

# 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).

### 2.5.2. NOVO FORMALISMO JURÍDICO

O retorno ao formalismo jurídico que caracterizou o segundo movimento da teoria institucional seguiu os passos da reconstrução da teoria jurídica clássica feita por Hayek. Todavia, as justificativas para a prioridade dada à propriedade e às obrigações, com foco apenas nos aspectos contratuais, a qual caracterizou esse novo formalismo jurídico, não se baseiam em princípios do pensamento liberal, mas na análise dos custos de transação. Esse novo formalismo é caracterizado por três metodologias muito diferentes, que chegam a conclusões similares: a normativa, a funcional e a empírica. A abordagem normativa é seguida pelos estudiosos da linha “direito e economia” (*law and economics*) e é baseada em noções normativas de regras eficientes. A abordagem funcionalista considera a formalização como um mecanismo para aumentar os investimentos em nações em desenvolvimento. A abordagem empírica baseia-se numa análise comparativa entre países com o propósito de identificar e medir efeitos positivos de novas regras jurídicas.

O aspecto curioso desse novo formalismo é que ele não se apresenta como tal. De fato, a visão que essas teorias têm de si mesmas é que elas estão operando dentro de um paradigma de realismo jurídico, incorporando abordagens científicas à análise institucional. Diferentemente do pensamento jurídico clássico, em que o formalismo adveio da necessidade de aplicação de princípios gerais do sistema jurídico, esse novo formalismo oferece uma justificativa embasada em seus supostos efeitos benéficos para o desenvolvimento econômico. Por essa razão, só é possível entender tais abordagens como formalistas quando as analisamos em vista das reformas institucionais reais que elas querem justificar, como se fará na seção seguinte.

#### (i) *A abordagem normativa: regras substancial e procedimentalmente eficientes*

Este argumento fundamenta-se na ideia de que regras podem ser consideradas eficientes ou ineficientes, dependendo de seus efeitos na economia. Existem dois argumentos diferentes em relação às regras eficientes<sup>238</sup>. O primeiro argumento é o de custos de transação zero, no qual as regras mais eficientes em termos de “procedimento” são aquelas que impõem menos custos às partes envolvidas em trocas de mercado, reduzindo os custos de informação

---

238 Cf. POSNER, Richard Allen. *Creating a Legal Framework for Economic Development. The World Bank Research Observer*, v. 13, nº 1, p. 1-11, 1998, p. 4.

do mecanismo de preços<sup>239</sup>. O segundo argumento é o dos custos de transação positivos, em que qualquer decisão governamental pode impor custos que impactem a alocação de recursos. Por conseguinte, as regras “substancialmente” eficientes deveriam ser avaliadas seguindo uma análise de custo-benefício aliçada numa função de eficiência, como o critério de Kaldor-Hicks<sup>240</sup>.

De modo geral, as chamadas “regras procedimentais” são entendidas como normas que determinam o mero reconhecimento dos direitos reais e contratuais, tais como procedimentos de autenticação, registro de terras, forma contratual, procedimentos judiciais, os quais também seriam adequadamente bons exemplos de regras “procedimentalmente” eficientes.

Assim, tais regras “procedimentalmente” eficientes não estariam sujeitas ao teste de eficiência “substancial” porque cumprem a função de oferecer um sistema estável e de baixo custo para a proteção à propriedade e aos contratos. Essas normas são consideradas pela análise dos custos de transação como regras eficientes por definição, já que sua função é fornecer a estrutura básica institucional para a atividade de mercado. Por outro lado, as chamadas “regras substanciais”, como as que regulamentam as políticas sociais, conforme descritas por Hayek, ou regras distributivas, como para North, deveriam sempre estar sujeitas ao “teste de eficiência substancial” por não serem confiáveis.

Quando o argumento de regras eficientes é aplicado a problemas de desenvolvimento econômico, a conclusão é que os países pobres deveriam concentrar-se em proteger o direito de propriedade e os direitos contratuais, pois essas proteções aumentam a eficiência em procedimentos, impulsionando o crescimento econômico, além de serem também muito menos custosas do que as regras de eficiência substancial. Para os países pobres com recursos limitados, seria muito melhor começar com boas regras relativas à propriedade e aos contratos do que investir diretamente em regras caras, como as de direitos civis, por exemplo.

Aumentar a eficiência “substancial” do sistema jurídico requer órgãos estatais competentes: um Judiciário independente e bem remunerado, um Legislativo bem orientado e agências regulatórias bem financiadas. Países pobres não podem sustentar tal estrutura. A solução, então, é importar regras bá-

239 Vide Seção 2.4.2. abaixo.

240 Vide Seção 2.4.2.(v) abaixo.

sicas de procedimento eficientes dos países desenvolvidos, que já foram testadas por órgãos competentes nas sociedades ricas.

É evidente que tais transplantes também têm custos. Entretanto, a opção de não ter regra nenhuma ou de esperar até que essas regras sejam desenvolvidas em processos endógenos parece muito pior. Regras eficientes devem vir em primeiro lugar, e se seguiria uma economia mais competitiva. No futuro, esses países poderão pagar por um governo mais sofisticado para implementar regras “substancialmente” eficientes.

Essa abordagem encaixa-se bem na história da teoria dos preços evolucionista das instituições descrita anteriormente. As nações ricas já foram pobres e desenvolveram-se porque protegeram bem a propriedade e os contratos. As nações subdesenvolvidas contemporâneas são pobres porque não o fazem.

O aspecto interessante desse discurso é que ele também demonstra os limites da chamada “abordagem do desenvolvimento baseada em direitos” (*rights-based approach to development*)<sup>241</sup>. Esse argumento segue a mesma estrutura, tentando afirmar que um mercado competitivo requer agentes econômicos com acesso a determinados direitos. Contudo, a lista de direitos é muito mais extensa do que apenas direitos reais e contratuais, incorporando quase todas as doutrinas de direitos humanos, incluindo direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A crítica, então, é que os países pobres não podem pagar por todos esses direitos de uma só vez e deveriam dar prioridade aos direitos que aumentarão o crescimento econômico.

Esse novo formalismo, com enfoque no transplante de instituições econômicas básicas para os países em desenvolvimento, é a justificativa da abordagem seguida pelas organizações multilaterais na década de 1990. Nesse período, era comum para o Banco Mundial, por exemplo, incluir em seus “Programas de Ajustamento Estrutural” (*Structural Adjustment Programmes – SAPs*) certas “condições”, exigindo que os países em desenvolvimento implementassem reformas legislativas em troca de empréstimos para equilibrar o balanço de pagamentos. O banco não financiaria a estrutura governamental necessária à efetivação (*enforcement*) das novas leis. Em geral, daria apenas a assistência técnica, a qual consistiria em ajudar a esboçar as regras baseadas na legislação dos países desenvolvidos.

A maioria das reformas concentrava-se no direito comercial (societário) e de valores mobiliários, direito da concorrência e falimentar, direitos reais tradicionais e de propriedade intelectual, direito da privatização, e outros voltados a criar a estrutura jurídica básica para a atividade econômica, nos moldes da fornecida pelos países desenvolvidos. Desnecessário dizer que tal formalismo jurídico radical, baseado no transplante forçado, falhou em todas as tentativas. Talvez a escolha dos países nos quais se tentou aplicar essa abordagem não tenha sido a mais correta, mas nenhum dos “beneficiários” desses acordos, como Rússia, Equador e Venezuela, tornou-se exemplo de economia dotada de uma ótima estrutura jurídica para proteger a propriedade e os contratos<sup>242</sup>.

A falta de histórias de sucesso levou o Banco Mundial a rever sua abordagem. A partir de 2000, ele começou a desenvolver o que foi chamado de “Plano Abrangente de Reforma Legislativa e Judicial” (*Comprehensive Legal Reform Plan*)<sup>243</sup>, inspirado na “abordagem do desenvolvimento baseada em direitos”. Por essa razão, desenvolveu uma estrutura analítica muito mais ampla, abandonando o conceito de “eficiência” por uma noção ainda menos clara de regras “equitativas”. Em geral, regras “equitativas” significavam regras implementadas num processo que envolve a “participação de terceiros interessados” (*stakeholder participation*). Considerando os altos custos de transplante, a ideia era de que um processo de consulta ampla com grupos diferentes da sociedade reduziria tais custos.

Contudo, o principal objetivo desses “planos abrangentes” (*comprehensive plans*) não era dispersar o controle sobre as reformas, transferindo o poder de tomada de decisão para os grupos excluídos do processo em tentativas anteriores, mas aumentar o controle sobre o processo de reforma no país como um todo. Os planos abrangentes eram realmente abrangentes e, diferentemente da abordagem anterior, o Banco Mundial tinha uma enorme quantidade de dinheiro para custear novas organizações governamentais.

Mais uma vez, porém, tais planos falharam. As razões desse fracasso serão discutidas sob a abordagem funcionalista do formalismo jurídico, porque ela descreve melhor o objetivo dos planos abrangentes que a “abordagem do desenvolvimento baseada em direitos”, já que esse rótulo, bem como a abordagem da “participação de terceiros interessados”, eram apenas um disfarce para

242 Cf. WORLD BANK. *Initiatives in Legal and Judicial Reform*. Washington: World Bank, 2004, p. 6.

243 Cf. WORLD BANK. *Legal and Judicial Reform: Observations, Experiences, and Approach of the Legal Vice Presidency*. Washington: World Bank, 2002.

o foco contínuo na proteção da propriedade e dos contratos com um controle muito mais rígido por parte das agências de financiamento.

(ii) *A abordagem funcional do formalismo jurídico*

Este argumento é provavelmente o mais conhecido da teoria institucional. A ideia é simples. O direito de propriedade é considerado equivalente ao capital. Nesse sentido, a maioria das pessoas nos países mais pobres não possui capital porque não tem acesso a direitos reais estáveis e bem definidos. Se pudessem formalizar a propriedade sobre suas casas, negócios informais, um pedaço de terra ou outras mercadorias, seriam capazes de liberar o capital que agora é inerte porque não pode ser trocado. Essas pessoas poderiam então oferecer tais bens como garantia, obter dinheiro por meio de empréstimos e investir em negócios novos e mais lucrativos.

Por conseguinte, a recomendação para políticas públicas relacionadas com tais argumentos é iniciar programas de formalização em massa de títulos de propriedade, seguindo a abordagem de “ouvir as partes interessadas”. A ideia básica não é redistribuir ativos, mas apenas incorporar ao sistema de propriedade formal a distribuição de ativos resultante de um direito informal. Isso seria realizado por meio da organização das informações colhidas nas comunidades e da sua articulação com os dados oficiais.

Novamente, o argumento baseia-se na análise dos custos de transação. A pobreza seria o resultado de mecanismos de informação inadequados que geram mercados defeituosos. Um sistema de direitos reais estável e funcional melhoraria os mercados de cinco maneiras: (i) criaria valor para ativos sem precificação atual; (ii) organizaria tais informações, disponibilizando ativos para um número maior de indivíduos; (iii) aumentaria a responsabilidade de governos e indivíduos, já que haveria custos claros para desapropriações; (iv) permitiria a troca de ativos ou sua oferta como garantia de empréstimos; (v) protegeria os direitos contratuais e asseguraria os negócios jurídicos<sup>244</sup>.

