

# 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).

## INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é investigar as teorias contemporâneas sobre desenvolvimento institucional, identificando as ferramentas necessárias à análise dos problemas que surgiram com a crescente desigualdade econômica, política e cultural, dentro de e entre os diversos países do mundo, em decorrência da integração global dos mercados.

Parte-se da hipótese geral de que as teorias do desenvolvimento institucional produziram um consenso sobre os tipos de reformas que seriam necessárias para que os países em desenvolvimento pudessem beneficiar-se com a integração econômica global. Contudo, a metodologia que deu apoio a esse consenso não levou em consideração os possíveis problemas resultantes do aumento das desigualdades. Consequentemente, muitas dessas reformas geraram custos de desigualdade significativos, particularmente naquelas sociedades já altamente desiguais, conduzindo-as ao fracasso por meio dos mecanismos propostos para o seu desenvolvimento.

Este trabalho propõe que esse fracasso ocorreu exatamente porque as teorias que embasaram tais reformas ignoraram os efeitos duradouros da assimetria extrema do poder de negociação (*bargaining power*) em tais sociedades, os quais chamaremos de “custos da desigualdade”<sup>1</sup>.

Neste trabalho, serão investigadas as várias teorias do desenvolvimento institucional, com o objetivo de sugerir perspectivas tanto novas quanto antigas que possam servir de base para uma reintegração da teoria institucional, incluindo a análise dos efeitos das desigualdades do poder de negociação no desenvolvimento institucional.

Para atingir tal objetivo, inicialmente serão revisitados certos argumentos concebidos para identificar a origem do desenvolvimento das instituições, os quais serão organizados sob o termo generalizador de “teoria institucional”, mesmo reconhecendo-se que muitas dessas teorias partem de pressupostos conflitantes. Para os fins deste trabalho, a teoria institucional será entendida como o conjunto de argumentos resultantes de um longo diálogo entre aca-

1 Na versão original em inglês, o termo utilizado para descrever os custos da desigualdade foi “*equity costs*”. Tal termo em inglês está ligado à análise dos investimentos necessários para atingir uma situação de equidade. Uma tradução literal para o português passaria a ideia de que se tratam, na verdade, de custos gerados pela equidade, o que seria exatamente o contrário do que o conceito busca transmitir. Por tal razão, optou-se por traduzi-lo como “custos da desigualdade”, que representa o montante de recursos com o qual a sociedade precisa arcar para compensar as consequências do prolongamento de uma situação de inequidade.

dêmicos nos campos de economia e direito, com foco na identificação das origens e dos mecanismos de transformação das estruturas institucionais a partir do processo de industrialização das sociedades.

Esse tipo de literatura é conhecido por diferentes nomes nos campos de economia e direito. Na análise econômica, esse campo de estudo é descrito como “economia institucional” na literatura produzida entre o final do século XIX e o final da 2ª Guerra Mundial, e como “nova economia institucional” na literatura produzida nas últimas quatro décadas do século XX. No campo jurídico, essa literatura está relacionada com o desabrochar do realismo jurídico na primeira metade do último século e com movimentos contemporâneos como “direito e economia” (*law and economics*).

O estudo desses grupos de teorias de forma conjunta é relevante para os objetivos deste trabalho por duas razões. Primeiro, a teoria institucional desenvolveu uma metodologia para analisar a desigualdade que, como se verá em maior detalhe, é adequada para incorporar os efeitos de diferentes fontes de desigualdade na sociedade. Trata-se da análise das assimetrias do poder de negociação. Segundo, essas teorias estão intimamente relacionadas com as reformas implementadas nos países desenvolvidos e em desenvolvimento ao longo do último século, o que permite uma análise articulada com as efetivas consequências da implementação das políticas que tais teorias inspiraram.

O conjunto da teoria institucional será dividido em dois grupos, de acordo com seus períodos históricos. Inicialmente, será descrito o primeiro movimento da teoria institucional, que se desenvolveu entre fins do século XIX e o final da 2ª Guerra Mundial. Após um curto período de esquecimento, a análise institucional voltou a ganhar relevância quando um segundo movimento da teoria institucional teve início, em torno da década de 1970, a partir de quando aumentou constantemente sua influência em reformas institucionais implementadas nos países desenvolvidos e em desenvolvimento.

Surpreendentemente, a tendência predominante na literatura da teoria institucional produzida na segunda metade do último século desenvolveu-se em completa oposição ao pensamento institucional do período pré-guerra, particularmente em relação às considerações sobre os efeitos das assimetrias do poder de negociação no desenvolvimento institucional. A abordagem deste trabalho ressaltará as diferenças e os aspectos complementares de ambos os movimentos em relação à análise das assimetrias do poder de negociação.

Em primeiro lugar, será estudado o desenvolvimento de certos conceitos básicos do primeiro movimento do pensamento institucional, que foram: (i) uma perspectiva pragmática das origens da propriedade privada; (ii) a centralidade da análise do processo negocial para os campos da economia e do direito; (iii) o desenvolvimento de um conceito de capital com base em formas modernas de propriedade; (iv) o abandono da dicotomia entre público e privado; e (v) a análise das regras subjacentes aos arranjos de negociação. Serão identificadas também certas lacunas metodológicas em relação à análise das assimetrias do poder de negociação, partindo-se também do entendimento de que tal metodologia é baseada em todos esses conceitos.

Na sequência, será exposto o desenvolvimento do segundo movimento da teoria institucional, no qual a análise dos custos de transação<sup>2</sup> foi o elemento central. Fundamentado nessa análise, o segundo movimento produziu três conjuntos de argumentos: (i) uma teoria da mudança institucional; (ii) um retorno ao formalismo jurídico, porém baseado numa abordagem funcionalista oposta às teorias clássicas; e (iii) uma teoria política da liberalização econômica.

Nessa parte do trabalho, tem-se um objetivo duplo: em primeiro lugar, investigar as razões pelas quais a análise dos custos da desigualdade foi desconsiderada pela teoria institucional contemporânea; em segundo lugar, identificar se alguma das metodologias desenvolvidas pelo segundo movimento pode complementar as lacunas deixadas pelo primeiro em sua análise das assimetrias do poder de negociação.

Tendo em vista as metodologias aplicadas, o segundo movimento institucional obteve um nível de influência sem precedentes, inspirando os processos de desregulação nas economias centrais nas décadas de 1970 e 1980, e de liberalização econômica em países em desenvolvimento na década de 1990. Esse consenso estava centrado em melhorar o ambiente institucional dos países em desenvolvimento para, supostamente, torná-los mais atraentes para investidores.

Nesse contexto, a melhoria no ambiente institucional traduzia-se em melhorar a proteção da propriedade privada, garantir a efetivação (*enforcement*) de

2 Apesar de o termo “custos de transação” ser de uso corrente, como uma tradução de “*transaction costs*”, consideramos que a tradução mais adequada para “*transaction*” seja a de ato negocial, em razão da possível confusão de sua tradução literal com o uso mais técnico do termo transação como a transferência efetiva da posse de um bem em uma relação contratual já previamente estabelecida. O termo “ato negocial” representa a ideia adotada por Coase de que as transações não incorporariam apenas contratos, mas seriam atos jurídicos complexos envolvendo partes diversas. Portanto, embora tenha sido adotada a tradução do termo “*transaction costs*” como “custos de transação”, será realizada a tradução do termo isolado “*transaction*” como “ato negocial”.

direitos contratuais e reduzir a corrupção política. Essa abordagem ignora claramente aspectos distributivos das reformas institucionais. O objetivo é apenas formalizar títulos e aumentar a estabilidade jurídica, não levando em consideração as consequências distributivas. Esse viés se provou incapaz de induzir o desenvolvimento econômico em sociedades altamente desiguais – ou pior, serviu para cristalizar as desigualdades econômicas existentes, tornando-as muito mais difíceis de serem combatidas.

