

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).

cional manteve sua influência nos processos de descolonização da África e da Ásia, porque seu foco nos aspectos culturais subjacentes à atividade econômica era valioso no entendimento das sociedades não ocidentais¹¹⁸. Conforme a Guerra Fria se intensificava, a preocupação central da primeira teoria institucional (a articulação da igualdade econômica com a flexibilidade institucional para desencadear forças produtivas numa economia de mercado) foi relegada às margens do debate público.

2.2. DO ESQUECIMENTO AO CONSENSO: A TEORIA INSTITUCIONAL DA DÉCADA DE 1970 À DÉCADA DE 1990

A ascensão do segundo movimento da teoria institucional ao centro dos debates econômicos e jurídicos está fortemente ligada ao início e final da Guerra Fria. Se o primeiro movimento começou com a crítica a certos conceitos jurídicos que eram fundamentais para a teoria econômica, o segundo movimento partiu da defesa do livre mercado e assumiu como sua maior tarefa a identificação das instituições jurídicas básicas necessárias à sua operação.

O ambiente político e econômico por trás do primeiro movimento institucionalista foi o momento subsequente à expansão industrial nos Estados Unidos e na Europa, e um certo consenso entre pensadores progressistas e conservadores de que as instituições jurídicas clássicas não eram mais apropriadas para lidar com uma acumulação de riqueza sem precedentes históricos.

Os institucionalistas progressistas não se esforçavam para substituir o mercado por alguma outra coisa, mas para radicalizar a concorrência e a vitalidade empresarial por meio da criação de oportunidades para grupos excluídos do acesso ao capital produtivo. Os institucionalistas conservadores, por sua vez, concentravam seus esforços nos mecanismos para garantir o aumento contínuo do capital produtivo, desconsiderando questões distributivas. Mas o debate político subjacente ao debate intelectual era ameno, e não era fácil separar os pensadores institucionais conservadores dos progressistas. Após a 2ª Guerra Mundial, porém, o ambiente político ficou longe de ser ameno. A ambiguidade política dos primeiros institucionalistas levantou dúvidas nos “mundos” comunista e capitalista, pois era importante escolher um lado.

118 Cf. MYRDAL, Gunnar. *Asian Drama: An Inquiry into the Poverty of Nations*. New York: Pantheon, 1968.

Gradualmente, durante a segunda metade do último século, o keynesianismo e as políticas de bem-estar social começaram a demonstrar sua incapacidade para resolver problemas que preocupavam tanto os pensadores neoclássicos quanto os primeiros institucionalistas. Tais políticas restauraram as condições econômicas ao estado anterior à Grande Depressão, mas não lidaram com os problemas de distribuição de riqueza que afligiam os primeiros institucionalistas. Ademais, a inflação e o endividamento público começaram a crescer, demonstrando que a macroeconomia não era muito superior à microeconomia como meio de impedir as crises econômicas.

O prestígio dos pensadores neoclássicos e institucionalistas voltou a crescer, porquanto suas teorias já estavam prontas para a tarefa de identificar inconsistências nas políticas implementadas com base no keynesianismo. Porém, entre os institucionalistas, o prestígio estava garantido apenas para aqueles que se posicionaram contra o socialismo. Se a principal preocupação dos primeiros institucionalistas foi o equilíbrio entre a flexibilidade e a equidade do sistema econômico e jurídico, o novo movimento do pensamento institucional, que começou a ganhar prestígio perto do final do último século, tinha como alvo apenas o problema da flexibilidade. Preocupações a respeito do outro lado da equação institucionalista, o da desigualdade econômica, eram mantidas à margem por parecerem demasiado próximas do socialismo.

A teoria institucional envolveu-se no processo de desregulação nas décadas de 1970 e 1980 em muitas economias capitalistas centrais, participando da desconstrução do Estado de bem-estar social resultante das políticas keynesianas. Contudo, seu ápice foi alcançado pouco antes do fim da Guerra Fria, no processo de abertura de economias fechadas na Europa ocidental e América Latina. Por trás do “Consenso de Washington” havia também um “consenso institucionalista”. A teoria institucional proveu ao processo de transição um plano das instituições básicas necessárias para a operação de livres mercados. Houve um consenso no sentido de que essas instituições eram a propriedade privada, os direitos contratuais e a transparência governamental.

Nas seções seguintes, será descrito o desenvolvimento dessa ideia, desde sua germinação no ostracismo até seu florescimento num consenso político global dotado de uma força sem precedentes. Em segundo plano, serão expostos os argumentos intelectuais usados para justificar a marginalização das preocupações com a desigualdade econômica, no intuito de demonstrar os motivos do colapso contemporâneo do referido consenso.

2.3. A ESTRUTURA INTELECTUAL DO SEGUNDO MOVIMENTO DA TEORIA INSTITUCIONAL

A estrutura intelectual do segundo movimento da teoria institucional não foi influenciada por uma nova abordagem filosófica, como em seu primeiro período, fortemente influenciado pelo pensamento pragmático. Essa estrutura constituiu, na verdade, um projeto de reconstrução, reabilitando teorias econômicas e jurídicas clássicas. Sua força veio da articulação de sua estrutura intelectual com três outros fatores: (i) o contexto histórico da Guerra Fria; (ii) o objetivo de questionar o keynesianismo e as políticas de bem-estar social; e (iii) a metodologia de identificar as instituições básicas do livre mercado. Todos esses três elementos decorrem da preocupação com o avanço do socialismo e da necessidade de proteger o livre mercado nas sociedades capitalistas ocidentais.

O único problema era que a metodologia era a mesma do primeiro movimento da teoria institucional, a de (i) identificar instituições; (ii) entender seus objetivos; (iii) descrever seu desenvolvimento histórico; e (iv) medir seus efeitos na sociedade. Todavia, essa metodologia havia sido desenvolvida com base na filosofia pragmática, que era uma estrutura intelectual em total oposição à teoria econômica e jurídica clássica.

Desde Smith, sabe-se que o mecanismo de preços requer a existência de certas instituições, como direitos a tutela da propriedade e dos contratos. Porém, a teoria institucional apresentou uma crítica sistemática à abordagem clássica da questão, isto é, a de tomar tais instituições como garantidas.

Começar um processo de reconstrução da teoria econômica e jurídica que pudesse incorporar a metodologia dos primeiros institucionalistas, mas não a crítica, foi uma tarefa difícil. Primeiro, era necessário estruturar o debate a respeito da igualdade econômica, evitando argumentos institucionalistas que exigiriam reformas no sistema de propriedade para equalizar o poder de negociação. Segundo, era necessário limitar a demanda por flexibilidade para desmontar as políticas de bem-estar social, não tocando na disciplina jurídica da propriedade e dos contratos. Terceiro, era importante posicionar esse esforço no debate político, demonstrando como a teoria institucional ajudaria na “reconstrução” da democracia.

Foi Hayek quem apresentou uma estrutura integrativa ampla para o desenvolvimento do segundo movimento da teoria institucional. Nenhum outro autor estava em melhor posição para alcançar um objetivo tão complexo.

Hayek foi um membro tardio da escola institucionalista austríaca, já em oposição à abordagem intervencionista de Böhm-Bawerk. Mais tarde, na *London School of Economics*, Hayek posicionou-se também como o crítico mais sistemático de Keynes.

Na Universidade de Chicago, Hayek também evidenciou a ressurreição da economia neoclássica. Além disso, ele era um advogado treinado e um historiador da economia. Outra característica era a de sempre apresentar suas posições políticas muito claramente, opondo-se ferozmente ao socialismo, ao intervencionismo e à planificação econômica. Finalmente, Hayek tinha um profundo conhecimento da filosofia liberal, almejando distinguir autores liberais que apoiariam suas críticas sistemáticas ao socialismo, ao intervencionismo e à planificação econômica (p. ex., Kant e Hume) daqueles que tinham teorias mais ambíguas (p. ex., Hobbes e Rousseau). Essa combinação de fatores criou as condições para que Hayek operasse como um leão de chácara, apresentando uma estrutura com linhas de fronteira claras que separavam as ideias que podiam ser incorporadas pelo segundo movimento da teoria institucional daquelas que seriam mantidas à distância.