---

244 De Soto menciona outro benefício, o de criar oportunidades para redes de contatos (*networking*). Contudo, essa parece ser apenas uma repetição do argumento de que o direito de propriedade organiza informações e torna os preços disponíveis para estranhos. De outro modo, o direito de propriedade estimula qualquer forma peculiar de socialização que não estaria disponível sem ele. Em muitos casos, a propriedade pode ser usada como mecanismo para impedir a socialização, por exemplo, quando prédios de apartamentos são transformados em condomínios, de modo que os proprietários atuais podem impedir que indivíduos com determinadas características adquiram unidades no prédio. Cf. Dr Soto, Hernando. *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*. New York: Basic, 2000, p. 49-62.

Esses argumentos são os mesmos discutidos anteriormente sob a estrutura intelectual do segundo movimento e, em mais detalhes, no âmbito da análise dos custos de transação. A inovação aqui é a reivindicação de formalização em massa nos países pobres com o objetivo de “criar” capital, aqui chamada de “formalismo funcionalista”.

Esse argumento é extremamente atraente por muitas razões. Primeiro, é simples e fácil de explicar. Segundo, não entra em conflito com nenhuma grande força ideológica. Os economistas liberais seriam a favor dele por melhorar a eficiência. Os progressistas também lhe seriam favoráveis se ele fornecesse um benefício do qual os pobres são atualmente excluídos. Terceiro, contém um proposta que parece ser absolutamente acessível, porque o governo não precisa expropriar ninguém, apenas formalizar a propriedade já existente.

Entretanto, como de costume, o caminho mais fácil é também o mais perigoso. Na maioria dos casos de reforma institucional, o que à primeira vista parece ser de baixo custo, fácil e rápido, na realidade esconde muitos custos que só aparecem após o fato ou como resultado de uma análise *ex ante* cuidadosa. As instituições não existem de determinada maneira porque ninguém teve uma grande revelação sobre como consertá-las, mas porque são resultado de uma série de estruturas de negociação alicerçadas em equilíbrios delicados de poder. Consequentemente, reformas institucionais são sempre custosas. Inovações institucionais não funcionam como as industriais. Novas tecnologias institucionais não podem ser implementadas sem ser engolidas pela estrutura institucional corrente, o que torna qualquer possível benefício das inovações imediatamente menos efetivo.

Por tal razão, essa abordagem inclui quatro desafios, que questionam: (i) sua abordagem simplista do capital; (ii) o problema da cristalização de desigualdades; (iii) o aumento de oportunidades de corrupção e autoritarismo; e (iv) os exemplos de alocação eficiente de recursos sem lançar mão da formalização de títulos baseados no direito individual de propriedade.

Primeiro, deveria ser óbvio que a abordagem formalista do capital, que o toma como sinônimo de direito de propriedade, é uma simplificação exagerada, se não um erro completo. Já foram demonstradas anteriormente as limitações do conceito de capital de Commons, identificado com a propriedade moderna (propriedade intangível e incorpórea)<sup>245</sup>.

245 Vide Seção 1.4.2 acima.

No entanto, a abordagem de Commons era muito mais sofisticada do que a formalista e simplista descrita aqui. Commons entendia que os diferentes tipos de propriedade estavam associados a diferentes modos do capital, e que nem toda propriedade gera capital. Nesta abordagem funcionalista, em que o capital é tudo que pode ser oferecido como garantia, nenhuma questão é levantada sobre como o capital é criado pelo sistema produtivo. Isso iguala todo capital ao capital privado que, na terminologia de Böhm-Bawerk, é unicamente a reserva de capital na sociedade que não está disponível para a produção. A riqueza e as respectivas assimetrias do poder econômico são criadas pelo capital produtivo. O processo pelo qual o capital privado é disponibilizado para a produção requer muito mais que apenas uma formalização em massa de títulos de propriedade. A crítica é tão simples quanto o argumento em si: formalizar o título de propriedade de uma fazenda familiar não trará um novo “capital privado” para a produção, pois a fazenda já é uma empresa ativa.

Mais ainda, o argumento de uma formalização em massa de baixo custo como meio de promover desenvolvimento econômico só se mantém porque presume a existência, por exemplo, de sistemas financeiro, monetário, de controle da violência e tributário, só para começar. Tais estruturas para proteger a propriedade privada são extremamente caras, como demonstrado por North. A formação do capital é o pináculo do desenvolvimento institucional. “Capital” é uma palavra simples para resumir todos os recursos sob reserva e sob produção, os quais se espera que sejam gerados em sociedade. Os direitos reais em geral e, particularmente, o de propriedade, têm um papel relevante nesse processo. Ainda assim, a propriedade formal e a informal podem desempenhar funções igualmente importantes na formação do capital. Tal é, de fato, o mistério do capital.

O segundo desafio é resultado direto do primeiro. A abordagem simplista do capital desconsidera o fato de que as assimetrias no acesso ao capital privado determinam a futura distribuição de renda. Mesmo que os pobres possam hipotecar suas casas para começar um negócio, eles não serão capazes de vencer recessões econômicas temporárias com a mesma facilidade que indivíduos ricos. Consequentemente, se modificarem seu *status* de “empregados” para “empreendedores”, nada mudará em relação à sua dependência dos indivíduos mais capitalizados. Seu poder de negociação em quaisquer condições seria sempre limitado, pois eles estariam arriscando não um excesso de capi-

tal para iniciar um negócio, mas todo o capital que possuem e, consequentemente, seu bem-estar.

Ademais, o sistema financeiro não trata todos os indivíduos igualmente, já que nem todos possuem a mesma quantidade de ativos para dar como garantia de empréstimos. Assim, os indivíduos mais pobres sempre pagarão uma taxa de juros mais alta do que os indivíduos ricos, como resultado de muitos fatores, como riqueza relativa, renda, violência em sua vizinhança, nível de escolaridade, condições de saúde, relações familiares e sociais, e muitas outras fontes de falta de poder de negociação dessa camada social.

Finalmente, a formalização dos títulos de propriedade pode prejudicar os pobres porque os procedimentos jurídicos, em termos relativos, são mais caros para os pobres que para os ricos. Os custos de formalização não correspondem apenas aos custos do registro de um título. Incluem impostos, conformidade com regulamentos de segurança, consequentes procedimentos de sucessão legítima e a resolução de disputas judiciais em geral. Os ricos beneficiam-se por duas razões: primeiro, esses custos representam uma proporção menor de sua renda e, por essa razão, há um claro caráter regressivo em qualquer processo de formalização; segundo, os ricos usam o sistema judicial com mais frequência e têm acesso a uma assessoria jurídica de melhor qualidade, o que lhes dá vantagens significativas em litígios judicializados.

A formalização de títulos de propriedade apenas cristaliza as desigualdades econômicas e, o que pode ser ainda mais custoso, também cristaliza outras assimetrias de poder, como o poder político dos proprietários de terra. Assimetrias extremas de poder também estão entre as maiores razões para que as sociedades pobres tenham mercados disfuncionais e baixa formação de capital. Sociedades altamente desiguais criam inúmeras barreiras à entrada no mercado de consumidores e empreendedores, engendrando um ciclo vicioso de exploração de mão de obra, baixa poupança, baixo consumo e baixo crescimento econômico.

Tais efeitos apenas pioram nas sociedades mais pobres<sup>246</sup>, porquanto o poder econômico torna-se mais influente que qualquer outra fonte de poder na sociedade. Em contrapartida, muitos países que conseguiram lidar com a desigualdade econômica mediante distribuição de ativos, e não apenas formalização

246 Sobre os efeitos da desigualdade na distribuição de terra e na qualidade da educação sobre o crescimento econômico, vide BIRDSALL, Nancy; LONDONO, Juan Luis. *Asset Inequality Matters: An Assessment of the World Bank's Approach to Poverty Reduction*. *The American Economic Review*, v. 87, nº 2, 32-37, 1997.

de desigualdades, conseguem alcançar altos níveis de crescimento econômico e redução de desigualdades. Histórias de sucesso como essas são os processos de reforma agrária no Japão, Coreia do Sul e Taiwan após a 2ª Guerra Mundial, que criaram algumas das sociedades mais igualitárias em distribuição de renda e também algumas das economias de crescimento mais rápido da segunda metade do século passado<sup>247</sup>.

O terceiro desafio é o fato de que a formalização em massa de títulos de propriedade cria oportunidades significativas de corrupção, pois concentra subitamente uma quantidade expressiva de poder de decisão nas mãos de agentes não especializados privados ou estatais. No processo de formalização, a interpretação de regras informais ou de registros antigos de terra dá muita margem para a redistribuição de títulos de propriedade entre pessoas com certa influência política. Desse modo, a formalização maciça pode não somente ter o efeito de cristalizar as desigualdades de riqueza existentes, como pode até causar o crescimento das desigualdades como resultado da corrupção. Não surpreende que tais processos de formalização em massa só tenham sido implementados em regimes autoritários como os do Peru e da Indonésia.

O quarto desafio baseia-se em exemplos de alocação eficiente de recursos não apoiados na formalização de títulos individuais de propriedade. A alocação eficiente de recursos gera capital, ainda que esse capital não possa ser trocado ou que os ativos não possam ser oferecidos como garantia de empréstimos. Por exemplo, foi observado que, nas comunidades com acesso equitativo à educação e à distribuição de ativos (por exemplo, terra e suprimentos agrícolas), os vizinhos desenvolvem arranjos para aumentar a produtividade, mesmo que não apoiados na atribuição formal do direito de propriedade<sup>248</sup>. A formalização de títulos de propriedade pode tornar-se uma barreira para esses arranjos, criando assimetrias previamente inexistentes e reduzindo o valor total da produção a longo prazo.

Ademais, existem muitos exemplos bem-sucedidos de desenvolvimento econômico que não estão alicerçados na propriedade privada individual, mas na socialização da propriedade. Os melhores exemplos são os de Cingapura e, em menor grau, de Hong Kong, onde a maior parte da terra é de proprieda-

---

247 Cf. AMSDEN, Alice Hoffman. *The Rise of "The Rest": Challenges to the West from Late-Industrializing Economies*. Oxford: Oxford University, 2001, p. 18.

248 Para uma descrição detalhada de exemplos de tais arranjos, vide ELICKSON, Robert. *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*. Cambridge: Harvard University, 1991.

de do governo e é arrendada a indivíduos segundo regras distributivas meticolosas, as quais garantem níveis baixos de desigualdade de renda, ao mesmo tempo em que fornecem uma renda estável para o governo, permitindo assim níveis muito baixos de tributos. Deveria ser uma surpresa para a teoria do formalismo funcionalista que tais países tenham conseguido alcançar altos níveis de crescimento econômico na última metade do século passado com tais limitações ao direito de propriedade individual.

Esse quadro descreve melhor o “Plano Abrangente de Reforma Legislativa” adotado pelo Banco Mundial que a “abordagem do desenvolvimento baseada em direitos”, não obstante o fato de que esta foi a justificativa oficial desse novo modelo de financiamento da reforma institucional. Isso porque a “abordagem do desenvolvimento baseada em direitos”, se levada a sério, requereria grandes gastos para garantir a proteção de toda uma série de direitos, incluindo alguns que exigem maior equidade no acesso a serviços públicos, como o direito à saúde e à educação.

Contudo, essa justificativa foi mantida apenas no nível do discurso. O entendimento geral era que “o Estado de direito requer um conjunto de leis básicas”, que seriam uma constituição, um código civil e um código penal. A maioria dos países já os possui, algumas vezes precisando apenas de reformas parciais para adaptá-los ao que realmente importa, ou seja, a “estrutura jurídica para um ambiente de investimento”. Essa estrutura seria composta pela seguinte legislação: “direito contratual, direito comercial, direito societário, direito e procedimentos administrativos, leis de proteção do meio ambiente, direito de propriedade (tangível e intangível), direito trabalhista e responsabilidade civil”<sup>249</sup>.

