

CARLOS PORTUGAL GOUVÊA

Professor Doutor de Direito Comercial da Universidade de São Paulo (USP) e Doutor em Direito pela Universidade de Harvard (S.J.D., 2008). Foi bolsista da Comissão Fulbright para os programas de Mestrado e Doutorado na Faculdade de Direito de Harvard e foi assistente de ensino na Faculdade de Direito de Harvard e no Departamento de Ciência Política da Universidade de Harvard. É sócio do PGLaw e admitido como advogado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, e pela Corte Suprema do Estado de Nova Iorque, Estados Unidos da América. É membro do conselho da Comissão Fulbright do Brasil e Vice-presidente da Comissão de Mercado de Capitais e Governança Corporativa da OAB-SP. Foi membro do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional do Ministério da Economia entre 2015 e 2018.

ANÁLISE DOS CUSTOS DA DESIGUALDADE

EFEITOS INSTITUCIONAIS DO CÍRCULO VICIOSO DE DESIGUALDADE E CORRUPÇÃO

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, outono de 2021
quartierlatin@quartierlatin.art.br

CARLOS PORTUGAL GOUVÊA

Análise dos Custos da Desigualdade:

Efeitos Institucionais do Círculo Vicioso de Desigualdade e Corrupção

São Paulo: Quartier Latin, 2021.

ISBN 978-65-5575-052-2

1. Desigualdade. 2. Teoria Institucional. 3. Corrupção. 4. Poder. I. Título

Editor

Vinicius Vicira

Produção editorial

José Ubiratan Ferraz Bueno

Diagramação

Anderson dos Santos Pinto

Revisão gramatical

Studio Quartier

Capa

Haydee Murgel

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua General Flores, 508

Bom Retiro – São Paulo

CEP 01129-010

Telefones: +55 11 3222-2423; +55 11 3222-2815;

Whatsapp: +55 11 9 9431 1922

Email: quartierlatin@globo.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

entendida na teoria liberal clássica, não teria relação com o desenvolvimento da propriedade privada, como talvez desejassem fazer crer os autores liberais, ao legitimar o sistema de propriedade em uma escolha política consciente de toda a sociedade ao celebrar o contrato social⁷³. Todavia, essa afirmação exigiria um engajamento do autor com tal conceito clássico de política na teoria liberal, o que não ocorre. Ainda que essa marginalização da política tenha sido consciente por parte de Veblen, não parece uma direção frutífera para a teoria institucional contemporânea. Instituições políticas existem e têm poder, ainda que se considerem insignificantes as justificativas filosóficas para as instituições democráticas liberais. Bem justificadas ou não, tais instituições continuarão sendo uma fonte prioritária de assimetrias de poder em sociedades altamente desiguais, e seria um erro simplesmente desconsiderá-las, como fez Veblen.

A fim de desenvolver um ramo da teoria institucional dedicado a identificar as razões para a persistência de alta desigualdade nas sociedades contemporâneas, essas três questões precisam ser abordadas. A missão da teoria institucional é revelar as complexidades que outras ciências escondem em razão de suas predisposições metodológicas. O objetivo da teoria institucional deveria ser identificar as metas para as quais as instituições foram desenvolvidas e avaliar os motivos pelos quais elas falharam em seus propósitos, concentrando-se em como abrir possibilidades para novos arranjos institucionais mais adequados às tarefas propostas. Portanto, o pensador institucional deve buscar a complexidade, e não ser soterrado por ela, pois a complexidade é a fonte da criatividade institucional.

1.4. OS PRINCIPAIS ARGUMENTOS DO PRIMEIRO MOVIMENTO DA TEORIA INSTITUCIONAL

Esta seção tem três objetivos. Primeiro, serão discutidos alguns argumentos desenvolvidos por outros pensadores institucionalistas com base na análise de Veblen do direito de propriedade. O segundo objetivo é discutir como tais argumentos podem ser aplicados aos problemas de sociedades contemporâneas altamente desiguais e, de forma geral, aos problemas de uma economia globalmente integrada cada vez mais desigual. O terceiro objetivo é lançar as bases para o argumento da seção seguinte, de que o segundo movimento da teoria institucional selecionou apenas alguns desses argumentos e deixou outros de

lado devido a preconceitos ideológicos e disciplinares, e não por incompatibilidades metodológicas. Tais preconceitos são o principal motivo pelo qual a teoria institucional contemporânea não foi capaz de fazer frente aos desafios da desigualdade global.

Serão expostos quatro argumentos institucionalistas, a saber: (i) a ideia de que a análise de atos negociais (*transactions*) é a metodologia comum à economia e ao direito; (ii) o conceito de capital industrial que dá forma à propriedade moderna; (iii) o abandono da dicotomia entre público e privado; e (iv) o processo de revelar regras estruturais como mecanismo para identificar as fontes de desigualdades econômicas.

