



Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito

GABRIEL BOAVISTA LAENDER

O papel do Estado na construção da economia e a possibilidade do direito como imaginação institucional

Brasília

Maio de 2014

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

O papel do Estado na construção da economia e a possibilidade do direito como imaginação institucional

Autor: Gabriel Boavista Laender

Orientador: Prof. Dr. Marcus Faro de Castro

Tese a ser apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração "Direito, Estado e Constituição".

Brasília, 19 de maio de 2014.

GABRIEL BOAVISTA LAENDER

O papel do Estado na construção da economia e a possibilidade do direito como imaginação institucional

Tese a ser apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração "Direito, Estado e Constituição".

Aprovada em: 19 de maio de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcus Faro de Castro
(Presidente - FD/UnB)

Prof. Dr. Paulo José Leite Farias
(Membro externo - IDP)

Prof.^a Dr.^a Patricia Borba Vilar Guimaraes
(Membro externo - UFRN)

Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira
(Membro interno - FD/UnB)

Prof.^a Dr.^a Ana de Oliveira Frazão
(Membro interno - FD/UnB)

Aos amigos, aos amores, aos sabores e dissabores, aos risos e prantos, aos silêncios e cantos, aos erros e ao aprendizado, a toda essa vida de estudante, maravilhosa, que a Universidade de Brasília me proporcionou.

A minha mãe Tereza Christina, pela lição primeira de sonhar com os pés no chão.

À Daniele, por todo o resto, por todo o encanto, por estar ao meu lado, por tudo o que importa: o amor.

Agradecimentos

Não é pouca minha dívida, e são inúmeros os credores de minha gratidão. Passados dezesseis anos desde que ingressei no curso de bacharelado em Direito da Universidade de Brasília, me vejo aqui, em momento para mim improvável, de defesa de uma tese de doutorado. Fosse essa uma jornada solitária, eu não teria chegado até este ponto culminante de minha vida acadêmica. As ideias que estão aqui são emprestadas - roubadas, na verdade - das muitas almas que acompanharam meu caminho. Minhas energias sozinhas não me carregariam até aqui. Como estudante, sinto-me não um indivíduo, mas uma construção coletiva.

Como ocorreu com muitos antes de mim, a tentativa de enumerar a quem sou grato é inglória. Não são poucos os agradecimentos de trabalhos como este meu, em que os autores se escusam pelas inevitáveis ausências. Confesso que me conforta saber, ao menos, que nessa falha encontro a boa companhia dos que me antecederam.

Começo meus agradecimentos pela primeira escola, a família. Minha mãe, Tereza Christina. Meu pai, Laerte. Meu segundo pai, Luiz Otávio. Meus irmãos, Pedro e João. Minha avó Therezinha. Minha avó Eurydice. Minha avó emprestada, Nely. Minha tia emprestada, Maria Cláudia. Meus primos Alexandre, Daniel e Guilherme. Meu saudoso tio Marcos. Meus tios Alberto, Roberto, Juliana e Teresa Helena. Meus muitos outros primos de muitos graus e tios-avôs. Meus primos e tios emprestados. Meus sogros, Maria Lúcia e Vicente. Minha irmã-cunhada, Maria Lúcia.

Meu amor, Daniele. Obrigado por me acolher, por me fazer crescer, por me dar uma infância, por me aguentar adolescente, por me acompanhar adulto.

A outra escola que tive foi extensão da família, os amigos que me acompanham e aguentam desde a infância e a adolescência, e que buscaram e buscam fazer de mim uma pessoa melhor - com limitado sucesso, é preciso reconhecer, apesar do generoso esforço. Da Octogonal 7: Guilherme, Santiago, Dedé, Tiago, Gueta, Fred, Marina, Tani, Iuri e todos que quartas e sábados praticavam o ritual sagrado do basquete. Aos amigos que a vida nos fez desencontrar, mas que muito construíram comigo: Bruno Learth, Rafael, Maria Carolina, Natasha, José Bernardo, Vladimir. A Szilvia, pelo primeiro amor, e a Mariánn, Adél, Gábor e Marta. Aos amigos eternos, Vitor Lima, Gustavo Kaufmann, Vinicius Goulart, Fernanda Quirino, Ricardo Pierre, Gierck Medeiros, Artur Coimbra, Pedro Virgolino - vocês têm um lugar especial no meu coração. Obrigado por me darem energia, por me desafiarem, por estarem comigo.

Tive também a graça do estímulo imenso que foi conviver com colegas brilhantes na graduação e pós-graduação da UnB. Agradeço a todos os colegas pelo debate, pelo inconformismo, pelas contradições e pela inspiração. Faço especial homenagem aos colegas do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações.

Vai aqui também o agradecimento aos colegas de trabalho da Levy e Salomão, da Agência Nacional de Energia Elétrica, da Agência Nacional de Telecomunicações e da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo. Agradeço especialmente a experiência inacreditável que foi trabalhar na Secretaria de Assuntos Estratégicos - José Romão, Marcos Toscano, Pedro Lucas, Gustavo,

Ricardo, Daniel Vargas, ter trabalhado com vocês mudou tudo. Agradeço ainda ao grupo fantástico que trabalhou no Plano Nacional de Banda Larga comigo, quando eu estava na Casa Civil: Cezar Alvarez, Elisa, José Gontijo, Nelson, Paulo Kapp, Ronald. Obrigado por compartilharem sua sabedoria e serem generosos com as minhas falhas.

Por fim, aos professores. Aos docentes de primeiro e segundo grau (ainda se chamava assim), que me deram a base para alçar voos mais longos. Aos docentes da UnB que mostraram um mundo novo muito além do dogmatismo do vestibular. Ao saudoso Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, pela generosidade, pelo exemplo, por abrir os caminhos que possibilitaram que eu pesquisasse os temas que vieram a desaguar nesta tese. A Márcio Nunes Iório Aranha de Oliveira, que não apenas me orientou na graduação e no mestrado, mas fez de mim um humanista. E ao meu orientador, Marcus Faro de Castro, que tornou este trabalho uma realidade.

Obrigado a todos vocês.

"Tudo no mundo começou com um sim. Uma molécula disse sim a outra molécula e nasceu a vida. Mas antes da pré-história havia a pré-história da pré-história e havia o nunca e havia o sim. Sempre houve. Não sei o que, mas sei que o universo jamais começou."

(A hora da estrela. Clarice Linspector)

Resumo

A atuação do direito na economia costuma se pautar pelo debate sobre se deve a política econômica propiciar a defesa ou a limitação da influência do Estado na economia. Mas na medida em que se considere que não há economia independente do Estado, o debate sobre a presença do Estado na economia necessita de reformulação. Este trabalho busca explorar como a reformulação desse debate impacta a forma como pensamos a atuação do direito na política econômica, para admitir a influência de manifestações jurídicas de cunho estatal na formação de mercados e de outras instituições econômicas. Inicialmente, o capítulo 1 busca uma genealogia do atual paradigma de atuação do direito na economia, com base na divisão proposta por Duncan Kennedy acerca de três modos globalizados de pensamento jurídico: o Clássico, o Social e o Contemporâneo. Caracterizamos o paradigma por duas pré-concepções centrais: a de que o "mercado" seria um fenômeno social espontâneo, e a de que relações privadas que compõem a economia se caracterizariam pela escolha racional individual. O capítulo 2 segue para criticar o *fetichismo institucional* do Pensamento Jurídico Contemporâneo, com base na proposição de Roberto Mangabeira Unger de que o direito deve servir para a construção das múltiplas possibilidades institucionais abertas pelas sociedades democráticas. Problematiza, em seguida, as duas pré-concepções do paradigma, que reputamos correspondentes às visões de mundo da Economia Clássica e da Economia Neoclássica. O trabalho faz referência à análise de Ronald Coase que evidencia o papel de instituições intramercados e extramercados na economia. Após, a tese aborda as ideias de autores ligados à Economia Comportamental para questionar a ideia de que relações econômicas dentro de mercados são necessariamente expressão de escolhas individuais racionais. Tais contrapontos às duas ideias pressupostas pela visão paradigmática servem para explorar as possibilidades de uma compreensão alternativa das relações entre direito e economia. O capítulo 2 então se encerra propondo que o direito serve de suporte às instituições econômicas intra e extramercados, ao que faz correspondência com os termos propostos pela Análise Jurídica da Política Econômica de Marcus Faro de Castro. O capítulo 3 segue com dois estudos de casos que ilustram a omissão da visão paradigmática quanto ao papel de atividades e instituições extramercado na alocação de recursos, a interdependência entre instituições extramercado e instituições de mercado na estruturação das relações econômicas, e ao importante papel de instituições jurídicas na formação e

modificação das instituições econômicas. Os casos estudados são a quebra do monopólio da AT&T (American Telephone and Telegraph Corporation) na telefonia de longa distância nos EUA e a criação e implementação da ARPANET, a rede de computadores que daria ensejo à Internet. Ao final, o trabalho conclui pela necessidade de dar nova dimensão ao papel do direito na economia, enfatizando a possibilidade desse servir de instrumento de imaginação institucional para viabilizar a inserção econômica de grupos de interesses até então alijados socialmente e excluídos do ponto de vista da fruição de direitos fundamentais.

Palavras-chaves: Direito e Economia. Direito Econômico. Direito Administrativo. Mercado. Instituições econômicas. Imaginação institucional.

Abstract

The role law plays in the economy is usually purviewed within the boundaries of the debate on whether economic policy should or should not provide for a greater influence of the State in the economy. But provided we consider that there is no economy independent of the State, it follows that the debate regarding the presence of the State in the economy requires reformulation. This thesis seeks to explore how such a reformulation affects the way we think about law and economic policy in order to consider the influence of legal manifestations of the State in the formation of markets and other economic institutions. At first, chapter one seeks a genealogy of the current paradigm regarding law's operation in the economy based on Duncan Kennedy's division of three modes of legal thought: Classical, Social and Contemporary. We characterize the paradigm by two central pre-conceptions: that the "market" is an spontaneous social phenomenon, and that the private relations that comprise the economy are characterized by individual rational choice. Chapter two follows to criticize Contemporary Legal Thought's institutional fetishism, based on the proposition made by Roberto Mangabeira Unger that law should uphold the creation of multiple institutional possibilities opened by democratic societies. This work then puts into question the two pre-conceptions of the paradigm, which we regard as correspondent to the world views of Classical and Neoclassical Economics. The thesis ensues by referencing the analysis by Ronald Coase that brings into light the role of intramarket and extramarket institutions in the economy. Later, this work explores ideas of authors related to Behavioral Economics so to question the idea that economic relations within markets are necessarily the outcome of rational individual choices. Such counterarguments to those two ideas assumed by the paradigmatic purview serve to explore the possibilities of an alternative understanding of the relations between law and the economy. Chapter two then wraps up by proposing that law acts as support of intra and extramarket economic institutions, thus agreeing with the general propositions of Marcus Faro de Castro's Legal Analysis of Economic Policy. Chapter three ensues with two case studies that illustrate the paradigmatic purview's omission regarding the role of extramarket activities and institutions in resource allocation, the interdependency of extramarket and intramarket institutions in structuring economic relations, and the important role of legal institutions in the formation and

transformation of economic institutions. Cases studied are the divestiture of AT&T (American Telephone and Telegraph Corporation) and the end of its monopoly on long distance telephony in the USA, and the creation and deployment of ARPANET, the computer network that preceded the Internet. At the end, this work concludes towards the necessity of a new dimension to law's role in the economy, which emphasizes the possibility of law serving as instrument to institutional imagination in order to accomplish economic inclusion of interest groups that are hitherto socially hindered and excluded from the point of view of the fruition of basic rights.