Serão discutidos três tópicos que caracterizaram o segundo movimento institucionalista com base no trabalho de Hayek: (i) o conceito do sistema de preços; (ii) a reconstrução do pensamento jurídico clássico; e (iii) a articulação entre capitalismo e democracia. Esses tópicos também representam uma resposta sistemática aos três desafios para resolver os conflitos entre a metodologia institucionalista e o projeto de reconstrução do pensamento econômico e jurídico clássico.

2.3.1. O MECANISMO DE PREÇOS E O PROBLEMA DO CONHECIMENTO

(i) O problema do conhecimento

Se há um elemento comum entre o keynesianismo, a economia de bem-estar-social e a economia neoclássica é que todos eles vêem as instituições como garantidas. Também presumem que a atividade econômica seja determinada pelo comportamento de indivíduos e empresas, tomando em consideração informações completas de um conjunto limitado de alternativas, dando-lhes total conhecimento dos meios disponíveis para a produção e o consumo.

Hayek deixou claro que, se os problemas econômicos pudessem ser simplificados a esse ponto, a solução seria apenas uma questão de lógica, como

difícilmente demonstra ser. Há um limite para as respostas que os modelos matemáticos e análises estatísticas podem fornecer para problemas econômicos concretos¹¹⁹, e esse limite é o fato de que as informações relevantes para a atividade econômica nunca podem estar centralizadas numa única estrutura e ser processadas por uma só mente¹²⁰. Há sempre um indivíduo melhor posicionado para avaliar as condições específicas e tomar uma decisão mais bem informada¹²¹.

Com esse argumento, Hayek abriu terreno novamente para o pensamento institucional, mostrando os limites da análise econômica baseada apenas em suposições gerais sobre o comportamento individual e numa confiança excessiva em modelos abstratos¹²².

119 "One of the reasons why economists are increasingly apt to forget about the constant small changes which make up the whole economic picture is probably their growing preoccupation with statistical aggregates, which show a very much greater stability than the movements of detail. The corporative stability of the aggregates cannot, however, be accounted for – as the statisticians seem occasionally to be inclined to do – by 'law of large numbers' or the mutual compensation of random changes. The number of elements with which we have to deal is not large enough for such accidental forces to produce stability" ("[u]ma das razões pelas quais os economistas estão cada vez mais propensos a esquecer as mudanças pequenas e constantes que compõem o retrato econômico completo é, provavelmente, sua preocupação crescente com os agregados estatísticos, que mostram uma estabilidade muito maior que os movimentos de detalhe. A estabilidade corporativa dos agregados não pode, contudo, ser considerada – como os estatísticos parecem, às vezes, estar inclinados a fazer – pela 'lei dos grandes números' ou a compensação mútua de mudanças aleatórias. O número de elementos com os quais temos de lidar não é grande o suficiente para que essas forças acidentais produzam estabilidade"). Cf. HAYEK, Friedrich August von. *The Use of Knowledge in Society*. *The American Economic Review*, v. 35, nº 4, p. 519-530, 1945, p. 523-524.

120 HAYEK, Friedrich August von. *The Use of Knowledge in Society*, cit., p. 519.

121 O argumento de que o conhecimento não pode ser centralizado e processado de maneira unificada é coerente com o pragmatismo filosófico. Contudo, Hayek qualifica seu argumento, argumentando que indivíduos (consumidores e empreendedores) estão em melhor posição para processar informações locais. Todavia, ele não discute o fato de que a informação é também um fator determinante de hierarquias na sociedade. Partindo do conceito de capital dissociado, o conhecimento da organização da produção dá a quem o possui uma posição privilegiada para apropriar-se dos resultados do processo produtivo. Na prática, o administrador detém mais informações que o investidor e os consumidores.

122 Frank Knight, outra influência relevante no pensamento do segundo movimento institucional, chegou a uma conclusão parecida partindo da análise do papel do empreendedor, rotulando o problema do conhecimento como o problema da incerteza. Cf. KNIGHT, Frank Hyneman. *Risk, Uncertainty and Profit*. New York: Houghton Mifflin, 1921, p. 267: "With uncertainty entirely absent, every individual being in possession of perfect knowledge of the situation, there would be no occasion for anything of the nature of responsive management or control of productive activity. Even marketing transactions in any realistic sense would not be found. The flow of raw materials and productive services to consumer would be entirely automatic" ("[C]om a incerteza inteiramente ausente, cada indivíduo tendo conhecimento perfeito da situação, não haveria ocasião para nada semelhante à administração responsável ou ao controle da atividade produtiva. Até as transações comerciais em qualquer sentido realista não seriam encontradas. O escoamento de matéria-prima e serviços produtivos para o consumidor seria inteiramente automático"). Vide também COASE, Ronald Harry. *The Nature of the Firm*, cit., p. 399.

(ii) Planejamento central, industrial ou descentralizado

O problema essencial da análise econômica seria, na opinião de Hayek, como “assegurar o melhor uso dos recursos conhecidos por qualquer dos membros da sociedade, para fins cuja importância relativa apenas estes indivíduos conhecem”¹²³. Para resolver esse problema, ele apresentou três alternativas de organização econômica da sociedade: (i) planejamento centralizado; (ii) planejamento industrial; e (iii) planejamento descentralizado¹²⁴.

O critério seria de selecionar, entre esses métodos, aquele que permitisse o melhor uso do conhecimento existente¹²⁵. Partindo de uma premissa individual, nenhum outro ator tem melhor compreensão e conhecimento das condições específicas do que o próprio indivíduo exposto a elas. A centralização do conhecimento sempre gera perda de informações, pois a perspectiva do indivíduo inserido na realidade é perdida¹²⁶.

Aqui Hayek opõe-se não só ao sistema de planejamento centralizado das nações socialistas, como também ao que ele considera uma solução intermediária entre esse sistema e a livre concorrência no mercado, que é a delegação do poder de planejamento do governo aos monopólios¹²⁷. Hayek tinha cons-

123 No original: “secure the best use of resources known to any of the members of society, for ends whose relative importance only these individuals know”. Cf. HAYEK, Friedrich August von. *The Use of Knowledge in Society*, cit., p. 520.

124 Hayek compartilhava a ideia de Von Mises de que o planejamento era inevitável, e o problema não era planejar ou não planejar, mas qual mecanismo de planejamento. Cf. HAYEK, Friedrich August von. *The Use of Knowledge in Society*, cit., p. 521.

125 Cf. HAYEK, Friedrich August von. *The Use of Knowledge in Society*, cit., p. 521.

126 Aqui Hayek acrescenta à abordagem neoclássica que somente o indivíduo é capaz de analisar o valor e a utilidade das opções, pois está numa posição qualitativamente melhor para tomar decisões, e, portanto, é impossível agregar utilidades com base em comparações interpessoais, como proposto pelos defensores do Estado de bem-estar social. Cf. ROBBINS, Lionel. *Interpersonal Comparisons of Utility: A Comment*. *The Economic Journal*, v. 48, nº 192, p. 635-641, 1938.