1.4.1. ATOS NEGOCIAIS COMO ELEMENTO CENTRAL PARA A ANÁLISE ECONÔMICA E JURÍDICA

Uma das questões mais complexas relativas à análise de Veblen é como reconciliar seu individualismo psicológico radical, expresso por meio da ideia de domínio orgânico, com a concepção de regras como inerentemente sociais. Para Veblen, as ideias de domínio orgânico e propriedade privada não estavam relacionadas ou em posição de dependência uma da outra. Eram, na verdade, dois conceitos absolutamente diferentes e sem relação. O salto do domínio orgânico para a propriedade privada foi mediado por uma transformação enorme na sociedade, desencadeada pelo surgimento de meios de violência maciça. Muito provavelmente, a maioria das instituições não se desenvolveu de maneira tão drástica, mas seguiu um padrão mais progressivo de superação de possibilidades.

Foi Commons quem forneceu uma descrição mais detalhada do processo gradual de desenvolvimento institucional, partindo da concepção vebleniana de produção como um processo social integrado. Desmembrando o conceito de um indivíduo ativo envolvido na produção⁷⁴, ele argumentou que a primeira unidade entre o indivíduo real e a produção é um ato negocial, ou seu acordo básico para empreender uma atividade produtiva conjunta. Commons então

74 Esse conceito da atividade individual foi uma interpretação de John Commons. Ele fazia referência ao instinto de artesanania como um instinto humano básico, que é o instinto de cooperar na produção. Em suas palavras: "Instead of a passive 'globule of desire' following the parallelogram of physical forces which bear down upon him, as Veblen would say, it substitutes an active person associated with others and participating in and controlled by practices common to all" ("[e]m vez de um 'glóbulo de desejo' passivo seguindo o paralelogramo de forças físicas que se apoiam sobre ele, como Veblen diria, ele substitui uma pessoa ativa associada a outras, participante e controlada por práticas comuns a todos"). Cf. COMMONS, John Rogers. *Law and Economics*, cit., p. 371.

propôs que os atos negociais deviam ser entendidos como o elemento central de todas as relações sociais, fossem elas econômicas, jurídicas ou políticas⁷⁵.

Os atos negociais representariam o processo gradual em que avaliações psicológicas individuais acerca da realidade são transformadas em instituições que orientam não apenas a produção, como também uma gama muito mais ampla de questões humanas. Os atos negociais são a única referência possível que se pode ter sobre as avaliações psicológicas e preferências pessoais, ou, nos termos de Commons, a única expressão significativa da vontade individual. Os indivíduos precisam avaliar suas próprias capacidades à luz de sua apreensão da capacidade de outros, sejam concorrentes ou colaboradores, e, com base em tais avaliações, envolver-se em atos negociais que posteriormente formam instituições. Não é possível avaliar os cálculos desenvolvidos por cada indivíduo em cada transação, já que não se pode compreender seus processos psicológicos, mas é possível medir seus resultados pela compreensão dos resultados dos atos negociais⁷⁶.

Llewellyn foi o primeiro a desenvolver uma aplicação direta para a análise jurídica do conceito de instituições resultantes de atos negociais. Partindo da ideia de que os indivíduos não são nem isolados nem soberanos, e de que não é possível interpretar suas motivações, mas apenas comparar seus comportamentos, ele desenvolveu uma abordagem marginalista para a efetivação do direito (*legal enforcement*), em que uma regra concentra-se em reprimir o comportamento do indivíduo marginal dotado de uma motivação forte o suficiente para transgredir a lei⁷⁷.

-
- 75 Cf. COMMONS, John Rogers. *Legal Foundations of Capitalism*. New Brunswick: Transaction, 1995, p. 67: "This typical transaction describes the minimum of all economic and social relations whatever, whether it be that of the family, of business or politics. Each person is considering the alternatives open to himself, the existence of actual, potential, possible or impossible rivals, and the degree of power which he can exert within the limits of these alternatives. One is his choice of opportunities, the other is his exercise of power, but they are inseparable, and choice of opportunities is choice between two degrees of power" ("[e]sse ato negocial típico descreve o mínimo de toda e qualquer relação econômica e social, seja aquela da família, de negócios ou política. Cada pessoa está considerando as alternativas abertas a si, a existência de rivais reais, potenciais, possíveis ou impossíveis, e o grau de poder que ela pode exercer dentro dos limites dessas alternativas. Uma é sua escolha de oportunidades, a outra é seu exercício de poder, mas elas são inseparáveis, e a escolha de oportunidades é uma escolha entre dois graus de poder").
- 76 Essa proposição aproxima os institucionalistas norte-americanos dos institucionalistas austríacos, cujas escolas de pensamento econômico geralmente são consideradas opostas. A crítica austríaca à economia marshalliana, baseada exatamente nessa abordagem psicológica, demonstra que é impossível avaliar utilidades individuais em termos quantitativos, apenas em ordem de preferência. Essa crítica é também baseada na percepção de que é possível identificar as escolhas feitas pelos indivíduos, mas não quantificar a utilidade derivada dessas escolhas.
- 77 Para uma abordagem moderna da teoria da efetivação marginal (*theory of marginal enforcement*) e para avaliar a influência desse argumento no segundo movimento da teoria institucional, vide adiante a Seção 3.5.3 (iii).