O que torna essa abordagem similar ao “formalismo jurídico funcionalista” descrito aqui é que: (i) ela vê a reforma jurídica como meio de melhorar o ambiente de investimento; (ii) justifica-se com base na necessidade de “dar poder aos pobres”; (iii) esforça-se por criar legitimidade para reformas baseadas num “processo participativo” que inclui todas as partes interessadas e, ao mesmo tempo, concentra o poder de decisão; (iv) propõe uma reforma radical do sistema jurídico para melhorar o “ambiente de investimento”; e (v) desconsidera a necessidade de redistribuição de ativos e, conseqüentemente, de riqueza e renda.

Similarmente ao “formalismo jurídico normativo”, essa abordagem “funcionalista” seguida por organizações multilaterais também carece de histórias de sucesso. Contudo, tais propostas ainda permanecem muito vivas. A tendência da reforma institucional internacional não tem sido de aprender com os erros, mas de implementar projetos cada vez maiores e mais caros. Isso nos leva ao terceiro argumento para o novo formalismo: a “codificação” dos sistemas jurídicos.

*(iii) Formalismo empírico: codificação e convergência forçada de sistemas jurídicos*

Esta metodologia é o movimento mais ambicioso da teoria institucional até o momento, e também o movimento mais ambicioso do formalismo jurídico desde o Código Napoleônico. Começou com uma ideia simples. Divisou-se a possibilidade de “codificar” os sistemas jurídicos, de modo que seria possível identificar, por meio de regressões, quais elementos tinham ou não impacto sobre o crescimento econômico. Todavia, esta metodologia assumiu um papel muito mais proeminente ao orientar reformas institucionais apoiadas por organizações multilaterais. Ela alçou os esforços da reforma institucional a um nível muito mais alto, buscando criar uma energia catalisadora para uma convergência dos sistemas jurídicos com vistas à melhoria do “ambiente de investimento” global. Considerando a experiência com ideias formalistas mais modestas, é certo que essa nova abordagem não conseguirá promover o desenvolvimento, e que os custos serão muito mais altos.

Esta metodologia gerou um enorme esforço para criar conjuntos de dados na tentativa de “codificar” diferentes estruturas jurídicas nos mais variados países. Serão descritos apenas os trabalhos seminais desta abordagem, a fim de demonstrar seus pressupostos e problemas gerais<sup>250</sup>. A literatura correspondente é a das “famílias jurídicas” (*legal families*), e seus principais pressupostos são: (i) o direito é um fator exógeno, determinado pela política; (ii) as instituições jurídicas podem ser “codificadas” e comparadas por meio de análise entre países; e (iii) as instituições jurídicas podem ser organizadas em famílias jurídicas, com base em suas origens históricas.

Essa literatura também incorpora todos os pressupostos da análise dos custos de transação. De fato, o pressuposto básico é que o sistema jurídico sub-

---

250 Cf. LA PORTA, Rafael *et al.* Law and Finance. *Journal of Political Economy*, v. 106, nº 6, p. 1113-1155, 1998 e LA PORTA, Rafael *et al.* *The Quality of Government*, cit.

jacente e sua capacidade de proteger a propriedade e os contratos são o que realmente determina se outras instituições operarão de forma eficiente ou não, aumentando ou diminuindo o nível de investimento e, por conseguinte, o crescimento econômico.

A primeira tentativa de aplicar esta metodologia concentrou-se no estado do “ambiente de investimento” em diferentes países, com base numa série de direitos que supostamente dariam proteção a investidores e credores em companhias abertas. Essa medida seria um “índice de proteção do investidor”, criado a partir da atribuição de pontos a sistemas que fornecem certos direitos aos acionistas e credores. Exemplos desses direitos seriam a proibição de emissão de ações sem direito a voto, a existência de votos múltiplos (*multiple voting*) em assembleias gerais, direitos de preferência a novas emissões, entre outros. Cada uma dessas medidas daria ao país um ponto a mais no índice de proteção do investidor.

É basicamente assim que a metodologia de “codificação” de sistemas jurídicos funciona: selecionam-se instituições que devem executar determinada tarefa, e depois se analisa a legislação de vários países, dando pontos aos países que têm arranjos jurídicos similares. O passo seguinte é regredir tais índices com variáveis econômicas como o coeficiente GINI de desigualdade de renda, PIB, PIB *per capita* ou crescimento do PIB, ou também com variáveis não econômicas, como percepção da corrupção e qualidade da efetivação (*enforcement*) do direito.

Uma das primeiras conclusões polêmicas alcançadas por meio desta metodologia foi a de que os países com herança do *common law* tinham índices superiores de proteção do investidor se comparados aos países influenciados pela tradição do direito civil alemão ou francês. Isso provaria o argumento de Hayek, já apresentado, de que o sistema do *common law* daria uma proteção superior à propriedade e aos contratos<sup>251</sup>. Isso também se alinhava com a maioria dos trabalhos precedentes da nova economia institucional e do direito e economia (*law and economics*)<sup>252</sup>.

Todavia, essa afirmação acerca do impacto das famílias jurídicas sobre a proteção do investidor e, como resultado, sobre o desenvolvimento econômico, parece ser completamente artificial e desconectada da realidade das rela-

251 Vide Seção 2.3.2 (iii) acima.

252 Cf. NORTH, Douglass Cecil. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, cit., p. 96-97.

ções jurídicas internacionais. Primeiro, para qualquer pessoa exposta ao direito comparado e à história do direito, deveria parecer óbvio que a tarefa de separar os países em famílias jurídicas é muito ingrata. Por um lado, as diferenças presumidas entre essas famílias são abrandadas pela herança comum da tradição jurídica ocidental fundamentada no direito romano e pela bricolagem de instituições de origens múltiplas, particularmente nos países em desenvolvimento<sup>253</sup>. Por outro lado, o direito é um fenômeno muito paroquial, e as semelhanças superficiais acabam sendo, na prática, diferenças significativas. Um segundo desafio também é óbvio, já que o direito positivo não garante que os efeitos previstos sejam evidenciados na prática<sup>254</sup>. Outro desafio possível a essa afirmação é o fato de que ela desconsidera os antecedentes históricos, como os efeitos da colonização, dos conflitos militares e de ocupações estrangeiras<sup>255</sup>. Um quarto desafio é, na verdade, uma afirmação empírica concorrente. Diferentes metodologias para “codificar” instituições jurídicas, ainda que desconsiderando afirmações anteriores, chegariam a resultados absolutamente diferentes<sup>256</sup>, o que demonstra que a relevância das origens jurídicas não passa do resultado de parcialidade na seleção das fontes<sup>257</sup>.

A despeito de tais problemas com o argumento das origens jurídicas, a influência da metodologia de “codificação” é inquestionável. O Banco Mundial criou recentemente uma nova divisão chamada *Doing Business*, que se concentra apenas na aplicação desse tipo de metodologia a reformas institucionais.

---

253 Por exemplo, os países da América Latina receberam a influência francesa em seus códigos civil, penal e de processo durante o período colonial espanhol e português. Após a independência, o modelo do direito constitucional foi o dos Estados Unidos, enquanto as regulações financeira e comercial foram determinadas pelo maior parceiro comercial, a Inglaterra. No século XX, o direito comercial como um todo, e o societário em particular, ficou sob influência dos Estados Unidos, ao passo que a imigração de professores europeus de direito durante a 2ª Guerra Mundial criou correntes de influência, que não podem ser descritas apenas por grandes ideias geniais ou correntes de conhecimento, mas também pelo carisma de alguns.

254 Cf. PISTOR, Katharina; RAUSER, Martin; GELTER, Stanislaw. Law and Finance in Transition Economies. *Economics of Transition*, v. 8, nº 2, p. 325-368, 2000.

255 Cf. ROT, Mark. Legal Origins, Politics, and Modern Stock Markets in the Twentieth Century. *Harvard Law Review*, v. 120, nº 2, p. 460-527, 2006.

256 Spamann recodificou o índice de proteção do investidor com referências aos textos na língua original, com apoio de advogados locais. Nesse conjunto de dados recodificado, a influência da origem jurídica é insignificante. Cf. SPAMANN, Holger. *On the Insignificance and/or Endogeneity of La Porta et al.'s "Anti-Director Rights Index" under Consistent Coding*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2006.

257 Por exemplo, no trabalho seminal sobre a codificação jurídica, *Law and Finance*, La Porta et al. usaram fontes de segunda mão em língua inglesa para acessar a conjuntura jurídica de países em seus conjuntos de dados. Isso pode tê-los levado a incorporar em suas “codificações” os vieses dessas fontes de segunda mão. Cf. SPAMANN, Holger. *On the Insignificance and/or Endogeneity of La Porta et al.'s "Anti-Director Rights Index" under Consistent Coding*, cit.

Seu foco é a “codificação” das instituições jurídicas necessárias à melhoria do ambiente de investimento e à classificação dos países de acordo com seu desempenho. O objetivo dessa divisão é o de mensurar a regulação da atividade empresarial e a proteção do direito de propriedade, bem como seus efeitos nos negócios. Por esses meios, incorpora as experiências e metodologias de reformas institucionais anteriores feitas por organizações multilaterais, mas dotando-as de uma ambição totalmente nova e amplificada. Em vez de simplesmente impor reformas específicas aos países com problemas ou vistoriar seus sistemas jurídicos, a nova abordagem concentrou-se em catalisar uma convergência global dos sistemas jurídicos, com base na “codificação” global das instituições jurídicas.

A descrição do projeto não nega tais ambições. Seu objetivo é criar padrões para avaliar as instituições que seriam considerados equivalentes aos padrões macroeconômicos para avaliar grandes agregados econômicos, como se o sistema jurídico fosse igual a um sistema monetário<sup>258</sup>. A abordagem dogmática da análise dos custos de transação domina essa metodologia, e a justificativa desse projeto é ajudar os países a reduzir seus custos de fazer negócios. Apesar da clareza do objetivo, o fôlego da reforma é extenso. Almeja-se reformar nada menos que a totalidade do sistema jurídico no que se refere ao direito comercial, direitos reais e contratuais, responsabilidade civil, direito trabalhista, administrativo e tributário nos países com desempenho precário no índice *Doing Business* do Banco Mundial.

Ao incorporar os dois argumentos apresentados anteriormente à reconstrução do formalismo jurídico, esta metodologia também incorporou os seus problemas, especialmente a completa descon sideração dos efeitos da desigualdade econômica em termos de distribuição de riqueza, ativos produtivos e renda. O índice *Doing Business* apresenta em todas as seções uma preferência clara pelo formalismo, desconsiderando os efeitos distributivos das reformas que propõe. Ele desconsidera, por exemplo, que, sob certas condições, a maneira mais fácil de fazer negócios pode causar mais danos que benefícios à economia. Procedimentos apressados para fechar empresas podem prejudicar os empregados e credores, assim como procedimentos rápidos para abrir empresas podem favorecer o aumento de fraudes fiscais. Tais reformas podem tornar-se excessivamente onerosas, pois todo o aparato regulatório para impedir os efeitos nocivos requer significativos gastos governamentais.