A tentativa de transformar tal estratégia numa convergência global em prol desse novo formalismo propiciou um aumento ainda maior dos conflitos advindos da desigualdade global. Uma alternativa a esse caminho poderia ser o retorno aos fundamentos da teoria institucional, articulando a metodologia analítica contemporânea com as teorias que contemplam as origens das assimetrias do poder de negociação e suas consequências para a alocação e distribuição de recursos na sociedade, seguindo a inspiração dos primeiros institucionalistas. Caso esse último caminho seja adotado, as chances de que a teoria institucional se torne uma teoria relevante para interpretar os problemas da desigualdade global aumentarão significativamente. Se assim não for, a teoria institucional cairá em outro período de esquecimento.

O momento atual é mais do que oportuno para que um novo movimento da teoria institucional transponha as diferenças existentes entre o seu primeiro e o seu segundo movimento. Como contribuição para esse processo, serão apresentadas duas tentativas de trilhar um caminho alternativo, aqui denominadas (i) análise dos custos da desigualdade e (ii) teoria cíclica do poder de negociação.

## 1. O PRIMEIRO MOVIMENTO DA TEORIA INSTITUCIONAL

O propósito deste capítulo é duplo: o primeiro objetivo é demonstrar como a teoria institucional desenvolveu-se e como foi influenciada pelo pensamento pragmático aplicado à análise econômica e jurídica; o segundo, demonstrar como tal desenvolvimento foi importante para inspirar um novo movimento da teoria institucional. Redefinir essa conexão ajudará a resolver a contradição entre os diagnósticos apresentados pela teoria institucional contemporânea e as soluções por ela propostas para os problemas da desigualdade global crescente.

O leitor ainda não familiarizado com essa literatura poderia pensar que uma troca de ideias entre o primeiro e o segundo movimento da teoria institucional seria natural e automática, levando em conta que a maioria dos autores contemporâneos se autoproclamam “neo” ou “novos” institucionalistas. Contudo, o segundo movimento desenvolveu-se mais como reação ao trabalho originário dos teóricos institucionais do que como decorrência dessas mesmas ideias e metodologias. Muitos autores do segundo movimento consideram que o trabalho dos teóricos pioneiros do institucionalismo é ideológico e carece tanto de base metodológica quanto de precisão teórica.

Nesta seção, será descrita a desconstrução, por parte dos primeiros teóricos institucionais, de certos conceitos tradicionais da economia e do direito, partindo-se sempre do tópico central da teoria institucional: o conceito de direito de propriedade. A desconstrução do conceito clássico de propriedade foi um passo fundamental para os desenvolvimentos futuros do primeiro movimento da teoria institucional, como o colapso da dicotomia entre público e privado e o foco nos atos negociais (*transactions*) como ponto central da análise jurídica e econômica.

A concentração no tema da propriedade justifica-se não apenas por ter sido o elemento central da primeira teoria institucional, mas também por constituir o ponto focal do segundo movimento. Mais importante ainda, o desenho institucional dos direitos reais é um aspecto crucial para identificar as causas da desigualdade econômica e das assimetrias na distribuição de riqueza. Esse último ponto é a razão pela qual a propriedade estava no âmbito das preocupações dos primeiros institucionalistas.

Inicialmente, portanto, será apresentado o conceito clássico de propriedade, desconstruído pelo primeiro movimento da teoria institucional. Em seguida, serão expostas as condições históricas, políticas e intelectuais resultantes da

consolidação do capitalismo industrial, as quais deram a tal conceito clássico um feito inadequado às condições econômicas e jurídicas do final do século XIX. Discutir-se-ão também alguns conceitos possibilitados por essa decomposição do entendimento clássico de propriedade, como a desconstrução da dicotomia entre público e privado e da abordagem individualista da análise econômica e jurídica, dos quais a análise de atos negociais emergiu como o novo argumento central da teoria econômica e jurídica centrada no desenvolvimento institucional.

## **1.1. O PAPEL ESSENCIAL DA PROPRIEDADE PARA A TEORIA ECONÔMICA E JURÍDICA DO DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL**

### **1.1.1. O CONCEITO CLÁSSICO DE PROPRIEDADE ROMANO E LIBERAL**

Talvez a contribuição mais significativa do pensamento institucional tenha sido o desenvolvimento de um conceito dinâmico de domínio (*ownership*). Como já mencionado, a ênfase no direito de propriedade é também um dos aspectos unificadores do primeiro e do segundo movimento do pensamento institucional. Ele é um importante elemento da definição dessa literatura como campo de estudo, conforme aqui proposto. A mencionada ênfase é natural, porquanto tais direitos são básicos para a mensuração das assimetrias do poder de negociação em uma sociedade. Os direitos reais representariam um acordo fundamental que define o *status* de indivíduos na sociedade, não sendo oriundos apenas da estrutura econômica, mas também de aspectos políticos e culturais.

A primeira hipótese deste trabalho é que a teoria institucional se desenvolveu como resultado da incapacidade dos conceitos clássicos de propriedade de explicar o papel do domínio nas economias capitalistas modernas. Assim, a partir do esforço para identificar um conceito dinâmico de propriedade privada, associado a uma justificativa plausível para o estado da distribuição de riqueza nas sociedades contemporâneas, pensadores institucionais desenvolveram um novo entendimento acerca das origens do domínio individual e um novo conceito de propriedade.

Essa afirmação será justificada pela argumentação de que os três conceitos básicos da teoria econômica e jurídica clássica desconstruídos pelo pensamento institucional – nomeadamente: (i) propriedade privada; (ii) separação entre público e privado; e (iii) racionalidade individualista – eram, na verdade, ideias pré-capitalistas tomadas por empréstimo do direito romano. Ao com-



parar certos conceitos da teoria liberal aos princípios jurídicos romanos, objetiva-se demonstrar que os pensadores liberais incorporaram certas ideias que eram adequadas a justificar a criação do Estado moderno, mas que também impunham limites ao desenvolvimento do capitalismo. Por essa razão, esses conceitos formalistas foram gradualmente abandonados na prática, ainda que dominassem a imaginação dos pensadores liberais.

Do mesmo modo, será argumentado que as desconstruções propostas pelos realistas jurídicos e economistas institucionais não se opunham ao desenvolvimento do capitalismo; muito pelo contrário, incorporaram a necessidade de reformas requeridas pelo sistema econômico para um estímulo maior ao seu desenvolvimento. Nesse sentido, as desconstruções dos institucionalistas originários estavam longe de ser ideologicamente contrárias ao capitalismo industrial como modo de organização social. O que se argumenta aqui é que a teoria institucionalista era, de fato, a mais adequada a dar suporte à expansão do capitalismo industrial.

O conceito clássico ou liberal de propriedade mencionado anteriormente pode ser resumido pela famosa definição de John Locke, segundo a qual toda pessoa tem o direito nato de controlar seu próprio corpo e, conseqüentemente, o direito ao produto de seu próprio trabalho, quando empregado na produção de bens comuns. Portanto, a propriedade seria um simples resultado do trabalho empregado na produção de bens que ainda não pertencem a outro indivíduo<sup>3</sup>.

A proposição de Locke está em harmonia com a justificação da propriedade privada no direito romano<sup>4</sup>, comum à maioria dos sistemas jurídicos nas

3 Cf. Locke, John. *Second Treatise of Government*. Indianapolis: Hackett, 1980, § 27: "Though the earth, and all inferior creatures, be common to all men, yet every man has a property in his own person: this nobody has any right to but himself. The labour of his body, and the work of his hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the state that nature hath provided, and left it in, he hath mixed his labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property" ("[e]mbora a terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, todo homem tem uma propriedade em sua própria pessoa: a este corpo ninguém tem nenhum direito, além dele mesmo. O trabalho de seu corpo, o trabalho de suas mãos, podemos dizer, é sua propriedade. Então, o que quer que ele retire do estado em que a natureza proveu e deixou, ele terá misturado com seu trabalho e acrescentado a isso algo que lhe é próprio e, desse modo, toma-o sua propriedade").