Sua conclusão foi que do fato de a lei não ser sempre aplicada não decorre que ela não altera o equilíbrio de forças entre indivíduos em seus atos negociais⁷⁸. Seguindo esse entendimento, é possível comparar o consumidor marginal da análise econômica com o indivíduo marginal da proposição comportamental de Llewellyn. Se, por um lado, o consumidor marginal na economia não estabelece preços em função de sua própria vontade, mas apenas dá um passo final no complexo processo do mecanismo de preços, por outro lado, o indivíduo marginal que infringe a lei não faz uma escolha puramente individual, mas participa de uma rede igualmente complexa de atos negociais sociais, em que limites para os comportamentos são estabelecidos por meio da edição e efetivação (*enforcement*) de leis, e desafiados por oposições de caráter político, jurídico e individual.

Commons desenvolveu sua percepção para propor o que ele acreditava ser um modelo básico de negociação. O modelo foi baseado num jogo com cinco indivíduos enfrentando uma série de escolhas. Os cinco indivíduos representariam papéis-modelo de dois compradores, dois vendedores e um árbitro. Para ele, isso seria suficiente para representar qualquer ato negocial possível na sociedade. Em relação às escolhas disponíveis, Commons tomou emprestadas ideias da teoria do direito de Hohfeld, na qual indivíduos seriam confrontados com combinações de quatro pares de limites para seus comportamentos: (i) direitos e não direitos; (ii) privilégios e deveres; (iii) poderes e incapacidades; e (iv) imunidades e responsabilidades. Commons expandiu a abordagem de Hohfeld para descrever a estrutura institucional dos atos negociais em cada

78 Essa abordagem demonstra que a concepção psicológica de indivíduo dos primeiros institucionalistas tinha alguns pontos de contato com os aspectos filosóficos da análise econômica marginal, conforme desenvolvida pelos institucionalistas austríacos. Em particular, essa percepção do indivíduo marginal foi desenvolvida mais tarde por economistas institucionais contemporâneos sem o devido crédito às análises anteriores, como essa feita por Llewellyn. Como ele mesmo disse: "When one attacks the effect of the law in shaping conduct, in the profusion of cases where established morals and habits of self-discipline seem to make law unnecessary, one is led to hope that the marginal concepts may point the road to understanding. The rules of law against assault come into active play only at the individual margin when passion crosses the threshold of self-control, and come into play socially only with that marginal individual who falls below the standard of self-control commonly developed by early education" ("[q]uando se ataca os efeitos da lei em qualificar condutas, na profusão de casos em que a moral e os hábitos de auto-disciplina estabelecidos parecem tornar a lei desnecessária, se é levado a esperar que os conceitos marginais possam apontar o caminho para o entendimento. As regras jurídicas contra a agressão atuam ativamente apenas na margem individual, quando a paixão cruza o limiar do autocontrole, e atuam socialmente somente contra aquele indivíduo marginal que cai abaixo do padrão de autocontrole comumente desenvolvido pela educação primária"). Cf. LLEWELLYN, Karl Nickerson. The Effect of Legal Institutions Upon Economics. *The American Economic Review*, v. 15, nº 4, p. 665-683, 1925, p. 682.

relação social e, mais particularmente, das relações econômicas. Isso mostraria que, mesmo que aparentemente exista apenas o exercício da liberdade, as prerrogativas associadas a esse exercício não decorrem da ausência de regras, mas da existência de regras restritivas do poder de outros. Por conseguinte, a suposta liberdade dos agentes do mercado advogada pelos economistas clássicos seria fictícia, já que o exercício da liberdade estaria sempre calcado em regras que impõem limites à liberdade alheia.

Com base nesse argumento, Commons contestou também a teoria do valor da economia clássica. De acordo com ele, as regras de mercado seriam desenvolvidas pelos costumes, isto é, pela repetição de um número enorme de atos negociais, em um processo sem início e fim definidos. Qualquer teoria do valor requer medições, e essas requerem regras e consenso em relação às qualidades básicas dos bens comercializados, como, por exemplo, cor, tipo de bem, peso e tamanho. Essas medições precisam de regras claras, o que demonstra que nenhuma teoria do valor econômico pode existir se uma estrutura institucional não for considerada como preexistente. Isso aponta os limites da ideia de que o valor econômico seria o resultado da atividade de indivíduos racionais operando num mercado livre. Na verdade, o que os economistas chamam de mercado livre é o resultado de arranjos institucionais que limitam as escolhas individuais, baseados na distribuição previamente acordada de prerrogativas e deveres.