258 Cf. WORLD BANK. *Doing Business 2004: Understanding Regulations*. Washington: World Bank, 2004, p. 1.

Em muitos casos, particularmente nos países em desenvolvimento, seria melhor para a economia dificultar certos negócios. No Brasil, por exemplo, o governo pode delegar a organizações privadas o poder de promover desapropriações. Assim, se uma empresa decidir construir uma barragem para instalar uma usina hidrelétrica, o governo dará a ela o poder de decisão de desapropriar os proprietários de terras pagando como compensação o valor da terra antes da aprovação do projeto da barragem. Isso significa que os proprietários de terra locais não seriam beneficiados pela valorização da terra decorrente da construção da barragem, o que levaria a uma alocação de recursos ineficiente, já que os donos da usina não pagariam o preço de mercado das terras, mas seriam subsidiados à custa dos proprietários. É um mecanismo mais rápido que as desapropriações realizadas pelo Estado ou que as aquisições pelo mercado, mas não necessariamente mais eficiente ou justo.

Ademais, a disponibilidade de procedimentos formais eficientes e rápidos não garante a formalização do trabalho e da produção. Por exemplo, nos Estados Unidos, terceiro na classificação do índice *Doing Business*, uma grande parte da força de trabalho é composta por trabalhadores ilegais empregados formalmente com base em documentos falsos. Apesar de serem estrangeiros ilegais, são empregados formais da perspectiva dos empregadores e do próprio governo, porquanto os empregadores cumprem as regulamentações trabalhistas e os imigrantes ilegais pagam impostos e contribuem com a seguridade social. Esses empregados nunca serão beneficiados pela seguridade social, pois usam números falsos de inscrição no sistema, e suas contribuições ajudam a reduzir o déficit do sistema de seguridade social. Os empregadores não serão punidos, pois não há interesse em impedir que as empresas contratem imigrantes ilegais. O equilíbrio entre a formalidade e a irregularidade jurídica é parte do sistema, pois a irregularidade laboral, nesse caso, é vital para manter o crescimento econômico.

É uma ilusão imaginar que os países com alta classificação no índice *Doing Business* não possuem informalidade. Tudo depende do tipo de informalidade que está sendo medido. Parece contraditório argumentar que o trabalho informal nos países pobres prejudica a economia e nos países ricos beneficia o crescimento econômico. O desenvolvimento institucional requer que os países sejam capazes de usar suas estruturas jurídicas para beneficiar-se das oportunidades oferecidas pela economia global. A tentativa de criar uma convergência

global com base em padrões arbitrários só impediria os países em desenvolvimento de beneficiarem-se de tais oportunidades.

Como se pode ver, a sofisticação da metodologia não foi capaz de curar os problemas da análise dos custos de transação. Por isso, o apogeu da teoria institucional, quando ela tornou-se uma ideologia global para justificar reformas jurídicas ao redor do mundo, pode também ter sido o momento do fracasso e de uma nova marginalização.

A teoria institucional está definitivamente numa encruzilhada. Ela pode dar um passo atrás e assumir uma perspectiva mais crítica, identificando falhas do passado, como ter desconsiderado os efeitos da desigualdade econômica no desenvolvimento institucional, ou pode seguir adiante com sua metade da história. Está mais do que na hora de despertar do estupor ideológico do legado da Guerra Fria. A estrutura de Hayek foi projetada para um período que está morto e a reflexão sobre mecanismos para redução da desigualdade não significa necessariamente advogar o intervencionismo estatal.

### 2.5.3. A TEORIA POLÍTICA DA LIBERALIZAÇÃO INSTITUCIONAL

Nas duas seções anteriores, foram discutidos os argumentos econômicos e jurídicos do segundo movimento da teoria institucional, com base na análise dos custos de transação. A tendência geral era produzir argumentos voltados a restringir a interferência governamental nas atividades econômicas, em oposição às abordagens das políticas de bem-estar social, concentradas em compensar as falhas do mercado e externalidades negativas por meio da regulação estatal. Porém, isso estava também em oposição à primeira teoria institucional, uma vez que se afastava da separação entre público e privado para argumentar qual era o papel apropriado do Estado, definindo-o como um terceiro que garantiria as regras básicas da atividade do mercado.

Portanto, a teoria institucional contemporânea exigiu também uma teoria política para legitimar essa definição do papel do Estado na sociedade de acordo com os mandamentos econômicos, e não com base na vontade do povo, como exige a teoria liberal tradicional. Já se expôs a estrutura intelectual dessa teoria anteriormente, a qual pode ser resumida na ideia de capitalismo e de livre mercado como elementos essenciais da democracia, e na necessidade de regimes democráticos para proteger o liberalismo econômico.

Inspirados por essa estrutura intelectual, identificam-se quatro argumentos dominantes na teoria institucional contemporânea: (i) a teoria formalista da democracia; (ii) a teoria da regulação e busca de ganhos improdutivos (*rent-seeking*); (iii) a teoria da efetivação (*enforcement*) do direito e corrupção; e (iv) a teoria da liberalização econômica segundo o pacto das elites. Conforme ficará claro, todos esses argumentos baseiam-se na análise dos custos de transação.

(i) *A teoria formalista da democracia*

Este argumento, associado à chamada “teoria da escolha pública” (*public choice theory*), é uma estrutura ampla na qual cabem os três argumentos a seguir. O argumento da teoria formalista da democracia é resultado de avanços em funções de assistência social baseados no critério de Pareto. Mais propriamente, é uma resposta a tais avanços, particularmente ao “teorema da impossibilidade geral”, o qual propõe que escolhas sociais que seguem o princípio da maioria, tanto no mercado como na política, não seriam consistentes com o critério de Pareto<sup>259</sup>. Todas essas decisões requereriam um “ditador”, o que significa que os interesses de ao menos uma pessoa teriam que prevalecer para que se pudesse chegar a uma decisão estável.

O argumento da escolha pública foi resultado do esforço para responder aos desafios apresentados pelo teorema da impossibilidade à teoria econômica e política clássica. Do lado político, a resposta foi que as incoerências nas escolhas políticas da maioria não eram um problema, mas uma exigência de regimes democráticos para que as minorias não fossem oprimidas. Do lado econômico, o argumento foi que não existe incoerência nas escolhas do mercado, porque elas são individuais e não coletivas.

A parte do argumento relacionada à teoria política não propôs apenas que as incoerências eram parte essencial de um sistema político em que as mino-

---

259 O teorema da impossibilidade geral, também conhecido como “paradoxo de Arrow”, foi desenvolvido por Kenneth Arrow em 1951 e representa uma das maiores contribuições à interpretação moderna do critério de Pareto. O objetivo de Arrow era testar a possibilidade de uma derivação das funções do assistencialismo social das escolhas individuais, que permitiria aos economistas prever o comportamento político e do mercado. Essa tentativa de determinar as funções do assistencialismo social foi ainda inspirada pela ideia de que as utilidades podem ser agregadas. Portanto, uma função do assistencialismo social seria um “processo ou regra segundo a qual, para cada conjunto de ordens individuais, existe uma ordem social correspondente”. Para testar uma função de bem-estar social (*welfare function*), Arrow apresentou cinco requisitos básicos: (i) racionalidade mínima; (ii) respeito ao padrão de Pareto; (iii) ausência ditatorial; (iv) independência de alternativas irrelevantes; e (v) aplicação universal. Ele demonstrou mais tarde que nenhuma função que oferece ao indivíduo três opções poderia ser considerada consistente, e, por conseguinte, racional segundo o critério de Pareto. Cf. ARROW, Kenneth. *Social Choice and Individual Values*. New York: Wiley, 1951, p. 23.

rias não são oprimidas. Se as decisões da maioria fossem sempre consistentes, elas não estariam abertas a contestação e as minorias nunca teriam chance de mudar as leis e fazer com que seus interesses fossem considerados. Os indivíduos aprendem com os resultados de suas escolhas e mudam suas opiniões em direção a um consenso relativo aos procedimentos de tomada de decisão, o que finalmente “torna uma escolha social genuína”<sup>260</sup>. Todas as questões fundamentais são mantidas abertas à mudança sob as regras procedimentais do processo político.

Portanto, as escolhas políticas são racionais porque as incoerências são necessárias à democracia, e a mudança é possível com base em regras de procedimento consensuais. A teoria da escolha pública argumentou que o alto nível de consenso que cerca as regras de procedimento da democracia, ou as chamadas “regras constitucionais”, evita a consolidação de uma maioria estabelecida no poder, impedindo o desenvolvimento de regimes ditatoriais.

Para a teoria da escolha pública, o maior desafio para a democracia liberal é que grupos de interesse com amplos círculos eleitorais podem tentar cristalizar valores particulares como parte do sistema político. Na verdade, esse se tornou o argumento principal da teoria da escolha pública, preocupada com a possibilidade de que grandes grupos de indivíduos organizados com interesses comuns influenciassem as eleições de maneira sistemática, subvertendo os objetivos das “regras constitucionais”<sup>261</sup>.

A maior ameaça eram os sindicatos de trabalhadores e seu apoio a regulações protecionistas e políticas de bem-estar social. Nas últimas décadas que se seguiram à introdução da teoria da escolha pública, esse argumento foi desenvolvido de forma exagerada, retratando o Estado como um tipo de máfia, num esforço para justificar a desregulação. Apesar disso, essa abordagem fornece perspectivas interessantes para a análise de sociedades altamente desiguais, nas quais as assimetrias de riqueza são uma ameaça maior aos procedimentos democráticos que a influência de grupos de interesse e o tamanho de seu eleitorado.

260 Cf. BUCHANAN, James McGill. *Social Choice, Democracy, and Free Markets*. *Journal of Political Economy*, v. 62, nº 2, p. 114-123, 1954, p. 119.

261 Cf. BUCHANAN, James McGill. *Social Choice, Democracy, and Free Markets*, cit., p. 121: “The danger that such solidification will take place becomes more imminent as functional economic groups, subjecting members to considerable internal discipline, seek to institutionalize individual values” (“[o] perigo de que tal solidificação aconteça torna-se mais iminente conforme os grupos econômicos funcionais, subordinando membros a uma disciplina interna considerável, procuram institucionalizar valores individuais”).

O que faz com que essa teoria seja formalista é o fato de que ela apresenta um conceito predefinido de democracia e seus procedimentos. Ela afasta-se da ideia da sociedade como coleção de grupos organizados e da democracia como sistema para representar esses grupos com base numa elite política, seguindo a tradição de Weber<sup>262</sup>. A lista mais aceita de procedimentos democráticos básicos incluiria ao menos as seguintes instituições: (i) governo controlado por funcionários eleitos; (ii) eleições livres e justas, entendidas como um processo sem coerção sobre os eleitores; (iii) sufrágio inclusivo, dando direitos de voto iguais a quase todos os adultos, com discriminação limitada apenas à idade; (iv) direito de concorrer a cargos públicos com discriminação igualmente limitada apenas à idade; (v) liberdade de expressão; (vi) acesso à informação alternativa, como a fornecida por uma imprensa competitiva; e (vii) liberdade de associação, particularmente em relação aos partidos políticos<sup>263</sup>.

Essa abordagem formalista da democracia professa uma clara preferência pela democracia procedimental em relação à substantiva, entendida como a política avaliada pelos resultados em vez de princípios formais. Essa precedência fundamenta-se na ideia de que, mesmo que os procedimentos democráticos jamais sejam perfeitos, eles são preferíveis à única alternativa possível, que seria algum tipo de autoritarismo<sup>264</sup>. O problema com essa abordagem é que ela se afasta da separação entre público e privado e, ao fazê-lo, não avalia como outras assimetrias de poder, não apenas políticas, podem afetar o desempenho dos procedimentos democráticos. Assimetrias de poder econômico, cultural e jurídico podem ter tamanha influência em resultados políticos a ponto de os procedimentos democráticos tornarem-se insignificantes.