Keywords: Law and Economics. Economic Law. Administrative Law. Market. Economic Institutions. Institutional Imagination.

Lista de ilustrações

Figura 1 - Elementos conceituais de "instituição", segundo Avner Greif (2005)	27
Figura 2 - Períodos da globalização do pensamento jurídico segundo Duncan Kennedy	41
Figura 3 - Principais narrativas brasileiras sobre direito e economia no Pensamento Jurídico Contemporâneo	91
Figura 4 - Atuação do direito na economia segundo o Direito Administrativo majoritário	101
Figura 5 - A atividade econômica segundo Eros Grau.....	108
Figura 6 - Instituições econômicas identificadas em Coase (1960)	197
Figura 7 - Exemplo visual do efeito do contexto na acessibilidade	216
Figura 8 - Instituições econômicas segundo Marcus Faro de Castro	247
Figura 9 - Estrutura institucional da telefonia de longa distância em 1960 nos EUA	254
Figura 10 - Estrutura institucional da telefonia de longa distância em 1980 nos EUA	265
Figura 11 - Estrutura institucional da telefonia de longa distância em 1984 nos EUA	271

Figura 12 - Redes em estrela (centralizadas e descentralizadas)
vs. redes distribuídas 282

Figura 13 - Estrutura institucional envolvida na criação da
ARPANET 288

Lista de tabelas

Tabela 1 - Modos de pensamento jurídico e sua contribuição para a visão paradigmática sobre direito e economia	147
Tabela 2 - Utilidade marginal em razão da riqueza (exemplo hipotético)	205
Tabela 3 - Padrão quaternário da teoria da perspectiva.....	208
Tabela 4 - Dois sistemas cognitivos.....	213

Sumário

Agradecimentos	5
Resumo	9
Abstract	11
Introdução	19
Capítulo 1 - O direito como interferência externa à economia: genealogia e análise de um paradigma	35
1.1. As três globalizações do pensamento jurídico segundo Duncan Kennedy e as narrativas jurídicas brasileiras sobre direito e economia	35
1.2. O Pensamento Jurídico Clássico (1850-1914) e a ideia de racionalidade como delimitadora da divisão entre direito público e direito privado	43
1.3. O Pensamento Jurídico Social (1900-1968) e estruturação do Direito Administrativo e do Direito Econômico brasileiros ...	68
1.4. O Pensamento Jurídico Contemporâneo (1945-2000) e sua apropriação pelo Direito brasileiro	87
1.4.1. <i>Direito Administrativo e Direito Econômico majoritários</i>	91
1.4.2. <i>Constituição Dirigente</i>	111
1.4.3. <i>Estado Regulador</i>	118
1.4.4. <i>Análise Econômica do Direito</i>	137
1.5. As contribuições dos três modos de pensamento na formação e consolidação da visão paradigmática sobre direito e economia	147

Capítulo 2 - A construção jurídica da economia: releituras do papel do direito 153

2.1. Fetichismo institucional e a oportunidade perdida da imaginação de instituições: a crítica de Mangabeira Unger ao Pensamento Jurídico Contemporâneo	158
2.2. A fundamentação da Economia clássica e da Economia neoclássica acerca dos pressupostos adotados pela visão paradigmática sobre direito e economia	165
2.3. A refutação da ideia de que mercados surgem espontaneamente das relações privadas, segundo o neoinstitucionalismo de Ronald Coase	181
2.4. A refutação da ideia de que relações privadas se caracterizam pela escolha racional individual, segundo a Economia Comportamental (<i>Behavioral Economics</i>)	200
2.4.1. Teoria da perspectiva (<i>Prospect theory</i>): uma outra visão sobre a racionalidade na tomada de decisões	201
2.4.2. O efeito dotação (<i>endowment effect</i>): invalidação do teorema de Coase a partir da teoria da perspectiva	209
2.4.3. Os dois sistemas cognitivos e a influência do raciocínio intuitivo na tomada de decisões	213
2.4.4. Contraposição da Economia Comportamental à Economia Neoclássica	220
2.4.5. O papel das instituições na distinção entre relações de mercado e relações comunais	228
2.5. A influência do direito nas instituições econômicas, segundo a Análise Jurídica da Política Econômica de Marcus Faro de Castro	238

Capítulo 3 - Estudos de casos: a influência do Estado na telefonia de longa distância e na criação da Internet.....	250
3.1. Análise do papel do Estado na abertura do mercado de telefonia nos EUA entre 1960 e 1996	251
3.2. Análise das relações de coordenação entre instituições estatais e não estatais na implementação da ARPANET	272
3.3. Conclusões dos estudos de casos	290
Conclusão	293
Bibliografia	304
Livros, periódicos e artigos	304
Material audiovisual	320

Introdução

Há decerto uma multiplicidade de nuances no rico debate político e teórico sobre a atuação do Estado na economia. Não obstante, para os fins dessa exposição inicial, arriscaremos uma síntese. O debate sobre política econômica¹ costuma gravitar entre duas posturas. De um lado, advoga-se a influência do Estado na economia como algo desejável e necessário. De outro, defende-se o oposto: a limitação do Estado como a opção mais desejável, como meio de evitar que a liberdade individual sofra interferência estatal. Ambas posturas trazem implícita a pré-concepção de que existe (ao menos em possibilidade, ainda que não manifestada no mundo real) uma economia que seria imune à influência estatal, e que seria expressão da livre escolha individual. Assim, a questão seria saber se seriam desejáveis ou não os resultados dessa economia pautada unicamente pela livre escolha individual. O Estado, nesse debate, aparece como um terceiro, que pode ou não interferir nas escolhas individuais na economia. Desse modo, a primeira postura - que defende a influência do Estado - teria como fundamento a existência de resultados indesejáveis de uma economia formada unicamente por escolhas

¹ Adotaremos a definição de política econômica feita por Marcus Faro de Castro: "conjunto de regras politicamente instituídas que organizam a produção, a troca e o consumo na vida social" (CASTRO, 2009, p. 22).

² A noção de paradigma aqui utilizada é a formulada por Kuhn: "In this essay, 'normal science' means research firmly based upon one or more past scientific achievements, achievements that some particular scientific community acknowledges for a time as supplying the foundation for its further practice. Today such achievements are recounted, though seldom in their original form, by science textbooks, elementary and advanced. [...] Before such books became popular early in the nineteenth century (and until

individuais. Por sua vez, a segunda postura - que defende a limitação do Estado - tomaria por base a ideia de que os resultados de uma economia baseada unicamente em escolhas individuais seriam os melhores possíveis. Ambas posturas, não obstante advoguem prescrições opostas, compartilham uma mesma ideia, a de que é possível, ainda que em tese, falar em uma economia resultante unicamente de escolhas individuais. Mas - seja na realidade, seja apenas como construção teórica - há economia independente do Estado?

Essa pergunta leva a outro debate, diverso do descrito no parágrafo anterior. Esse outro debate, que entendemos obscurecido, é relevante para o pensamento sobre as políticas econômicas. Pois se há de fato uma clara distinção entre os âmbitos do Estado e da economia, o debate sobre maior ou menor presença do Estado na economia faz sentido e é relevante nos termos acima relatados. Mas se a distinção entre Estado e economia não é tão clara, se não há economia independente do Estado, o debate sobre a presença do Estado na economia necessita de reformulação. Essa reformulação impactaria a forma como pensamos a política econômica e influenciaria tanto a prática, como o estudo, de temas e áreas relevantes para a economia e suas relações com o Estado. Um desses temas é atuação do direito na política econômica.

Esta tese busca explorar como uma tal reformulação da visão sobre as relações entre Estado e economia implicaria a necessidade de revisão da forma como o direito atua e compreende sua atuação na economia. Nesses termos, defenderemos no curso deste trabalho que, com efeito, existe uma pré-concepção sobre as relações entre Estado e economia

que: 1) é paradigmática² hoje no direito brasileiro; 2) limita o surgimento de novas políticas econômicas e novos instrumentos jurídicos baseados nas possibilidades decorrentes da compreensão das interações entre Estado e economia; 3) frustra a realização da democracia em seu objetivo de libertação da condição humana frente ao determinismo social e material, na medida em que constringe a imaginação política às opções decorrentes do conjunto, contingente e transitório, de instituições que hoje existem.

Todavia, alternativa à visão paradigmática acima descrita, há a visão de que economia e Estado não são independentes. Ao contrário, economia e Estado são resultado de uma teia de instituições que, a cada época, em cada sociedade, em cada país, assume configurações diversas. Nessa visão, a atividade econômica não acontece no vazio institucional. Instituições importam - pois contrangem, delimitam e pautam uma dada economia. Do ponto de vista institucional, o direito figura em posição diversa da de mero instrumento de justificativa, ou limitação, da intervenção do

² A noção de paradigma aqui utilizada é a formulada por Kuhn: "In this essay, 'normal science' means research firmly based upon one or more past scientific achievements, achievements that some particular scientific community acknowledges for a time as supplying the foundation for its further practice. Today such achievements are recounted, though seldom in their original form, by science textbooks, elementary and advanced. [...] Before such books became popular early in the nineteenth century (and until even more recently in the newly matured sciences), many of the famous classics of science fulfilled a similar function. [...] They were able to do so because they shared two essential characteristics. Their achievement was sufficiently unprecedented to **attract an enduring group of adherents away from competing modes of scientific activity**. Simultaneously, **it was sufficiently open-ended to leave all sorts of problems** for the redefined group of practitioners to resolve./§/ **Achievements that share these two characteristics I shall henceforth refer to as 'paradigms'**, a term that relates closely to 'normal science'." (KUHN, 1996, posição 274/3697 - grifos ausentes no original - Obs: na edição utilizada, como em algumas outras edições para o Kindle, da Amazon, a paginação da edição original é substituída pela indicação de posição (*position*) própria do Kindle.)

Estado na economia. Seja pela ação de instituições jurídicas, seja pela inação dessas instituições, o direito exerce função relevante na construção, manutenção e modificação da teia de relações institucionais que formam uma dada economia.

Falar do papel institucional do direito na economia esbarra no fato que o vocábulo "instituição" não é poupado da multiplicidade conotativa que sói acometer os termos acadêmicos. Com efeito, as principais referências teóricas que serão adotadas neste trabalho no que concerne à análise de instituições partem de pontos de vista distintos em suas análises sobre as instituições e seus papéis. Se nos referirmos apenas ao chamado *neoinstitucionalismo* - termo que designa abordagens representativas da Ciência Política a partir dos anos 1980 -, podemos identificar, com base em Peter Hall e Rosemary Taylor (2003), três correntes distintas: institucionalismo histórico, institucionalismo de escolha racional e institucionalismo sociológico. Cada uma dessas correntes explica de maneira diversa o surgimento de instituições, a mudança institucional e a influência de instituições no comportamento humano.³

Os teóricos do institucionalismo histórico, segundo Hall e Taylor, se caracterizam primeiramente por considerar que as instituições afetam o comportamento de indivíduos não apenas por fornecer "informações úteis de um ponto de vista estratégico"⁴ para o tomador de decisão, mas também por envolvê-los em um "mundo composto de símbolos, de cenários e de protocolos que fornecem filtros de interpretação, aplicáveis à situação ou a si próprio, a partir das quais se

³ Cf. HALL e TAYLOR, 2003, p. 194.