127 “In Germany, which came to be regarded as the model country typifying the necessary evolution of capitalism, the growth of cartels and syndicates has since 1878 been systematically fostered by deliberate policy. Not only the instruments of protection, but direct inducement and ultimately compulsion were used by the governments to further the creation of monopolies for regulation of prices and sales. It was here that, with the help of the state, the first great experiment in ‘scientific planning’ and ‘conscious organization of industry’ led to the creation of giant monopolies, which were represented as inevitable growths fifty years before the same was done in Great Britain” (“[n]a Alemanha, que chegou a ser considerada como o país-modelo que tipificava a necessária evolução do capitalismo, o crescimento de cartéis e sindicatos, desde 1878, foi sistematicamente fomentado por políticas deliberadas. Não apenas os instrumentos de proteção, mas a indução direta, e, finalmente, a compulsão foram usados pelos governos para aumentar a criação de monopólios para a regulação de preços e vendas. Foi aqui que, com a ajuda do Estado, o primeiro grande experimento em ‘planejamento científico’ e ‘organização consciente da indústria’ levou à criação de monopólios gigantes, que foram representados como crescimentos inevitáveis cinquenta anos antes que o mesmo fosse feito na Grã-Bretanha”). Cf. HAYEK, Friedrich August von. *The Road to Serfdom*, cit., p. 52.

ciência da relação entre os monopólios privados e a ascensão do nazismo, mas criticou apenas a regulação excessiva para proteger monopólios¹²⁸ e não a concentração do poder econômico e político que eles representavam. O sistema de preços parece então ser o vencedor, como um mecanismo descentralizado para planejar a economia alicerçado na maior quantidade possível de informações.

(iii) *A justificativa para o sistema de preços*

Se os planejamentos central e industrial não são opções válidas, então a questão remanescente é que tipo de mecanismo de planejamento descentralizado deve ser desenvolvido. Para Hayek, o sistema de preços é superior a qualquer outro modelo por causa de sua “economia do conhecimento”, uma vez que requer muito pouca informação a ser transmitida ao indivíduo a fim de que este tome a “atitude certa”¹²⁹.

De acordo com Hayek, o mecanismo de preços mune o indivíduo da quantidade de informação suficiente, que seria apenas “o quanto se tornou *mais ou menos* difícil obter algo em comparação com outras coisas com as quais ele também se preocupa, ou *quão mais ou menos* urgentemente desejadas são as coisas alternativas que ele produz ou utiliza”¹³⁰.

O mecanismo de preços oferece ao indivíduo (consumidor ou empresa) as informações básicas a respeito da oferta de produtos, a demanda por eles e as possíveis alternativas. Mais informação que isso seria supérflua. A produção de bens industrializados é um processo muito complexo, no qual muitas empresas defrontam-se com estruturas de custos completamente diferentes. O sistema de preços fornece um resumo significativo de todas essas relações, de modo que os agentes econômicos possam fazer escolhas melhores que as que fariam de outro modo¹³¹.

128 Aqui, Hayek adiantou o argumento central da teoria do segundo movimento institucional. Cf. SHICK, George Joseph. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, nº 1, p. 3-21, 1971, p. 5.

129 Cf. HAYEK, Friedrich August von. *The Use of Knowledge in Society*, cit., p. 527.

130 No original: “*how much more or less* difficult to procure they have become compared with other things with which he is also concerned, or *how much more or less* urgently wanted are the alternative things he produces or uses”. Cf. HAYEK, Friedrich August von. *The Use of Knowledge in Society*, cit., p. 525.

131 Por trás desse argumento há a ideia de Böhm-Bawerk do tempo na produção. Contudo, para Böhm-Bawerk, esse fator levaria os trabalhadores a se tornarem dependentes dos capitalistas. Essa era uma fonte de assimetrias de poder. Na explanação desse conceito, para descrever o que aqui denominou-se “capital dissociado”, o desligamento no tempo e no espaço entre investidores, trabalhadores e consumidores de um lado e produção do outro é também uma fonte de desigualdade. Porém, Hayek não considerou tais elementos quando argumentou que os agentes econômicos não têm acesso a informações sobre os custos de produção.

Hayek negou a afirmação de Schumpeter de que os indivíduos também avaliam os custos de produção quando adquirem mercadorias no mercado, e não apenas a justiça do preço considerando a sua oferta e a demanda. Schumpeter pode estar errado no sentido de que os indivíduos podem não ter informações suficientes para avaliar os custos de produção. Entretanto, também é verdade que os indivíduos não podem pesquisar todo o mercado para terem uma ideia clara da oferta e demanda e de se os preços que pagam são compatíveis com tais elementos. Ambos os conjuntos de informação são igualmente custosos, e compete aos agentes econômicos avaliar qual é o mais relevante.

Atualmente, os consumidores têm se interessado cada vez mais pelas estruturas de produção dos produtos que compram. Por exemplo, os consumidores querem saber não apenas se certos padrões de qualidade foram atendidos, mas também se foi empregado trabalho infantil, se foram usados produtos transgênicos ou se houve compensação das emissões de carbono durante o processo de produção.

Pode-se argumentar que tais informações estão incluídas na atratividade do produto, afetando seu preço. Mas a questão não é essa; é que os consumidores não ficarão necessariamente satisfeitos com a presunção de que os preços são justos porque devem ser estabelecidos com base na sua oferta e demanda. Eles podem querer investigar se um determinado preço está alinhado com o preço médio ou se os produtos têm o nível de qualidade ou os padrões de produção desejáveis. Ambas as informações são custosas, e não há razão para supor que os consumidores prefiram uma à outra, como sugeriu Hayek.

(iv) Igualdade de acesso à informação

Para a maioria dos argumentos apresentados pelo segundo movimento institucionalista é possível identificar dois ramos: uma justificativa para o livre mercado e uma razão pela qual a desigualdade econômica não é um problema. Em referência ao mecanismo de preços, Hayek também tinha um argumento para dizer por que ele não afetava a desigualdade econômica por si só, mas apenas como resultado do preço oferecido pelo mercado pelo que o indivíduo tem a oferecer, como mão de obra ou bens. O sistema de preços oferece informações iguais a cada indivíduo¹³². Não há discriminação, já que qualquer indivíduo pode saber quanto custa um produto, sua disponibilidade e suas alternativas, e fazer uma escolha bem informada.

132 Cf. HAYEK, Friedrich August von. *The Use of Knowledge in Society*, cit., p. 598.

A informação que cria desigualdade não é aquela que todos têm, mas aquela que somente poucas pessoas possuem. Isso está no âmago da argumentação aqui proposta a favor da separação do conceito de capital produtivo em capital intangível e capital dissociado.

Capital intangível é o conhecimento protegido como propriedade intelectual e, portanto, sujeito à análise tradicional das regras estruturais. O conceito de capital dissociado, que é o conhecimento não protegido pelo direito de propriedade, ainda requer uma investigação mais profunda, mas é uma das principais fontes de assimetria de poder nas sociedades modernas. Hayek contribuiu para esse debate ao trazer a questão do conhecimento para o primeiro plano, mas seu argumento de que o sistema de preços equaliza o acesso ao conhecimento criou uma barreira que deveria ser superada num novo movimento da análise institucional.

2.3.2. A RECONSTRUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO CLÁSSICO

A partir da discussão anterior, fica claro que o livre mercado não era mais descrito como um mecanismo idealizado, mas apenas como a melhor alternativa disponível para organizar a atividade econômica. O que pode não estar claro é a ideia de que o mercado e o sistema de preços não são criações propositas de um grupo de indivíduos ou um governo, mas resultado de desenvolvimentos históricos. Quando Hayek voltou sua atenção para os fundamentos jurídicos do sistema de preços, ficou cada vez mais claro para ele que a melhor argumentação para justificar a existência do mercado era a de descrevê-lo como consequência do costume.

Mas o entendimento de Hayek era muito diferente do de Commons e Llewellyn. Os primeiros institucionalistas faziam referência ao costume como uma força transformadora que provocava mudanças jurídicas. Hayek seguia o formalismo weberiano, entendendo o costume como a consolidação de crenças estabelecidas na sociedade e regras como a resposta a necessidades imediatas, como as da organização capitalista¹³³.