Desse diálogo com Hohfeld, Commons chegou a outra conclusão sobre a relação entre economia e direito: ambas estão fundamentadas em costumes. A partir dessa similaridade essencial, Commons desenvolveu também um conceito da economia que é provavelmente um dos conceitos mais heterodoxos sobre o propósito da economia já proposto nessa disciplina, mas que pode ser considerada uma definição bem aceita entre os primeiros institucionalistas. Ele argumentou que a economia consistiria nas “práticas comuns de senhores feudais, das primeiras guildas, das comunidades agrícolas, dos mercadores, artesãos, homens de negócios, operários, profissionais e outros, em seus atos negociais diários uns com os outros, como uma maneira de criarem e obterem renda a partir da terra e uns dos outros”⁷⁹. Portanto, a economia não seria apenas limi-

79

No original: “[...] common practices of feudal lords, of the early guilds, of agricultural communities, of merchants, manufacturers, businessmen, of workingmen, professional men and others, in their daily transactions with each other by way of creating and obtaining an income from earth and from each other”. Cf. COMMONS, John Rogers. *Law and Economics*, cit., p. 372.

tada pela *lex mercatoria*, mas definida por ela. Tais costumes seriam então incorporados pelos tribunais como uma seleção de costumes considerados “bons e apropriados”, e esse processo definiria os limites entre economia e direito.

Se o argumento de Commons dos atos negociais como a unidade central da economia e do direito tornou-se um marco para ambos os campos de estudo, seu modelo de ato negocial foi provisório e seguido por poucos. Primeiro, ele não apresentou um modelo que pudesse explicar a origem das instituições. Por exemplo, não explicou como o árbitro seria definido, e, portanto, não abordou o problema da autoridade, fundamental para qualquer teoria institucional. Do mesmo modo, não expôs um entendimento da posição dos tribunais na sociedade como fonte de poder, incorporando uma ideia muito superficial dos tribunais como mediadores partidários⁸⁰. Não obstante esses problemas menores, a concepção econômica de Commons motivou grande parte do primeiro movimento institucionalista, e a ideia de atos negociais como ponto focal da análise econômica e jurídica é até hoje a voz de comando da teoria institucional⁸¹.

1.4.2. O CAPITAL PARA ALÉM DA PROPRIEDADE MODERNA

O primeiro movimento do pensamento institucional concentrou-se em descrever as transformações resultantes do capitalismo industrial. Para ele, era importante expor o uso retórico da teoria econômica e jurídica clássica, para que os princípios metafísicos não pudessem ser usados seletivamente a fim de impedir reformas institucionais necessárias para garantir a manutenção do processo de desenvolvimento econômico. Ao mesmo tempo, preocupavam-se com a crescente flexibilidade de regras básicas da atividade econômica, como o direito de propriedade, a qual poderia criar desequilíbrios na sociedade, levando a distúrbios resultantes da desigualdade econômica. O tópico do equilíbrio entre flexibilidade para liberar o empreendedorismo e acesso equitativo à produção para manter a inovação é uma preocupação permanente do pensamento institucional, que até hoje não chegou a uma formulação satisfatória em termos metodológicos. Também foi Commons quem mais avançou na direção de apresentar essa formulação, com base em seu próprio conceito de capital.

80 Llewellyn, por exemplo, mencionou que o trabalho de Commons foi “muito jurídico para o leigo, muito leigo para satisfazer uma crítica jurídica meticulosa” (“too legal for the layman, too lay to satisfy a meticulous legal critique”). Cf. LLEWELLYN, Karl Nickerson. What Price Contract? *Yale Law Journal*, v. 40, nº 54, p. 704-729, 1931, p. 704.

81 Vide, por exemplo, na literatura de transações econômicas, WILLIAMSON, Oliver Eaton; MASTEN, Scott. *Transaction Cost Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 1995.

Commons desenvolveu seu conceito de capital baseado em exemplos de propriedade moderna que, por sua vez, formou-se a partir de um processo lento e silencioso no qual os tribunais tomavam emprestados conceitos da prática negocial que viriam a contestar a justificativa clássica para o direito de propriedade. Ele classificou as ideias relativas à propriedade moderna com rótulos de propriedade “intangível” e propriedade “incorpórea”. A propriedade intangível seria resultado de um longo desenvolvimento da prática contratual, em que se eliminou o vínculo entre certas facetas do direito de propriedade e os bens tangíveis aos quais este estava originalmente ligado⁸². O melhor exemplo de objeto de propriedade tangível é o dinheiro, que passou por um processo de perda gradual de seu vínculo com reservas governamentais de metais preciosos⁸³. A propriedade incorpórea estaria relacionada a bens inerentemente incorpóreos, como propriedade intelectual e outros conceitos imateriais ligados a atividades negociais, a exemplo do aviamento (*goodwill*) e do *know-how*.