⁴ HALL e TAYLOR, 2003, p. 198.

define uma linha de ação.”⁵ É ainda característica dessa corrente a ênfase em como instituições repartem o poder de maneira desigual entre grupos sociais, de forma a privilegiar certos interesses ao conferir-lhes acesso privilegiado ao processo de decisão. O institucionalismo histórico, assim, enfoca a influência de instituições no processo de tomada de decisões estratégicas de grupos de interesses - e não no processo individual de escolha.⁶ Instituições, para essa corrente, se modificam em cada contexto local, e a herança institucional delimitaria e serviria de ponto de partida para o desenvolvimento - formando assim um caminho ou trajetória de que o caminhar histórico seria dependente (em inglês: *path dependency*).⁷ Essa trajetória somente seria rompida por *situações críticas* - em especial crises econômicas e guerras - , que forçariam a mudança ou o surgimento de instituições e, assim, gerariam novos caminhos a serem percorridos.⁸

Outra corrente identificada por Hall e Taylor é o *institucionalismo da escolha racional*. Ao contrário do institucionalismo histórico, o institucionalismo de escolha racional enfatiza a influência das instituições nos processos de escolha individuais. A vida política é considerada “uma série de dilemas de ação coletiva.”⁹ Esses dilemas são, contudo, resolvidos por escolhas individuais dos atores envolvidos, que atuam para satisfazer suas preferências.¹⁰ Por isso, têm o risco de produzir resultados sub-ótimos para a

⁵ HALL e TAYLOR, 2003, p. 198.

⁶ Cf. HALL e TAYLOR, 2003, p. 200.

⁷ Cf. HALL e TAYLOR, 2003, p. 201.

⁸ Cf. HALL e TAYLOR, 2003, pp. 201-202.

⁹ HALL e TAYLOR, 2003, p. 205.

¹⁰ O institucionalismo da escolha racional usa, nesse sentido, pressupostos da Economia Neoclássica no que concerne ao comportamento de agentes individuais para a satisfação de suas preferências. Para um detalhamento desses pressupostos da Economia Neoclássica, ver o item 2.2 adiante.

coletividade - assim considerados como a situação em que seria possível encontrar "outro resultado que satisfaria melhor um dos interessados sem que qualquer outro saísse lesado."¹¹ Esses resultados sub-ótimos seriam fruto especialmente de "custos de transação"¹² envolvidos em dilemas coletivos, assim considerados como os pertinentes à coordenação de múltiplos atores, à gestão da assimetria de informação, entre outros. Instituições, nesse enfoque, são arranjos criados pelos atores envolvidos em um dado processo decisório com o objetivo de diminuir custos de transação em dilemas de ação coletiva.¹³

Finalmente, Hall e Taylor identificam o *institucionalismo sociológico*. Como primeira característica, teóricos dessa escola definem instituições de forma mais ampla do que fazem os das outras duas correntes, "incluindo não só as regras procedimentos ou normas formais, mas também os sistemas de símbolos, os esquemas cognitivos e os modelos morais que fornecem padrões de significação que guiam a ação humana."¹⁴ Esse enfoque considera *cultura* como sinônimo de *instituições*, de modo a reputar que aquela é "uma rede de hábitos, de símbolos e de cenários que fornecem modelos de comportamento."¹⁵ Sob esse viés, instituições influenciam o comportamento não apenas quanto ao cálculo estratégico de indivíduos para o atendimento de suas preferências - como considera a corrente da escolha racional -, mas também quanto à imagem de si e à identidade dos atores, "elas mesmas vistas

¹¹ HALL e TAYLOR, 2003, p. 205.

¹² Trataremos dos *custos de transação* adiante, no item 2.3.

¹³ Cf. HALL e TAYLOR, 2003, pp. 206-207.

¹⁴ HALL e TAYLOR, 2003, p. 209.

¹⁵ HALL e TAYLOR, 2003, p. 209.

como sendo constituídas a partir das formas, imagens e signos institucionais fornecidos pela vida social.”¹⁶

Não obstante as diversas correntes institucionalistas, é possível identificar um conteúdo mínimo comum às diversas definições sobre instituições, como afirma o economista Avner Greif. Ao invés de tratar as diversas definições de instituição como excludentes, a busca desse conteúdo mínimo comum permite, tal como defende Greif, que as diversas questões atinentes ao papel de instituições na economia sejam abordadas por *perspectivas multidisciplinares e multidimensionais*.¹⁷ Em outras palavras, uma abordagem interdisciplinar deve superar, tanto quanto possível, a busca de um conceito unívoco de *instituição*. Ao contrário, deve contemporizar visões diferentes para que resultados mais significativos possam ser alcançados.¹⁸ Nesse sentido, é significativo que, nos textos que serão analisados nesta tese, nenhum dos autores citados - exceto, como veremos, o próprio Avner Greif - tenha se ocupado em definir formalmente o termo “instituição”. Ao contrário, os autores preferiram se ocupar da análise das consequências da presença de instituições nas relações sociais em geral, e econômicas em particular. Não obstante, afirmar o conteúdo mínimo de concordância de que

¹⁶ HALL e TAYLOR, 2003, p. 210.

¹⁷ GREIF, 2005, p. xii.

¹⁸ Essa visão converge com a de Hall e Taylor, que declaram que sua tentativa de identificar as diferentes correntes do neo-institucionalismo não visa a mantê-las estanques, mas sim a possibilitar trabalhos que as interrelacionem: “O presente artigo busca sugerir que é tempo de intensificar os intercâmbios entre essas diferentes escolas. No mínimo, sugerimos que um melhor conhecimento recíproco permitiria aos praticantes de cada uma delas perceber melhor as questões subjacentes ao seu próprio paradigma. [...] Nenhuma dessas escolas parece ir em má direção, ou ter em sua base postulados profundamente errôneos. No mais das vezes, cada uma parece suprir uma explicação parcial das forças ativas numa situação dada, ou exprimir dimensões diferentes do comportamento humano e do impacto das instituições.” (HALL e TAYLOR, 2003, pp. 219-220).

fala Greif é útil para evidenciar o propósito da análise que pretendemos fazer.

Greif identifica inicialmente duas abordagens distintas - a perspectiva de agência (*agency perspective*) e a perspectiva estrutural (*structural perspective*). A perspectiva da agência enfatiza o papel da ação individual na formação de instituições, ao que considera que estas são "reflexos das ações humanas e processos sociais e são postuladas para não irem além das condições que levaram a seu surgimento."¹⁹ A perspectiva estrutural, por sua vez, enfatiza que instituições não refletem necessariamente as necessidades e possibilidades dos agentes, mas conformam essas necessidades e possibilidades. Sob essa perspectiva, "instituições estruturam interações humanas, moldam indivíduos e constituem os mundos social e cultural em que aqueles interagem."²⁰ Essas duas perspectivas enfatizam pontos de vista contraditórios, mas Greif identifica pontos em comum:

Todas as definições acima se relacionam às implicações comportamentais dos fatores sociais: **fatores não-físicos construídos pelo homem, que são exógenos a cada indivíduo cujo comportamento aqueles influenciam.** Exemplos desses fatores incluem crenças compartilhadas acerca das relações entre comportamento e resultados, normas internalizadas, sistemas cognitivos, regras socialmente articuladas e distribuídas, e organizações formais e informais (estruturas sociais). [...] **É portanto apropriado definir uma instituição, grosseiramente, como um sistema de tais fatores sociais ("elementos institucionais") que conjuntamente geram uma regularidade de comportamento.** Uma instituição motiva,

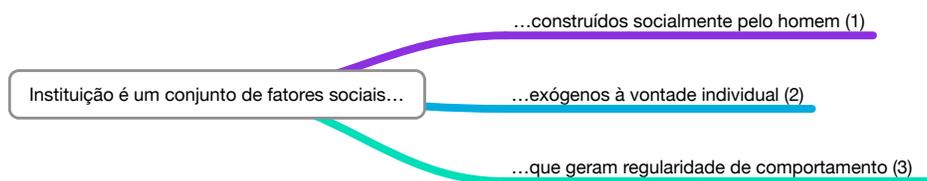
¹⁹ GREIF, 2005, p. xi.

²⁰ GREIF, 2005, p. xi.

viabiliza e guia indivíduos com posições sociais particulares a seguir uma regra de comportamento dentre as muitas viáveis tecnologicamente.²¹

Há três elementos do conceito de Greif, ilustrados na Figura 1 abaixo. Podemos, a partir desses elementos, parafrasear Greif para construir a seguinte definição: ***instituição*** é o conjunto de fatores construídos socialmente pelo homem, mas exógenos aos indivíduos, que geram uma regularidade de comportamento.

Figura 1 - Elementos conceituais de "instituição", segundo Avner Greif (2005)



Fonte: elaboração do autor.

A exposição de Greif evidencia que instituições são tanto produto, como causa das ações humanas. Onde existe atividade humana socialmente organizada, existem instituições. Aplicada ao tema desta tese, falar em instituições econômicas é falar que ações individuais ao mesmo tempo em que determinam uma dada economia, são determinadas pelas instituições que

²¹ "All the above definitions relate to the behavioral implications of social factors: man-made, nonphysical factors that are exogenous to each individual whose behavior they influence. Examples of such factors include shared beliefs regarding the relationships between behavior and outcomes, internalized norms, cognitive systems, socially articulated and distributed rules, and forma an informal organizations (social structures). [...] Hence, it is appropriate to define an institution, roughly speaking, as a system of such social factors ("institutional elements") that conjointly generate a regularity of behavior. An institution motivates, enables, and guides individuals with particular social positions to follow one rule of behavior among the many technologically feasible ones." (GREIF, 2005, pp. xii-xiii - tradução livre, grifo ausente do original.)

caracterizam essa economia. Essa visão, evidentemente, é radicalmente oposta à ideia que uma dada economia é, ainda que apenas no plano teórico, fruto exclusivamente de escolhas individuais. Nessa visão, o Estado é parte da teia de instituições que influenciam as escolhas individuais. Não há economia no vazio institucional. Por isso, diferentes configurações institucionais resultam em diversos tipos de *Estado* e em diversos tipos de *economia*.

Entre os diversos tipos possíveis de economia, as chamadas *economias de mercado* possuem especial relevância, na medida em que se tornaram predominantes desde o século passado. As características típicas de economias de mercado são destacadas no seguinte trecho de Karl Polanyi:

Todas as transações se tornam transações monetárias e estas, a seu turno, requerem que um meio de troca seja introduzido para cada articulação da vida industrial. Todas as rendas devem derivar da venda de alguma coisa ou outra, e qualquer que seja a efetiva fonte de renda de uma pessoa, ela deve ser considerada como produto de uma venda. Nada menos se implica com o uso do termo "sistema de mercado", pelo que designamos o padrão institucional descrito. Mas a peculiaridade mais impressionante do sistema está no fato de que, uma vez estabelecido, ele deve ser deixado funcionar sem interferência externa. [...] Um tal sistema de mercados auto-regulado é o que queremos designar por economia de mercado.²²

²² "All transactions are turned into money transactions, and these in turn require that a medium of exchange be introduced into every articulation of industrial life. All incomes must derive from the sale of something or other, and whatever the actual source of a person's income, it must be regarded as resulting from sale. No less is implied in the simple term "market system", by which we designate the institutional pattern described. But the most startling peculiarity of the system lies in the fact that,

Atente-se para a distinção que Polanyi faz entre *mercados* e *economia de mercado*. Os mercados são, diz Polanyi, "instituições bastante comuns desde a Idade da Pedra."²³ O fato que marcadamente distingue a sociedade ocidental contemporânea daquelas que a precederam não é a existência de mercados, mas o fato de que relações econômicas autorreguladas com base no ganho ocupam papel central na economia e nas relações sociais como um todo.²⁴ Segundo Polanyi, em uma economia de mercado as relações econômicas têm a peculiaridade de se organizarem em um sistema que, *uma vez estabelecido, deve ser deixado funcionar sem interferência externa*. Essa "ausência de interferência externa", contudo, não é um fato natural, tampouco o resultado inevitável da evolução sociedade contemporânea. Ao contrário, é uma circunstância social e cultural específica. Com isso se quer dizer que, fossem outras as instituições contemporâneas, fossem outras as relações entre essas instituições, a ausência do "sistema de mercados" poderia nos parecer tão natural quanto é hoje sua existência. E entre as instituições que ensejam a existência de economias de mercados está o Estado. O Estado não é um elemento de intervenção de uma economia de mercado que, de outro modo, existiria sozinha. O Estado - ou melhor, uma configuração específica de Estado - está entre as instituições cuja

once it is established, it must be allowed to function without outside interference. [...] Such a self-regulating system of markets is what we mean by a market economy." (POLANYI, 2001, pp. 43-44 - tradução livre.)