4 Tem-se por objetivo aqui entender como o direito romano impactou o desenvolvimento jurídico nas sociedades ocidentais que estavam sob sua influência. Nesse sentido, não se pretende apresentar um entendimento do direito romano enquanto prática anterior ao Código de Justiniano, mas como foi incorporado pelos modernos pensadores jurídicos britânicos e pela tradição continental. Existe uma afirmação de que o *common law* contemporâneo foi influenciado pelo direito romano em seu período pré-codificado. Por conseqüente, uma vez afirmado que a teoria liberal da propriedade – tanto no *common law* tradicional como na tradição de *civil law* – manteve o paradigma romano do direito de propriedade, seria aconselhável usá-la para

sociedades ocidentais. No *Digesto* de Justiniano, ou *Pandectas*, Ulpiano descreveu a justiça como a constante e perpétua vontade de dar a cada um o que é seu de direito<sup>5</sup>. Isso significa que os direitos individuais de propriedade e a distribuição de prerrogativas existem antes da justiça e da lei, antes mesmo do governo. É papel do direito preservar essa ordem natural. Para os contratualistas liberais, a sociedade civil existe para preservar direitos naturais, com base na decisão consciente de seus membros de cooperar e constituir um governo civil. Para os romanos, a *res publica* tinha por finalidade a utilidade comum dos cidadãos associados entre si com o consenso do direito<sup>6</sup>.

Aqui, pode-se identificar a ingenuidade da teoria liberal ao fornecer uma justificativa para o Estado moderno. A ideia central do liberalismo, derivada inicialmente de Hobbes e mais tarde incorporada por Locke, é que a ordem jurídica, resultante da transição do estado de natureza à sociedade civil, é justificada pela decisão coletiva de passar de uma conjuntura à outra, considerada superior. Para o direito romano, a ordem civil também resulta de uma escolha consciente que, todavia, não era justificada somente na vontade humana, mas também no consenso da divindade<sup>7</sup>. Todavia, não se pressupõe um estado de

investigar a teoria do direito romano pré-codificado. Todavia, como Savigny deixou claro, essa investigação tem limitações significativas, e a melhor fonte para entender o direito romano pré-codificado permanece a codificação fornecida por Justiniano. Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*. London: Littlewood & Company, 1831, p. 44: "If, in the first place, we consider the juridical works of Justinian, consequently, that form in which the Roman law has come down to modern Europe, we cannot but remark a season of decline in them. The nucleus of these codes is a compilation from the works of a classical age, which must now be regarded as lost and irrecoverable, and Justinian himself does not conceal this. This classical age, therefore, the age of Papinian and Ulpian, is that to which we have now to look, and we shall endeavor to give a sketch of the character and method of these jurists" ("[s] e, em primeiro lugar, considerarmos os trabalhos jurídicos de Justiniano, conseqüentemente, aquela forma pela qual o direito romano introduziu-se na Europa moderna, não podemos deixar de observar uma época de declínio naqueles. O núcleo desses códigos é a compilação dos trabalhos da era clássica, os quais agora podem ser considerados perdidos ou irre recuperáveis, e o próprio Justiniano não ocultou isso. Essa era clássica, por conseguinte, a era de Papiniano e Ulpiano, é para onde agora devemos olhar, e devemos nos empenhar para esboçar o caráter e o método desses juristas").

- 5 Ulp. 1 *reg.*, D. 1, 1, 10 pr.: "*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*" (Ulpiano <no livro> 1º Das regras, D. 1, 1, 10 pr.: "Justiça é a vontade constante e perpétua de atribuir a cada um o seu direito").
- 6 CICERO, *De re publica*, I, 25, 39: "*Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*" (CICERO, *Da República*, I, 25, 39: "A 'coisa pública' é, portanto – disse Cipião – coisa do povo; e o povo não é um conjunto de homens reunido de qualquer modo, mas um conjunto de homens associado por utilidade comum e com consenso do direito").
- 7 A teoria mais aceita acerca da origem de Roma é a gentilícia, isto é, a que a atrela a fundação da cidade a uma federação de *gentes*, nos modos próprios do povo latino. Cf. DE MARTINO, Francesco. *Storia della costituzione romana*. 2ª ed. Napoli: Jovene, 1972, p. 42; DE FRANCISCI, Pietro. *La comunità sociale e politica romana primitiva. Studia et Documenta Historiae et Iuris*, v. 22, p. 1-80, 1956. Tratou-se da escolha política a partir da qual sabinos, etruscos, latinos (entre outros) criaram

natureza anterior, mas a união de comunidades (*gentes*) que já tinham as próprias regras e costumes, sendo necessária a construção de um direito comum a todos os cidadãos romanos, independentemente da *gens* de origem, a saber, o *ius civile*.

A despeito das diferenças, há, entre as duas abordagens, uma semelhança mais fundamental. Para a teoria liberal, no paradigma lockiano, e também para o direito romano, o objetivo da sociedade civil é proteger os direitos civis e os títulos de propriedade.

Independentemente das origens da ordem jurídica, o direito de propriedade é central em ambas as teorias. Para Ulpiano, o direito é resultado do trabalho honesto, que nenhum dano inflige a terceiros, resultando que todos têm o que é seu<sup>8</sup>.

Se analisarmos o conceito romano de direito na perspectiva da definição de propriedade idealizado por Locke, resumida como a ideia de que propriedade é o resultado do trabalho aplicado a bens comuns, podemos identificar claramente que o conceito de direito proposto por Ulpiano, como um resumo da doutrina jurídica de seu tempo, nada mais é que a concepção de Locke de propriedade aplicada aos direitos juridicamente tutelados e títulos de propriedade em geral. A ideia de trabalho honesto como fonte de direitos claramente toma como certo que tais direitos resultam do trabalho para o qual os bens de outros não são utilizados, o que, caso contrário, seria desonesto. A desonestidade, a aplicação do trabalho a bens pertencentes a outros, invalidaria a reivindicação de propriedade.

---

uma nova comunidade política sobre o Palatino, não ligada, porém, a fatores como identidade de língua, religião e cultura, mas a razões geopolíticas relativas ao objetivo de controle conjunto do comércio do sal, cujo canal era a Ilha Tiberina. Nesse sentido, a fundação de Roma não pode ser explicada com base no conceito de nação, o qual justificou, ao menos em tese, a criação dos Estados modernos. Com relação ao consenso da divindade, o próprio relato da fundação de Roma por Tito Lívio destaca que Rômulo e Remo, ambos mestres da arte augural, buscaram interpretar a vontade divina em relação à fundação da cidade e a determinação do rei por meio da interpretação de sinais naturais, a saber, o número de pássaros vistos por cada um. Remo, situado no Aventino, vê primeiro seis pássaros; Rômulo, situado no Palatino, vê posteriormente doze pássaros. Na *interpretatio* augural, cada pássaro significava cem anos de vida da cidade prestes a se fundar. O episódio relatado por Tito Lívio no livro I de sua *História de Roma* (que levará à morte de Remo) demonstra que a cidade nasce a partir de uma controvérsia relativa à interpretação das regras jurídico-religiosas existentes no momento de sua fundação. Um dado significativo é que Rômulo e Remo eram gêmeos, de modo que era impossível decidir com base na primogenitura a quem caberia o primado político sobre a cidade que se fundava.

