

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, fotograficos, 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).

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 artesanía (*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.

representou uma transição da identificação do Estado como uma entidade totalizante – o Leviatã, para a descrição deste como uma conjunção de organizações fragmentadas.

A separação entre público e privado acompanhou toda a tradição descrita anteriormente, do direito romano à teoria liberal clássica. O conceito de público e privado como esferas estritamente separadas não existia no direito romano clássico. Surgiu da tentativa de Ulpiano de classificar todo o corpo do direito romano como público ou privado, sendo direito público aquele que contemplava o funcionamento da *res publica* romana, incluindo a relação entre o Estado e os cidadãos, e direito privado o conjunto de regras que regiam as relações de utilidade particular, dos cidadãos entre si⁹⁰. Entretanto, tal conceito foi incorporado ao pensamento liberal clássico como muito mais que uma mera classificação, gradualmente assumindo a característica de um princípio estrutural das sociedades liberais⁹¹.

O argumento institucionalista para o abandono da separação entre público e privado, em sua versão mais forte, parte da ideia de que toda relação entre agentes privados tem como fundamento o poder coercivo do Estado e, portanto, é também uma regulação da relação entre os indivíduos e o governo. Por conseguinte, a classificação proposta por Ulpiano não faria sentido. Mais ainda, o argumento também desafia a ideia de uma esfera privada não violenta, já que todos os agentes privados contariam com o Estado como a principal fonte de violência. Na base dessa abordagem está a ideia de Veblen de que o direito de propriedade se desenvolve por meio da violência, motivado pelo *status*.

Foi Hale quem desenvolveu esse argumento mais profundamente. De modo semelhante aos conceitos jurídicos de Hohfeld, Hale descreveu que, quando o Estado protege um direito privado sobre um bem específico, está fazendo duas coisas: está “abstendo-se da interferência com o proprietário” e “forçando o não proprietário a evitar o manejo deste, salvo se o proprietário assim consentir”⁹². Em vez de uma paz absoluta, a esfera privada seria caracterizada pela coerção constante do direito de alguns indivíduos de desfrutar pacificamente dos bens de propriedade alheia. Consequentemente, o argumento de

90 Cf. Ulp. *1 inst.*, D. 1, 1, 1, 2.

91 Cf. HABERMAS, Jürgen. *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*. Cambridge: MIT, 1991.

92 Cf. HALE, Robert Lee. Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State. *Political Science Quarterly*, v. 38, nº 3, p. 470-494, 1923, p. 471.

que o governo não pode interferir na esfera privada não se sustentaria, porque há intervenção governamental com ou sem efetivação (*enforcement*) das leis⁹³.

Hale avançou mais no argumento a fim de demonstrar que a coerção é parte de todo ato negocial, não apenas em termos da coerção de apoio por parte do Estado, mas igualmente quando a lei permite a agressão entre indivíduos. A possibilidade da agressão lícita é clara na disciplina da responsabilidade civil, na qual exceções são criadas para desobrigar a reparação por danos causados.

A instituição da responsabilidade civil incorpora a noção de liberdade proposta por Mill, de que a intervenção estatal só é possível para evitar danos. Um mecanismo para tanto é obrigar os indivíduos a indenizarem por danos causados a bens de propriedade alheia. Contudo, Hale aponta que existem muitas situações em que danos econômicos infligidos por um agente a outro sem vínculo contratual são considerados legítimos, dependendo apenas da intensidade e dos meios utilizados. Um certo grau de ameaça, coação e coerção é considerado lícito na maioria dos casos.

Ele alegou que, por exemplo, algumas práticas agressivas de concorrência são consideradas lícitas ainda que prejudiquem os concorrentes. Ele se apoia no argumento de Holmes de que “a política de permissão da livre concorrência justifica a perpetração intencional de danos temporais, inclusive danos oriundos da interferência nos negócios de um indivíduo, por algum meio, quando o dano não é causado como fim em si mesmo, mas como instrumento para alcançar a vitória numa batalha comercial”⁹⁴. Outros exemplos seriam a licitude de greves de trabalhadores e de políticas de contratação em conluio por parte de empregadores. Em todos esses exemplos, é possível identificar o conceito subjacente de que tais agressões seriam aceitáveis na medida em que conduzam a um bem maior. Não obstante, elas desafiam as concepções ordinárias de liberdade na esfera privada.