²³ POLANYI, 2001, p. 45.

²⁴ Sobre a singularidade da sociedade ocidental contemporânea na organização sob uma *economia de mercado*, Karl Polanyi afirma: "Market economy implies a self-regulating system of markets; in slightly more technical terms, it is an economy directed by market prices and nothing but market prices. [...] No society could, naturally, live for any length of time unless it possessed an economy of some sort; but previously to our time no economy has ever existed that, even in principle, was controlled by markets." (POLANYI, 2001, p. 45.)

existência permite que uma economia de mercado se implemente em uma dada sociedade. Diante dessas considerações, propomos que é mais significativo evidenciar a relevância da ação estatal na implementação de mercados e na viabilização da autossuficiência atribuída a mercados nas relações econômicas, do que evidenciar uma suposta *titularidade* - estatal ou privada - das atividades econômicas, como faz a visão paradigmática.

Todavia, para que se chegue a essa conclusão, é preciso retomar a discussão quanto à existência no direito brasileiro de um paradigma que enxergue as relações econômicas com base em uma divisão entre âmbitos de atuação do Estado e dos particulares. Para tanto, o capítulo 1 desta tese irá tentar mapear as visões e correntes que compõem, no direito brasileiro, o que chamamos de visão paradigmática. A forma escolhida para tanto foi, com base na classificação de modos de pensamento jurídico globalizados proposta por Duncan Kennedy, buscar organizar uma genealogia das principais correntes do pensamento jurídico. Ao invés de servir a uma busca das origens do paradigma, a genealogia proposta visa a organizar ideias centrais compartilhadas, analisar seus fundamentos e identificar interrelações, de modo a evidenciar pontos de transição entre novas e velhas compreensões sobre o direito. Ao final desse capítulo, o objetivo é mostrar que há efetivamente um paradigma compartilhado pelas principais correntes em voga no direito brasileiro. O paradigma, o descrevemos a partir de duas pré-concepções centrais: a de que o "mercado" seria um fenômeno social espontâneo, e a de que relações privadas que compõem a economia se caracterizariam pela escolha racional individual. Esse paradigma, defenderemos, é adotado tanto pelas correntes que advogam caber ao direito assegurar a substituição da dita ordem "natural" da economia por uma ordem estatal "interventiva",

quanto pelas correntes que defendem o oposto - proteger tal ordem "natural" contra a ingerência do Estado.

No capítulo 2, será apresentada e debatida a tese de que o Estado é um dos elementos centrais de construção da economia. Assim, ao contrário do que estabelece a visão paradigmática, o capítulo explorará a visão de que as instituições estatais constroem a economia e, por isso, podem ser utilizadas para modificar as relações econômicas "por dentro". Sob essa perspectiva, se no capítulo 1 o objetivo foi o mapeamento das principais correntes do pensamento jurídico paradigmático, o capítulo 2 se concentra em criticar as duas ideias centrais pressupostas pelo paradigma comum àquelas correntes. Com essa crítica, buscamos dar nova dimensão ao papel do direito na economia. Para tanto, o capítulo inicia expondo a visão de Roberto Mangabeira Unger acerca do papel do direito em sociedades democráticas. Mangabeira, tal como Duncan Kennedy, é um autor ligado ao *Critical Legal Studies* e que se posiciona de forma crítica ao que Kennedy denomina de Pensamento Jurídico Contemporâneo. Com base em Mangabeira, defenderemos que o direito possui papel de construção institucional que é fundamental para que o projeto de libertação social que representa a democracia contemporânea seja efetivado. Adotando como parâmetro o papel proposto por Mangabeira para o direito, serão problematizadas as duas pressuposições do paradigma: a ideia de que mercados são espontâneos, e a ideia de que relações privadas são fundadas em escolhas racionais voltadas à satisfação de interesses individuais.

Essas duas pressuposições correspondem a ideias centrais defendidas pela Economia Clássica e depois retrabalhadas pela Economia Neoclássica, e que serão sintetizadas no capítulo 2. Essas ideias, as contraporemos

primeiramente a partir da proposição de Ronald Coase de que mercados não são espontaneamente gerados, mas são criados pela ação humana institucionalizada, e que em decorrência é necessário estudar tanto as relações econômicas que ocorrem em mercados, como as relações que ocorrem fora de mercados. Após, com base em autores ligados à Economia Comportamental como Amos Tversky, Daniel Kahnemann, Dan Ariely e Cass Sunstein, questionaremos a ideia de que relações econômicas dentro de mercados são necessariamente expressão de escolhas individuais racionais. Essas duas contraposições, portanto, objetivarão problematizar as ideias de "mercado" como ordem "espontânea" oriunda das relações econômicas e de racionalidade das escolhas econômicas realizadas em mercados. Os contrapontos a essas duas ideias pressupostas pela visão paradigmática servirão para explorar as possibilidades de uma compreensão alternativa das relações entre direito e economia. Nesse sentido, faremos referência aos termos propostos pela Análise Jurídica da Política Econômica de Marcus Faro de Castro, com ênfase para o papel atribuído ao direito de suporte das instituições econômicas, e a decorrente possibilidade de inserção econômica de grupos de interesses até então alijados socialmente e excluídos do ponto de vista da fruição de direitos fundamentais.

Em seguida, o capítulo 3 estudará dois casos que ilustram a omissão da visão paradigmática quanto ao papel de atividades e instituições extramercado na alocação de recursos, a interdependência entre instituições extramercado e instituições de mercado na estruturação das relações econômicas, e ao importante papel de instituições jurídicas na formação e modificação das instituições econômicas e dos fluxos institucional e de circulação de bens e serviços que caracterizam uma dada economia. O primeiro caso é a progressiva quebra do monopólio da AT&T (American Telephone

and Telegraph Corporation) na telefonia de longa distância nos EUA, e que veio a culminar com a cisão daquela companhia e a implementação de um novo marco legal para as telecomunicações americanas. O segundo caso é o processo de criação e implementação da ARPANET, a rede de computadores que daria ensejo à Internet. Ambos os casos ocorreram durante o mesmo período (final da década de 1960) e - essencialmente - no mesmo lugar (EUA). Sob os olhos da visão paradigmática, são casos que poderiam ser reduzidos à ideia de intervenção do Estado na economia, o que pode passar a impressão de que seriam dois exemplos de um fenômeno semelhante (a intervenção estatal). Veremos, porém, que no primeiro caso a atuação do Estado, ao invés de substituir a ação de mercados, resultou na criação de um novo mercado - o de serviços entre operadoras - até então inexistente. No segundo caso - a criação da ARPANET -, o resultado foi uma forma peculiar de organização e alocação de recursos que, embora descentralizada, não era pautada por mecanismo de preços - isto é, não era um mercado -, mas tampouco era pautada por decisões dos agentes e instituições estatais envolvidos na implementação e funcionamento daquela rede.

Como conclusão desta tese, será afirmada a oportunidade de atuação do direito na criação e modificação de instituições econômicas. Essa atuação, pouco explorada, pode servir tanto ao reforço de instituições de mercado, quanto a sua substituição por instituições alternativas. A ausência de uma fórmula definitiva a pautar essa atuação indica que o direito não deve ter por função apenas assegurar a permanência das instituições existentes, e tampouco buscar adaptar as instituições a um conjunto pré-determinado de alternativas. A atuação do direito na economia deve assegurar a possibilidade de construção democrática das instituições econômicas, o que significa tanto manter aquilo que for desejável, como também

abrir espaço para que novas alternativas institucionais sejam imaginadas e implementadas.

Capítulo 1 – O direito como interferência externa à economia: genealogia e análise de um paradigma

1.1. As três globalizações do pensamento jurídico segundo Duncan Kennedy e as narrativas jurídicas brasileiras sobre direito e economia

Nos próximos três itens deste capítulo, procuraremos identificar os elementos comuns às narrativas sobre direito e economia no Direito brasileiro, agrupando-as em linhas de *pensamento jurídico* (“*legal thought*”) na forma proposta por Duncan Kennedy²⁵:

Pensamento jurídico [...] é o aparato conceitual, as técnicas de raciocínio, os ideais jurídicos e as imagens-chaves que a elite dos profissionais do direito – incluindo juízes, tratadistas e advogados importantes – empregam quando se valem de argumentos jurídicos ou emitem opiniões ou declarações acerca do que “é” o direito ou o que este deveria ser.²⁶

Kennedy proporá, como veremos a seguir, três momentos de globalização do pensamento jurídico. Ao organizar as narrativas do Direito segundo o conceito de pensamento

²⁵ O conceito de *legal thought* foi central em *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, influente obra de Kennedy primeiro publicada em 1975 e que é considerada um dos principais textos do movimento *Critical Legal Studies*. Aquela obra foi republicada em 2006 com o acréscimo de um prefácio do autor – *Thirty Years Later*, em que Kennedy faz uma análise retrospectiva de seu texto e o confronto com suas ideias posteriores. O prefácio da reedição de 2006 será adiante utilizado por nós para contextualizar o artigo *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000* (KENNEDY, 2006a), que, por sua vez, é utilizado a seguir nesta tese para organizar as narrativas brasileiras sobre direito e economia.

²⁶ “Legal thought [...] is the conceptual apparatus, the reasoning techniques, the legal ideals and the key images that the elite bar, including judges, treatise writers and important lawyers, deploy when they make legal arguments or give opinions or declarations about what the law “is” or ought to be.” (KENNEDY, 2006b, p. ix – tradução livre.)

jurídico, Kennedy enfatiza o que chama de *modo de pensar* ("*mode of thought*") como elemento estruturante da divisão que ele proporá entre aquelas narrativas. Esse elemento estruturante, esse modo de pensar, é o que Kennedy afirma ter sido objeto de globalização.