Esse problema só se tornou claro após o processo de transição para a democracia em muitos países em desenvolvimento nos últimos vinte anos. Muitos desses países conseguiram manter as instituições básicas da democracia proce-

---

262 Para uma versão de tal argumento já incorporado à tradição institucionalista, cf. SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: Harper & Row, 1975.

263 Cf. DAHL, Robert Alan. *Democracy and its Critics*. New Haven: Yale University, 1989, p. 221. Essas instituições estão ligadas a quatro critérios de procedimento democrático: igualdade de voto, participação efetiva, clareza de entendimento e controle de temas a serem discutidos. Cf. DAHL, Robert Alan. *Procedural Democracy*. In: LASLETT, Peter; FISIKIN, James (Eds.). *Philosophy, Politics and Society: Fifth Series*. New Haven: Yale University, 1979, p. 97-133.

264 Cf. DAHL, Robert Alan. *Democracy and its Critics*, cit., p. 221: "The insistence that substantive results take precedence over process becomes a flatly antidemocratic justification for guardianship and 'substantive democracy' becomes a deceptive label for what is in fact a dictatorship" ("a insistência de que resultados materiais tenham precedência sobre o processo torna-se uma justificativa bastante antidemocrática para a tutela e 'democracia material' torna-se o rótulo enganoso para o que é, de fato, uma ditadura").

dimental funcionando bem por décadas, mas isso não gerou melhoria significativa na qualidade de vida da maioria empobrecida<sup>265</sup>. Em muitos desses países, a deterioração dos padrões econômicos também levou a maiores violações dos direitos civis, como resultado da escalada da violência social.

A outra parte do argumento, relacionada às escolhas econômicas, afastou-se da ideia de que as escolhas do mercado não podiam ser analisadas nos mesmos termos que as do sistema político, uma vez que não há interesse na proteção de minorias no mercado. A racionalidade econômica não é contemplada pela teoria da escolha pública como atributo de um grupo social com existência orgânica. A racionalidade econômica é baseada nas ações de um único indivíduo operando no mercado. Portanto, a existência de incoerências entre o que a maioria dos indivíduos prefere no mercado e o resultado não tem relevância, contanto que cada indivíduo seja capaz de ter os benefícios das escolhas à sua disposição.

O pressuposto é, novamente, que cada indivíduo fará escolhas que maximizam suas utilidades e apenas o indivíduo pode avaliar se tais escolhas são eficientes ou não. A conclusão óbvia derivada desse argumento é, mais uma vez, que o papel do governo é proteger as regras do jogo econômico, pois somente os indivíduos sabem quais escolhas de mercado maximizarão suas utilidades. A crítica a essa abordagem, baseada na primeira teoria institucional, é a mesma que foi apresentada à análise dos custos de transação. As regras básicas da atividade econômica já determinam os resultados e distribuições de riqueza e renda, os quais, por sua vez, formam os canais de produção, como aprendemos com Hale.

Apesar disso, essa teoria política formalista é compatível com a teoria institucional contemporânea, que separa o mercado como produtor de riqueza baseado em indivíduos que operam como maximizadores de utilidade e o

---

265 Dahl pode não fazer parte do movimento da escolha pública, mas foi certamente o mais conhecido defensor da democracia procedimental. Apesar disso, em seus últimos trabalhos, ele começou a perceber a influência das assimetrias do poder econômico nos procedimentos políticos. Ele aceitou que a desigualdade econômica pode afetar a distribuição de recursos políticos e que regimes opressivos poderiam se mascarar por trás de procedimentos formais. Isso exigiria a inclusão de uma distribuição justa de recursos políticos como outro requisito da democracia procedimental, o que também contestaria o conceito de democracia procedimental como um todo. Cf. DAHL, Robert Alan. *Equality versus Inequality*. In: *Toward Democracy – A Journey: Reflections, 1940-1997*. Berkeley: Institute of Governmental Studies, 1997, p. 141: “Initial advantages may cumulate into further advantages, may indeed multiply into entire systems of domination that remain fairly stable over centuries and even eons” (“[v]antagens iniciais podem produzir vantagens adicionais, podem certamente se multiplicar em sistemas inteiros de dominação, que permanecem estáveis por séculos e mesmo por eras”).

governo com dois papéis possíveis: (i) um como mecanismo de redistribuição de riqueza e renda como resultado do controle por grupos de interesse<sup>266</sup> e (ii) outro como efetivador eficiente do direito de propriedade refreado por regras de procedimento que impedem os grupos de interesse de capturar o governo.

(ii) *Teoria da regulação e busca de ganhos improdutivos (rent-seeking)*

O argumento da busca de ganhos improdutivos<sup>267</sup> (*rent-seeking*), desenvolvido por George Stigler enquanto estudava a regulação das estradas de ferro nos Estados Unidos, coaduna-se com a teoria formalista da democracia ao demonstrar a influência do poder econômico na política. Stigler desenvolveu a hipótese de que “toda indústria ou ocupação que tenha suficiente poder político para utilizar o Estado tentará controlar a entrada. Além disso, a política regulatória será muitas vezes moldada para retardar a taxa de crescimento de novas empresas”<sup>268</sup>.

O argumento foi complementado com a declaração de que “[a] indústria que busca regulação precisa estar preparada para pagar com as duas coisas necessárias a um partido: votos e recursos. Os recursos podem ser fornecidos por contribuições de campanha, serviços de contribuição (um empresário organiza um comitê para levantar fundos) e métodos mais diretos, como empregar trabalhadores do partido. Os votos de apoio à medida são concentrados e os votos de oposição são dispersados por programas custosos para educar (ou seducir) os membros da indústria e de outras indústrias afetadas”<sup>269</sup>.

Essas conclusões foram complementadas por um estudo detalhado centrado na indústria ferroviária, que demonstrou que o objetivo da regulação era apenas proteger as companhias da concorrência. A partir do trabalho pioneiro

266 Cf. Tullock, Gordon. Problems of Majority Voting. *Journal of Political Economy*, v. 67, nº 6, p. 571-579, 1959. p. 579: “It seems clear that the system of majority voting is not by any means an optimal method of allocating resources” (“[p]arece claro que o sistema de votação majoritária não é de maneira alguma um método ideal de alocação de recursos”).

267 Essa opção de tradução baseou-se no conceito inicialmente descrito por Gordon Tullock em: *The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft. Economic Inquiry*, v. 5, nº 3, p. 224-232, 1967.

268 No original: “every industry or occupation that has enough political power to utilize the state will seek to control entry. In addition, the regulatory police will often be so fashioned as to retard the rate of growth of new firms”. Cf. STIGLER, George Joseph. *The Theory of Economic Regulation*, cit., p. 5.

269 No original: “[t]he industry which seeks regulation must be prepared to pay with two things a party needs: votes and resources. The resources may be provided by campaign contributions, contributed services (the businessman heads a fund-raising committee), and more indirect methods as the employment of party workers. The votes in support of the measure are rallied and the votes in opposition are dispersed by expensive programs to educate members of the industry and of other concerned industries”. Cf. STIGLER, George Joseph. *The Theory of Economic Regulation*, cit., p. 12.

de George Stigler em seu artigo clássico *The Theory of Economic Regulation*<sup>270</sup>, seguiram-se muitos estudos similares, que justificaram uma onda de desregulação nos Estados Unidos após o final da década de 1970 e um processo de fiscalização crescente da regulação, tendo como principal ferramenta a exigência de que as agências empreendessem uma análise de custo-benefício<sup>271</sup>. Os argumentos de falhas de mercado que costumavam justificar a necessidade de regulação foram substituídos por argumentos de falhas de governo.

O problema dessa análise foi, mais uma vez, desconsiderar os efeitos distributivos da desregulação. A exigência de que as agências fizessem uma análise de custo-benefício não incluía uma avaliação dos efeitos distributivos de tais regulações. É claro que os políticos fazem esse tipo de análise o tempo todo para saber quem será prejudicado e quem será beneficiado pelas regulações. Mas tais avaliações dificilmente são trazidas a público, por implicarem um custo político muito alto. Isso é particularmente perigoso em economias em desenvolvimento com altos níveis de desigualdade de renda, já que os custos distributivos podem ser subestimados, causando transtornos profundos no tecido social<sup>272</sup>.

O argumento foi mais tarde expandido e aplicado às economias em desenvolvimento. O principal pressuposto era o de que, nesses países, o intervencionismo governamental era onipresente, criando oportunidades de busca de ganhos improdutivos (*rent-seeking*) em larga escala, de tal maneira que o mercado não mais seria capaz de exercer sua função principal de alocação de recursos<sup>273</sup>. Essa teoria criou duas categorias de busca de ganhos improdutivos: (i) competitiva e (ii) restrita. Na primeira categoria, as oportunidades de busca de ganhos improdutivos baseiam-se numa regra geral que fornece certos benefícios, como subsídios na forma de créditos em taxas de exportação, e dá aos funcionários do governo algum poder de decisão na distribuição de privilégios ou benefícios governamentais. Por conseguinte, as empresas competirão para extrair o máximo possível de benefícios.

Além dos custos dessa competição, incluindo os custos de subornos e *lobby*, a sociedade também arcaria com os custos de bem-estar causados por eventuais distorções de preços, como superprodução de produtos para expor-

270 Cf. STIGLER, George Joseph. *The Theory of Economic Regulation*, cit.

271 Cf. VISCUSI, W. Kip. *Economics of Regulation and Antitrust*. 3ª ed. Cambridge: MIT, 2000, p. 305-308.

272 Esse argumento será inteiramente desenvolvido à frente, constituindo parte relevante do que aqui se denomina "análise dos custos da desigualdade". Vide Seção 3.1 abaixo.

273 Cf. KRULGER, Anne Osborn. The Political Economy of the Rent-Seeking Society. *The American Economic Review*, v. 64, nº 3, p. 291-303, 1974, p. 303.

tação e escassez de produtos para suprir a demanda interna, criando pressões inflacionárias. No caso de oportunidades restritas de busca de ganhos improdutivos (*rent-seeking*), não há uma regra geral e os benefícios são designados para um ou certos grupos de indivíduos, sem concorrência. Este seria o caso, por exemplo, de licenças de exportação dadas apenas aos melhores produtores de uma determinada indústria, sem qualquer regra para orientar como os concorrentes poderiam ter benefícios semelhantes. Se as oportunidades de busca de ganhos improdutivos forem restritas, isso envia uma mensagem clara à sociedade, qual seja de que algumas pessoas estão sendo beneficiadas, o que pode aumentar a concentração de riqueza e renda e diminuir a legitimidade do sistema econômico.

A ideia por trás das duas categorias é que, se funcionários do governo tiverem poder de decisão sobre a distribuição de benefícios, haverá competição na busca de ganhos improdutivos (*rent-seeking*) e, se funcionários do governo não tiverem esse poder, não haverá competição. Portanto, quanto maior o poder de decisão, maior seria a perda de bem-estar. Se houver restrições à competição por busca de ganhos improdutivos, seriam gerados benefícios de bem-estar e alguns efeitos negativos de distribuição, os quais, seguindo a tradição do segundo movimento da teoria institucional, não seriam relevantes.