32 Commons considerou todos os exemplos de propriedade intangível como exemplos de formas modernas do direito de propriedade. Contudo, o conceito de propriedade intangível no *common law* baseia-se no conceito romano de *iura in re aliena*, isto é, de direitos reais sobre coisa alheia. No direito romano, tais direitos – que se distinguem em direitos reais de gozo (usufruto, uso, habitação, servidões, enfiteuse e superfície) e direitos reais de garantia (penhor e hipoteca) não eram considerados propriedade, mas apenas limitações dos direitos do proprietário, correspondendo às denominadas “*encumbrances*” no *common law*. Cf. WATSON, Alan. *Roman Law & Comparative Law*. Athens: University of Georgia, 1991, p. 48-52. Nesse sentido, tais direitos apenas adquiriram uma característica moderna quando a conexão com os objetos tangíveis deixou de ser exigida e tais direitos se tornaram “propriedade” em si mesmos.

83 O direito constitucional norte-americano oferece um claro exemplo de como o conceito clássico de direito de propriedade baseado em bens tangíveis não era mais o paradigma para a regulação da propriedade ao menos desde o final do século XIX. No caso *Legal Tender*, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu manter a constitucionalidade do *Legal Tender Act* de 1862. No tempo da Guerra Civil, a principal moeda corrente norteamericana eram notas bancárias distribuídas por cerca de 1.600 bancos estaduais, cujo valor flutuava significativamente. Em 1862, o Congresso permitiu que o governo federal distribuisse notas, popularmente chamadas de *greenbacks*, para ajudar a financiar a Guerra Civil. Tais notas não eram resgatáveis em ouro e foram instituídas como moeda corrente para o pagamento de débitos privados e impostos. A primeira emissão foi logo seguida por outras sem conexão com o financiamento da guerra (Act. Feb. 25, 1892, 12 Stat. 345; Act July 11, 1862, 12 Stat. 532; Act March 3, 1863, 12 Stat. 709). No caso *Hepburn v. Griswold*, 75 U.S. (8 Wall.) 603 (1869), a Suprema Corte considerou inconstitucional a exigência de moeda corrente. Essa decisão foi logo revertida nos casos *Knox v. Lee* e *Parker v. Davis*, 79 U.S. (12 Wall.) 457 (1870), em meio a um conflito entre o Executivo e a Suprema Corte e a debates intensos tendo em vista o pagamento de débitos incorridos com base nas *greenbacks*. A Constituição dos EUA limita claramente a capacidade do Congresso de emitir moeda. Contudo, a Suprema Corte decidiu que essa limitação “não implica tacitamente negação de todos os outros poderes sobre a moeda” (“does not tacitly imply denial of all other power over the currency”). Esse caso, melhor que qualquer outro, demonstra o processo pelo qual um costume negocial foi transformado em lei e até exigiu uma interpretação não formalista da Constituição, criando uma nova forma de instrumento financeiro desvinculado de qualquer bem tangível. É curioso que casos como esses geralmente não sejam ensinados aos estudantes de direito nos Estados Unidos, e não apareçam nos manuais de direitos reais. Cf. SINGER, Joseph William. *Property Law: Rules, Policies and Practices*. 3ª ed. New York: Aspen, 2002.

O desenvolvimento do direito de propriedade moderno foi uma resposta às exigências do capitalismo industrial. Em razão disso, Commons propõe que o conceito de capital poderia ser definido como propriedade moderna⁸⁴. Ele chegou a essa conclusão apresentando quatro concepções comuns de capital: (i) capital como a quantidade de mão de obra destinada à produção; (ii) capital como acumulação de produtos físicos destinados a produção futura; (iii) capital como dinheiro que compra *commodities* e mão de obra; e (iv) capitalização atual, na expectativa de poder de ganho líquido no futuro.

Commons entende corretamente que os quatro conceitos de capital são mutuamente dependentes, e que todos os conceitos de capital econômico estão direta ou indiretamente baseados em noções do direito de propriedade. Todavia, esse fato isolado não permite a interpretação extensiva de que o direito de propriedade definiria o capital. Se o capital se liga à criação de riqueza; e a riqueza é o resultado de eficiências na produção; e a produção não requer necessariamente um sistema de direitos reais, como aprendemos com Veblen, o capital não poderia ser definido pelo direito de propriedade. A sociedade começou a produzir capital muito antes que a instituição do direito de propriedade fosse criada e, logicamente, muito antes também que qualquer conceito de propriedade moderna fosse idealizado. Commons estava errado em limitar a definição de capital a uma identidade com a propriedade moderna, mas não no sentido de que a propriedade moderna tornou-se uma parte extremamente relevante da formação do capital nas sociedades industriais, às vezes até mais importante que a propriedade dos recursos naturais necessários à produção, conforme imaginado por teorias de formação de capital anteriores.