93 Hale afirma ainda que a diferença entre os dois mecanismos de intervenção é que a intervenção através da proteção do direito de propriedade é nivelada e a intervenção direta é desnivelada. Esse não parece ser um argumento válido ou útil. Pode-se afirmar que a intervenção por meio do direito de propriedade é nivelada para atingir certos objetivos, como a proteção da distribuição de renda, e tem êxito nesse objetivo, ainda que o objetivo em si não seja explícito, como ocorre na maior parte das políticas públicas. Cf. HALL, Robert Lee. Bargaining, Duress, and Economic Liberty. *Columbia Law Review*, v. 43, nº 5, p. 603-628, 1943, p. 628.

94 No original: “[T]he policy of allowing free competition justifies the intentional inflicting of temporal damage, including damage of interference with a man’s business, by some means, when the damage is done not for its own sake, but as an instrumentality in reaching the end of victory in the battle of trade”. Cf. HALL, Robert Lee. *Prima Facie Torts, Combination, and Non-Feasance*, *Columbia Law Review*, v. 46, nº 2, p. 196-218, 1946, p. 200.

Além disso, Hale argumentou que a ideia de liberdade na esfera privada foi apenas um movimento retórico. Isso seria particularmente evidente na disciplina dos contratos. A concepção liberal geral é a de que os contratos são válidos se forem baseados no livre exercício da vontade das partes. Contudo, essa visão desconsidera o fato de que o Estado distribui direitos na sociedade de maneira desigual, de modo que alguns serão capazes de fazer mais ameaças com base na coerção estatal indireta que outros. Isso cria um desequilíbrio no poder de negociação dos agentes, e as partes envolvidas estão cientes de tais diferenças. Nenhum dos participantes vê a si mesmo como igual e livre. Por isso, os contratos baseiam-se em concessões de uma parte à outra para evitar ameaças.

Novamente, Hale apoia-se em Holmes, que disse que “é sempre no interesse de uma parte sob coação [...] escolher o menor de dois males”⁹⁵. Por um longo tempo, a teoria do contrato considerou a existência da escolha como sinônimo de liberdade. No entanto, uma pessoa pobre à qual seja oferecido um emprego por um salário insuficiente para sustentar uma família o aceitará sob qualquer condição se a alternativa for a fome. O argumento de que a liberdade formal é limitada por assimetrias do poder de negociação parece ser um argumento pragmático inegável, que só pode ser desconsiderado às custas da honestidade intelectual.

Hale propôs que as três instituições jurídicas que sustentam a troca de bens na sociedade (propriedade privada, contratos e responsabilidade civil) baseavam-se num sistema de agressões e ameaças implementadas diretamente entre indivíduos ou indiretamente pelo Estado. Portanto, não haveria a possibilidade de livre troca de bens no mercado, uma vez que as escolhas seriam feitas considerando o poder de negociação de cada indivíduo. Consequentemente, as escolhas não seriam tão livres como supõe a teoria econômica e jurídica clássica. O Estado é então entendido como apenas mais um jogador no mercado, uma vez que afeta o poder de negociação dos indivíduos por meio da atribuição de direitos⁹⁶. A fronteira entre público e privado perde sua relevância em

95 No original: “[I]t always is for the interest of a party under duress [...] to choose the lesser of two evils”. Cf. HALE, Robert Lee. *Bargaining, Duress, and Economic Liberty*, cit., p. 618.