Contudo, sempre há competição na geração de ganhos não produtivos, pois se tal competição não acontecer no nível mais baixo dos funcionários, no momento da distribuição de benefícios, acontecerá no nível legislativo. A questão relevante aqui não deveria ser a competição ou não por ganhos, mas como a distribuição de recursos existente aumenta ou diminui os níveis gerais do comportamento de busca de ganhos improdutivos (*rent-seeking*) na sociedade. Talvez esse comportamento nos países em desenvolvimento não seja uma causa direta da pobreza, mas apenas o sintoma de uma doença mais profunda relacionada à alta desigualdade econômica.

A recomendação política derivada dessa teoria seria a de que, para reprimir a corrupção e o comportamento de busca de ganhos improdutivos (*rent-seeking*), bastaria reduzir o poder discricionário do governo por meio de: (i) desregulação; (ii) privatizações; (iii) liberalização financeira e comercial; e (iv) políticas restritivas fiscais e monetárias. Esse foi provavelmente um dos argumentos mais influentes por trás do que veio a ser conhecido como o Consenso de Washington, precedido apenas pela defesa do livre comércio e do livre mercado *per se*.

Após um processo de implementação radical dessas reformas nos países em desenvolvimento durante a década de 1990, há muito poucas evidências de que se tenha alcançado o resultado almejado de estimular o desenvolvimento econômico e institucional. Na verdade, em muitos países da América Latina e do Leste Europeu, a percepção da corrupção por parte da população apenas aumentou. Muito provavelmente, essa teoria superestimou os efeitos distributivos da busca de ganhos improdutivos (*rent-seeking*) e desconsiderou os seus efeitos em termos de desigualdade econômica. Ao implementar políticas que aumentam a desigualdade econômica, esses países também aumentaram as oportunidades de busca de ganhos improdutivos, já que as assimetrias do poder econômico também aumentam as oportunidades de corrupção. Esse argumento será esclarecido na próxima seção, na qual serão expostas as teorias da efetividade (*enforcement*) do direito e corrupção.

(iii) *A teoria da efetivação (enforcement) ideal e corrupção*

O pressuposto básico desta teoria é que é possível identificar o nível ideal de efetivação (*enforcement*) do direito e os incentivos para manter os funcionários públicos honestos com base em mecanismos de mercado<sup>274</sup>. Esse nível ideal seria o que a sociedade estivesse disposta a pagar para reduzir o prejuízo causado por atividades criminosas e corrupção. O objetivo dessa abordagem é semelhante ao da análise dos custos de transação. Ela tenta demonstrar que certas punições entendidas pela economia de bem-estar social tradicional como necessárias à prevenção de externalidades negativas são, às vezes, mais custosas que os benefícios em termos de prevenção de prejuízos.

A missão da teoria da efetivação (*enforcement*) seria, portanto, identificar mecanismos para tornar a efetivação do direito menos custosa e mais eficaz. Não obstante o fato de os objetivos dessa metodologia serem muito diferentes daqueles da primeira teoria institucional, essa abordagem deve muito ao conceito, desenvolvido por Llewellyn, de que a efetivação (*enforcement*) das leis concentra-se no comportamento do indivíduo marginal<sup>275</sup>.

As principais variáveis que afetam a efetivação (*enforcement*) ideal do direito seriam: (i) os custos de punir os infratores; (ii) a probabilidade de condenação; (iii) o número de delitos; (iv) o custo social dos delitos; e (v) o custo do

274 Cf. BECKER, Gary Stanley. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, v. 76, nº 2, p. 169-217, 1968, p. 169-179.

275 Para uma descrição completa desse conceito, vide Seção 1.4.2 acima.

combate aos delitos. O custo total para a sociedade corresponderia aos custos sociais dos delitos mais os custos do combate a tais delitos. Se os investimentos na efetivação (*enforcement*) do direito aumentassem, os benefícios seriam a redução do número e do custo médio dos delitos (iii e iv) e o ônus seria o aumento do custo de combate aos delitos (v), resultante de mais punições e probabilidade de condenação. O investimento numa efetivação (*enforcement*) do direito mais eficaz seria ideal quando esses benefícios fossem mais altos que os ônus<sup>276</sup>.

Uma conclusão possível desse argumento é que, provavelmente, seria mais barato aumentar a eficácia da efetivação (*enforcement*) do direito aumentando a punição do que fazê-lo aumentando a probabilidade de condenação, a qual requer investimento na polícia, no Judiciário e em muitos outros agentes de aplicação do direito para os quais os custos costumam ser subestimados<sup>277</sup>.

Outra conclusão possível é que as multas são geralmente mais eficazes do ponto de vista dos custos que o encarceramento. Tais propostas fundamentam-se em dois pressupostos relacionados ao comportamento dos infratores e dos funcionários públicos responsáveis pela efetivação (*enforcement*) do direito. Em relação aos infratores, o pressuposto é que eles não costumam correr riscos e, portanto, reagiriam ao aumento das punições e à probabilidade de condenação restringindo seus delitos. Quanto aos funcionários públicos responsáveis pela efetivação (*enforcement*) do direito, o pressuposto é que são honestos.

O pressuposto da honestidade dos agentes da lei é um problema significativo porque, se o agente não for honesto, todo o argumento de eficácia não se manteria, já que o aumento de punições apenas elevaria as oportunidades de corrupção. Para lidar com essa questão, a teoria da efetivação (*enforcement*) apoiou-se numa abordagem fundamental em ambas as teorias institucionais, a pioneira e a contemporânea: a de que a corrupção, como qualquer outra interação social, depende do poder de negociação das partes.

Quando consideramos que existe a possibilidade de funcionários do governo e indivíduos privados envolverem-se em atos de corrupção, é evidente que a negociação será resultado da disposição do subornador de pagar por um benefício oferecido pelo funcionário público<sup>278</sup>. A honestidade significaria ape-

276 Cf. BECKER, Gary Stanley. *Crime and Punishment*, cit., p. 169-170.

277 Cf. BECKER, Gary Stanley. *Crime and Punishment*, cit., p. 184.

278 Cf. BECKER, Gary Stanley; STIGLER, George Joseph. Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers. *The Journal of Legal Studies*, v. 3, nº 1, p. 1-18, 1974, p. 5.

nas que a aceitação mínima do funcionário público é mais alta que o máximo oferecido pelo subornador, e que a negociação não é factível.

A partir dessa constatação, a teoria da corrupção concentrou-se no que seriam os fatores econômicos, além da honestidade e outros valores morais ou culturais, que influenciam o mínimo aceitável por um funcionário público. Com base no argumento da efetivação (*enforcement*) ideal do direito, o mínimo aceitável por funcionários públicos seria a probabilidade de serem pegos e condenados vezes a punição imposta<sup>279</sup>. Se esse custo for mais alto que os benefícios na avaliação do funcionário público, negociações de suborno serão sempre impraticáveis.

Partindo-se do objetivo de alcançar uma efetivação (*enforcement*) ideal do direito, o problema para a perspectiva neoinstitucional é como elevar a aceitação mínima para que as negociações de suborno não sejam factíveis. A teoria institucional contemporânea oferece quatro mecanismos para atingir esse objetivo: (i) aumentar a punição para as práticas de corrupção; (ii) aumentar os salários dos funcionários públicos<sup>280</sup>; (iii) aumentar os incentivos para a efetivação (*enforcement*) privada<sup>281</sup>; e (iv) reduzir o poder discricionário nas mãos dos funcionários públicos<sup>282</sup>.

Os três primeiros caminham juntos, na medida em que tentam afetar o lado da equação que determina os custos de suborno, ou o mínimo aceitável pelo funcionário público. Porém, a proposta mais influente é sem dúvida a quarta, pois afeta os benefícios do poder discricionário dos funcionários públicos. Trata-se de um argumento muito relevante para o segundo movimento da teoria institucional, a ponto de o poder de decisão dos funcionários públicos ter se tornado para ele não uma causa de corrupção, mas a própria definição formalista do que é corrupção<sup>283</sup>. Juntamente com a teoria da busca de ganhos improdutivos (*rent-seeking*), essa tem sido uma das maiores justificativas para

279 Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan. *The Political Economy of Corruption*. In: *Corruption and the Global Economy*. Washington: Institute for International Economics, 1997, p. 40.

280 Cf. BECKER, Gary Stanley; STIGLER, George Joseph. *Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers*, cit., p. 16.

281 Cf. BECKER, Gary Stanley; STIGLER, George Joseph. *Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers*, cit., p. 16.

282 Cf. BECKER, Gary Stanley; STIGLER, George Joseph. *The Political Economy of Corruption*, cit., p. 38.

283 Como afirma Susan Rose-Ackerman: "Whenever a public official has discretionary power over distribution to the private sector of a benefit or cost, incentives for bribery are created. Thus corruption depends upon the magnitude of the benefits and costs under the control of public officials" ("[s]empre que um funcionário público tem poder discricionário sobre a distribuição de um benefício ou custo ao setor privado, incentivos ao suborno são criados. Por conseguinte, a corrupção depende da magnitude dos benefícios e dos custos que estão sob o controle dos funcionários públicos"). Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan. *The Political Economy of Corruption*, cit., p. 38.

a desregulação e liberalização de muitos setores da economia, não apenas nos países em desenvolvimento, mas nos desenvolvidos também.

A propósito desse argumento, cabem duas críticas. Primeiro, tal análise só é significativa na regulação de níveis baixos de corrupção. Esse é o nível no qual os benefícios gerados por subornos são pequenos e comparáveis aos ganhos de uma vida de alguns funcionários públicos. Contudo, há determinados setores da economia, como monopólios naturais ou indústrias altamente concentradas, nos quais os benefícios são tão grandes que, não importa o quanto o poder discricionário dos funcionários do governo seja dividido, os interesses dos que tentam apropriar-se desses benefícios serão sempre suficientes para sobrepujar os custos de subornar funcionários públicos individuais, e haverá pouca diferença entre subornar um ou uma dúzia.

Em certos casos, as assimetrias de poder são tão altas que podem atravessar qualquer mecanismo regulatório<sup>284</sup>. À medida que os benefícios começam a ficar muito maiores que os ganhos de uma vida como funcionários públicos, não importa quão alto sejam os salários, quão rigorosa seja a punição, ou em quantas partes a autoridade decisória será dividida, a disposição do corruptor de pagar sempre será maior que a oferta mínima de funcionários públicos individuais.

A segunda crítica é que todas as quatro recomendações de política pública têm consequências distributivas significativas que não foram levadas em conta. Os aumentos na punição provavelmente afetarão apenas criminosos e corruptores de pequeno porte, mas não funcionários governamentais ou indivíduos com grande poder econômico. Salários mais altos para funcionários pú-

---

284 Esse entendimento está presente nos argumentos de Becker e Stigler, mas foi aparentemente esquecido no último desenvolvimento da teoria da corrupção baseado nos seus estudos seminais sobre mecanismos de efetivação (*enforcement*) do direito, e esse argumento foi tomado como uma explanação aplicável a todas as estruturas de corrupção. Cf. BECKER, Gary Stanley; STIGLER, George Joseph. *Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers*, cit., p. 16: "The correlation between the gain to enforcers from enforcing and the gain to violators from successful violation is almost certainly positive. But the variation in the gain to violators is often much greater than that to enforcers from preventing punishing violations, so that the quality of enforcement would tend to decline as the gain to violators increase. This is one reason why effective enforcement against petty larcenists, muggers, or minor smugglers (once apprehended) is more common than it is against major antitrust or SEC violators, or wealthy murderers" ("[a] correlação entre o ganho para os agentes ao efetivar a lei e o ganho para os violadores por violações bem-sucedidas é quase certamente positiva. Mas a variação no ganho para os violadores é frequentemente muito maior que aquela para que os agentes sejam impedidos de punir violações, de modo que qualidade da efetivação (*enforcement*) do direito tenderia a declinar conforme aumenta o ganho dos violadores. Essa é uma das razões pelas quais a efetivação (*enforcement*) eficaz contra contraventores, batedores de carteira ou pequenos contrabandistas (uma vez apreendidos) é mais comum do que contra grandes violadores de leis antitruste ou regulamentos da SEC (*Securities and Exchange Commission*), ou assassinos ricos").

blicos podem aumentar ainda mais a desigualdade econômica, particularmente se forem calculados num nível superior à média dos salários do setor privado.

