais fundamentos e objetivos de sua atuação.

Exatamente em função de nossa ainda farta herança administrativa, a discussão a respeito das chamadas "agências governamentais" tem dominado o debate. Com relação a este debate específico é que se devem fazer duas observações importantes.

Em primeiro lugar é preciso observar que o debate sobre agências sempre será instrumental em relação à discussão dos objetivos a serem por elas perseguidos. Assim nunca deverá compor o centro do debate (o que vem ocorrendo em tempos recentes).

Mas não é só. Naquilo que concerne o próprio debate institucional, mais do que discutir a natureza jurídica dos órgãos importa garantir sua capacidade de atingir os objetivos.

Para tanto o elemento fundamental não é a autonomia da agência. Autarquia independente ou órgão governamental, imprescindível é a existência de princípios regulatórios em lei (redistribuição, difusão do conhecimento econômico etc.) e, sobretudo, presença e representação de grupos

e quantidade produzida). Isso presumiria um conhecimento perfeito da curva de demanda em um gráfico neoclássico, tarefa absolutamente sobrenatural.

A ação planejadora do Estado deve buscar uma ação interventiva que, antes de tudo, permita ao Estado adquirir conhecimento do setor, suas utilidades e requisitos para o desenvolvimento. Como já anteriormente discutido, o principal problema de qualquer ação econômica, seja estatal ou privada, é um problema de conhecimento. Conhecer a realidade é pressuposto essencial para que se possa modificá-la.

Mas o completo conhecimento da realidade de um setor exige que as fontes de conhecimento, naturalmente difusas e diversificadas, sejam todas conhecidas e tenham real capacidade de expressão. Daí porque esse planejamento deve se basear em duas premissas institucionais básicas. A difusão do conhecimento econômico — através da concorrência e outros meios — e a redistribuição, capaz de ampliar a base de dados do processo de coleta de informações (incorporando a ele os excluídos dos processos sociais e econômicos). Essas premissas institucionais são, de outro lado, aptas a lidar também com os dois óbices estruturais básicos, revelados pelos estudos históricos de economias subdesenvolvidas, ao subdesenvolvimento: concentração do poder econômico, que impede a geração de efeitos multiplicadores, e a inexistência de forças propulsoras econômicas do lado da demanda.

É a essa intervenção (ou, se assim se preferir) baseada em princípios institucionais jurídicos, e não em objetivos de política econômica, que ora se dá o nome de regulação no sentido jurídico. Note-se que, exatamente por ser baseada em princípios jurídicos, ela não se faz necessariamente por uma única forma. Não se dá, como nos casos do planejamento estatal clássicos ou das soluções puramente de mercado, através de formas únicas (respetivamente, planejamento diretivo com submissão ao regime de serviço público ou do exercício de poder de polícia).

Uma intervenção na economia baseada nesses princípios institucionais pode assumir várias formas. É possível, por exemplo, que esta se dê de forma coerente através de participação de empresas públicas (muitas vezes ex-monopolistas de direito) em setores desregulamentados ou pouco regulamentados.

O papel da empresa estatal, desde que tenha poder no mercado suficiente para tanto, passa, então, a ser o de planejador e diretor de desenvolvimento setorial. A eficiência (aqui no sentido produtivo) da atuação estatal é, também, garantida através da presença de concorrentes (existência ou potenciais). O papel da concorrência é, aqui, novamente arejar o órgão planejador (no caso o estatal) permitindo o melhor conhecimento da realidade e, eventualmente, a mudança de rumo do planejamento.

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. E em torno desses valores básicos que se pode, portanto, definir o conceito de democracia econômica.

atingidos pela regulamentação no processo de produção normativa. Ainda, é fundamental a garantia de um devido processo normativo, que motive a ampla participação da sociedade. São estas as únicas formas coerentes de evitar a prevalência de grupos de pressão.

Essa característica é fundamental para garantir que esses órgãos cumpram sua função principal: tornarem-se centros de coleta e processamento de informações e escolhas econômicas de toda a sociedade. Só com essa coleta e essa efetiva comparação será, finalmente, possível planejar com vistas ao desenvolvimento.

Por isso o debate institucional deve centrar-se nas formas de atingir essa participação.

##### 5. Conclusão: *conhecimento, desenvolvimento e democracia econômica*

Tudo o 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 indubitáveis, não deixando, por outro lado, de ser problemática.

As vantagens parecem resultar evidentes da própria descrição da evolução da teoria desenvolvimentista. Bem destacadas os problemas estruturais específicos de cada economia, a impedir o desenvolvimento, as teorias específicas por buscarem resultados específicos, sempre de acordo com as necessidades e especificidades específicas de cada país e de deixar de lado a busca dos objetivos e necessidades específicas de cada conformação social. Conseqüência disso é a crescente discrepância dos dias de hoje entre necessidades dos países em desenvolvimento e regras 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 de 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 uma 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 que tudo seria relativo.

Ocorre que, como é de resto comum nesse tipo de solução instrumental, a correção e democratização das formas levam à definição de objetivos valorizados. E o que ocorre, de regra, com toda solução participativa. Imagine-se, por exemplo, o devido processo legal. Entendido em seu sentido