8 Cf. Ulp. 1 *reg.*, D. 1, 1, 10, 1: "*luris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*" (Ulpiano <no livro> 1º Das regras, D. 1, 1, 10, 1: "Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não lesar outrem, dar a cada um o seu").

A segunda ideia sobre o conceito de direito de Ulpiano incorpora outra compartilhada pelas teorias jurídicas romana e liberal. Trata-se da compreensão de que o trabalho empregado em bens de propriedade alheia pode ser um mecanismo válido para adquirir direitos apenas se nenhum dano for causado aos proprietários originais. Em linhas gerais, isso significa que, se tal uso for aceito pelos donos anteriores, não haverá dano. A ideia é que, num contrato entre duas partes, se não houver violência ou ameaça e o uso for baseado na vontade consciente do dono, tratar-se-á de um mecanismo honesto para aquisição de direitos. As ideias subjacentes são o conceito de indivíduo como agente racional e a percepção de que contratos entre indivíduos requerem um ambiente não violento. Esses elementos caracterizavam a esfera privada ideal na teoria jurídica romana e na liberal. De fato, na teoria liberal, a ideia da esfera privada como pacífica foi confundida com o próprio conceito de liberdade, como será discutido adiante.

Anteriormente, fez-se menção aos três conceitos básicos do pensamento econômico e jurídico clássico, que foram desconstruídos pela primeira teoria institucional: (i) a propriedade privada; (ii) a separação entre público e privado; e (iii) a ideia do indivíduo como agente racional do mercado. Essa desconstrução também atingiu as duas ideias por trás desses conceitos: (a) a concepção individualista de direitos e (b) a esfera privada como um espaço de não violência. Agora, será descrita brevemente a contradição relacionada a tais ideias na teoria liberal, antes de demonstrarmos como tal contradição expôs a inadequação desses conceitos para apoiar o desenvolvimento institucional nas sociedades capitalistas.

### 1.1.2. A PRIMEIRA IDEIA BÁSICA: O CONCEITO DE DIREITOS INDIVIDUAIS

Como mencionado anteriormente, a ideia essencial do liberalismo é que há um benefício intrínseco em abandonar o estado de natureza e adentrar a sociedade civil. Esse é o argumento mais importante apresentado por Hobbes no *Leviatã*. Nesse sentido, a questão filosófica básica que o liberalismo clássico tentou resolver foi o motivo que nos leva a viver em sociedade civil, partindo da ideia de que vivemos em sociedade civil e que ela é melhor que o conceito idealizado de estado de natureza. Locke fundamentou sua teoria nessa constatação basilar de Hobbes, mas sua descrição dos custos e benefícios da sociedade civil é diferente. Essa diferença é motivada pela tentativa de demonstrar que a propriedade privada era um direito já existente no estado de natureza,

antes mesmo do desenvolvimento da sociedade civil, o que não está claro na estrutura proposta por Hobbes.

Para Hobbes, não há possibilidade de proteger direitos no estado de natureza, porque não há um terceiro para mediar conflitos entre os indivíduos. Para ele, a lei fundamental da natureza consiste em que todas as pessoas devem buscar a paz, mas podem usar todos os meios disponíveis para proteger a si próprias<sup>9</sup>. A sociedade civil, os direitos individuais e as liberdades são o resultado da segunda lei da natureza, derivada diretamente da primeira. Se o princípio fundamental da natureza é buscar a paz, ao mesmo tempo que protegemos a nós mesmos das ameaças, o segundo princípio é que toda pessoa pode, de acordo com outras pessoas, abrir mão desse direito de exercer a força, criando uma relação recíproca na qual cada pessoa tenha a mesma quantidade de liberdade que as outras teriam em condições similares<sup>10</sup>. Portanto, para Hobbes, as leis da natureza apenas criam as condições para o desenvolvimento da sociedade civil. A grande perspicácia de Hobbes, em que ele se afastou da tradição derivada do direito romano, foi a de sustentar a autoridade de leis naturais que derivavam exclusivamente da razão (e não de uma divindade ou tradição herdada de ancestrais) e propor um ponto de partida racional para a criação dos direitos individuais, qual seja a sociedade civil.

Locke compreendeu as múltiplas consequências de tal proposição, a qual justificaria quaisquer reformas institucionais que mudassem a relação entre governo e indivíduos, bem como a relação entre os indivíduos. Consequentemente, o paradigma hobbesiano criaria a possibilidade de uma total reorganização do direito privado, afastando-se dos conceitos inseridos na civilização ocidental pela dispersão do direito romano. Para Locke, e provavelmente também para todos aqueles que tomaram seu conceito de propriedade como paradigma, esse não era um resultado desejável.

---

9 Para Hobbes, a lei fundamental da natureza é: “[T]hat every man ought to endeavour Peace, as farre as he has hope of obtaining it; and when cannot obtain it, that he may seek, and use, all helps, and advantages of Warre” (“cada homem deve empenhar-se pela paz, na medida em que tenha esperança de obtê-la; e, quando não puder obtê-la, que possa buscar e usar todos os recursos e vantagens da guerra”). Cf. HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University, 1996, p. 92.

10 A segunda lei natural de Hobbes é: “[T]hat a man be willing, what the others are so too, as far forth as for peace and defence of himself he shall deem necessary, to lay down this right to all things; and be contented with so much liberty against other men as he would allow other men against himself” (“que um homem esteja disposto, e outros também estejam, a ir até o extremo pela paz e em defesa de si mesmo, como pensar ser necessário para estabelecer esse direito a todas as coisas; e que se contente com tanta liberdade contra outros homens quanto ele possa permitir de outros homens contra si mesmo”). Cf. HOBBS, Thomas. *Leviathan*, cit., p. 92.

Para impedir que as reformas liberais invadissem o direito privado, Locke propôs um conceito diferente de estado de natureza. A contribuição essencial de Locke para a teoria liberal, que mantém a influência jurídica romana no direito privado, foi dividir o estado de natureza em dois: (i) o estado de natureza propriamente dito e (ii) o estado de guerra. O estado de natureza de Locke era muito menos violento e conflituoso que o de Hobbes, uma vez que Locke tomou como ponto de partida o fato de que todo homem era igual e racional. Baseado nesse conceito de natureza humana, ele propôs que cada pessoa seria capaz de reconhecer e respeitar o direito à propriedade alheia<sup>11</sup>.

Isso denota uma diferença marcante em relação ao conceito de natureza humana de Hobbes. Para Hobbes, o único elemento de igualdade humana era o fato de que cada pessoa tem a capacidade de matar outra, e que tememos igualmente sermos mortos por outros<sup>12</sup>. Seu argumento para a igualdade era essencialmente descritivo, pois, de fato, qualquer pessoa, não importando sua força física, pode ser vítima de assassinato enquanto dorme, ou por envenenamento, por exemplo, o que acontecia correntemente entre aqueles que disputavam o poder político naquele período histórico. Alternativamente, Locke apresentava um conceito normativo da natureza humana como racional e igual. Para Locke, o estado de guerra era uma exceção ao estado de natureza. Ele mencionou claramente que “a diferença básica entre o estado de natureza e o estado de guerra, que alguns homens, entretanto, confundem, é que esses estão tão distantes um do outro quanto um estado de paz, de boa vontade, assistência mútua e preservação está distante de um estado de inimizade, malícia, violência e destruição mútua”<sup>13</sup>. Esse argumento vai diretamente contra Hobbes e sua famosa

---

11 A definição de Locke do direito natural é: “The state of nature has a law of nature to govern it, which obliges every one: and which is that law teaches all making, who will but consult it, that being all equal and independent, no one ought to harm another in his life, health, liberty, or possessions” (“[o] estado de natureza tem uma lei natural para governá-lo, a qual obriga a todo mundo: e é que esta lei ensina todos que fazem, que a consultam, que, sendo todos iguais e independentes, nenhum deve prejudicar a outro em sua vida, saúde, liberdade ou posses”). Cf. LOCKE, John. *Second Treatise of Government*, cit., § 6.