Aumentar os incentivos para a efetivação (*enforcement*) privada, dando oportunidade às vítimas de recuperar mais que a perda causada pelos violadores, pode beneficiar desproporcionalmente indivíduos com riqueza suficiente para obter serviços jurídicos, deixando vítimas mais pobres sem indenização<sup>285</sup>. Finalmente, a dispersão do poder de decisão pode também aumentar a corrupção e os comportamentos de busca de ganhos improdutivos (*rent-seeking*), já que tende a desorganizar um sistema estabelecido de divisão de subornos através do aumento do número de pessoas na cadeia decisória<sup>286</sup>.

Tais falhas têm uma causa em comum: a desconsideração das assimetrias do poder econômico como causa de corrupção e comportamentos de busca de ganhos improdutivos (*rent-seeking*). A corrupção é universalmente aceita como causa de desigualdade econômica, pois os recursos governamentais são desviados dos investimentos públicos, que poderiam beneficiar pessoas pobres, para a renda de alguns poucos indivíduos com poder político. Contudo, são poucos os autores que reconhecem a influência óbvia da desigualdade de riqueza e de renda na corrupção e na busca de ganhos improdutivos.

A teoria, seguindo os passos do Teorema de Coase, esquece que o poder de negociação dos participantes é afetado não apenas pelos custos dos subornos e dos benefícios a serem distribuídos, mas também pela capitalização do corruptor. A oferta máxima do corruptor seria o benefício a ser distribuído ou seu poder econômico de fazer tal investimento. Acontece que, nas sociedades altamente desiguais, a riqueza do corruptor nunca seria um problema para superar os custos da corrupção.

Existem inúmeros exemplos de como as assimetrias de poder econômico criam oportunidades de corrupção. Por exemplo, há um claro incentivo aos políticos ricos para comprarem votos em sociedades altamente desiguais, em razão da existência de um amplo eleitorado formado por indivíduos pobres, para os quais uma pequena “mesada” para comprar comida ou qualquer outro bem de necessidade básica pode ser muito mais atraente que os benefícios de

285 Cf. GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law & Society Review*, v. 9, nº 1, p. 95-160, 1974.

286 Cf. SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. Corruption. *Quarterly Journal of Economics*, v. 108, nº 3, p. 599-617, 1993, p. 605.

longo prazo oferecidos por um bom governo para esses eleitores individualmente considerados.

Imagine-se que tal prática seja ilegal e um político seja pego. Se a punição for muito alta, a assimetria do poder político e econômico entre o político rico e os funcionários responsáveis pela efetivação (*enforcement*) da lei pode ser tão significativa que a possibilidade de condenação será próxima a zero. Portanto, a desigualdade de riqueza e de renda pode criar incentivos extremos para comportamentos corruptos e de busca de ganhos improdutivos (*rent-seeking*), tanto no governo quanto em empresas. Isso deixa claro como a teoria institucional contemporânea está mal equipada para lidar com os problemas das sociedades altamente desiguais e com o aumento das desigualdades econômicas na economia global.

*(iv) A teoria da liberalização econômica segundo o pacto das elites*

A teoria da democracia segundo o pacto das elites foi desenvolvida para descrever o processo de transição do autoritarismo à democracia em muitos países em desenvolvimento desde a década de 1970 até bem recentemente, chamado de “a terceira onda de democratização”<sup>287</sup>. O estudo dessa transição na América Latina, embora inspirado no processo de democratização de Portugal e da Espanha, levou a uma nova abordagem da teoria da democracia, centrada nos valores das elites e sugerindo que o comportamento das massas era secundário no processo de democratização<sup>288</sup>.

Essa teoria foi desenvolvida inicialmente como uma teoria política para explicar apenas a transição dos regimes autoritários para os democráticos. Mais tarde, porém, incorporou os elementos da liberalização econômica descritos anteriormente, tornando-se a principal teoria política da transição das economias fechadas para economias abertas. Essa é a teoria mais influente sobre a democracia desenvolvida após a 2ª Guerra Mundial, orientando as reformas econômicas e jurídicas desde a democratização da Espanha após a morte de Franco, em 1975, até as tentativas atuais de implementar uma democracia constitucional no Iraque.

O principal argumento dessa teoria foi que a transição deveria basear-se numa série de pactos entre as elites. Ela reconhece que tais pactos não são

<sup>287</sup> Cf. HUNTINGTON, Samuel Phillips. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. Norman: University of Oklahoma, 1991.

<sup>288</sup> Cf. WEINGAST, Barry. *The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law*. *The American Political Science Review*, v. 91, n° 2, p. 245-263, 1997, p. 245.

democráticos, já que seus objetivos seriam manter líderes políticos de regimes autoritários no poder. Contudo, presume que tais pactos abririam oportunidades de alcançar resultados mais democráticos no futuro, e que seriam o único primeiro passo possível para que houvesse um processo de transição pacífico.

O processo teria três momentos: (i) o primeiro, militar, (ii) o segundo, político e (iii) o terceiro, econômico<sup>289</sup>. O momento militar ocorreria quando as ditaduras fossem “civilizadas” por meio de negociações entre as elites militares e políticas. Esses pactos não seriam sustentáveis a longo prazo, criando uma oportunidade para novos pactos entre as elites políticas que excluiriam os militares. Nesse momento político, novas negociações seriam feitas para organizar o sistema eleitoral, as finanças partidárias, a distribuição de distritos eleitorais, um mecanismo de distribuição de cargos públicos e orçamentos e um mecanismo de solução dos conflitos surgidos dos próprios pactos. Isso estabeleceria as “regras procedimentais da democracia” já descritas. Esperava-se que esses pactos “possibilitassem apenas transformações marginais e graduais das desigualdades econômicas e sociais flagrantes”<sup>290</sup>, criando a oportunidade de um terceiro momento, no qual novas negociações lidariam com essas questões.

De acordo com essa teoria, o momento econômico da transição resultaria de negociações entre a elite política e um eleitorado mais amplo, provocando restrições aos privilégios das elites econômicas e benefícios para esse eleitorado mais amplo de classes médias ou baixas. No entanto, os países que estavam em processo de transição política entre os anos 1980 e 1990 foram afetados por crises econômicas de larga escala, decorrentes das crises do petróleo e do colapso das economias socialistas, que levaram a problemas como hiperinflação e desemprego crônico. A confluência de tais problemas com a estrutura política resultante dos pactos das elites levou a um processo de reformas econômicas radicais, as quais não estavam alicerçadas num novo pacto entre as elites e um eleitorado mais amplo, mas entre aqueles que concentravam não apenas o poder político como também o poder econômico em tais países.

A agenda de tais reformas econômicas ganhou uma forma mais estruturada no final da década de 1980, codificada no Consenso de Washington<sup>291</sup>.

289 Cf. O'DONNELL, Guillermo Alberto; SCHMITTER, Philippe. *Transitions from Authoritarian Rule: Comparative Perspectives*. Baltimore: Johns Hopkins University, 1986.

290 Cf. O'DONNELL, Guillermo Alberto; SCHMITTER, Philippe. *Transitions from Authoritarian Rule: Comparative Perspectives*, cit., p. 44.

291 Cf. WILLIAMSON, John. What Washington Means by Police Reforms. In: *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?* Washington: Institute for International Economics, 1990, p. 5-38.

Essas políticas podem ser resumidas como: (i) redução do déficit fiscal; (ii) reforma tributária; (iii) liberalização financeira; (iv) liberalização das taxas de câmbio; (v) liberalização do comércio; (vi) liberalização dos investimentos estrangeiros diretos; (vii) privatização; e (viii) desregulação<sup>292</sup>.

Essas reformas foram altamente impopulares, particularmente por causa de seus efeitos distributivos negativos<sup>293</sup>. Elas precisavam de uma teoria política para guiar e justificar sua implementação, e a teoria dos pactos das elites era perfeita para a tarefa, pois concentrava poder suficiente entre as elites com o fim de implementar reformas econômicas urgentes e radicais sem maiores debates. A ideia principal por trás desse processo de reforma foi o argumento da “pílula amarga” (*bitter-pill*)<sup>294</sup>, isto é, o pressuposto de que seria melhor implementar todas as reformas e sofrer todas as consequências de uma vez, porque assim as reformas não poderiam ser revertidas e os países seriam capazes de beneficiar-se com a integração da economia global o quanto antes<sup>295</sup>.

Havia a esperança de que tais reformas seriam todas implementadas durante o mandato dos responsáveis por fazê-lo, evitando reversões causadas por grupos de oposição<sup>296</sup>. A estrutura política resultante dos pactos das elites caiu como uma luva, uma vez que poderes amplos foram concentrados no Executivo,

---

292 Cf. WILLIAMSON, John. *What Washington Means by Police Reforms*, cit., p. 324. A proposição original também incluía o redirecionamento dos gastos públicos para a melhoria da distribuição de renda e políticas voltadas à redução da economia informal. Contudo, tais políticas não foram implantadas em conjunção com outras reformas de liberalização econômica em nenhum país nas décadas de 1980 e 1990.

293 Todas as políticas tinham efeitos distributivos indiretos, resultantes de aumento do desemprego, redução dos investimentos sociais por parte do governo ou aumento nos preços dos serviços de utilidade pública. Talvez o efeito redistributivo mais direto tenha resultado das reformas tributárias. A maioria das reformas na América Latina foi na direção da redução dos impostos sobre a renda e do aumento dos impostos sobre o consumo, com claros efeitos regressivos. Cf. MORLEY, Samuel. *Distribution and Growth in Latin America in an Era of Structural Reform*. Washington: International Food Policy Research Center, 2001, p. 66.

294 Também chamada de “terapia de choque” pelos economistas em contextos similares.

295 Cf. PRZEWORSKI, Adam. *Democracy and The Market: Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*. Cambridge: Cambridge University, 1991, p. 163.

296 Como descrito pela OCDE na ocasião: “While a gradualist approach may cause lesser social tensions, a long period of moderate reforms entails the danger that both reformers and the population will ‘become tired of reforms,’ as they do not seem to bring visible changes. Also during long periods of reforms various anti-reform and other lobbies may mobilize their forces and gradually strangle the reform process” (“[e]nquanto uma abordagem gradual pode causar menos tensões sociais, um longo período de reformas moderadas acarreta o perigo de que reformadores e a população ‘se cansem de reformas’, já que elas não parecem trazer mudanças visíveis. Igualmente, durante períodos longos de reforma vários *lobbies* antirreformas e outros podem mobilizar suas forças e gradualmente estrangular o processo de reforma”). Cf. OECD. *Transition from the Command to Market Economy*, 1990, p. 9.

criando regimes mais tarde descritos como “democracias delegativas”, nas quais um poder quase ilimitado foi transferido ao chefe de governo<sup>297</sup>.