96 “The market value of a property or service is merely a measure of the strength of the bargaining power of the person who owns the one or renders the other, under the particular legal rights with which the law endows him, and the legal restrictions which it places on others” (“[o] valor de mercado de uma propriedade ou serviço é meramente uma medida da força do poder de negociação da pessoa que tem um ou presta o outro, perante os direitos particulares dos quais a lei a dota e as restrições jurídicas que isso impõe a outros”). Cf. HALE, Robert Lee. *Bargaining, Duress, and Economic Liberty*, cit., p. 625.

face da importância de analisar a distribuição do poder de negociação e como ela afeta os objetivos econômicos e jurídicos de uma sociedade.

Há um aspecto do argumento de Hale que costuma ser mal interpretado. Às vezes, ele é descrito como um ataque ao *laissez-faire* no intuito de criar mais espaço para o intervencionismo governamental e menos liberdade contratual e proteção da propriedade privada. Porém, suas afirmações eram muito mais sofisticadas que isso, e suas implicações não se limitam a justificar as políticas do *New Deal* e o abandono do lochnerismo⁹⁷. Ele sustentou explicitamente que a análise do poder de negociação é uma exigência para discutir qualquer estrutura de direitos, ainda que o objetivo seja reduzir a intervenção governamental e aumentar a liberdade contratual⁹⁸. Qualquer desses objetivos requer uma visão clara do poder exercido pelo Estado sobre a sociedade, por meios diretos ou indiretos, e do equilíbrio de poder entre os indivíduos. Estes são, afinal, conceitos interligados. Tanto o governo quanto as empresas privadas são organizações dotadas de poder de negociação⁹⁹. Nesse sentido, a mesma metodologia aplicada à análise do poder de empresas privadas e indivíduos no mercado deveria também ser aplicada ao Estado.

Existe, é claro, uma ideia normativa por trás do argumento de Hale. É a ideia de que uma distribuição do poder de negociação mais equânime levaria a mais liberdade nas atividades econômicas. É importante debater essa abordagem normativa, porque ela pode levar o leitor contemporâneo a duas rea-

97 Nesse sentido, o argumento de Hale deveria ser claramente diferenciado das justificativas keynesianas para o intervencionismo. Para Hale, o Estado deveria rever o mau uso de seu poder ao criar assimetrias de poder que impedem os indivíduos de receber os rendimentos da produção diretamente relacionados com suas qualidades e esforços. Isso significa impedir que o direito de propriedade se torne um mecanismo para manter a diferenciação de *status*. Para Keynes, o governo deveria atuar como uma autoridade benigna, intervindo para reduzir os efeitos de recessões em ciclos econômicos. Essa diferenciação é crucial, e será discutida em detalhes mais adiante.

98 "It is with unequal rights that men bargain and exert pressure on one another. These rights give birth to the unequal fruits of bargaining. There may be sound reasons of economic policy to justify all the economic inequalities that flow from unequal rights. If so, these reasons must be more specific than a broad policy of private property and freedom of contract" ("[é] com direitos desiguais que os homens negociam e exercem pressão uns sobre os outros. Esses direitos dão origem a frutos desiguais de negociações. Pode haver boas razões de política econômica para justificar todas as desigualdades econômicas que decorrem de direitos desiguais. Se assim for, essas razões precisam ser mais específicas que uma política ampla de propriedade privada e liberdade contratual"). Cf. HALE, Robert Lee. *Bargaining, Duress, and Economic Liberty*, cit., p. 628.

99 Sobre o paralelo entre o poder de controle das companhias e o poder governamental, vide BRU, Adolf Augustus; MEANS, Gardiner Coit. *The Modern Corporation and Private Property*, cit., p. 352-353. A ideia das companhias como forças de poder foi sustentada pelo segundo movimento da teoria institucional, mas não o paralelo com o poder do Estado. Cf. COAST, Ronald Harry. The Nature of the Firm. *Economica New Series*, v. 4, nº 16, 1937. p. 388.