12 “For as to the strength of body, the weakest has strength enough to kill the strongest, either by secret machination or by confederacy with others that are in the same danger with himself” (“[q]uanto ao vigor do corpo, o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, por maquinação secreta ou pela confederação com outros que estão no mesmo perigo que ele”). Cf. HOBBS, Thomas. *Leviathan*, cit., p. 87.

13 No original: “the plain difference between the state of nature and the state of war, which however some men have confounded, are as far distant, as a state of peace, good will, mutual assistance and preservation, and a state of enmity, malice, violence, and mutual destruction, are one from another”. Cf. LOCKE, John. *Second Treatise of Government*, cit., § 19.

descrição do estado de natureza como um estado de “medo contínuo e perigo de morte violenta” no qual a vida seria “solitária, pobre, reles, brutal e curta”<sup>14</sup>.

Essa diferença na idealização do estado da natureza influencia as justificativas propostas por ambos para a sociedade civil. Se, para Hobbes, a sociedade civil é uma melhoria desejável em relação ao estado anterior das coisas, justificada pelo fato de evitar a violência, para Locke a sociedade civil é uma tentativa de impedir o estado de guerra e preservar certos direitos individuais que já existiam no estado de natureza, como o direito à vida e à propriedade.

A diferença é sutil, mas significativa em termos de como o direito de propriedade é entendido. Eis o conceito de propriedade de Locke, em suas próprias palavras: “todo homem tem uma propriedade em sua própria pessoa: a essa ninguém tem qualquer direito, a não ser ele mesmo. O trabalho de seu corpo, e o trabalho de suas mãos, podemos dizer, são apropriadamente seus”<sup>15</sup>. No paradigma dos direitos naturais de Hobbes, apenas a primeira parte da afirmação de Locke seria corroborada, uma vez que, para Hobbes, toda pessoa tem direito a dispor sobre seu próprio corpo. A segunda parte da declaração de Locke, relacionada à aquisição de propriedade por meio da aplicação do trabalho a bens comuns, não é sustentada pelo entendimento de Hobbes sobre o estado de natureza.

Por um lado, para Hobbes, o estado de natureza é também um estado de escassez, no qual as pessoas lutam umas contra as outras pelos bens necessários à sobrevivência. Portanto, a ideia de bens comuns simplesmente não existe, já que é a escassez que aproxima os indivíduos para viverem em sociedade. Por outro lado, a concepção do estado de natureza de Locke é uma versão idealizada de sociedades primitivas, nas quais todos os bens estão disponíveis para aquisição e a escassez não é relevante. Nesse sentido, Locke afasta-se das proposições radicais articuladas por Hobbes e retorna à tradição romana de considerar a propriedade como um resultado do trabalho honesto aplicado a bens que não são ainda de propriedade de outro indivíduo, bem como um direito protegido do governo civil, já que se baseia num estado de coisas anterior. Para Locke, a sociedade civil foi criada com o fim de proteger os direitos individuais, especialmente o direito à propriedade privada e seus institutos correlatos.

---

14 No original: “solitary, poor, nasty, brutish, and short”. Cf. HOBBS, Thomas. *Leviathan*, cit., p. 89.  
 15 No original: “every man has a property in his own person: this nobody has any right to but himself. The labour of his body, and the work of his hands, we may say, are properly his”. Cf. LOCKE, John. *Second Treatise of Government*, cit., § 27.

Esse argumento desenvolvido por Locke foi motivado por razões políticas, ao invés de fundamentado numa crítica significativa ao conceito hobbesiano de direitos naturais. No paradigma de Hobbes, a propriedade não é um direito natural, mas um direito civil criado pelo soberano. Portanto, o soberano poderia tanto transformar certos direitos em privilégios de determinados grupos quanto transferir privilégios de alguma classe, como a nobreza, para as suas próprias mãos. Por conseguinte, o soberano teria muito mais liberdade para distribuir direitos e, conseqüentemente, riqueza. Por essa razão, Locke desenvolveu um argumento por meio do qual seria possível questionar algumas estruturas de propriedade, mas os fundamentos subjacentes do direito de propriedade permaneceriam intactos.

Nesse sentido, a contribuição de Locke foi harmonizar a argumentação liberal de Hobbes, concebida para justificar os Estados-nação modernos, com a estrutura do direito privado herdada do direito romano. Apesar de a teoria de Hobbes basear-se essencialmente na liberdade individual de participar da sociedade civil, não havia uma clara oposição a sistemas de propriedade coletiva, nem elementos para separar o direito público do privado, e tampouco – o que é mais importante –, limites ao poder do soberano de reorganizar o sistema de propriedade privada. Isso era uma ameaça à tradição do individualismo herdada da civilização greco-romana por meio das instituições jurídicas, similar à ameaça do progresso do socialismo prevista pelos pensadores liberais contemporâneos<sup>16</sup>.

---

16 "How sharp a break not only with the recent past but with the whole evolution of Western civilization the modern trend toward socialism means becomes clear if we consider it not merely against the background of the nineteenth century but in a longer historical perspective. We are rapidly abandoning not the views merely of Cobden and Bright, of Adam Smith and Hume, or even of Locke and Milton, but one of the salient characteristics of Western civilization as it has grown from the foundations laid by Christianity and the Greeks and Romans. Not merely nineteenth- and eighteenth-century liberalism, but the basic individualism inherited by us from Erasmus and Montaigne, from Cicero and Tacitus, Pericles and Thucydides, is progressively relinquished" ("[a] intensidade da ruptura, não apenas com o passado recente mas com toda a evolução da civilização ocidental, que a tendência moderna em direção ao socialismo representa, torna-se clara se a considerarmos não meramente no contexto do século dezanove, mas numa perspectiva histórica mais longa. Estamos abandonando rapidamente não apenas as opiniões de Cobden e Bright, de Adam Smith e Hume, ou ainda de Locke e Milton, mas uma das características mais salientes da civilização ocidental, conforme se desenvolveu a partir dos fundamentos estabelecidos pelo cristianismo e pelos gregos e romanos. Não meramente o liberalismo dos séculos XIX e XVIII, mas o individualismo básico herdado por nós de Erasmo e Montaigne, de Cicero e Tácito, de Péricles e Tucídides tem sido abandonado progressivamente"). Cf. HAYEK, Friedrich August von. *The Road to Serfdom*. Chicago: University of Chicago, 1994, p. 17.



### 1.1.3. A SEGUNDA IDEIA BÁSICA: ESFERA PRIVADA NÃO VIOLENTA

Conforme mencionado anteriormente, na teoria liberal contemporânea, a ideia de uma esfera privada não violenta é equivalente à noção de liberdade e, por vezes, considerada o conceito essencial da teoria liberal. Contudo, essa ideia não é exclusividade do liberalismo. Também para o direito romano, o direito de propriedade individual era resultado do trabalho honesto, em que nenhum dano era infligido a outros. Desse modo, fica claro que, para certas civilizações antigas, a esfera privada era também entendida como a esfera da liberdade e da não violência.

Essa influência do direito romano é clara no mais questionado conceito liberal de liberdade: o princípio do dano de Mill. Ele afirma que o indivíduo tem soberania sobre seu corpo e mente, e a única razão pela qual o poder pode ser exercido sobre ele contra a sua vontade é a de evitar danos a outrem<sup>17</sup>. Com essa proposição, Mill articula duas concepções de liberdade que dominaram o debate filosófico antes dele: (i) a ideia de liberdade contra a tirania, baseada em direitos naturais (Locke) e na separação dos poderes (Montesquieu) e (ii) a ideia de liberdade como soberania do povo<sup>18</sup>. Desse princípio da soberania do povo, três liberdades seriam derivadas: liberdade de consciência, liberdade de gosto e liberdade de contratar.