Por esse motivo, ao adotarmos a classificação de Kennedy, estaremos organizando as narrativas do Direito segundo modos de pensar. O modo de pensar não se confunde com a adoção de uma ideologia política. Isso significa dizer, como veremos, que sob um mesmo modo de pensar estarão tanto narrativas liberais, como conservadoras; tanto de esquerda, como de direita. O modo de pensar também não se confunde com as escolas de Filosofia do Direito. Kennedy afirma que em cada globalização de um modo de pensar é possível identificar ideias que seriam típicas do positivismo jurídico, outras do direito natural, além de uma diversidade teorias do direito e de variedades de pragmatismo. Por fim, um modo de pensar não corresponde a um conjunto típico de regras - para regular um mesmo conjunto de situações, em cada período de globalização de um modo de pensar, o direito positivo assume diversas configurações distintas.²⁷

²⁷ Sobre a distinção entre modo de pensar - como objeto da globalização do pensamento jurídico - e ideologia, filosofia do Direito e direito positivo, Kennedy assim se manifesta: "The "thing" that was globalized was not, in any of the three periods, the view of law of a particular political ideology. Classical Legal Thought was liberal in either a conservative or a progressive way, according to how it balanced public and private in market and household. The Social could be socialist or social democratic or Catholic or Social Christian or fascist (but not communist or classical liberal). Modern legal consciousness is the common property of right wing and left wing rights theorists, and right wing and left wing policy analysts. /S/ Nor was it a philosophy of law in the usual sense: in each period there was positivism and natural law within the mode of thought, various theories of rights, and, as time went on, varieties of pragmatism, all comfortably within the Big Tent. And what was globalized was most

O modo de pensar é identificado por Kennedy com o que o autor denomina de *consciência* e, mais especificamente, de *consciência jurídica* ("legal consciousness"). Por diversas vezes, o autor usa de forma intercambiada *pensamento jurídico*, *modo de pensar* e *consciência jurídica*, de sorte que é possível identificar uma relação de sinonímia, para Kennedy, desses conceitos.²⁸ Com efeito, a definição de *consciência jurídica* feita abaixo por Kennedy tanto é semelhante à de *pensamento jurídico* transcrita acima, como também é esclarecedora sobre a função que esses conceitos têm na organização da história do pensamento jurídico intentada pelo autor ao longo de sua obra:

A ideia de consciência jurídica é que pessoas que se valem do raciocínio jurídico o fazem nos limites de uma pré-existente estrutura de categorias, conceitos, procedimentos aceitos convencionalmente, e argumentos jurídicos típicos ("pedaços de argumento"²⁹). [...]

definitely not a particular body of legal rules: each mode provided materials from which jurists and legislators could produce an infinite variety of particular positive laws to govern particular situations, and they did in fact produce an infinite variety, even when they claimed to be merely transplanting rules from milieu to milieu." (2006a, p. 22).

²⁸ O trecho transcrito na nota 27 exemplifica bem a sinonímia por nós identificada. A primeira globalização do pensamento jurídico é denominada por Kennedy "*Classical Legal Thought*", e a terceira é referenciada como "*modern legal consciousness*". Além disso, Kennedy afirma que "...in each period there was positivism and natural law within the **mode of thought**..." e, em seguida, "...what was globalized was most definitely not a particular body of legal rules: each **mode** provided materials...".

²⁹ No original em inglês: "*argument-bites*". A expressão *argument-bite* é proposta por Kennedy em *The Semiotics of Legal Argument* (1994), em que o autor se dedica à análise da argumentação jurídica: "By legal argument, I mean argument in favour of or against a particular resolution of a gap, conflict, or ambiguity in the system of legal rules. In this form of argument, it is the practice to deploy stereotyped 'argument-bites', such as, 'my rule is good because it is highly administrable'. Argument-bites come in opposed pairs, so that the above phrase is likely to be met with, 'but your rule's administrability comes from such rigidity that it will do serious injustice in many particular cases'. /S/ Starting with the argument-bite as a basic unit, I propose a set of inquiries into legal argument, using language theory as a source of analogies. First, there is the lexicographical or 'mapping' enterprise of trying to identify the most

[...]

A história do pensamento jurídico, como eu tento desenvolver nesses ensaios, não é a história das teorias do direito que caracterizam diferentes períodos (e.g. direito natural, direitos naturais, positivismo jurídico, processo legal). Ou, mais propriamente, a teoria jurídica ou filosofia do Direito de um período é apenas um aspecto - e provavelmente um aspecto não muito importante - da consciência jurídica do período, entendida como o conjunto de categorias, conceitos, argumentos típicos, técnicas argumentativas e outros; que caracterizam o trabalho de advogados, juízes e acadêmicos daquele período.³⁰

Finalmente, ainda quanto à metodologia adotada por Kennedy, o autor se vale de uma abordagem *fenomenológica*³¹ para

common bites. Second, there is an inquiry into the generation of pairs and their clustering into dialectical sequences, rituals of parry and thrust. The response above might be answered, 'there will be few serious injustices in particular cases because my rule is knowable in advance (unlike your vague standard) and parties will adjust their conduct accordingly'. Third, there is the second-order mapping task of identifying the major clusters (some candidates: formalities as a precondition for legally effective expressions of intent, compulsory contract terms, existence and delimitation of legally protected interests, liability for unintended injury)." (KENNEDY, 1994, p. 325). Nos moldes acima, as ideias de Kennedy se assemelham muito às de Viehweg (2008). Os *argument-bites* do autor americano se assemelham aos *topoi* (lugares-comuns) referidos pelo alemão. Viehweg, contudo, não é citado por Kennedy em sua obra, de modo que o paralelo entre os autores necessitaria de análise mais pormenorizada do que o escopo desta tese permite alcançar.

³⁰ "The idea of legal consciousness is that people who practice legal reasoning do so within a pre-existing structure of categories, concepts, conventionally understood procedures, and conventionally given typical legal arguments ("argument bites").[...]\$/[...] The history of legal thought, as I try to do it in these essays, is not the history of the theories of law that characterize different periods (e.g., natural law, natural rights, legal positivism, legal process). Or rather, the legal theory or legal philosophy of a period is just one aspect, and likely not a particularly important aspect of the period's legal consciousness, understood as the ensemble of categories, concepts, typical arguments, argumentative techniques, and so forth, that characterize the work of lawyers, judges and scholars of that period." (KENNEDY, 2012 - tradução livre.)

³¹ Kennedy afirma categoricamente que se inspirou na fenomenologia de Marcuse, Hegel, Sartre e Husserl para construir e desenvolver a ideia de

poder identificar o modo de pensar que caracteriza um determinado período analisado. Ao adotar a fenomenologia³², Kennedy não apenas confere um caráter eminentemente descritivo a seu trabalho³³, como estabelece como objeto de sua descrição a expressão das experiências percebidas pelas comunidades de juristas dos períodos que analisa.³⁴ Esse caráter descritivo significa que a exposição das consciências jurídicas é feita pela busca do modo como aqueles que compartilham a consciência a experienciam, e não pelo modo como eles deveriam ter

consciência jurídica e aplicá-la como elemento articulador de sua construção da história do pensamento jurídico - cf. KENNEDY, 2006b, pp. xvii-xx.

³² Sobre a fenomenologia de Husserl como adotada por Sartre - duas das influências de Kennedy -, a nota de Paulo Perdigão é didática e esclarecedora acerca da dimensão descritiva a que aludimos acima: "Em linhas gerais, Husserl insurgiu-se contra um engano teórico que sempre predominou nas ciências humanas em geral: a separação radical entre a consciência do sujeito [...] e o mundo exterior [...], consideradas até então como entidades distintas e heterogêneas. Ou bem privilegiava-se a exterioridade das coisas, a chamada "realidade objetiva", em detrimento da razão humana (postura dominante em geral no pensamento científico), ou bem, ao contrário, dava-se ênfase à interioridade da mente, a chamada "subjetividade" (posição frequente em filosofia). Daí as duas linhas básicas do pensamento humano: o Materialismo e o Idealismo. Para Husserl, contudo, acatar tal dualismo é ser unilateral e insuficiente, porque a realidade é outra: o ser humano vive em uma unidade indivisa de mente-corpo-mundo e assim deve ser estudado. /§/ Como Husserl, Sartre, em primeiro lugar, suprimiu todos os conceitos de antemão dados como "verdades estabelecidas" sobre as coisas. É preciso "voltar às próprias coisas", ou seja, descrever os fatos em sua essência.[...] Com essa volta às essências, a fenomenologia quis fazer da filosofia uma ciência rigorosa e exclusivamente descritiva, evitando as "especulações metafísicas" comuns à maioria dos pensadores. Para Husserl, a filosofia deve expressar experiências que digam respeito a todos, e não simples (e sempre contestáveis) "visões de mundo" que apenas refletem as ideias de um único pensador." (PERDIGÃO, 1995, pp. 31-33).

³³ "...what I have to say is descriptive and descriptive only of thought. It means ignoring the question of what brings a legal consciousness into being, what causes it to change, and what effect it has on the actions of those who live it." (KENNEDY, 1979, p. 220.)

³⁴ "What makes this approach phenomenological is that it is not about whether there really "is" an analogy, but only about whether a legal reasoner "feels" or "sees" or "intuits" that there is one." (KENNEDY, 2006b, p. xvii). No mesmo texto, mais adiante: "This is phenomenological criterion because we distinguish systems according to how the participants experience them rather than according to whether they really are or are not using deduction correctly." (Idem, p. xviii).

construído intelectualmente o seu modo de pensar. Isso não impede o próprio Kennedy de identificar sua obra com uma agenda político-intelectual de esquerda voltada a atacar o status quo³⁵, ainda que a ênfase na descrição tenha sido objeto de crítica por outros teóricos vinculados ao *Critical Legal Studies*³⁶.

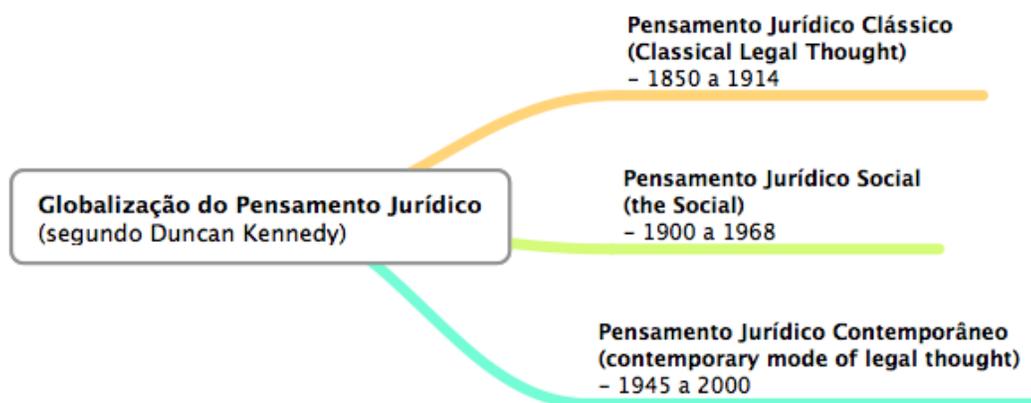
Desse modo, a partir das ideias de *pensamento jurídico, modo de pensar e consciência jurídica* Kennedy busca construir uma narrativa *fenomênica* da história do pensamento jurídico. O último resultado desse esforço intelectual - até o momento em que esta tese foi escrita - está no artigo *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000* (KENNEDY, 2006a). Nesse artigo, Kennedy identifica três períodos de globalização do pensamento jurídico - cada um veiculando um modo de pensar característico. O primeiro período corresponde à formação do Pensamento Jurídico Clássico (*Classical Legal Thought - CLT*), e vai de 1850 a 1914. O segundo período corresponde ao Pensamento Jurídico Social (Kennedy o chama de "*the Social*"), ocorrendo durante os anos de 1900 a 1968. O

³⁵ Sobre a intenção política do trabalho que inaugura seu esforço intelectual de organização da história do pensamento jurídico, Kennedy afirma que: "*The Rise and Fall was to be part of a larger leftist political/intellectual attack on the status quo in American legal scholarship generally.*" (2006b, p. xxvi). Uma formulação mais recente dessa declaração é menos enfática quanto ao escopo: "My own political agenda in doing this work is leftist but in a particular sense. I don't think there is any necessary tendency for the teasing out of the politics of law to move people to the left (nor do I think, be it noted in passing, that it has a tendency to "demobilize"). But it is part of the historic agenda of the left to re-appropriate the role of human agency against all kinds of efforts to represent the merely actual as natural, necessary and just. For the modernist/post-modernist current within the left, it is just as important to do this within the left as against the right." (KENNEDY, 2012).