ções, relacionadas mais às críticas tradicionais às políticas de bem-estar social implementadas após a Grande Depressão que às ideias de Hale propriamente ditas. A primeira reação seria imaginar que a distribuição equânime do poder de negociação se tornaria um objetivo em si mesmo. A segunda seria supor que reformas conduzidas pelo governo seriam um meio preferível para redistribuir o poder de negociação. Uma análise cuidadosa do argumento de Hale, porém, demonstra que ele contém mais uma crítica às políticas de bem-estar social do que uma defesa delas.

Primeiro, é preciso esclarecer que a abordagem institucionalista da igualdade econômica não é dogmática. A igualdade econômica não é vista como um objetivo desejável a qualquer custo. Não é sequer vista como um objetivo atingível, já que as definições de “igualdade econômica” e “igualdade perante a lei” são ambas muito incertas e imprecisas¹⁰⁰. Nenhuma delas pode ser adotada como dogma. A razão pela qual os pensadores institucionais se interessam pela desigualdade econômica não é porque ela não seja “justa”, mas porque algumas desigualdades que existem apenas em razão da manutenção de *status* (p. ex., por meio dos direitos de herança) impedem o desencadear das forças produtivas, remunerando o ócio de alguns mais que o trabalho de outros. Os institucionalistas tinham uma visão muito clara da direção de reformas na disciplina jurídica da propriedade. Eles queriam que a distribuição de riqueza “se adequasse às diferenças no valor dos serviços produtivos prestados por cada um”¹⁰¹. O objetivo era aumentar a produtividade e a eficiência, ampliando o acesso ao capital produtivo¹⁰².

Llewellyn, como intérprete privilegiado do pensamento institucionalista, abordou essa questão diretamente e esclareceu qualquer má interpretação possível. Ele sustentou que a ênfase na igualdade do poder de negociação não

100 “The privileges, rights, and duties of each person differ from those of every person. In some cases they may be equal, but they are not identical. And before pronouncing them equal or unequal, we have to decide with what we are measuring equality. Two things which are equal in weight, for instance, may be vastly unequal in size or value” (“[o]s privilégios, direitos e deveres de cada pessoa diferem dos de toda pessoa. Em alguns casos, eles podem ser iguais, mas nunca idênticos. E, antes de declará-los iguais ou desiguais, temos que decidir com o quê estamos medindo a igualdade. Duas coisas de igual peso, por exemplo, podem ser vastamente desiguais em tamanho e valor”). Cf. HALL, Robert Lee. *Freedom Through Law; Public Control of Private Governing Power*. New York: Columbia University, 1952, p. 15.

101 No original: “[C]onform to the differences in the value of the productive services rendered by each”. Cf. HALL, Robert Lee. *Freedom Through Law; Public Control of Private Governing Power*, cit., p. 19.

102 Essa abordagem é particularmente interessante para os países em desenvolvimento com altos níveis de desigualdade, que deveriam aumentar seu crescimento econômico pela redução das assimetrias do poder de negociação que obstruem a concorrência.

deveria reduzir a importância da flexibilidade dos direitos¹⁰³. Para os primeiros institucionalistas, a flexibilidade era tão importante quanto a igualdade, já que havia sido concebida como um mecanismo para desencadear as forças produtivas, ou libertar o instinto de artesanaria (*instinct of workmanship*), como diria Veblen. De fato, deve ser compreendido que igualdade e flexibilidade caminham juntas. Uma distribuição mais equitativa do poder de negociação levaria diretamente a mais flexibilidade, tendo em vista que muitas regras contratuais de caráter formal, idealizadas como meio de proteger as partes mais fracas, não mais seriam requeridas. Esse é o lado positivo da afirmação de Hale de que a coerção privada resultante da distribuição assimétrica de direitos pode limitar a liberdade econômica. Do mesmo modo, uma distribuição mais equitativa pode aumentar a independência e a liberdade no âmbito do mercado.