O princípio de Mill é o lado reverso do conceito romano de direitos. Para Ulpiano, um direito seria legítimo se nenhum dano fosse causado a outrem. Para Mill, se houver dano a outrem, os direitos individuais podem ser suspensos e a interferência social na esfera privada pode ser legitimada. Por conseguinte, a única forma de violência legítima seria o exercício da força por parte do governo para impedir que um indivíduo prejudique outro. Desse modo, a esfera privada na sociedade civil estaria livre da violência.

O argumento subjacente é basicamente o mesmo, mas fica claro que o conceito de Mill é focado na justificação de transferências de direitos, em vez da sua atribuição original, similarmente ao que pode ser inferido das concep-

17 MILL, John Stuart. *On Liberty and Other Essays*. Oxford: Oxford University, 1998, p. 13-14.

18 Mill enfatiza diretamente essa ideia, demonstrando os limites do primeiro conceito (porque não oferece um critério para impedir a interferência do governo nos negócios privados) e do segundo (porque, conforme o argumento de Tocqueville da tirania da maioria, o soberano de um povo não poderia abonar a soberania do indivíduo). As diferenças entre os conceitos de liberdade seriam mais tarde revisitadas por Isaiah Berlin e classificadas como liberdade negativa e positiva, e o argumento integrativo de Mill foi novamente entendido como o paradigma para ambas as articulações. Cf. BERLIN, Isaiah. *Two Concepts of Liberty*. Oxford: Clarendon, 1958.

ções romanas. Ele menciona não apenas que o governo deveria proteger a atual distribuição de títulos de propriedade, mas também que não deveria interferir na liberdade individual de intercambiá-los. Apesar de não ser inteiramente original, essa ideia é considerada de suma importância para a teoria liberal contemporânea, uma vez que o debate a respeito da justificativa da distribuição de riqueza deslocou-se das teorias que tratam das origens da propriedade privada para as que discutem mecanismos de transferência legítima. Foi um salto dos direitos reais para os direitos contratuais.

Porém, se observarmos os debates contemporâneos mais de perto, é fácil identificar que os argumentos que tentam fornecer critérios para direitos contratuais legítimos estão também fundamentados no conceito de direitos reais legítimos. Por exemplo, a famosa teoria de Nozick da transferência justa de títulos de propriedade baseia-se em três regras: (i) os títulos de propriedade são adquiridos segundo o “princípio de justiça na aquisição de títulos de propriedade”; (ii) alguém que adquira um título de propriedade de outra pessoa por meios legítimos passa a ter direito a tal propriedade; e finalmente, embora redundante, (iii) ninguém pode ser portador de um título de propriedade sem a observância das duas regras anteriores. Isso quer dizer que “o princípio completo de justiça distributiva diria simplesmente que uma distribuição é justa se alguém é habilitado aos títulos que possui de acordo com a distribuição”<sup>19</sup>. Ulpiano havia dito isso alguns séculos antes<sup>20</sup>.

Demonstra-se assim que, apesar de o debate sobre questões distributivas nas últimas décadas ter se concentrado na liberdade contratual, o âmago da questão da distribuição de riqueza ainda é a origem do direito de propriedade. A “liberdade na esfera privada” não é apenas um conceito fundamental à ideia de liberdade contratual. É também uma concepção subjacente a um problema mais essencial: justificar a atribuição original do direito de propriedade, uma vez que não apenas a transferência de títulos precisa ser feita sem o recurso da violência para ser legítima, mas também a sua atribuição original não deve basear-se na violência.

Ademais, o argumento da não violência na esfera privada não é a única peça na formação da teoria clássica de direitos contratuais e de propriedade,

---

19 Cf. NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. New York: Basic, 1974, p. 151.  
20 Ulp. 46 *ad ed.*, D. 50, 17, 54: “*Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*” (Ulpiano <no livro> 46 <de comentários> ao edito, D. 50, 17, 54: “Ninguém pode transferir a outrem um direito de extensão maior daquele que ele próprio dispõe”).

mas incluem-se também os conceitos da dicotomia entre público e privado e do indivíduo como agente racional do mercado. Por essa razão, a desconstrução de tais conceitos pela teoria institucional afastou-se de uma crítica contundente à ideia de liberdade na esfera privada, como será descrito em detalhes a seguir<sup>21</sup>.

#### 1.1.4. OS DESAFIOS DO CAPITALISMO INDUSTRIAL AO CONCEITO CLÁSSICO DE PROPRIEDADE

A velocidade crescente do processo de industrialização ao longo do século XIX desafiou o consenso em torno do conceito romano/liberal de propriedade privada. A industrialização necessitava de estruturas de propriedade mais complexas, que quase sempre entrariam em confronto com as abordagens ao direito de propriedade no âmbito da teoria liberal descritas anteriormente.

A liberdade essencial requerida pelo capitalismo não é a liberdade de ter propriedade sobre bens, apesar de qualquer possível privilégio do governo ou de uma classe de indivíduos; é a liberdade de participar lucrativamente da economia de mercado, com ou sem concorrência. Portanto, numa economia dinâmica, é possível tanto superar o princípio da propriedade privada, se esse vier a criar barreiras para a concorrência (p. ex., quebrando um monopólio), como também criar um privilégio para o domínio de certos tipos de bens, uma vez que se entenda que a concorrência num dado setor impediria que qualquer agente se envolvesse eficientemente em tal atividade econômica (p. ex., monopólios naturais). Em outras palavras, qualquer estrutura de propriedade é possível caso forneça ao agente os meios para obter lucros por meio do trabalho e capital investidos na atividade econômica. A propriedade, então, fica desprovida de qualquer elemento essencial a fim de adaptar-se às exigências pragmáticas de empreendedores capitalistas.

O melhor exemplo disso foi o surgimento da propriedade intelectual. Em primeiro lugar, é muito difícil identificar o que é e o que não é um bem comum ao discutir a propriedade sobre ideias. Portanto, a existência de direitos de propriedade intelectual demonstra a primeira fraqueza do conceito de propriedade privada de Locke quando aplicado às sociedades industriais, que é a dificuldade de qualificar bens como comuns ou privados sem recorrer a um sistema já estabelecido de direitos reais.

---

21 Para a relevância da violência na definição de direito de propriedade numa perspectiva institucionalista, vide 2.3.3 (v) abaixo.

Por exemplo, é possível para um sistema jurídico qualificar todas as ideias ainda não protegidas por direitos de propriedade intelectual como bens comuns. Todavia, não é possível conceber que ideias em geral sejam bens comuns, pois elas não são um elemento da natureza que existe independentemente dos indivíduos. Para cada ideia, é possível encontrar um criador; se não um indivíduo, ao menos um criador coletivo, como um povo específico<sup>22</sup>. O conceito de bem comum é identificado apenas quando o sistema jurídico estabelece limites para apropriação de ideias, e todas as ideias que não se enquadrem nos pré-requisitos podem ser consideradas “bens comuns”. Em seguida, é possível considerar que o trabalho de um indivíduo para criar inovações baseadas em ideias comuns poderia gerar uma propriedade privada sobre essa originalidade em particular, essa pequena parte que foi agregada aos bens comuns. Esse processo seria similar àquele descrito por Locke.