¹³³ O formalismo weberiano é o melhor paralelo para a abordagem de Hayek e aquela que se seguiu do segundo movimento do pensamento institucional. Hayek rejeitou tal influência, afirmando seguir a tradição de Hume e Kant, não esquecendo a influência do direito romano e da interpretação de Savigny desse último. Contudo, nenhum deles entendeu que a relação sistemática entre o direito e o sistema econômico se baseou na separação entre costumes e regras. Weber propôs que o sistema capitalista requeria regras a serem implementadas de forma eficiente e rápida, mas que a legitimidade do sistema estava baseada em crenças estabelecidas. Esse argumento foi essencial para o desenvolvimento do segundo movimento da teoria institucional.

Esse argumento será desdobrado em quatro tópicos que estruturaram o desenvolvimento da teoria institucional: (i) o requisito de que a lei seja aplicada de maneira constante, de modo que os agentes econômicos privados possam planejar suas ações em consequência; (ii) a ideia do direito privado como sendo governado por uma ordem econômica espontânea; (iii) a capacidade inata dos sistemas jurídicos de matriz anglo-saxã de proteger as instituições do direito privado; e (iv) a reconstrução da divisão entre público e privado.

(i) *O requisito da confiabilidade da lei*

Hayek fundamentou sua teoria jurídica na concepção de Hume de uma sociedade liberal, em que a justiça é superior às leis feitas pelo homem, mas rejeitou qualquer ideal de direito natural, bem como o positivismo jurídico, como fundamento para uma concepção de justiça¹³⁴. Ambos poderiam criar oportunidades de intervencionismo. Ao contrário, ele fiou-se no costume como o único mecanismo possível para revelar o que ele chamou de “as regras de conduta justa”¹³⁵. Tais regras seriam princípios abstratos, “destinados a ser aplicáveis a um número desconhecido de outras instâncias e, por meio da definição de um domínio protegido de cada um, permitir que uma ordem de ações forme a si mesma, na qual os indivíduos possam fazer planos factíveis”¹³⁶.

O aspecto mais importante de seu argumento foi a menção de que tais regras deveriam permitir que os indivíduos previssem condutas futuras nos tribunais para que a lei fosse aplicada de maneira confiável¹³⁷. Pode-se partir do argumento kantiano de que as pessoas só são livres se governadas por regras abstratas que sejam gerais e não voltadas para um propósito específico,

134 O conceito controverso de Estado de direito de Hayek claramente rejeitou o positivismo: “The Rule of Law thus implies limits to the scope of legislation: it restricts it to the kind of general rules known as formal law and excludes legislation either directly aimed at particular people or enabling anybody to use the coercive power of the state for the purposes of such discrimination” (“[o] Estado de direito, portanto, implica limites ao escopo da legislação: restringe-a ao tipo de regras gerais conhecidas como direito formal e exclui seja a legislação direcionada diretamente a pessoas específicas, seja a que habilita alguém a usar o poder coercivo do Estado para os fins de tal discriminação”). Cf. HAYEK, Friedrich August von. *The Road to Serfdom*, cit., p. 92.

135 No original: “the rules of just conduct”. Cf. HAYEK, Friedrich August von. *Law, Legislation and Liberty: The Mirage of Social Justice*. Chicago: University of Chicago, 1976, v. 2, p. 34.

136 No original: “intended to apply to any known number of further instances, and by defining a protected domain of each, enable an order of actions to form itself wherein the individuals can make feasible plans”. Cf. HAYEK, Friedrich August von. *Law, Legislation and Liberty*, v. 2, cit., p. 122.

137 “The coercive power of the state can be used only in cases defined in advance by the law, and in such a way that it can be foreseen how it will be used” (“[o] poder coercivo do Estado pode ser usado apenas em casos definidos previamente pela lei, e de maneira que se possa antever como será usado”). Cf. HAYEK, Friedrich August von. *The Road to Serfdom*, cit., p. 92.

para chegar a um conceito idealizado de “Estado de direito” ou “justiça” nos termos de Hume.

Entretanto, também seria possível chegar às mesmas conclusões pela ideia weberiana de que as sociedades capitalistas requerem que a lei seja aplicada rotineiramente, fornecendo o nível mais alto possível de previsibilidade aos agentes econômicos. Mas a abordagem weberiana teve de ser rejeitada por fornecer apenas uma justificativa histórica para a exigência de regras abstratas. Ela não apresentou uma justificativa qualitativa para a ordem atual, demonstrando porque seria superior a qualquer outra. E isso não foi só porque as estruturas jurídicas eram confiáveis, mas porque eram “justas”.

(ii) *A ordem econômica espontânea*

Para apresentar um conceito do que é justo na ordem econômica e jurídica liberal, Hayek não recorreu ao argumento contratualista clássico lockiano de que a sociedade civil foi criada para proteger o direito de propriedade “natural” como independente da autoridade estatal. Ele era receoso de tal confiança nas “leis naturais” da razão, pois não acreditava que todas as informações possíveis relacionadas à ordem política pudessem ser processadas de forma unificada. Contudo, ele suspeitava ainda mais do positivismo de Bentham, no qual cabia aos legisladores a distribuição de direitos e das obrigações correspondentes¹³⁸.

138 Bentham tinha a seguinte teoria sobre o direito privado: “Objects which the legislator is called upon to distribute among the members of a community may all be reduced to two classes: (i) Rights; (ii) Obligations. ‘Rights’ are in themselves, advantages, benefits to the man who enjoys them. ‘Obligations’, on the other hand, are duties, onerous burdens on him who has to fulfill them. Rights and obligations, although distinct and, indeed, opposite in character, nevertheless arise at the same moment and throughout their common existence remain inseparable. In nature of things, the law cannot confer a benefit upon anyone without at the same time imposing a burden upon someone else; or, in other words, it is not possible to create a right in favor of one person without imposing a corresponding obligation on another. How is a right of property in a piece of land conferred upon me? By imposing upon everybody else an obligation not to seize its produce. How is a right of command conferred upon me? By imposing upon a particular region or body of persons an obligation to obey me” (“[o]s objetos que cabe ao legislador distribuir entre os membros de uma comunidade podem todos ser resumidos em duas classes: (i) direitos; (ii) obrigações. ‘Direitos’ são, por si mesmos, vantagens e benefícios do homem que desfruta deles. ‘Obrigações’, por outro lado, são deveres, encargos onerosos colocados sobre aquele que deve cumpri-los. Direitos e obrigações, apesar de distintos e certamente opostos em caráter, aparecem, porém, no mesmo momento e permanecem inseparáveis ao longo de sua existência comum. Na natureza das coisas, a lei não pode conferir benefícios a ninguém sem ao mesmo tempo impor um encargo a outrem; ou, em outras palavras, não é possível criar um direito a favor de uma pessoa sem impor uma obrigação correspondente a outra. Como é o direito de propriedade sobre um pedaço de terra conferido a mim? Pela imposição a todos os outros da obrigação de não tomarem seu produto. Como um direito de comando é conferido a mim? Pela imposição da obrigação de obedecer-me a uma região ou grupo de pessoas específico”). Cf. BENTHAM, Jeremy. *Theory of Legislation*. Oxford: Oxford University, 1914, p. 119. Seguindo essa abordagem, vide também AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. London: J. Murray, 1832.

Ele propôs um meio-termo. Para ele, as “regras de conduta justa” na esfera privada seriam constituídas por uma “ordem espontânea” originada do costume, que era superior às leis proclamadas por autoridades legislativas¹³⁹.

Há uma grande semelhança entre esse argumento a favor da ordenação privada e o argumento para a justificativa do mecanismo de preços. Eles devem ser entendidos como instituições com desenvolvimentos concomitantes. Por essa razão, as “regras de conduta justa” possuem uma função muito específica, que é a de “dizer a cada um com o que ele pode contar, que objetos materiais e serviços ele pode usar para seus propósitos, e qual é a gama de ações disponíveis para ele”. Contudo, há uma condição para essas regras: “elas não podem [...] dar a mesma segurança quanto ao que os outros vão fazer, a menos que esses outros tenham, voluntariamente e para seus próprios propósitos, concordado em agir de uma maneira específica”¹⁴⁰.