³⁶ Como relata Kennedy: "It was an important aspect of this narrative that it provided no explanation of why one subsystem triumphed over the others. [...] This agnostic aspect of the project was sharply criticized by Mort Horwitz, among others, as both politically and methodologically retrograde." (2006b, p. xvi e nota de rodapé n° 6.)

terceiro período corresponde ao Pensamento Jurídico Contemporâneo e abrange os anos de 1945 a 2000.³⁷

Figura 2 - Períodos da globalização do pensamento jurídico segundo Duncan Kennedy



Fonte: elaboração do autor.

Nos três itens seguintes deste capítulo, buscaremos descrever como Kennedy caracteriza o pensamento jurídico típico de cada um desses períodos. Após, buscaremos identificar como cada um desses modos de pensar se refletiu no Direito brasileiro, especialmente na forma como é tratada a atuação do Estado na economia. Seguindo a mesma ênfase descritiva de Kennedy, a exposição das narrativas do Direito brasileiro privilegiará a forma como essas foram construídas e justificadas por defensores - embora, ao longo da exposição, nos permitiremos indicar incongruências e inconsistências.

³⁷ O artigo de Duncan Kennedy se articula com os demais autores de TRUBEK e SANTOS (2006) para construção de uma alternativa crítica ao pensamento contemporâneo, e tem por objetivo servir de base para a busca de um novo (quarto) pensamento jurídico global.

Espera-se, com isso, identificar uma *genealogia*³⁸ da posição paradigmática do Direito nacional sobre a ação do Estado na economia, descrita no item 1.1 deste capítulo. Após, a estruturação das narrativas nacionais segundo os modos de pensar identificados por Kennedy servirá de mote para a análise crítica a ser empreendida ao final deste capítulo, bem como para identificar novas alternativas teóricas que deem suporte à construção jurídica de políticas econômicas.

Quanto ao esforço que se buscará empreender, cabe, antes, destacar que o próprio Kennedy ressalva que sua busca por uma classificação dos modos de pensamento jurídico é um trabalho inacabado e que necessita de muito aprimoramento e debate, e por isso pode trazer reduções ou simplificações inadequadas.³⁹ A mesma ressalva cabe, com maior veemência, ao nosso esforço de, a partir das ideias de Kennedy, buscar analisar os modos de pensamento que no Brasil conduziram a interseção do direito com a economia.

Diante disso, o esforço deve ser compreendido não como uma formulação precisa da história do pensamento jurídico, mas apenas como contextualização das ideias que adiante serão exploradas. Isso se faz com a justificativa de

³⁸ O termo *genealogia* é por nós utilizado com a conotação proposta por Duncan Kennedy: "to understand a modern idea that interests us as constituted by the confluence of a variety of earlier ideas, each of which was transformed at its moment of combination with another idea" (KENNEDY, 2010, p. 831).

³⁹ Kennedy afirma que: "...it seems only fair to warn the reader that it is very much a version of a work in progress. It covers a very large amount of material, both in time and in space, and I am sure I've made significant errors both of detail and of substance. The sweeping assertions in the text are supported by a minimal footnote apparatus that reflects the vagaries of my interests and reading over the years rather than sustained research on each topic covered. I hope readers will challenge rather than dismiss me for this weakness, so that I can improve the next version." (KENNEDY, 2006a, p. 21).

viabilizar que a proposta desta tese - de que o direito constrói a economia - dialogue minimamente com as ideias expostas pelos juristas brasileiros. Especialmente, buscar-se-ão subsídios para sustentar que as ideias da visão paradigmática brasileira não são o resultado natural e necessário de um sistema coeso, mas o produto conjuntural da adaptação de diversas formas de enxergar o direito e seu papel na economia - é esta, em síntese, a *genealogia* que buscaremos fazer. Ao se explicitar as divergências de pensamento e a conjuntura de formação dessas narrativas abre-se espaço para visões alternativas como a que exploraremos no capítulo 2.

1.2. O Pensamento Jurídico Clássico (1850-1914) e a ideia de racionalidade como delimitadora da divisão entre direito público e direito privado⁴⁰

Como dito antes, a primeira globalização identificada por Kennedy é o que este autor denomina Pensamento Jurídico Clássico⁴¹. O Pensamento Jurídico Clássico, segundo Kennedy, é por vezes identificado com "formalismo", "dedução" ou "jurisprudência dos conceitos".⁴² Embora não se contraponha à identificação do Pensamento Jurídico Clássico com esses elementos, Kennedy afirma que a característica mais importante desse pensamento jurídico é o que ele chama de

⁴⁰ A descrição do Pensamento Jurídico Clássico feita neste e nos parágrafos seguintes é retirada de: KENNEDY, 2006, pp. 25-36.

⁴¹ O estudo do Pensamento Jurídico Clássico por Kennedy teve primeiramente como foco o pensamento jurídico dos EUA e remonta ao livro *The Rise and Fall of Classical Legal Thought* (KENNEDY, 2006b), cuja primeira publicação data de 1975. Apenas a partir da década de 2000, Kennedy passou a considerar que o Direito americano mais foi influenciado pelo pensamento jurídico global do que o influenciou, de modo que o Pensamento Jurídico Clássico passa a ser tratado pelo autor como um fenômeno global fortemente influenciado pelos pensadores da Europa Continental.

⁴² Cf. KENNEDY, 2010, pp.830-831.

"teoria da vontade" (*will theory*), a teoria de que o direito deriva ou da vontade pública, ou da vontade privada - sendo a distinção entre ambas de fundamental importância -, e cuja principal ilustração é a de vontades como poderes absolutos em suas respectivas esferas.⁴³ Essa teoria da vontade enxergava o direito como um sistema que possui forte coerência interna, baseado em três traços principais: i) distinção entre direito público e direito privado; ii) individualismo; iii) compromisso com formalismo interpretativo.⁴⁴ Combinando esses traços distintivos, a teoria da vontade assim se afigurava:

A teoria da vontade foi uma tentativa de identificar as regras que derivariam do consenso em favor do objetivo de auto-realização individual. Não se tratava de uma filosofia política ou moral justificando esse objetivo; tampouco era uma teoria positiva histórica ou sociológica sobre como aquele havia se tornado o objetivo. Ao revés, a teoria oferecia uma interpretação específica, baseada na vontade, e dedutiva, da interrelação de dúzias ou centenas de normas relativamente concretas das ordens jurídicas nacionais existentes, bem como das instituições legislativas e judicantes que geravam e aplicavam as normas.⁴⁵

⁴³ "...I have wanted to insist that the single most important characteristic [of CLT] was actually the will theory, i.e., the theory that law derives either from private or from public will, with the distinction between the two being of primary importance, and with the dominant imagery being that of wills as 'powers absolute within their spheres.'" (KENNEDY, 2010, p. 831 - o trecho em itálico corresponde ao trecho parafraseado acima)

⁴⁴ Cf. KENNEDY, 2006a, p. 25.

⁴⁵ "The will theory was an attempt to identify the rules that should follow from consensus in favor of the goal of individual self-realization. It was not a political or moral philosophy justifying this goal; nor was it a positive historical or sociological theory about how this had come to be the goal. Rather, the theory offered a specific, will-based and deductive interpretation of the interrelationship of dozens or hundreds of relatively concrete norms of the extant national legal orders, and of the legislative and adjudicative institutions that generated and applied the norms" (KENNEDY, 2006a, p. 26 - tradução livre.)

Segundo Kennedy, as ideias de Savigny tiveram papel estruturante e serviram de base para a formação da teoria da vontade e, por conseguinte, na *genealogia* do Pensamento Jurídico Clássico.⁴⁶ Kennedy identifica uma *peculiar estrutura contraditória* nas ideias de Savigny, estrutura essa que adquire posição central no modo de pensar típico do Pensamento Jurídico Clássico. Essa estrutura contraditória se manifesta da seguinte forma. De um lado, o direito de uma nação era visto como o reflexo do espírito de um povo, ou de sua cultura, o que lhe dava aspecto de singularidade. De outro lado, esse direito poderia ser sistematizado e desenvolvido cientificamente por juristas que pressupusessem sua coerência interna - o que conferia ao direito abstração e generalidade.

A estrutura contraditória da teoria da vontade resulta em um paradoxo, cuja importância para o Pensamento Jurídico Clássico é descrita por Kennedy:

O paradoxo de Savigny, e a provável fonte de sua importância seminal, era a combinação - na singular ideia de ciência do direito como elaboração do "sistema" - de uma teoria da vontade universalizante e jurídico-formalista com a ideia de que regimes particulares de direito nacional refletiriam diversas ordens normativas sociais não-jurídicas.⁴⁷

⁴⁶ Diz o autor: "The notion of genealogy I use derives from two classic texts of social theory, Nietzsche's *Genealogy of Morals*, and Foucault's *Nietzsche, Genealogy, History*. Nietzsche and Foucault are explicitly against the search for origins. Their genealogical method is to understand a modern idea that interests us as constituted by the confluence of a variety of earlier ideas, each of which was transformed at its moment of combination with another idea. [...] In this view, Savigny is not the intellectual father of CLT [Classical Legal Thought], but one of the most important figures in its genealogy." (KENNEDY, 2010, pp. 831-832.)

⁴⁷ "The paradox of Savigny, and the probable source of his seminal importance, was the combination, in the single idea of legal science as elaboration of "the system", of a universalizing legal formalist will

E ainda:

A ideia historicista (Savigny), como destaquei acima, era dúbia, se não contraditória. O direito de uma nação era reflexo do espírito ou da cultura de seu povo, e neste sentido era inerentemente político, mas podia ser desenvolvido de uma maneira científica por juristas que pressupusessem sua coerência interna.⁴⁸

A estrutura contraditória de Savigny e o decorrente paradoxo foram decisivos para o sucesso da globalização do Pensamento Jurídico Contemporâneo, pois permitiram acomodar a pretensão generalizante de um Direito que se queria racional e científico, com as tensões políticas localizadas em diferentes nações. A difusão do Pensamento Jurídico Clássico se deu de diferentes formas e, como veremos, a estrutura contraditória serviu para abrigar particularidades de diferentes culturas nacionais e diferentes modos de adoção ou imposição de um modo de pensar jurídico típico.

A difusão dessa consciência jurídica, como dito, foi variada. A origem do Pensamento Jurídico Clássico é a Europa continental, especialmente Alemanha (Escola Histórica) e França (Escola da Exegese). Nos países desenvolvidos, sua expansão se deu sobretudo pela influência dos professores de direito, que adotaram as ideias e a linguagem formuladas na Europa continental. Nos demais países, houve um misto de influência e imposição. Em alguns casos, a imposição se deu

theory with the idea that particular regimes of state law reflect diverse underlying nonlegal societal normative orders." (KENNEDY, 2006a, p. 27 - tradução livre.)

⁴⁸ "The historicist idea (Savigny), as I remarked above, was double, if not contradictory. The law of a nation was a reflection of the spirit or culture of its people, an in this sense inherently political, but could be developed in a scientific manner by jurists who presupposed its internal coherence." (KENNEDY, 2006a, p. 29 - tradução livre.)

pela relação de império entre metrópoles e colônias. Em outros casos, pela pressão para a "abertura" ao direito ocidental, como exigência para a integração comercial. Houve ainda a influência mais sutil configurada pela criação de um sistema único de direito público internacional, baseado no conceito de soberania como um direito absoluto em sua respectiva esfera (qual seja, a esfera territorial).