No processo de idealizar um conceito de capital baseado na propriedade moderna, Commons fez uma contribuição significativa para a teoria institucional, que foi a tentativa de incluir o elemento do tempo como mediador entre o capital e as regras. Isso será entendido mais facilmente posteriormente neste trabalho, quando for investigada a relação entre capital e tempo, como proposto. Commons tomou emprestada a análise dos efeitos do tempo na formação do capital do institucionalista austríaco Böhm-Bawerk, que dividiu o conceito de capital em dois: primeiro, um conceito geral de capital de aquisi-

84 “Capital, which is a modern concept, is the incorporeal and intangible properties of the law that have been recognized conformably to the customs of business” (“[o] capital, que é um conceito moderno, são as propriedades incorpóreas e intangíveis da lei, que foram reconhecidas em conformidade com os costumes negociais”). Cf. COMMONS, John Rogers. *Law and Economics*, cit., p. 378.

ção (*acquisitional capital*), o meio para a aquisição de bens; segundo, o que ele chamou de capital social (*social capital*), que consistiria nos meios destinados à produção de outros bens.

Nesse sentido, ele dividiu o capital em duas esferas, uma de propriedade privada e outra de produção, na linha da estrutura analítica proposta por Veblen. O tempo é o que diferencia os conceitos de capital de aquisição e de produção. O capital de aquisição, ou capital privado, reflete uma relação imediata. Se um indivíduo tem esse capital, ele compra. O capital de produção, ou capital social, é baseado num processo mais demorado de tornar os recursos disponíveis e receber muito depois os rendimentos almejados, ou mesmo não recebê-los, uma vez que o tempo também envolve o risco de insucesso.

À medida que a produção se torna mais sofisticada e mais institucionalizada, toma mais tempo. No capitalismo contemporâneo, o tempo pode não ser mais um conceito muito significativo para descrever a diferença entre capital aquisitivo e produtivo, já que a tecnologia faz a produção parecer quase tão rápida quanto o consumo. O que se propõe aqui é que a ideia de “tempo” como mediador deveria incorporar a ideia de “espaço”, de forma que o processo pelo qual o capitalismo dissocia o capital destinado à produção dos consumidores, trabalhadores e proprietários possa ser entendido numa estrutura multidimensional.

O capitalismo tecnológico, apesar de acelerar a produção, cria uma dissociação ainda maior entre o capital privado e o capital social do que o capitalismo mercantil ou industrial, uma vez que nenhum indivíduo ou empresa é capaz de produzir todos os elementos necessários para constituir um produto final. Nessa forma de capitalismo contemporâneo, os próprios conceitos de consumidor e produtor tornam-se pouco definidos⁸⁵. O capital de produção torna-se uma parte cada vez maior do capital total, dissociando a propriedade moderna da propriedade clássica na mesma medida em que dissocia consumidores, trabalhadores e proprietários da produção em si.

85 Por exemplo, muitas companhias de *software*, em vez de vender um pacote fechado para outras companhias, celebram um contrato mediante o qual a companhia permitirá ao cliente adaptar o *software* segundo suas necessidades, e, se o cliente desenvolver qualquer inovação nesse processo, ambos compartilharão os benefícios do novo produto. Essa estrutura de negócios, mais comum entre as grandes companhias, para as quais a distinção entre fornecedores tradicionais e parceiros de negócios é naturalmente obscura, tem se tornado também mais comum na relação com os consumidores individuais, crescentemente incorporados na produção como promotores ou criadores de novos produtos.

O aspecto relevante dessa análise é que ela demonstra que essa dissociação crescente cria espaço para a concentração de capital. Böhm-Bawerk ofereceu uma análise de como o capital afeta a distribuição de renda superior aos relatos clássicos tanto de Smith quanto de Marx. Ele argumentou que as assimetrias de poder estavam diretamente relacionadas à quantidade de tempo necessária à produção. Os capitalistas econômicos apropriam-se da maior parte dos benefícios da produção pelo fato de terem capital de aquisição suficiente para investir parte deste na produção, ou simplesmente esperar o melhor momento para investir, uma vez que possuem uma reserva suficiente de capital aquisicional (privado) para sustentar suas atividades básicas. Como os trabalhadores não possuem esse tipo de vantagem, tornam-se economicamente dependentes dos capitalistas, já que não podem esperar pelo melhor momento para investir seus recursos, que geralmente consistem apenas na sua força de trabalho⁸⁶.

A teoria de Böhm-Bawerk sobre o tempo na formação do capital requer o entendimento de outro conceito, o da depreciação, ou o pressuposto de que os indivíduos dão mais valor aos bens no presente do que no futuro⁸⁷. Por esse motivo, ele desenvolveu uma teoria do valor para o capital de produção, segundo a qual bens presentes seriam trocados no presente pela quantia total de rendimentos que poderiam derivar deles nos anos futuros, antes de sua completa depreciação⁸⁸.