A “regra” diz respeito à propriedade privada, enquanto a “cláusula” regula os direitos contratuais e é uma versão das regras fundamentais de justiça de Hume (a saber, a estabilidade da posse, a tradição por consentimento e o cumprimento das promessas). Hayek poderia ter apresentado sua ideia como duas regras, uma para propriedade e uma para contrato¹⁴¹. Mas ele queria enfatizar o fato de que suas “regras de conduta justa” não determinam a conduta, e por essa razão existe a cláusula (*proviso*), para declarar exatamente isso.

As “regras de conduta justa” apenas criam condições nas quais a propriedade pode ser adquirida como resultado do envolvimento produtivo em atividades econômicas. Toda pessoa precisa saber que, caso se comporte honestamente, terá direito aos resultados de seu trabalho. Se essa interação requerer uma relação com outra pessoa, essa “exceção” será contemplada pela cláusula (*proviso*). Se uma terceira parte se comprometer a fazer alguma coisa, isso se tornará parte da expectativa abrangida pelas “regras de conduta justa”.

139 Novamente, um paralelo com Weber pode ser identificado. Todavia, Weber apenas descreveu que a sociedade era baseada em algumas “crenças estabelecidas” reveladas pelo costume, o qual determinaria quais instituições seriam legítimas e quais não. Hayek vai além ao considerar tais regras como regras de justiça com valor universal.

140 No original: “to tell each what he can count upon, what material objects or services he can use for his proposes, and what is the range of actions open to him” e “they cannot [...] give similar assurance of what others will do, unless these others have voluntarily and for their own purposes consented to act in a particular manner”. Cf. HAYEK, Friedrich August von. *Law, Legislation and Liberty*, v. 2, cit., p. 37.

141 Essa foi a abordagem seguida por Nozick, separando as regras justas de aquisição de títulos de propriedade das regras justas da transferência de títulos de propriedade. Cf. Nozick, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*, cit., p. 150-182.

A principal razão pela qual Hayek adotou essa abordagem não contratualista dos direitos contratuais foi a de que ele queria se diferenciar dos primeiros institucionalistas¹⁴². Hayek desenvolveu sua abordagem a fim de criticar a visão dos primeiros institucionalistas de que as regras eram séries complexas de prerrogativas que impunham restrições à liberdade¹⁴³. Para ele, as “regras de conduta justa” apenas criavam limites para o exercício da liberdade, e esses limites deveriam ser preenchidos com outra coisa, como a sorte ou o trabalho¹⁴⁴. Nesse processo de preencher as regras, não haveria conflitos com a liberdade de terceiros, uma vez que já existiria uma área predefinida na qual o indivíduo poderia exercer liberdade absoluta¹⁴⁵.

142 Por “não contratualista” entenda-se não baseada numa ideia de “contrato social”, o qual teria definido mecanismos para proteger o direito de propriedade e sua transferência, seguindo a tradição de Locke.

143 Hayek faz menção a Hale afirmando que “a lei confere a cada pessoa uma série de liberdades inteiramente única com relação ao uso de bens materiais e impõe a cada pessoa um conjunto único de restrições a esse respeito” (“the law confers on each person a wholly unique set of liberties with regard to the use of material goods and imposes on each person a unique set of restrictions with regard thereto”) para dizer que Hume e Kant já haviam explicado porque tal concepção estava errada. Cf. HAYEK, Friedrich August von. *Law, Legislation and Liberty*, v. 2, cit., p. 7; e HALL, Robert Lee. *Freedom Through Law; Public Control of Private Governing Power*, cit., p. 15.

144 A doutrina liberal contemporânea do direito de propriedade identifica duas abordagens para justificar o domínio: primeiro, a abordagem dos direitos específicos de Locke e Nozick; segundo, a abordagem dos direitos gerais segundo Hegel e Hart. A primeira seria uma abordagem do direito de propriedade baseada no contrato. A segunda seria uma abordagem moral da propriedade. O argumento de Hayek não se encaixa diretamente em nenhuma das duas. Na verdade, ele tenta reforçar seu argumento fundamentando seu conceito em ambas as abordagens, com a diferença de que sua ideia de “regras de conduta justa” está baseada unicamente nos costumes, não na lógica ou na moralidade. A doutrina liberal contemporânea acerca da propriedade, como exposta por Waldron, sugere que as abordagens baseadas em regras gerais seriam “radicais nas implicações distributivas: ainda que não seja obsessivamente igualitária, gera uma exigência de que a propriedade privada, de acordo com alguma concepção, seja algo que todos os homens devem ter” (“radical in distributive implications: even if it is not obsessively egalitarian, it generates a requirement that private property, under some conception, is something all men must have”). Hayek propôs um desafio para essa conclusão na maneira como ele descreve o direito de propriedade, ou “regras da conduta justa”, como regras gerais que distribuem igualmente direitos entre todos os indivíduos na sociedade. Contudo, a fim de adquirir tais direitos, os indivíduos têm de ser produtivos, agregar algo à economia. Trabalhadores pobres são pobres porque não são qualificados. Se o fossem, seriam capazes de ganhar renda em excesso para suas despesas e adquirir propriedade. Cf. WALDRON, Jeremy. *The Right to Private Property*. Oxford: Oxford University, 1988, p. 444.

145 “What rules of just conduct in fact do is to say under what conditions this or that action will be within the range of the permissible; but they leave it to the individuals under these rules to create their own protected domain. Or, in legal terms, the rules do not confer rights to particular persons, but lay down the conditions under which such rights can be acquired” (“[o] que as regras da conduta justa fazem é dizer sob quais condições esta ou aquela ação está dentro do alcance do permitido; mas elas deixam aos indivíduos sujeitos a essas regras a criação de seus próprios domínios protegidos. Ou, em termos jurídicos, as regras não conferem direitos a pessoas específicas, mas estabelecem as condições nas quais tais direitos podem ser adquiridos”). Cf. HAYEK, Friedrich August von. *Law, Legislation and Liberty*, v. 2, cit., p. 37-38.

As regras específicas criadas posteriormente para processar tal aquisição de direitos são regras de um grau mais baixo, de caráter meramente organizacional. De certa forma, Hayek reabilitou a justificativa de Locke para a aquisição original da propriedade privada, levando-a ao nível mais abstrato do pensamento liberal inspirado em Hume e Kant, não mais requerendo um recurso a teorias contratuais da organização social. Por esses meios, foi possível aplicar esse argumento a aquisições originais de direitos de natureza privada e também a direitos contratuais, atos negociais e transferências de propriedade¹⁴⁶.

A ideia de Hayek da estrutura jurídica como uma ordem espontânea estava alinhada com as tentativas dos autores processualistas de sua época, como Fuller, de apresentar limites aos argumentos dos realistas jurídicos¹⁴⁷. Seus objetivos eram muito similares aos de Hayek, no sentido de que o processo de reconstrução deles centrava-se em contradizer a ideia apresentada pelos realistas jurídicos do sistema jurídico como um mecanismo arbitrário desprovido de qualquer estrutura significativa. Para Hayek, essa estrutura seria a ordem espontânea resultante do surgimento da economia de mercado.

(iii) O papel do “*common law*”

A questão, então, é: como regras abstratas da conduta justa são “reveladas”? Hayek elege o juiz do *common law* como o agente na melhor posição para cumprir essa tarefa. Ele justificou sua escolha apontando que os juízes do *common law* tinham o dever de resolver conflitos entre indivíduos privados e, ao serem expostos a esses conflitos reais, teriam necessariamente de enunciar regras abstratas para justificar suas decisões e permitir que os indivíduos privados previnjam suas ações e, conseqüentemente, regulem seu comportamento de acordo com tais princípios. A única maneira de fazer isso seria interpretar a ordem econômica espontânea e, por esse meio, revelar as “regras de conduta justa”¹⁴⁸.