Em todos esses processos de difusão, a estrutura contraditória serve de suporte para a adoção e acomodação do Pensamento Jurídico Clássico. Por um lado, na medida em que se considerava que os sistemas jurídicos eram reflexos de um povo, se criaram as condições para que as elites intelectuais locais se apropriassem dessa linguagem para criar o seu direito. Com base nisso, por exemplo, um jurista brasileiro - ou americano, ou japonês - poderia usar a própria linguagem do Pensamento Jurídico Clássico para se defender da hegemonia do Direito europeu. Por outro lado, a racionalidade presumida sugeria a universalidade de alguns conceitos - centrados nas noções de direito subjetivo, vontade e obrigação - que supostamente seriam desenvolvidos cientificamente pelos juristas. Assim, o mesmo jurista brasileiro - ou americano, ou japonês - que se valeu do Pensamento Jurídico Clássico para advogar a particularidade de seu Direito frente ao Direito europeu, poderia se valer desse modo de pensar para também adequar seu Direito (e seu direito) ao Direito continental europeu. A conveniência desse pensamento para as elites jurídicas locais é destacada por Kennedy:

O Pensamento Jurídico Clássico substituiu um anterior modo de pensamento transnacional do Ocidente que afirmava a existência de uma lei universal da razão, seja católica ou baseada na teoria dos direitos naturais, e de uma aguda distinção legal entre nações civilizadas (partícipes do *ius gentium*) e bárbaras. O

Pensamento Jurídico Clássico ofereceu às recém-formadas elites jurídicas de nações periféricas da Europa, Américas do Norte e do Sul, e Ásia, algo ao menos na superfície mais atraente. As elites nacionais poderiam se identificar com seus respectivos "povos" e radicalmente dissociar ingleses ou russos, ou também argentinos, ou egípcios, ou japoneses, dos alemães e franceses.

Eles poderiam empregar a teoria jurídica historicista européia para se defender contra a hegemonia jurídica da Europa - apenas juristas latino-americanos poderiam ser "donos" de um Direito Latino-Americano...

[...]

Juntamente com a noção particularista de que cada povo tem sua única ordem normativa, os juristas espalhados ao largo da periferia de nações independentes e impérios modernizantes poderiam afirmar sua participação nas nascentes ciências da obrigação jurídica e do direito internacional, baseadas que eram na análise de vontade, direito e soberania, que não tinham nenhuma óbvia particularidade nacional. Eles poderiam desenvolver suas versões próprias e levemente modificadas dos Códigos Civil e Comercial das potências européias dominantes comercialmente, financeiramente e militarmente, facilitando a integração ao mercado mundial, sem que vissem a si próprios como traidores de seus concidadãos.⁴⁹

⁴⁹ "CLT replaced an earlier Western transnational mode of thought that had asserted the existence of a universal law of reason, either Catholic or based on natural rights theory, and a sharp legal distinction between civilized (participant in the *ius gentium*) and barbarous nations. CLT offered the legal elites of the peripheral, newly formed nation states of Europe, North and South America, and Asia something at least more attractive. The national elites could identify themselves with their respective "peoples," and sharply dissociate, if they were English or Russian, or for that matter Argentinean, or Egyptian, or Japanese, from the Germans and French. /S/ They could deploy European historicist legal theory

Foi ainda sob influência da estrutura contraditória do historicismo de Savigny que a teoria da vontade do Pensamento Jurídico Clássico absorveu o individualismo, elaborou exaustivamente a separação entre público e privado e recorreu ao formalismo interpretativo. Na separação entre o público e o privado - de particular interesse para este trabalho -, a teoria da vontade se baseava no individualismo, pois partia da *noção de que o governo deveria proteger os direitos das pessoas, o que significava ajudá-las a realizar suas vontades, restringindo-as somente o necessário para permitir que outros também realizassem suas vontades.*⁵⁰ Os limites entre a vontade do governo e a vontade das pessoas eram vistos como uma derivação racional dessa noção. Assim, o Pensamento Jurídico Clássico enxergava o direito como um sistema de esferas de autonomia para atores públicos e privados, cujos limites seriam definidos a partir da razão, e dentro dos quais esses autores teriam poder absoluto.⁵¹ É no Pensamento Jurídico Clássico, portanto, que se consolida a distinção entre direito público e direito privado como categorias de sistematização do pensamento jurídico - e a

to defend themselves against European legal hegemony - only Latin American jurists could "own" a Latin American law... [...] Along with the particularist notion that every people had its own unique normative order, the jurists scattered across the periphery of independent nations and modernizing empires could affirm their participation in the developing sciences of legal obligation and international law, based as they were on an analytics of will, right, and sovereignty that had no obvious national particularity at all. They could develop their own slightly modified national versions of the Civil and Commercial Codes of the commercially, financially, and militarily dominant European powers, facilitating integration into the world market, without seeing themselves as traitors to their national constituencies." (KENNEDY, 2006a, pp. 29-30 - tradução livre.)

⁵⁰ "The will theory was that the private law rules of the "advanced" Western nation states were well understood as a set of rational derivations from *the notion that government should protect the rights of legal persons, which meant helping them realize their wills, restrained only as necessary to permit others to do the same.*" (KENNEDY, 2006, p. 25 - o trecho em itálico corresponde ao trecho parafraseado no corpo do texto.)

⁵¹ Cf. KENNEDY, 2006, p. 26 e *passim*.

consequente divisão entre Direito Público e Direito Privado como ramos do conhecimento jurídico.

Contudo, no Pensamento Jurídico Clássico, o foco dos juristas estava na construção e sistematização do direito privado. O direito público é visto como não-científico, essencialmente político e, por isso, não passível de racionalização.⁵² A essa noção se soma a ideia, também articulada pela teoria da vontade, de que o Estado é soberano e seu poder é ilimitado - pois esse poder seria a manifestação da vontade pública. O resultado é que a limitação possível do poder do Estado, âmbito do direito público, é a ampliação do direito privado. Em outras palavras, o direito público é limitado no Pensamento Jurídico Clássico pela racionalização promovida pelo Direito Privado, e não pela racionalização feita pelo Direito Público. Assim, o individualismo que marcou o Pensamento Jurídico Clássico se fez presente pelo desenvolvimento do direito privado e por sua proteção contra o direito público (a vontade pública não poderia invadir a esfera da vontade privada), e não pela autolimitação do direito público.

Além da dicotomia público-privado, outras duas dicotomias são relevantes no vocabulário do Pensamento Jurídico Clássico. A primeira é a distinção entre direito

⁵² Conforme afirma Kennedy: "In CLT, everyone understood (and jurists often explicitly affirmed) that private law was the core of law. That distinguished not only international law, but public law as well, as not part of the core. [...] Public law differed from private law because it was less scientific and more political than private law. [...] International law had only sovereigns as subjects, so the jurist could not be called on to denounce, in the name of international law, the conduct of his sovereign toward his fellow citizens - indeed must resist the illegal efforts of other sovereigns to interfere. Public law was political rather than scientific, with the same result: science did not oblige the jurist one way or another..." (KENNEDY, 2006a, p.31.)

nacional e direito internacional, e a segunda, a dicotomia mercado-família. Na dicotomia direito nacional e direito internacional, este é visto como um direito entre soberanos, e que por isso não vincula seus sujeitos. Os cidadãos dos países não são sujeitos de direito internacional, e portanto não participam da ordem jurídica internacional, nem podem pleitear dela qualquer ação. Como visto⁵³, isso abre espaço para a harmonização global de normas sobre comércio e finanças, ao mesmo tempo em que mantém para os governos nacionais a prerrogativa de limitar a aplicação dessas normas em seus territórios.

De seu turno, a dicotomia família-mercado também ofereceu ao Pensamento Jurídico Clássico argumentos para limitar a aplicação da racionalidade liberal. Segundo Kennedy, havia uma grande diferença entre liberalismo na economia e liberalismo acerca das relações entre marido e mulher, por exemplo.⁵⁴ O direito de família era campo em que a racionalidade liberal deveria dar lugar a valores morais, políticos e tradicionais. Com isso, por exemplo, foi possível sustentar a falta de capacidade jurídica de mulheres e que o casamento, por ser um status e não um contrato, não se sujeitava à livre vontade no que concerne à sua dissolução por divórcio.⁵⁵

Essas três dicotomias - público-privado, nacional-internacional, mercado-família - ao mesmo tempo que refletiram a estrutura contraditória da teoria da vontade, segundo

⁵³ Ver notas 49 e 52.

⁵⁴ KENNEDY, 2006a, p. 32.

⁵⁵ Esse modo de pensar, ainda que brevemente, permitiu até mesmo assimilar regimes escravocratas - considerado o escravo elemento da família (cf. KENNEDY, 2006a, p. 35).

Kennedy, permitiram ao Pensamento Jurídico Clássico contemporizar a pretensão de universalidade típica do racionalismo com as idiossincrasias de governos e elites locais. Como visto, as regras que constituem o direito privado seriam a tradução de uma ordem racional; as regras do direito público, do direito internacional e do direito de família seriam exceções à racionalidade, decorrentes ora da ideia de vontade pública como manifestação absoluta de uma política não-racionalizável, ora de soberania, ora de tradição, ora de moral.

No Brasil, o Pensamento Jurídico Clássico orientou a organização da propriedade liberal sob o direito civil. Nessa época, a elite econômica era formada por fazendeiros, cuja propriedade se havia formado no período colonial. Antes da Independência e da promulgação da Constituição de 1824, a atividade econômica do Brasil-Colônia era monopólio de Portugal. Até a vinda da Corte Portuguesa ao Brasil, em 1808, o País desconhecia por completo qualquer liberalismo econômico. A exploração de atividades econômicas somente era possível por meio do regime de monopólios atribuídos a particulares, pelas concessões régias, ou a companhias de comércio em que a participação da Coroa Portuguesa era majoritária.⁵⁶ Com base nesses instrumentos, Portugal forçou a especialização econômica do Brasil-Colônia para assegurar que este só produziria aquilo que na Europa não fosse produzido. Somente se permitiam o cultivo de produtos agrícolas próprios ao clima tropical, como açúcar, tabaco e algodão, e atividades

⁵⁶ Cf. AGUILLAR, 2006, pp. 88 e ss.

de mineração. As demais, especialmente atividades industriais e manufatureiras, eram proibidas.⁵⁷

A vinda da Corte Portuguesa ao Brasil em 1808 mudou em parte essa situação. O Alvará de 1º de abril de 1808 revogou toda e qualquer proibição ao estabelecimento de manufaturas no País e no Mundo. Mas o comércio, por exemplo, continuou limitado. Efetivamente, no período em que a Corte Portuguesa permaneceu no Brasil, apenas a Província do Rio de Janeiro - erigida à condição de Capital do Reino - conheceu maior liberdade econômica.⁵⁸ Somente com a Constituição de 1824, é que se estabeleceu juridicamente, no Brasil, a livre iniciativa.

Contudo, as normas que regulavam a propriedade eram ainda as das Ordenações Filipinas, que vigiam desde 1603. Foram essas normas que organizaram o direito civil brasileiro. Essa circunstância foi conveniente para os interesses da elite política e intelectual da época, vinculada às grandes propriedades fundiárias e ao agronegócio.⁵⁹ A propriedade como concebida pelas Ordenações Filipinas era derivada da situação de privilégio entre metrópole e colônia, em um cenário de repressão a quaisquer outras atividades. Embora o séc. XIX já conhecesse as sociedades empresárias, as corporações, a propriedade intelectual, a atividade industrial, os serviços financeiros e bancários, todos esses foram excluídos do direito civil brasileiro.

⁵⁷ Exemplo relevante é o Alvará de 5 de janeiro de 1785, que baniu qualquer forma de indústria no Brasil, sob pena de perdimento. Como incentivo para sua eficácia, previu o Alvará que os bens confiscados seriam repartidos entre denunciante e inspetores. Vide: AGUILLAR, 2006, p. 89.