86 "If capitalists led as quickly from the hand to the mouth as unskilled direct production does, there would be nothing to hinder the workers carrying on such roundabout methods from beginning to end on their own account. They would still be dependent on the landowners, who could prevent them from access to the land which at the outset they require, but they would not be dependent on the capitalists. It is only because the laborers cannot wait till the roundabout process - which begins with the obtaining of raw materials and making tools - delivers up its products ready for consumption, that they become economically dependent on the capitalists who already hold in their possession what we have called 'intermediate product'" ("[s]e os capitalistas consumissem imediatamente como faz a produção direta não especializada, não haveria nada para impedir que os trabalhadores continuassem usando tais métodos indiretos do começo ao fim por conta própria. Eles seriam ainda dependentes dos proprietários de terra, que poderiam impedir seu acesso à terra de que, em princípio, eles têm necessidade, mas não seriam dependentes dos capitalistas. É apenas porque os operários não podem esperar que o processo contínuo - que começa com a obtenção de uma série de matérias-primas e fabricação de ferramentas - forneça esses produtos prontos para consumo que eles se tornam economicamente dependentes dos capitalistas, os quais já têm em sua posse o que chamamos de 'produto intermediário'"). Cf. BÖHM-BAWERK, Eugen von. *The Positive Theory of Capital*. Freeport: Books for Libraries, 1971, p. 353-354.

87 Numa perspectiva pragmática, a proposta de que os indivíduos dão mais valor aos produtos no presente que no futuro é metafísica e desnecessária. Pode-se pensar em depreciação apenas em termos de decadência física ou obsolescência tecnológica, com resultados teóricos semelhantes.

88 Por exemplo, uma propriedade que gera um rendimento de \$100 se disponibilizada para a produção só terá seu valor apreciado em \$2.000 numa sociedade onde a taxa de depreciação for de 5% ao ano, porque em 20 anos essa propriedade estará totalmente depreciada. Cf. BÖHM-BAWERK, Eugen von. *The Positive Theory of Capital*, cit., p. 353-354.

É por meio desse elemento de depreciação que o capitalismo industrial faz qualquer conceito clássico de propriedade tornar-se relativo. À medida que o capitalismo se desenvolve, ou seja, conforme a esfera da produção passa a ocupar uma parte maior do capital, os proprietários precisam escolher com mais frequência entre tornar seus bens disponíveis para a produção ou correr o risco de que se depreciem naturalmente com o tempo, ou eventualmente se valorizem caso os preços mudem e o nível de renda obtido com a disponibilização dos bens para a produção aumente. A ideia da terra como um bem de valor imperecível, durável, na linguagem de Veblen, começa a perder significado, e as chances de que donos de terras especuladores lucrem com sua inação tornam-se reduzidas em face de custos de oportunidade cada vez maiores para disponibilizar tais recursos para o seu melhor uso seguinte.

Sem dúvida, a ideia de propriedade moderna ainda está presente nessa discussão sobre o conceito de capital. Por esse motivo, como já observado, é preciso dar certa razão a Commons no sentido de que uma ampla porção do capital formado nas sociedades industriais é definida pela propriedade moderna (intangível e incorpórea). Böhm-Bawerk chama o capital produtivo também de “capital social” (*social capital*), tentando sugerir que o capital produtivo não tem dono específico durante o tempo em que a produção está acontecendo, já que todos os membros da sociedade se beneficiariam de aumentos nos níveis de produção.

Essa é a maior diferença entre os argumentos de Commons e Böhm-Bawerk em relação ao conceito de capital. Se é provável que ambos admittissem que o capital de aquisição pode ser definido por bens regulados pelo direito de propriedade, Commons consideraria o capital produtivo equivalente a bens regulados pela propriedade moderna, enquanto Böhm-Bawerk o consideraria externo ao âmbito tradicional da propriedade privada, agora regulado por algum tipo de propriedade social (*social property*). Nenhuma dessas duas abordagens parece correta de forma isolada. Todavia, considerando-se plausível a hipótese de que o capital produtivo é formado em parte por bens regulados pela propriedade moderna e em parte pela propriedade dissociada, e que há uma tensão entre os dois sistemas no processo de produção, seria possível lançar luzes sobre mecanismos modernos que produzem desigualdades econômicas.

Por um lado, viu-se com Veblen que a esfera da produção não requer o direito de propriedade. Mesmo quando a sociedade não produzia bens durá-

veis passíveis de serem regulados por um sistema de direitos reais, havia produção. Isso também significa que a produção contemporânea não é totalmente regulada pelo direito de propriedade. O sistema de direitos reais não é perfeito, no sentido de que não permite aos proprietários, trabalhadores e consumidores apropriarem-se de todos os lucros e riscos possíveis da produção, e uma parte de tais benefícios e custos é disseminada amplamente na sociedade ou mantida dissociada do domínio privado na esfera da produção. Há aqui uma tensão clara, já que capitalistas, trabalhadores e consumidores tentarão criar direitos sobre todos os possíveis benefícios da produção, enquanto as inovações e transformações no sistema de produção continuarão a produzir constantemente novas formas de dissociação.