146 No fundamento dessa abordagem está a ideia de que a propriedade é “criada”, que se liga aos mecanismos de propriedade discutidos por Commons como exemplos da propriedade privada moderna: a propriedade intangível e incorpórea. A primeira é baseada na ideia de propriedade como um “feixe de direitos”, que pode ser fracionado pela identificação de propostas diferentes no domínio de um bem. A maior parte dos instrumentos financeiros, começando pelo dinheiro, pode ser considerada propriedade intangível. A análise superficial dos instrumentos financeiros normalmente estimula que se veja a propriedade como sendo “criada” em vez de fragmentada. Em relação à propriedade intelectual, há um ideal ainda mais poderoso de que a propriedade é criada. Todavia, mesmo nesses casos, os limites entre a criação e a apropriação de ideias vistas como conhecimento comum são uma questão de perspectiva.

147 Cf. FULLER, Lon Luvois. *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*. Oxford: Hart, 1981.

148 Conforme explica o próprio Hayek: “While the process of articulation of pre-existing rules will thus often lead to alterations in the body of such rules, this will have little effect on the belief

A descrição de Hayek dos juízes modernos assemelha-se à visão idealizada por Savigny dos *iudices* romanos no processo formular. Os juízes do *common law* não são entendidos como servidores do aparato burocrático do governo, mas como mediadores privados. O motivo pelo qual o juiz do *common law* era o herói para Hayek era exatamente o mesmo pelo qual Hale o desconsiderava como fonte de mudança. Os juízes do *common law* são parte do governo, mas não possuem as ferramentas para operar reformas institucionais complexas e seu poder é fragmentado. Logo, eles incorporam o ideal do não intervencionismo. Além disso, eles estão sujeitos ao poder de negociação das partes, particularmente em relação aos recursos jurídicos.

A ideia do *common law* como um mecanismo superior para estimular o desenvolvimento das instituições jurídicas fundamentais para operações de mercado dominou a imaginação do segundo movimento da teoria institucional, a ponto de alguns autores terem proposto que este poderia ser um fator determinante no desenvolvimento econômico de certos países¹⁴⁹.

(iv) *A reconstrução da separação entre público e privado*

Uma reconstrução da teoria jurídica clássica não estaria completa sem que se recorresse à dicotomia entre público e privado. Como um dos objetivos do segundo movimento da teoria institucional era apresentar limites às políticas de bem-estar social, a descrição do papel apropriado do Estado à luz de uma separação estrita das esferas pública e privada era um movimento essencial. A esfera privada já estava claramente definida, alicerçada na ideia de “ordem espontânea” regulamentada por “regras de conduta justa”. A esfera pública seria definida pelas regras organizacionais, criadas para regulamentar o processo de aquisição de direitos com base nas regras de conduta justa.

that those formulating the rules do no more, and have no more power to do more, than to find and express already existing rules, a task in which fallible humans will often go wrong, but in the performance of which they have no free choice. The task will be regarded as one of discovering something which exists, not as one of creating something new, even though the result of such efforts may be the creation of something that has not existed before” (“[e]nquanto o processo de articulação de regras preexistentes irá, assim, levar frequentemente a alterações no corpo de tais regras, isso terá pouco impacto na crença de que aqueles que formulam as regras fazem não mais, e não têm poder para fazer mais, que encontrar e expressar regras já existentes, uma tarefa em que humanos falíveis falharão com frequência, mas no desempenho da qual eles não têm livre escolha. A tarefa será considerada como a descoberta de algo que existe, não como a criação de algo novo, ainda que o resultado de tais esforços possa ser a criação de algo que não existia antes”). Cf. HAYEK, Friedrich August von. *Law, Legislation and Liberty: Rules and Order*. Chicago: University of Chicago, 1973, v. 1, p. 78.

Os limites da intervenção pública na esfera privada seriam determinados pela fronteira entre regras de organização e regras de conduta justa¹⁵⁰. A divisão do trabalho entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário representaria essa separação, no sentido de que o Legislativo forneceria ao Judiciário regras organizacionais e o Judiciário fiscalizaria o Legislativo, impedindo que as regras organizacionais infringissem as “regras de conduta justa”.

A principal preocupação de Hayek era o crescente entrincheiramento da legislação social no direito privado. Ele identificou três tipos de legislação social: (i) a legislação antidiscriminação centrada em resultados e não em princípios¹⁵¹; (ii) a legislação para regulação de serviços governamentais voltados a grupos desprivilegiados; e (iii) a legislação diretiva, que controla ações de indivíduos privados no mercado.

Em relação ao primeiro tipo, seria inaceitável que regras de organização beneficiassem indivíduos discriminados no passado, pois isso violaria o princípio de igual tratamento perante a lei. Para Hayek, as regras de conduta justa não poderiam ser alteradas em razão de resultados mais favoráveis a um grupo que a outro. Se alguns obtêm mais e outros menos, é apenas porque é dessa maneira que o mercado valoriza seu trabalho ou bens. Como ele coloca, a “justiça, nesse caso, só pode significar os salários ou preços que foram determinados num livre mercado sem engodo, fraude ou violência”¹⁵².

Em relação ao segundo tipo de legislação social, direcionada a fornecer serviços aos pobres, seria aceitável se baseada num sistema de tributação uniforme.

Provavelmente, o tipo mais perigoso de legislação seria o terceiro, no qual o governo poderia intervir diretamente no mercado através da coordenação da atuação privada¹⁵³. Esse tipo de legislação seria, por exemplo, salários mínimos, subsídios a agricultores e altos impostos para produtos de luxo. Tais regulações equivaleriam a uma violação direta das regras de conduta justa, já que distorceriam os preços e interromperiam a ordem espontânea do mercado.

150 Cf. HAYEK, Friedrich August von. *Law, Legislation and Liberty*, v. 2, cit., p. 132.

151 Neste ponto, o mais provável é que Hayek esteja fazendo uma referência às políticas baseadas na ideia de externalidades negativas, que deveriam ser compensadas por meio da regulação governamental, seguindo a tradição de Pigou. Cf. PICOU, Arthur Cecil. *The Economics of Welfare*. London: Macmillan, 1920.

152 No original: “justice in this connection can mean only such wages or prices as have been determined in a free market without deception, fraud or violence.” Cf. HAYEK, Friedrich August von. *Law, Legislation and Liberty*, v. 2, cit., p. 32.

153 Aqui Hayek faz referência às políticas keynesianas, focadas no aumento da demanda pelo aumento da renda de certos grupos da sociedade.

Antes de comentar essas conclusões, propor-se-á aqui outra classificação de políticas sociais, já que as categorias de Hayek são insuficientemente definidas. É possível identificar diferentes políticas de acordo com seus respectivos métodos e propósitos. No que concerne aos métodos, podemos identificar dois conjuntos: (i) legislação social que viola preços e salários estabelecidos pelo mercado e (ii) legislação que regula serviços prestados pelo governo a indivíduos desfavorecidos. Em relação aos propósitos, há duas perspectivas distintas: (i) políticas centradas em compensar efeitos passados de desigualdade e (ii) políticas centradas em equalizar o poder de negociação de relações econômicas futuras. A maioria das políticas keynesianas e de bem-estar social seguiu o primeiro propósito compensatório. A segunda categoria seria mais semelhante às políticas institucionalistas, dedicadas a restringir o poder econômico por meio de regulação antitruste e financeira. Essas nuances não foram incorporadas à teoria institucional, e a maioria das análises divide as políticas sociais apenas segundo seus métodos, desconsiderando o debate pragmático sobre seus propósitos.

Se não levarmos em consideração o conceito de Hayek de “regras de conduta justa”, torna-se evidente que o fator determinante para distinguir regras públicas de privadas é o conceito do sistema de preços. As regras consideradas estruturais à operação do sistema de preços, como propriedade privada e direitos contratuais, devem ser resguardadas da intervenção governamental. A qualidade das políticas direcionadas à redução de desigualdades geradas pelas assimetrias no poder de negociação deveria ser avaliada não em função de sua eficiência em atingir tal objetivo, mas em relação a distorções no sistema de preços¹⁵⁴.