Segundo, na questão da intervenção governamental, a descrição de Hale da disciplina jurídica clássica da propriedade como “intervencionismo não planejado” foi infeliz, porque pode dar a impressão de que o oposto – a intervenção planejada – deveria ser a direção para a reforma¹⁰⁴. Hale seguiu a metodologia de Veblen de inverter os conceitos clássicos. Não obstante o valor argumentativo de sua estratégia, ela levou a uma contradição nesse caso. Hale estava tentando criticar o argumento de que uma intervenção governamental planejada limitaria os direitos e liberdades individuais. Para ele, a proteção do direito de propriedade era também uma intervenção, por ser também muito custosa. O governo tem de pagar pela polícia, pelos processos criminais e por todos os outros mecanismos necessários à sustentação de um sistema jurídico a fim de proteger a propriedade. O argumento era que o governo deveria considerar os custos de oportunidade de tal investimento, como faria com qualquer outra política. Hale não argumentou que o Estado não deveria fazer valer o direito de propriedade, mas somente que, ao fazê-lo, estaria também intervindo na esfera privada. As únicas alternativas disponíveis são intervir de uma maneira que aumente a produtividade ou intervir de forma intensa.

Hale não apresentou o Estado como um agente benigno na sociedade, mas como uma conjunção de organizações fragmentadas sujeitas aos efeitos do poder de negociação na mesma intensidade que quaisquer outros indivíduos. Por exemplo, ele argumentou que o poder legislativo é que deveria implementar

103 Cf. LEWELLYN, Karl Nickerson. *What Price Contract?*, cit., p. 717.

104 Cf. HALE, Robert Lee. *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, cit., p. 471.

certas reformas na disciplina jurídica da propriedade, e não os tribunais, mas apenas porque acreditava que os tribunais não estariam abertos às demandas dos indivíduos que seriam afetados por essas reformas. Assim, o Congresso deveria ser o agente das reformas. Ele tampouco identificou o Estado como a única organização apta a implementar reformas institucionais capazes de alterar o poder de negociação. A autorregulação poderia ser uma alternativa, como a criação de câmaras de arbitragem para conflitos trabalhistas¹⁰⁵.

O Estado também deveria estar sujeito à análise do poder de negociação, como qualquer outro agente econômico individual. Tomando-se como exemplo as políticas de bem-estar social baseadas em mecanismos fiscais e de transferência, fica claro que, ao dar poderes redistributivos ao Estado, a sociedade não está necessariamente redistribuindo poder. Ela pode estar aumentando assimetrias gerais de poder na sociedade, por meio do fortalecimento do poder de um de seus agentes – o Estado, e das assimetrias de poder de negociação subjacentes nas quais ele se fundamenta. Se medirmos o poder de negociação estatal ou, mais propriamente, das muitas organizações diferentes dentro de um governo e as considerarmos meros jogadores envolvendo-se em atos negociais com outros jogadores individuais, então chegaremos a uma metodologia capaz de articular a igualdade de acesso ao capital produtivo com um desenvolvimento econômico sustentável.

Uma terceira onda de pensamento institucional deveria despir-se de qualquer separação falsa entre instituições públicas e privadas. Ela não deveria, em momento algum, esperar que um agente anule os pecados de outro. A teoria institucional deveria radicalizar o abandono de tais dicotomias e aprimorar os mecanismos de avaliação das assimetrias do poder de negociação. Somente dessa maneira, por meio da radicalização das afirmações essenciais de Hale, será possível chegar a um método que não seja aprisionado por contingências falsas.

1.4.4. O SURGIMENTO DE REGRAS ESTRUTURAIS

A ideia de regras estruturais (*background rules*) que determinam a distribuição de recursos na sociedade surge naturalmente do debate anterior. Essa ideia é um bom resumo das empreitadas intelectuais dos primeiros economistas institucionais e realistas jurídicos. Todos os três debates anteriores, sobre

105 Cf. HALE, Robert Lee. Law Making by Unofficial Minorities. *Columbia Law Review*, v. 20, nº 4, p. 451-456, 1920, p. 451.