Desenvolvimentos posteriores na compreensão dos efeitos do capital dissociado (*dissociated capital*) na sociedade ressaltaram a importância de uma nova classe de agentes econômicos além das categorias clássicas de capitalistas, trabalhadores e consumidores, que é a classe dos empreendedores. Capitalistas, trabalhadores e consumidores são associados às esferas do capital privado e produtivo. Ao contrário, os empreendedores operam exclusivamente na esfera da produção e têm controle máximo sobre ela, por serem menos dissociados da produção que os proprietários, trabalhadores e consumidores. Isso lhes dá mais poder para apropriarem-se do capital dissociado (*dissociated capital*) investido na produção, já que possuem mais informações sobre os riscos e oportunidades negociais e, conseqüentemente, encontram-se em posição privilegiada para aproveitar os benefícios oriundos de ganhos em eficiência⁸⁹.

89 A formulação mais significativa acerca desse tipo de dissociação foi o famoso estudo de Bearle e Means sobre o controle das companhias nos Estados Unidos. Eles identificaram a separação entre domínio (*ownership*) e controle como um aspecto essencial dos direitos reais corporativos modernos. Todavia, a visão deles era mais extensa. Eles também entenderam que esse novo poder tinha um impacto na sociedade em geral, não apenas nas relações corporativas. Como descreveram: “On the one hand, it involves a concentration of power in the economic field comparable to the concentration of religious power in the medieval church or political power in the national state. On the other hand, it involves the interrelation of a wide diversity of economic interests – those of the ‘owners’ who supply capital, those of the workers who ‘create’, those of the consumers who give value to the product of enterprise, and above all those of the control who wields power” (“[p]or um lado, isso envolve uma concentração de poder no campo econômico comparável à concentração do poder religioso na Igreja medieval, ou ao poder político no Estado nacional. Por outro lado, isso envolve a interrelação de uma ampla diversidade de interesses econômicos- os dos ‘proprietários’ que fornecem capital, os dos trabalhadores que ‘criam’, o dos consumidores que dão valor aos produtos da empresa, e acima de tudo os do controle que exerce o poder”). Cf. BERLE, Adolf Augustus; MEANS, Gardiner Coit. *The Modern Corporation and Private Property*. New York: Macmillan, 1933, p. 352-353. Todavia, eles seguiram a proposição de Commons de tratar todo capital como direito de propriedade, argumentando que tal controle pertence à companhia e não aos seus detentores, como os administradores. Essa visão seria abandonada nas avaliações contemporâneas do papel do capital dissociado nas

Por exemplo: quem são os detentores dos segredos industriais? Certas indústrias escolhem não transformar seus segredos em direitos de propriedade intelectual, porquanto o segredo lhes dá uma vantagem competitiva. Normalmente, o segredo é mantido por meio da proibição do acesso de trabalhadores a mais de um setor produtivo. Os acionistas também são comumente mantidos no escuro, já que suas ações podem ser menos valiosas que o valor do segredo em si, o que também lhes daria um incentivo para venderem essa informação aos concorrentes.

Por conseguinte, o dono do segredo comercial é, supostamente, a companhia, mas apenas a administração tem real poder sobre ele, decidindo como tal informação será aplicada à produção e quando é o momento certo para transformá-la em propriedade intelectual. Os administradores também detêm uma ameaça constante sobre os capitalistas de eventualmente revelar os segredos industriais, mesmo que isso seja ilegal. O administrador pode nunca revelar o segredo, mas a companhia também paga pela sua discrição, permitindo que alguns administradores recebam remunerações muito superiores à contribuição que dão à companhia em termos de habilidades gerenciais.

Para a teoria institucional, empreendedores são ao mesmo tempo os heróis, incorporando o instinto de artesanaria (*instinct of workmanship*), e os traidores, atuando como meros predadores. Eles são os ditadores, as mentes por trás dos novos Leviatãs, e também os defensores da liberdade e da prosperidade eterna. Entender o papel dos empreendedores e a diferença entre o capital produtivo protegido por direitos de propriedade intangível e o “capital dissociado” (*disassociated capital*) é crucial para compreender as fontes de desigualdade nas sociedades contemporâneas.

1.4.3. O ABANDONO DA DICOTOMIA PÚBLICO E PRIVADO

Este argumento institucionalista inspirado por Veblen, mais que uma reconstrução de teorias passadas, foi um apelo a favor do total abandono de uma maneira de pensar sobre a relação entre direito e economia. Mais precisamente, foi uma proposta para reorientar o debate da definição do papel apropriado do Estado na sociedade (o que está na esfera privada e o que está na esfera pública) para as consequências dos vários papéis que o Estado tem. Em suma,

sociedades modernas. Uma semelhante visão dogmática poderia levar a ignorar novas fontes de capital dissociado para as quais não foram criados quaisquer mecanismos de direitos reais a tutela, mas que podem ser determinantes para a distribuição de riqueza na sociedade.