É curioso que o segundo movimento tenha rejeitado o apelo direto de Hayek ao liberalismo clássico¹⁵⁵. Contudo, os quatro argumentos apresentados

154 Ao aplicar essa interpretação à abordagem dos primeiros institucionalistas, principalmente a de Hale, alcançar-se-ia uma estrutura para a análise de políticas, a qual pode ser ainda mais rigorosa que a sugerida por Hayek. Segundo Hayek, as políticas de fornecimento de serviços aos pobres, destinadas a corrigir desigualdades no mercado, seriam aceitáveis se baseadas num mecanismo de tributação uniforme, que não distorceria os preços. Todavia, isso poderia alterar o poder de negociação dos agentes. Nesse sentido, até mesmo tais políticas só seriam aceitáveis se fossem cuidadosamente direcionadas a beneficiar aqueles em uma posição desfavorecida, e não intermediários já com suficiente poder de negociação e conhecimento jurídico para extrair os benefícios destinados aos indivíduos desfavorecidos. Esse argumento será detalhado ao longo deste trabalho para lançar os fundamentos de um debate metodológico nessa direção.

155 “Classic liberalism rested on the belief that there existed discoverable principles of just conduct of universal applicability which could be recognized as just irrespective of the effects of their application on particular groups” (“[o] liberalismo clássico apoiava-se na crença de que existem

anteriormente tornaram-se centrais para a teoria institucional: (i) a necessidade de que a efetivação (*enforcement*) do direito seja confiável e embasada no tratamento igualitário; (ii) um direito privado baseado na “ordem espontânea” do mercado; (iii) a superioridade dos sistemas de *common law* para proteger os direitos de natureza privada; e (iv) a rejeição de políticas que distorçam regras privadas, não importando seus efeitos na desigualdade econômica.

Após esta seção sobre a estrutura do segundo movimento da teoria institucional, será explicado como esses conceitos foram preenchidos com novas metodologias que tornaram o argumento liberal clássico dispensável, ainda que a estrutura intelectual idealizada por Hayek e inspirada naqueles conceitos clássicos tenha sido mantida em sua totalidade.

2.3.3. CAPITALISMO E DEMOCRACIA

A proposição mais famosa de Hayek foi a de que o capitalismo e a democracia estão interrelacionados e são interdependentes. Esta foi também, provavelmente, sua contribuição mais significativa para o segundo movimento da teoria institucional. Como já mencionado, uma das razões para que a primeira geração institucionalista tenha sido marginalizada foi sua falta de visão sobre a relação entre a política e os sistemas econômico e cultural.

Outros argumentos de Hayek já tinham demonstrado a importância do direito e da cultura para a operação do sistema de mercado, mas estes eram mais a reconstrução de conceitos anteriores que uma contribuição original à tradição. Entretanto, seu argumento sobre a relação entre política e desenvolvimento econômico foi uma contribuição inédita, que gradualmente passou a integrar a cultura popular em sociedades industrializadas ocidentais, trazendo de volta o prestígio perdido do pensamento institucional¹⁵⁶.

princípios de conduta justa de aplicação universal que podem ser descobertos e reconhecidos como justos independentemente dos efeitos de sua aplicação a grupos específicos”). Cf. HAYEK, Friedrich August von. *Law, Legislation and Liberty*, v. 2, cit., p. 141.

156 Foi por esse trabalho que Hayek recebeu o Prêmio Nobel em 1974. Curioso foi o fato de ele ter recebido o prêmio junto com Gunnar Myrdal, que foi influenciado pelo institucionalismo e desenvolveu sua própria teoria monetária em linhas similares às de Keynes. O prêmio representou uma onda de retorno à teoria institucional. Nessa época, Myrdal era extremamente influente por causa de sua aplicação seletiva da economia keynesiana a questões relacionadas às economias centrais, e da teoria institucional a questões relativas a países periféricos da economia capitalista. Hayek ainda era visto como um libertário radical, e seu trabalho em políticas monetárias com fundamento na análise de ciclos econômicos foi obscurecido pela ascensão do keynesianismo. Todavia, com a intensificação da Guerra Fria, como tantos outros pensadores, ele não via no socialismo uma ameaça aos valores ocidentais comparável à do nazismo. Os argumentos apresentados por Hayek tornaram-se cada vez mais influentes, e institucionalistas que seguiram seus passos chegaram igualmente ao Prêmio Nobel. Não se pode dizer o mesmo, porém, em

Por questões de clareza, o argumento de Hayek sobre a relação entre capitalismo e democracia liberal será aqui dividido em duas partes: (i) o argumento da origem comum e (ii) o argumento da interdependência.

(i) *A justificativa comum da democracia e do capitalismo*

Conforme mencionado anteriormente, o argumento essencial do liberalismo é o de que a ordem atual é melhor que ordem nenhuma, porquanto permite aos indivíduos conviverem pacificamente visando ao benefício mútuo, não obstante os múltiplos interesses pessoais envolvidos. Esse argumento foi introduzido por Hobbes e repetido de muitas maneiras por pensadores liberais contratualistas e não contratualistas, geralmente em defesa do Estado democrático.

Similarmente, Hayek argumenta que a economia atual permite que os indivíduos participem do mercado para seu benefício mútuo sem terem de concordar de antemão sobre quais serão os objetivos de tal interação. O benefício mútuo é maior em economias capitalistas porque o sistema de preços gera economias de conhecimento. A democracia faz o mesmo na esfera política, pois os indivíduos não necessitam chegar a um acordo sobre todas as questões relacionadas à organização política, mas podem conviver sem terem de submeter-se a um ditador. Para Hayek, o sucesso da democracia liberal limitaria as questões que necessitam de aprovação da maioria a “uma gama reduzida de assuntos”¹⁵⁷.

Esse argumento parte da ideia de que ambos os sistemas são imperfeitos e podem estar em contradição em certos aspectos¹⁵⁸. Mas tal arranjo seria o melhor possível para a organização social de nosso tempo. Tentativas de melhorá-lo por meio de um esforço centralizado para alcançar objetivos comuns causariam a sua deterioração, visto que o conhecimento não pode ser processa-

relação aos que seguiram os passos de Myrdal, com a junção de abordagens keynesianas e institucionalistas.

157 No original: “to a reduced range of subjects”. Cf. HAYEK, Friedrich August von. *The Road to Serfdom*, cit., p. 89.

158 Nesse sentido, Hayek não repete a ideia tão criticada de Hale de que o mercado é uma versão de sistemas democráticos em que os consumidores escolhem produtos, e, assim, definem indiretamente os canais de produção. Hayek partiu da perspectiva de que o mercado cria desigualdades e que isso pode gerar conflitos entre capitalismo e democracia. Cf. HALE, Robert Lee. *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, cit., p. 490-491: “The channels of industry are governed by the ‘democratic voting’ of those who vote with their dollars instead of with ballots; and the result is satisfaction of the most wants of the community [...] It must be obvious that the individuals with the most dollars exercise the most control over the channels” (“[o]s canais da indústria são governados pelo ‘voto democrático’ daqueles que votam com seus dólares em vez de com cédulas de votação; e o resultado é a satisfação da maioria das necessidades da comunidade [...] Deve ser óbvio que os indivíduos com mais dólares exercem o maior controle sobre os canais”).

do de maneira centralizada, seja na esfera econômica ou política. Semelhantes tentativas, na opinião de Hayek, levariam ao totalitarismo.

(ii) *A interdependência entre democracia e capitalismo*

A afirmação mais polêmica de Hayek não foi a de que o capitalismo e as democracias liberais tinham uma origem comum, já que o desenvolvimento histórico dessas instituições parece sustentar esse argumento. Sua afirmação mais polêmica foi a de que democracia e capitalismo eram interdependentes, apesar de suas aparentes contradições. Portanto, um sistema socialista, ainda que governado por instituições democráticas liberais, não seria democrático porque a economia de mercado é um elemento essencial às sociedades democráticas. Nas palavras de Hayek: “Se ‘capitalismo’ significa um sistema competitivo baseado na livre disposição da propriedade privada, é muito mais importante compreender que apenas dentro desse sistema a democracia é possível”¹⁵⁹.