Mas essa abordagem teórica não foi capaz de compreender os custos monumentais das reformas econômicas para os grupos desfavorecidos e superestimou o ganho da integração à economia global. Os custos eram imaginados apenas em termos de crescimento econômico menor logo após as reformas da “pílula amarga”, o qual seria rapidamente compensado pela integração com a economia global que viria a seguir. Todavia, um crescimento econômico menor em conjunto com o aumento das desigualdades econômicas gerou rupturas sociais cujos custos nenhuma integração com a economia global foi capaz de superar.

Uma das possíveis razões pelas quais a recuperação não foi tão rápida quanto o esperado foi que os custos da “pílula amarga” alcançaram um ponto de ruptura em que os níveis de degradação institucional, violência social, falta de confiança no governo e corrupção impediram esses países de se recobrem por um tempo muito maior<sup>298</sup>. Isso era o que um sistema político ativo deveria ter evitado, mas tal sistema não estava implantado. Em vez disso, o modelo de “democracia delegativa” resultante de uma transição baseada nos pactos das elites resguardou os governantes de encararem a reação dos grupos desfavorecidos, ao mesmo tempo em que mantinham sua permeabilidade à influência das elites econômicas.

A teoria do pacto das elites tem uma limitação significativa: ela gera um desencantamento entre aqueles que não pertencem às elites políticas e econômicas tradicionais. Esse desencantamento não se tornou mera amargura, mas transformou-se gradualmente em desconfiança, e a percepção da população

---

297 Como descrito por O'Donnell, os técnicos que implementam as reformas econômicas “must be politically protected by the President against the manifold resistances of society. [...] The President then isolates himself from most existing political institutions and organized interests, and bears sole responsibility for the successes and failures of ‘his’ policies. Popular opposition to reforms further increases the political isolation of the President, his difficulties in forming a stable coalition in Congress, and his propensity to sidestep, ignore, and/or corrupt those other institutions” (“devem ser protegidos politicamente pelo Presidente contra as múltiplas resistências da sociedade. [...] O Presidente então isola-se da maioria das instituições políticas e interesses organizados existentes, e apoia-se unicamente nos sucessos e falhas de ‘suas’ políticas. A oposição popular às reformas aumenta mais o isolamento político do Presidente, suas dificuldades em formar uma coalizão estável no Congresso e sua propensão a esquivar-se, ignorar e/ou corromper essas outras instituições”). Cf. O'DONNELL, Guillermo Alberto. *Delegative Democracy*. *Journal of Democracy*, v. 5, nº 1, p. 55-69, 1994, p. 61.

298 Isto explicaria também o motivo pelo qual os países da América Latina têm tido um crescimento com taxas muito mais baixas que outros países em desenvolvimento na última década. Cf. CEPAL. *Balance Preliminar de las Economías de América Latina y El Caribe, 2006*, Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2007.

era de que as elites políticas e econômicas usavam o sistema político e eleitoral em seu próprio benefício, tomando o controle de mecanismos cruciais para mudar as regras de distribuição do poder político, nomeadamente os meios de reforma constitucional.

Essa estrutura política foi usada para implementar reformas às quais os grupos que carregavam os maiores fardos não teriam ferramentas políticas ou econômicas para reagir. Tal desequilíbrio do poder de negociação levou a custos muito mais altos que os inicialmente previstos, e muitos desses países estão agora lidando não apenas com níveis mais altos de desigualdade econômica e economias estagnadas, mas também com a possibilidade de uma nova onda de autoritarismo.

## 2.6. O QUE O SEGUNDO MOVIMENTO DA TEORIA INSTITUCIONAL DEIXOU DE FAZER?

No final da seção em que se analisou o primeiro movimento da teoria institucional, foram apontados quatro problemas que exigiam maiores investigações. Agora se fará uma breve análise de como o segundo movimento tratou essas questões, o que fornecerá uma síntese da relação entre os argumentos do primeiro e do segundo movimentos. Isso também esclarecerá quais as questões ainda em aberto para a teoria institucional e quais devem guiar uma estrutura analítica integrativa.

O primeiro problema com o qual o primeiro movimento não conseguiu lidar foi a relação dinâmica entre negociações e regras. A partir de sua análise, não fica claro qual é o papel do poder de negociação na criação de regras. Ademais, a relevância das regras como fonte de poder de negociação foi apenas sugerida, mas nenhuma metodologia analítica foi desenvolvida.

O segundo movimento abordou esse problema diretamente, e a análise dos custos de transação apresentou um argumento nítido sobre a relação entre atos negociais (*transactions*) e regras, advogando um regime estável de direitos reais e contratuais como um mecanismo para reduzir os custos de transação. Contudo, esse argumento descreveu só uma parte da dinâmica entre regras e atos negociais, pois não considerou como os atos negociais podem afetar as regras, mas apenas como as regras podem afetar os resultados dos atos negociais.

Na maioria das teorias do segundo movimento, atos negociais (*transactions*) e regras foram considerados absolutamente separados, e o sistema jurídico foi até considerado um fator “exógeno” em relação às variáveis propriamente

econômicas, como defendido pelo formalismo jurídico empírico<sup>299</sup>. Uma abordagem diferente foi seguida pela teoria dos preços do desenvolvimento institucional, como elaborada por Douglass North, divergindo da análise geral dos custos de transação, no sentido de que ele reconhecia que as regras são resultado de negociações estabilizadas.

Apesar disso, o segundo movimento não abraçou essa parte da teoria dos preços da mudança institucional de North. O argumento sobre a relação entre regras e negociações que conseguiu entrar no “consenso institucionalista” foi a ideia dos direitos reais e contratuais como estrutura básica para transações, e o pressuposto de que eles não afetam os resultados de alocação ou distribuição se forem estáveis, o que era o argumento central da interpretação de Stigler sobre o Teorema de Coase.

O segundo problema do primeiro movimento foi a falta de justificativas não normativas para reformas focadas na redução de assimetrias do poder de negociação e aumento da liberdade econômica, o que era particularmente claro no trabalho de Hale. O segundo movimento identificou isso não como terreno para o desenvolvimento metodológico, mas como prova de que o primeiro movimento da teoria institucional foi mais um movimento ideológico que um esforço consistente para desenvolver uma nova metodologia para analisar o desenvolvimento institucional. Por isso, o segundo movimento não concentrou nenhum esforço no desenvolvimento de justificativas não normativas para políticas distributivas. Na verdade, fez exatamente o oposto, ao desenvolver argumentos para considerar matérias distributivas como meras questões políticas não relacionadas à análise econômica e jurídica, já que não afetariam a distribuição de recursos.

A discussão anterior referente à análise dos custos de transação, demonstrando a falácia do argumento de “reciprocidade”, já provou que as assimetrias do poder de negociação afetam a alocação e distribuição de recursos. Por essa razão, ao desconsiderar as questões distributivas, a teoria institucional contemporânea só tornou o problema mais premente, sobretudo se pretende se tornar uma metodologia analítica para tratar de problemas oriundos de desigualdades globais.

A terceira questão levantada em relação ao primeiro movimento estava relacionada à falta de critérios para equilibrar os interesses de igualdade e fle-

xibilidade no desenvolvimento institucional. Mais uma vez, a abordagem do segundo movimento foi demonstrar sistematicamente que qualquer conflito entre preocupações distributivas e flexibilidade jurídica devia ser decidido favoravelmente à flexibilidade, como incorporada no processo de desregulação e liberalização econômica. Esse preconceito, alimentado pela ideia descrita anteriormente de que as assimetrias do poder de negociação não afetariam a alocação de recursos, levou a um ciclo vicioso, no qual sociedades já altamente desiguais implementaram reformas que resultaram em assimetrias de poder econômico ainda maiores, que em alguns casos conduziram a uma desintegração geral da estrutura institucional, normalmente acompanhada por violência e corrupção. Tal erro, de desconsiderar os custos das políticas com efeitos distributivos negativos, foi também a principal razão pela qual o “consenso institucional” descrito aqui falhou como mecanismo gerador de desenvolvimento em sociedades altamente desiguais.

O quarto problema foi que o primeiro movimento não tinha uma metodologia para mensurar as assimetrias do poder de negociação. Nesse aspecto, o segundo movimento da teoria institucional forneceu uma significativa contribuição, ainda que involuntária. O jogo de negociação desenvolvido pela análise dos custos de transação forneceu uma estrutura muito útil para analisar a influência do poder de negociação sobre os resultados de alocação e distribuição de atos negociais (*transactions*) individuais, ainda que o objetivo dessa doutrina fosse exatamente provar que o poder de negociação era irrelevante.

Ademais, o segundo movimento também preencheu uma lacuna importante na teoria institucional, que era a falta de uma metodologia analítica para descrever a relação entre o poder político e o econômico. O primeiro movimento foi pioneiro em incluir a violência como uma fonte de poder de negociação, numa relação dinâmica com os poderes econômico e cultural. Todavia, os institucionalistas originários desconsideraram o poder político como uma fonte independente de assimetrias de negociação. A teoria da regulação e a teoria da efetivação (*enforcement*) do direito forneceram algumas perspectivas sobre essa questão.

Não obstante, o segundo movimento incluiu uma esfera relevante de poder, que era a política, e esqueceu-se de outra, a esfera da segurança contra a violência. O pressuposto de paz natural, identificado na análise dos custos de transação, tornou-se um aspecto comum a todas as maiores teorias do segun-

do movimento, seguindo também os passos dos filósofos liberais que propunham a ideia de uma esfera privada não violenta. Mesmo na teoria política do segundo movimento, os pactos entre as elites foram considerados alternativas para evitar a violência e a guerra civil, imitando a idealização de instrumentos contratuais do direito privado.

A presente contribuição à teoria institucional terá duas partes. Primeiro, buscar-se-á apresentar uma alternativa metodológica de análise dos custos de transação, capaz de analisar os efeitos agregados das assimetrias de poder na alocação e distribuição de recursos. Como mencionado antes, o segundo movimento forneceu apenas uma metodologia para medir tais efeitos em casos individuais. A teoria dos preços das instituições tentou desenvolver uma estrutura mais ampla, baseada na agregação de custos de transação, mas falhou por causa das dificuldades inerentes em definir custos de transação e separá-los de outros tipos de custos.

A abordagem deste trabalho baseia-se na mensuração dos custos da desigualdade econômica para a sociedade. O foco estará em como a desigualdade econômica aumenta os custos de proteção da propriedade, não no sentido de que aumenta os custos de transação, mas no sentido de que impede a transferência de capital privado para a esfera produtiva. A isso se chamará “análise dos custos da desigualdade”.

A segunda contribuição fornecerá uma teoria integrativa do poder de negociação, que incluirá conclusões do primeiro e do segundo movimento da teoria institucional. A ideia é oferecer uma teoria alternativa de desenvolvimento institucional em relação à teoria dos preços da mudança institucional, substituindo a análise dos custos de transação pela análise das assimetrias do poder de negociação como fator determinante na inovação institucional.

Esse argumento já estava presente na teoria dos preços da mudança institucional, mas foi encapsulado pela análise dos custos de transação. Essa teoria será fundamentada no modo como a teoria institucional, a teoria social e o pensamento econômico e jurídico clássico descreveram quatro esferas de poder identificadas nas sociedades ocidentais: a da cultura, a da política, a da economia e a da segurança. A isso se chamará de teoria cíclica do poder.