Porém, na maior parte dos ordenamentos jurídicos, a propriedade intelectual não é um direito perene. Tem uma duração limitada, a fim de evitar monopólios e estimular a concorrência. Conseqüentemente, apresenta dois desafios à concepção clássica de direito de propriedade, no sentido de que o conceito de bem comum é criado artificialmente e os direitos individuais têm duração limitada por lei. Em ambos os casos, essas variações foram necessárias para aumentar a participação de novos agentes na economia e estimular o crescimento industrial. Os direitos de propriedade intelectual são criados ou limitados para regular um equilíbrio complexo entre investimento recompensador em inovação e prevenção da criação de monopólios privados. Não é possível argumentar que eles estejam, de qualquer maneira, baseados no entendimento das origens da propriedade como trabalho aplicado a bens comuns, como proposto por Locke.

Considerando tais desafios, a solução poderia ter sido abandonar a abordagem de Locke acerca das origens do direito de propriedade ou tentar re-

22 É o caso do conhecimento tradicional. Certas comunidades indígenas têm conhecimento das propriedades terapêuticas de certas ervas. Esse conhecimento pode ser considerado uma propriedade intelectual da comunidade indígena, em vez de um bem comum, porque é possível identificar que tais ideias se desenvolveram nesse grupo, mesmo que não seja possível identificar qual foi a contribuição individual de cada membro do grupo e quando surgiram. Contudo, a maior parte dos ordenamentos jurídicos não reconhece o conhecimento tradicional de certas comunidades como objeto de direitos de propriedade intelectual. Portanto, se uma companhia farmacêutica cria um remédio com base no conhecimento adquirido das comunidades locais sobre o uso que fazem de ervas medicinais, a patente do remédio pertencerá só à companhia farmacêutica, porque o remédio foi desenvolvido com base em bens comuns, que são conhecimento tradicional. Cf. DRAHOS, Peter; Frankel, SUSY (Orgs.). *Indigenous Peoples' Innovation: Intellectual Property Pathways to Development*. Canberra: ANU, 2012.

formulá-la. Contra todas as previsões, muitos autores do final do século XIX ainda optaram pelo segundo caminho. Os desafios a esse tipo de reconstrução eram imensos. A industrialização não apenas desafiou o conceito naturalista de propriedade privada de uma perspectiva jurídica, mas também mudou a maneira pela qual as pessoas entendiam a propriedade no dia a dia. A ideia de propriedade tornou-se fluida, mudando mais rápido que outrora. A propriedade tornou-se apenas uma ideia vaga por detrás do conceito de capital, que é a percepção que os outros têm sobre a aptidão de um terceiro a gerar riqueza<sup>23</sup>.

Essa realidade exigiu uma nova justificativa para a distribuição de riqueza, não relacionada ao nosso passado primitivo distante, a um estado de natureza idealizado. A mais famosa tentativa de apresentar tal justificativa, sem afastar-se totalmente do paradigma clássico, foi empreendida por John Bates Clark em sua “teoria da produtividade marginal”. Ela propunha que, num mercado aberto, fatores de produção como trabalho, terra e capital seriam remunerados em atenção à sua contribuição marginal à produção. Essa teoria foi, na realidade, apenas uma tentativa de explicar como os lucros das atividades capitalistas seriam divididos, sem envolver-se em debates relacionados ao conceito filosófico de propriedade privada. Voltou-se às preocupações da opinião pública, mas não se ocupou das mudanças profundas na estrutura da propriedade privada. Entretanto, essa teoria acabou por dar cores modernas à ideia de Locke de que a propriedade é o resultado do trabalho aplicado a bens comuns, apenas através da redefinição de bens comuns como lucro, e da divisão do que Locke chamou de trabalho em três categorias: o trabalho propriamente dito, terra e capital.

O conceito de trabalho para Clark era o mesmo que para Locke, com a diferença de que Clark estava fazendo referência apenas aos trabalhadores não capitalizados, em oposição a empreendedores capitalizados, que obteriam sua renda da terra ou do capital. Esses dois conceitos, terra e capital, só podem ser considerados distintos se entendermos por capital não apenas dinheiro ou propriedade, mas um conceito mais dinâmico de capital, considerado como a capacidade de gerar riqueza<sup>24</sup>.

---

23 Essa ideia moderna de capital econômico como propriedade foi desenvolvida pelos teóricos institucionais, e será detalhada nas seções seguintes. Essa é também uma percepção essencial em relação à nova direção da teoria institucional, na qual o capital torna-se uma medida básica de poder, não apenas econômico, mas também político, cultural e jurídico.

24 Clark, de fato, não apresentou conceitos de capital e terra. Sua argumentação foi baseada unicamente na aproximação do conceito de capital com os de companhias e organizações industriais

Nesse sentido, o conceito de capital está mais ligado à capacidade do empreendedor de elaborar novas formas de produção, do que à capacidade do investidor de fornecer dinheiro ao empreendedor. Por conseguinte, a terra seria o bem resultante de uma atividade econômica passada e o capital consistiria nos bens imateriais relacionados à possibilidade de aumentar a produção. Não é seguro que Clark concordaria com tais definições, mas a separação entre terra e capital baseada simplesmente nas interpretações correntes oferece muito pouco espaço para análises ulteriores<sup>25</sup>.

Essa interpretação generosa do argumento de Clark significaria que a renda para qualquer pessoa sem capital seria derivada do trabalho empregado apenas em bens, e outras pessoas se beneficiariam também dos aluguéis de seus bens (terra) ou do valor de mercado de suas ideias (capital). O mercado determinaria o valor da contribuição do trabalho, da terra e do capital com base na escassez e demanda de cada fator.

No fim, isso não apresenta uma justificativa alternativa para a propriedade. Clark estava claramente seguindo a tradição naturalista de justificar a riqueza com base nos direitos individuais e na concepção geral de honestidade, conforme idealizada por juristas romanos e incorporada por pensadores liberais. Um de seus comentários evidencia essa conexão: “a cada homem seu produto, seu produto inteiro e nada mais que seu produto”<sup>26</sup>. A semelhança com o argumento de Ulpiano de que a justiça deve assegurar que cada um tenha o que lhe é devido com base no trabalho honesto não é meramente casual. Pode ter sido inconsciente, mas não incidental.

do seu tempo, em oposição à propriedade sobre terras. Porém, é razoável presumir que os conceitos de David Ricardo de aluguel na propriedade sobre a terra e capitalização industrial baseados no empreendimento deram subsídios a tal argumento. Cf. CLARK, John Bates. *The Moral Outcome of Labor Troubles. New Englander and Yale Review (1886-1892)*, v. 9, nº 195, p. 533-536, 1886, p. 534.

25 Em termos de análise de conceitos de capital, Clark não parece tampouco estar alinhado com economistas marginalistas. Walras, por exemplo, separou os elementos de produção apenas entre capital e renda, incluindo em capital o trabalho, a terra e o consumo de bens duráveis, enquanto o consumo de bens não duráveis seria renda. Para ele, capital era toda riqueza social que não era consumida ou era consumida apenas a longo prazo. Cf. WALRAS, Léon. *Éléments d'économie politique pure ou Théorie de la richesse sociale*. Lausanne: L. Corbaz & Cie, 1874, p. 213: “J'appelle [...] *capital* en général toute espèce de richesse sociale qui ne se consomme point ou qui ne se consomme qu'à la longue” (“[e]u denomino [...] *capital* em geral toda espécie de riqueza social que não seja consumida ou que demora para ser consumida”).

26 “To every man his product, his whole product and nothing but his product”. Cf. CLARK, John Bates. *The Law of Wages and Interest. The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 1, p. 43-65, July 1890, p. 44.