Esse argumento tem duas justificativas. A primeira é a ideia de que as economias planificadas violariam as “regras de conduta justa” e a “ordem espontânea do mercado”¹⁶⁰. A segunda é de que a ideia de igualdade absoluta, como proposta pelos regimes socialistas, estaria em contradição com um regime democrático, já que não seria possível chegar a um consenso sobre que tipo de igualdade deveria ser implementada. Mesmo a igualdade econômica tem muitas dimensões, e um regime democrático exigiria que a distribuição de recursos estivesse aberta a questionamentos constantes, como resultado de mudanças no

159 No original: “If ‘capitalism’ means here a competitive system based on free disposal over private property, it is far more important to realize that only within this system is democracy possible”. Cf. HAYEK, Friedrich August von. *The Road to Serfdom*, cit., p. 89.

160 Uma das perspectivas mais interessantes de Hayek nesse assunto foi a seguinte: ele identificou, no período da 2ª Guerra Mundial, uma tendência nas sociedades a aceitar regimes totalitários. Ele argumentou que isso resultava do fato de que, nas organizações modernas, os indivíduos eram apenas uma pequena parte do processo; logo, eles tinham se acostumado a ser controlados. A admiração dos indivíduos modernos pela tecnologia e pela organização, e o senso de sua pequenez faziam os regimes totalitaristas parecerem naturais. Em certa medida, essa perspectiva é influenciada pelo conceito de Böhm-Bawerk do tempo de produção e seus efeitos nas estruturas de dominação. Mas também é similar aos conceitos pós-modernos, particularmente ao conceito de Foucault de normalização, o qual é até agora uma das mais poderosas críticas das sociedades liberais como organizações rotinizadas, nas quais as ideias abstratas são nada menos que propagandas repetidas. Cf. HAYEK, Friedrich August von. *Law, Legislation and Liberty*, v. 2, cit., p. 136: “The growing of technological possibilities of control, together with the presumed moral superiority of a society whose members serve the same hierarchy of ends, have made this totalitarian trend appear under a moral guise. It is indeed the concept of ‘social justice’ which has been the Trojan Horse through which totalitarianism has entered” (“[o] crescimento das possibilidades tecnológicas de controle, junto com a presumida superioridade moral de uma sociedade cujos membros servem à mesma hierarquia de fins, fez essa tendência totalitária aparecer sob uma máscara moral. O conceito de ‘justiça social’ foi precisamente o Cavalo de Troia através do qual o totalitarismo entrou”).

entendimento da maioria a respeito dos padrões de igualdade. Assim, mesmo se a democracia tivesse o objetivo de alcançar a igualdade econômica, os conflitos entre os sistemas político e econômico não desapareceriam. Portanto, o próprio ideal de uma democracia social seria um objetivo vão.

Alguns podem dizer que, mesmo que esse objetivo de criar uma sociedade com igualdade política e econômica não fosse realizável, valeria a pena tentar. Contudo, Hayek discordaria, considerando que a simples busca dessa meta requereria tamanha concentração de poder econômico e político a ponto de ameaçar os níveis de democracia e prosperidade já alcançados por determinada sociedade.

Como se pode imaginar, esses argumentos foram considerados ultrajantes na época em que foram publicados pela primeira vez, certamente por aqueles no centro do espectro político, por serem os que normalmente se utilizam de objetivos conscientemente inatingíveis como prática. Radicais progressistas e conservadores ao menos acreditam que podem realizar seus objetivos. Na medida em que a Guerra Fria gradualmente conduziu opiniões para os extremos do espectro político, o ultraje foi transformado em prestígio. O valor do trabalho de Hayek consiste em ser radical e, por essa razão, expor contradições não observáveis numa análise mais moderada.

Um problema com o argumento de Hayek é que ele nunca considerou as ameaças à democracia resultantes da extrema concentração do poder econômico na esfera privada. O mais provável é que isso tenha acontecido porque a desigualdade econômica extrema não era um problema nas economias democráticas ocidentais de seu tempo. Todavia, trata-se de um problema significativo em muitos países em desenvolvimento atualmente, particularmente como resultado da integração global da economia, em que certas companhias possuem mais recursos econômicos do que vários países.

As sociedades contemporâneas têm visto o desenvolvimento de companhias transnacionais que não são monopolistas no sentido tradicional, mas operam nos mais diferentes mercados e, às vezes, seu poder de negociação pode superar em muito o dos governos locais. Isso cria três desafios para as democracias liberais contemporâneas: (i) os países menores podem tentar concentrar mais autoridade a fim de equilibrar o poder de negociação que possuem com o das companhias transnacionais; (ii) os países menores podem forjar blocos regionais, aumentando a distância entre os cidadãos e o governo e reduzindo as

oportunidades de inovação institucional; e (iii) o risco de aumento das oportunidades de corrupção em decorrência da adoção dessas medidas.

O primeiro movimento da teoria institucional não forneceu uma metodologia para estudar a esfera política, mas parece ainda prover as ferramentas mais interessantes para abordar essas questões prementes, como a análise do poder de negociação. Um terceiro movimento da teoria institucional deve ter por meta lidar com tais questões, engajando-se destemidamente no debate sobre formas de governo democrático.

2.4. A PRINCIPAL METODOLOGIA DO SEGUNDO MOVIMENTO DA TEORIA INSTITUCIONAL

O reaparecimento da teoria institucional foi caracterizado pela substituição gradual dos argumentos mais ideológicos apresentados por Hayek por abordagens metodológicas. O objetivo não seria dizer como as instituições *devem* ser, mas como *poderiam* ser se determinadas condições fossem respeitadas. Esse processo seria, supostamente, menos político e diferente também da concepção dos primeiros institucionalistas, no sentido de que estes tentavam dizer apenas como as instituições *são*, e não necessariamente prever seus efeitos futuros na sociedade.

Outra diferença em relação ao primeiro movimento da teoria institucional foi que, nele, a análise jurídica tinha um papel dominante, tendo em vista que os economistas viam o estudo do direito como inspiração para resolver os problemas da teoria econômica. No segundo movimento, a direção foi contrária. Os juristas passaram a ver a teoria econômica como inspiração, enquanto a análise jurídica assumiu um papel secundário e muito menos ambicioso¹⁶¹.

161 Cf. POSNER, Richard Allen. The New Institutional Economics Meets Law and Economics. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 149, n° 1, p. 73-87, 1993, p. 82: "The law and economics movement differs from the new institutional economics in that it has no, or at least very few, aspirations to change economic theory or economists' empirical methodology. Partly because of the nature of its subject matter, and partly because many of its practitioners have little formal training in economics or statistics, there is heavy use of informal theory and of case studies [...] Nor, although some of the most prominent practitioners of law and economics are economic liberals in the tradition of Coase, Hayek, and Friedman, is there a political cast or agenda to law and economics [...] The only thing that is distinctive about the movement, viewed as a movement in economics, is its subject matter; only viewed as a movement in law is it methodologically radical" ("[o] movimento do direito e economia difere da nova economia institucional por não ter, ou ao menos ter bem poucas aspirações de mudar a teoria econômica ou a metodologia empírica dos economistas. Parcialmente por causa da natureza de seu campo de estudo, e parcialmente porque muitos de seus praticantes têm pouca formação técnica em economia ou estatística, há um uso intenso de teorias informais e estudos de caso [...] Tampouco, embora os mais proeminentes praticantes do direito e economia sejam liberais do ponto de vista econômico na tradição de Coase, Hayek, e Friedman, há um matiz ou agenda para o direito e economia [...])