

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).

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.

análise de atos negociais, conceitos de capital e poder de negociação conduzem à análise das regras estruturais.

Foi provavelmente Llewellyn quem apresentou a interpretação mais objetiva da relação entre regras estruturais (*background rules*) e regras superficiais ou proeminentes (*foreground rules*). Ele identificou duas fontes de regras: a prática leiga e a prática oficial. A prática leiga pode ser descrita como a *lex mercatoria* de Commons, as regras dos atores econômicos em geral. A prática oficial era o direito positivo, ou a lei atrelada a um mecanismo explícito de efetivação (*enforcement*). Como para a maioria dos institucionalistas, esse argumento já se afastava da perspectiva de que oficial não significa público ou governamental. A prática oficial também inclui mecanismos de autorregulação por parte de instituições privadas¹⁰⁶ e outros mecanismos sujeitos a coerção. Com base nessas categorias, Llewellyn argumentou que não havia uma hierarquia preestabelecida entre a prática leiga e as regras oficiais. Mas, no geral, a prática leiga inicialmente viria para o plano superficial e mais tarde seria incorporada pela oficial, passando para o plano de fundo ou estrutural, mantendo o que ele descreveu como uma constante “pressão na direção do crescimento oficial”¹⁰⁷.

Mas como as regras passam da superfície para a estrutura quando se tornam oficiais? Novamente, a ideia de força, de coerção e de violência são essenciais. Enquanto tais regras estão alicerçadas na prática leiga, o poder de negociação dos agentes é expressado diretamente (p. ex., o empregador oferece um emprego e um salário, sem o qual há a ameaça de fome, e os empregados organizam-se e ameaçam o empregador com greves). Quando as regras se tornam oficiais (p. ex., o empregador oferece um emprego de acordo com as limitações do direito trabalhista, como o salário mínimo, e os empregados podem fazer apelos individuais a árbitros em caso de conflitos), as ameaças diretas são substituídas por mecanismos indiretos de coerção, como ameaças de indenizações punitivas (*punitive damages*) ou prisão. As regras vão para o plano de fundo ou estrutural, juntamente com os apelos explícitos ao poder de negociação, e a liberdade contratual formal apresenta-se na superfície.

106 Sobre a produção de regras por meio da autorregulação, vide HALE, Robert Lee. *Law Making by Unofficial Minorities*, cit., p. 451-456.

107 No original: “pressure towards official growth”. Cf. LLEWELLYN, Karl Nickerson. *What Price Contract?*, cit., p. 711.

Hale sugeriu como operar com regras estruturais a fim de melhorar a liberdade econômica, ou libertar-se de altas assimetrias do poder de negociação. Contudo, sua abordagem inicial ainda era limitada pela falta de experiências concretas. Uma de suas ideias era, por exemplo, dar subsídios a bens de consumo direcionados aos pobres e aumentar os impostos sobre bens consumidos por ricos¹⁰⁸. Desse modo, não haveria intervenção na regulação trabalhista ou subsídios diretos para os pobres, mas sua renda relativa e absoluta aumentaria. Contudo, num esquema como esse, as regras para distribuir subsídios ficariam rapidamente sujeitas ao poder de negociação dos fornecedores de tais mercadorias e não necessariamente beneficiariam os pobres, mas apenas os produtores de bens de consumo para os pobres.

Avaliações contemporâneas dessa abordagem, já com base em experiências prévias, demonstraram que tal análise não deveria centrar-se em reformas individuais e isoladas ou em tentativas de moldar regras estruturais para favorecer indivíduos desprivilegiados. Cada reforma individual precisa ser entendida como parte de um processo maior baseado em efeitos cumulativos¹⁰⁹. Em vez de dar subsídios ao consumo, o Estado poderia dar subsídios a investimentos em certos setores de produção nos quais tanto consumidores como produtores são prejudicados, como a produção agrícola familiar de produtos da cesta básica. Se fosse possível encontrar um setor produtivo no qual a agricultura familiar produza mais resultados por acre cultivado do que a agricultura mecanizada de grande porte, empregando mais gente, os efeitos positivos da distribuição seriam multiplicados, aumentando-se as chances de que os benefícios sejam maiores que os custos.

1.5. O QUE O PRIMEIRO MOVIMENTO DA TEORIA INSTITUCIONAL DEIXOU DE FAZER?

Até agora, foram identificadas cinco questões negligenciadas pelos primeiros institucionalistas. É necessário ressaltar esses pontos antes de apresentar os principais argumentos da teoria institucional contemporânea, pois assim ficará demonstrado como essas questões foram abordadas ou deixadas de lado. As questões não respondidas pelos primeiros institucionalistas foram:

108 Cf. HALE, Robert Lee. *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, cit., p. 492.
 109 Cf. KENNEDY, Duncan. The Stakes of Law, or Hale and Foucault! *The Legal Studies Forum*, v. 15, nº 4, p. 327-365, 1991.

- (i) Qual é a relação dinâmica entre negociações e regras?
- (ii) Quais são as justificativas não normativas para reformas centradas na redução de assimetrias do poder de negociação e aumento da liberdade econômica?
- (iii) Quais são os critérios para equilibrar os interesses de igualdade e de flexibilidade em caso de conflito?
- (iv) Qual é a metodologia para medir as assimetrias do poder de negociação?

Primeiro, a teoria institucional em seu momento inicial não explicou se as regras estruturais criam o poder de negociação ou se é o inverso que acontece. Isso requer uma investigação sobre as origens das regras.

Segundo, a igualdade do poder de negociação não pode ser considerada um fim em si mesma; se assim fosse, estaríamos apenas trocando a idealização da liberdade pela da igualdade. Essa precisa ser qualificada e justificada em relação a outros objetivos sociais, como prosperidade e segurança. Isso significa que precisamos saber o que colocar no lado dos custos e o que colocar no dos benefícios da equação, em relação a um objetivo a ser atingido.

Terceiro, a igualdade e a flexibilidade podem ser ideias correlatas em abstrato, mas em debates contemporâneos elas aparecem em lados opostos (p. ex., o da flexibilização das leis trabalhistas). Um critério para considerar se a flexibilidade reduz ou aumenta a concentração do poder de negociação requer uma compreensão significativa da relação entre vários objetivos sociais e um mecanismo preciso para medi-la. Tal critério tornar-se-ia uma referência para situações em que parte da estrutura não está presente.

A quarta questão incorpora o entendimento de que a metodologia dos primeiros institucionalistas desenvolveu significativamente nossa capacidade de mensurar as assimetrias do poder de negociação decorrentes de desigualdades econômicas. Entretanto, ela não ofereceu uma explicação sobre como decompor em fatores outros tipos de assimetria, como estruturas hierárquicas políticas. Os primeiros institucionalistas seguiram o exemplo de Veblen e desconsideraram a análise de processos políticos e sua relação direta com processos econômicos. Pesquisas mais aprofundadas com foco no capital dissociado, o tópico da última questão, poderiam iluminar o problema de como articular fontes econômicas, políticas e culturais do poder de negociação, se é que é possível identificar um conceito de capital capaz de medir não apenas o poder econômico, mas também o poder político e cultural.