O argumento de Clark foi muito influente, não porque resolvesse algum problema relacionado à justificativa da propriedade de acordo com a teoria liberal diante dos desafios da industrialização, muito menos porque fosse considerado uma teoria econômica sólida, mas, sim, por seu cunho ideológico, haja vista seu argumento de que a concentração de riqueza e renda era justificada pelas leis de mercado e concorrência, e que isso estava de acordo com os valores morais de honestidade e laboriosidade. No entanto, nem Clark nem quaisquer de seus seguidores conseguiram fornecer provas empíricas de sua proposta, e por essa razão a influência desse argumento começou a cair vertiginosamente a partir do começo do século XX, mesmo sendo ainda muito atraente de uma perspectiva política<sup>27</sup>.

A proposta de Clark era nitidamente insuficiente para justificar a distribuição de riqueza no capitalismo moderno. Por exemplo, podem ser retomados os problemas discutidos anteriormente com relação aos limites do conceito liberal de propriedade para justificar a disciplina da propriedade intelectual e aplicá-los à teoria de Clark. A propriedade intelectual entendida como capital será remunerada no processo de produção de acordo com seu benefício marginal. Contudo, tal renda será distribuída entre os titulares da propriedade intelectual de acordo com regras que determinam quem possui o quê e por quanto tempo. Regras determinam quais ideias são consideradas bens comuns ou não, até que ponto alguém pode continuar copiando outrem e o que se considera uma inovação ou não. Por conseguinte, a distribuição de renda, riqueza e propriedade não é determinada apenas pela concorrência no mercado, mas também pelas normas que moldam a concorrência, como os direitos de propriedade intelectual.

Este era o problema essencial do conceito clássico de propriedade naquele tempo: a tentativa de justificar a propriedade e a distribuição de riqueza com base em princípios dogmáticos que teoricamente não podiam ser questionados, mas que, na prática, eram questionados pelo capitalismo moderno todos os dias. A proposição de Clark era particularmente interessante para a opi-

27

Ainda entre os pensadores liberais contemporâneos, o argumento de Clark perdeu seu apelo intelectual devido à incapacidade de ser demonstrado na prática. Como afirmou Robert Nozick: "No workable or coherent value-added-property-scheme has yet been devised, and any such scheme presumably would fall to objections similar to those that fell the theory of Henry George" ("[a]inda não foi desenvolvido qualquer esquema de propriedade de valor agregado funcional ou coerente, e qualquer esquema desse tipo estaria presumidamente sujeito a objeções similares às quais a teoria de Henry George foi suscetível"). Cf. Nozick, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*, New York: Basic, 1974, p. 175.

nião pública da época, porque abordava um certo senso de injustiça resultante do capitalismo moderno, em que duas pessoas com capacidades equivalentes, trabalhando uma tanto quanto a outra, poderiam ter rendas diferentes. Essa aparente injustiça seria considerada justa porque o mercado atribuía valores diferentes à mão de obra de cada uma delas. Mas ainda não estava claro por que algumas pessoas podiam ter renda ainda mais alta sem exercer nenhum trabalho, apenas porque tinham propriedade sobre terras ou capital. Clark mencionou a existência dessa injustiça, mas falhou em fornecer uma justificativa com base na qual ela pudesse ser considerada desejável<sup>28</sup>.

Evidentemente, a possibilidade de que teorias similares venham a encontrar apoio político depende de quão óbvia é a injustiça na distribuição de riqueza e renda. Por exemplo, no tempo em que Clark estava escrevendo, muitas sociedades ainda estavam na transição da escravatura para o trabalho livre, apresentando regimes de segregação política e econômica. Com um sistema escravocrata em vista, é difícil justificar, à luz da teoria de Clark, como a mão de obra de uma pessoa poderia ser considerada objeto da propriedade de outros. Certamente, a afirmação “a cada homem seu produto” não se aplica à mão de obra compulsória. A escravidão seria uma exceção à sua teoria. Contudo, mesmo num sistema em transição, como o dos Estados Unidos no tempo em que Clark estava escrevendo, era complicado presumir que pessoas em diferentes categorias econômicas e jurídicas sairiam repentinamente de uma con-

---

28 Robert Nozick, em seu famoso estudo da teoria dos títulos de propriedade, forneceu uma série de possíveis justificativas pragmáticas para a propriedade privada, que se mostravam submissas à teoria liberal, ainda que o próprio Nozick não tenha conseguido apresentar uma alternativa coerente e integrada ao paradigma de Locke. Tais alternativas de justificativas para a propriedade, transcritas a seguir, serão discutidas em detalhes mais adiante: “It increases the social product by putting means of production in the hands of those who can use them most efficiently (profitably); experimentation is encouraged, because with separate persons controlling resources, there is no one or small group whom someone with a new idea must convince to try it out; private property enables people to decide on the pattern and types of risks they wish to bear, leading to specialized types of risk bearing; private property protects future persons by leading some to hold back resources from current consumption for future markets; it provides alternate sources of employment for unpopular persons who don’t have to convince any one person or small group to hire them, and so on” (“[i]sso aumenta o produto social ao colocar meios de produção nas mãos daqueles que podem usá-los mais eficientemente (lucrativamente); a experimentação é encorajada, porque com pessoas diferentes controlando recursos, não há uma pessoa ou pequeno grupo a quem alguém com uma nova ideia precise persuadir a implementá-la; a propriedade privada permite às pessoas decidir o padrão e os tipos de risco que desejam assumir, conduzindo a tipos especializados de assunção de riscos; a propriedade privada protege o futuro das pessoas ao levar algumas a preservar recursos do consumo corrente para mercados futuros; fornece fontes alternativas de emprego para pessoas impopulares, que não têm de convencer nenhuma outra pessoa ou grupo pequeno a contratá-las, e assim por diante”). Cf. Nozick, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*, cit., p. 177.



dição de total exclusão, como a escravidão, e receberiam em seguida seu justo quinhão da produção.

O entendimento de que a aceitação da justificativa liberal para a distribuição de riqueza depende da estrutura econômica subjacente à sociedade explica por que os sistemas de propriedade privada liberal não se consolidaram nas sociedades altamente desiguais<sup>29</sup>. Além disso, tais justificativas poderiam ser prejudiciais a esse tipo de sociedade, cristalizando as percepções de injustiça em vez de lidar com elas por meio de reformas de normas estruturais da atividade econômica.

Conforme será discutido com mais detalhes adiante, o senso de injustiça é generalizado em países altamente desiguais. A maior parte dos países nessa condição tem um histórico marcado pela escravidão, colonização e, mais importante, exploração predatória maciça de recursos naturais. Ideias como a de que a renda e a riqueza são resultado da produtividade marginal do trabalho e capital, ou de que a propriedade é resultado do trabalho aplicado a bens comuns não são frágeis apenas teoricamente. Elas também não possuem fundamento na realidade ou na história, como pode ser facilmente percebido pelo cidadão médio de países altamente desiguais.

A justificativa da origem do direito de propriedade é relevante não apenas do ponto de vista acadêmico. É relevante porque justificativas diferentes implicam percepções diferentes por parte das pessoas sobre como as instituições afetam suas vidas – por sua vez, isso afeta a maneira como as instituições funcionam. As pessoas precisam perceber as instituições como algo benéfico; caso contrário, elas não participarão de suas operações. Esse é o problema da teoria institucional contemporânea, que tenta incorporar um conceito de propriedade privada que não está fundamentado em valores locais, na história, e nem mesmo na realidade. Tentativas por parte de organizações internacionais de formalizar a propriedade em países altamente desiguais podem falhar, não porque a propriedade não deva ser formalizada, mas porque a ideia de propriedade por trás desse processo não atende às demandas das comunidades locais. Se a população percebe a formalização da propriedade como formalização da injustiça, a propriedade não será formalizada e conflitos sociais que alimentam a desigualdade e a pobreza aumentarão.

---

29 Para uma discussão detalhada deste argumento, vide Seção 2.5.2. adiante, focada nos argumentos para um novo formalismo jurídico que caracteriza o segundo movimento da teoria institucional.