⁵⁸ Cf. AGUILLAR, 2006, p. 87.

⁵⁹ Cf. CASTRO, 2013.

O direito civil assim ganhou escopo adequado aos interesses da elite da época. Assim se verificou, por exemplo, com as regras que orientam a organização e a exploração de sociedades empresárias, que foram consideradas integrantes de um direito comercial que, por definição, se diferenciava do direito civil - situação que formalmente só se modificaria com a edição do Código Civil de 2002. O Código Comercial de 1850 estabelecia que toda a sorte de associação mercantil seria regulada tão somente pelas leis particulares do comércio, pela convenção das partes sempre que não for contrária àquelas, e pelos usos comerciais; não se podendo recorrer ao direito civil para decisão de qualquer dúvida, senão na falta de lei ou uso comercial (art. 291). Ao par do Código Comercial, o Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, fixava procedimentos próprios para a jurisdição sobre questões comerciais. Sujeito a procedimentos próprios, o direito comercial se separava não apenas do direito civil não apenas quanto à formulação legislativa, mas quanto à aplicação jurisprudencial.

O direito comercial que se criou no Brasil ainda viabilizou a aplicação de regras transnacionais que regulavam o comércio, o *ius gentium* que o Pensamento Jurídico Clássico identificava como herança racional global da tradição romanista.⁶⁰ Privilegiavam-se as práticas comerciais correntes e a ideia de *lex mercatoria*. Esse direito comercial era liberal e buscava inserir o Brasil nas práticas comerciais globais. Mas o liberalismo do direito comercial não podia alcançar a esfera própria do direito civil. Em especial, o

⁶⁰ Cf. KENNEDY, 2006a, p. 30.

direito civil abrigava a tradicional propriedade rural. E as regras civis eram bem mais conservadoras e restritivas.

Para dar conta da influência das ideias liberais, a estrutura contraditória do Pensamento Jurídico Clássico mostrou então sua utilidade. Havia de um lado a estrutura tradicional de propriedade, casuística e caótica, baseada na política de controle da economia da colônia pela metrópole. De outro lado, havia a ideia liberal de uma propriedade plena e absoluta, e que se supunha não ser nem caótica, nem casuística, mas sim algo que poderia ser alcançado racionalmente pelos homens cultos da época. Essa contradição entre diferentes concepções sobre a propriedade se fez marcante quando a Constituição de 1824 trouxe nova disciplina acerca da propriedade, garantindo-a em sua plenitude, mas a legislação em vigor era ainda a das sesmarias das Ordenações Filipinas. A Lei de Terras (Lei nº 601, de 1850) foi o instrumento normativo que buscou articular a transição da propriedade pré-moderna, caótica, para o ideal de organização e racionalidade da propriedade liberal. A Lei de Terras, contudo, não aplicou o regime liberal de propriedade de forma ampla e irrestrita.⁶¹

Dois problemas centralizavam o debate político da Lei de Terras. O primeiro era viabilizar as atividades rurais diante da pretendida abolição progressiva da escravatura. O segundo era lidar com o caos da propriedade fundiária, em que havia: i) sesmarias demarcadas, confirmadas e aproveitadas (cultura ou criação), que conferiam ao sesmeiro domínio sobre a gleba; ii) sesmarias cujas obrigações de demarcação e

⁶¹ A análise do papel da influência da Lei de Terras sobre a noção de propriedade do direito brasileiro é derivada de: VARELA, 2005.

cultivo foram descumpridas total ou parcialmente, em que os concessionários tinham só a posse; iii) glebas ocupadas por simples posses de fato, sem título antecedente; iv) terras sem ocupação (terras devolutas do império), no que se incluíam sesmarias retomadas pela Coroa.⁶²

A solução desses problemas seguiu um projeto político de *absolutização da propriedade*⁶³ e mercantilização da terra, expressões da expansão global das economias de mercado.⁶⁴ A terra, sob a visão do liberalismo da época, passaria a ser meio de obtenção de crédito e financiamento da produção agropecuária, além de permitir ao proprietário sua livre exploração e especulação. Essas novas fontes de riqueza ao mesmo tempo em que compensariam a indisponibilidade da mão-de-obra escrava, se beneficiariam da formação de um mercado interno composto por trabalhadores livres. No caso brasileiro, esse projeto político se converteu em um liberalismo seletivo, favorável à elite formada pelos sesmeiros e grandes posseiros, e que caracterizou a Lei de Terras.

⁶² VARELA, 2005, p. 117.

⁶³ A expressão é utilizada por Varela: "Na maior parte dos ordenamentos da família romano-germânica, o processo de absolutização da propriedade é um processo de ruptura em relação a uma estrutura hierarquicamente organizada de deveres, obrigações, honra e lealdade - características de uma propriedade de tipo feudal[...]. No direito luso-brasileiro, contudo, é uma ruptura em relação à propriedade pública, cuja veste é a sesmaria, privilégio ou concessão de domínio condicionada à sua exploração, com cláusula de reversibilidade." (VARELA, 2005, p. 122.)

⁶⁴ Conforme afirma Varela, a Lei de Terras teve como contexto a busca pela transformação da terra em mercadoria e em meio para a produção - em contraposição à anterior estrutura feudal em que a terra era também fonte de obrigações pessoais e de poder político: "A segunda metade do séc. XIX é tradicionalmente apontada como o período da gradativa introdução das relações capitalistas de produção na América Latina, exigindo a adaptação da agricultura à produção de massa para o mercado. No Brasil, esse processo corresponde à expansão econômica do café, à pressão quanto ao fim do tráfico negreiro e à introdução da mão-de-obra assalariada. /\$/ Entre outros, são pressupostos do sistema capitalista, quanto à terra: sua propriedade privada absoluta e a possibilidade de sua mercantilização." (VARELA, 2005, p. 127.)

Assim, ao mesmo tempo em que serviu de instrumento para a transição da propriedade pré-moderna para a propriedade moderna, a Lei de Terras buscou garantir que haveria mão-de-obra barata e em quantidade suficiente para explorá-la, o que compensaria os prejuízos da elite fundiária de então com o já antevisto fim da escravidão. Isso foi feito por dois mecanismos. O primeiro foi limitar a validação da propriedade a casos que beneficiavam os grandes agricultores da época. O segundo foi adotar preço mínimo⁶⁵ para a venda de terras devolutas e negar qualquer direito de propriedade decorrente da posse de terras públicas, com o **declarado** intuito de assegurar que a mão-de-obra da época não se convertesse em proprietária de terras.⁶⁶ Foi essa propriedade, instituída por

⁶⁵ Laura Beck Varela descreve de contexto que antecedeu a edição da Lei de Terras: "Surtem anteprojetos [...] oferecendo detalhados planejamentos para a organização da propriedade privada no país, associada à organização da vinda de trabalhadores livres. São já legatários das teses de Wakefield, teórico inglês do neocolonialismo, que preconizava, fundamentalmente, o objetivo da extensão de mercado (ou ampliação do campo de emprego de capital e trabalho), mediante a emigração e a organização da propriedade e das relações de produção nas colônias. Tratava-se da exportação de capitais e a estruturação de relações capitalistas na colônia, como fórmula destinada a preservar o crescimento do capital. Sua teoria da colonização sistemática pressupunha necessariamente a intervenção estatal: o Estado não mais doaria terras, mas as venderia aos novos colonos; e com o valor obtido com as vendas custearia a vinda e a instalação dos colonos pobres, sem condições de arcar com os custos. Importante mecanismo é o do *sufficient price*, ou instituição do preço mínimo para as vendas, pelo qual o Estado impediria o acesso imediato do assalariado à propriedade da terra, criando a propriedade mercantil da terra, exogenamente ao mecanismo de mercado." (VARELA, 2005, pp. 131-132.)

⁶⁶ O propósito político fica claro na declaração feita pelo Conselho de Estado: "Um dos benefícios da providencia que a Secção tem a honra de propôr a Vossa Magestade Imperial é tornar mais custosa a aquisição de terras[...] Como a profusão de datas de terras tem, mais que outras causas, contribuído para a dificuldade que hoje se sente de obter trabalhadores livres é seu parecer que d'ora em diante sejam as terras vendidas sem excepção alguma. **Augmentando-se, assim, o valor das terras e dificultando-se, conseqüentemente, a sua aquisição, é de esperar que o immigrado pobre alugue o seu trabalho effectivamente por algum tempo, antes de obter meios de se fazer proprietário**" (Consultas do Conselho de Estado sobre Assumptos da Competência do Ministério do Império, colligidas e publicadas por ordem do governo por Joaquim José da Costa Medeiros e Albuquerque, citado em: VARELA, 2005, p. 133.)

uma política pública de expressa intervenção estatal, que se se tornaria objeto do direito civil.

Portanto, a propriedade fundiária, objeto central da sistematização promovida pelo direito civil da época, não foi uma construção *natural* da sociedade da época. Ao contrário, foi uma propriedade concebida no seio de uma política pública estatal explicitamente criada para preservar a estrutura de poder tradicional, de modo que o caminho de transição para o liberalismo assegurasse condições favoráveis aos proprietários tradicionais. Essa realidade contrasta de forma marcante com a ideia de propriedade do direito civil da época, ideia esta que correspondia à noção savigniana de racionalidade histórica dos *institutos* civilistas. O direito privado - e o direito civil no centro do direito privado - era concebido pelo Pensamento Jurídico Clássico como o produto de uma racionalidade, e não como uma construção política. Mas a universalização seletiva permitida pela estrutura contraditória do Pensamento Jurídico Clássico viabilizou a absorção desse quadro paradoxal pelo direito civil brasileiro. A propriedade civil era tratada como categoria universal e abstrata, ignorando-se que na sua origem estava uma lei oriunda de uma política pública criada especificamente para privilegiar os antigos donos de terras segundo a anterior estrutura feudal, inclusive criando mecanismos para assegurar-lhes mão-de-obra barata frente à impossibilidade de, nos novos tempos, utilizarem escravos para sua produção.

Com isso, o Pensamento Jurídico Clássico viabilizou que o direito civil brasileiro adotasse a noção liberal de propriedade, em seu sentido absoluto e universal, e ao mesmo tempo que essa propriedade fosse alocada por uma política pública específica voltada a assegurar disponibilidade de mão-de-obra para os proprietários rurais. Os proprietários rurais

tinham plena liberdade para dispor de suas terras, mas os proprietários foram legitimados e protegidos por uma escolha política casuísta e arbitrária. Assim, os mercados de terras e de produtos agropecuários nasceram como um jogo de cartas marcadas, em que os antigos aliados da coroa - sesmeiros e grandes posseiros - tinham larga vantagem. Desse vício de origem, o direito civil da época não se ocupou.

Outro elemento importante nas relações entre direito e economia desse período foi a apropriação pelo Brasil do *droit administratif* francês. Ao contrário do que narra a grande maioria dos atuais manuais⁶⁷, esse direito administrativo não era o produto da defesa dos cidadãos contra o absolutismo francês. Em nome da Revolução Francesa, instituições do Absolutismo, ao invés de rejeitadas, foram incorporadas e se converteram em instrumento da ação estatal. Do Governo Jacobino ao de Napoleão, as instituições que no *Ancien Régime* serviam ao poder do Rei foram incorporadas pela idéia de *pouvoir de police*. Esse poder de polícia serviu para assegurar ao Chefe do Executivo a prerrogativa de conduzir os assuntos públicos e de evitar a ingerência do Judiciário e do Legislativo.⁶⁸ Na França, a separação de poderes não se converteu em um sistema de freios e contrapesos, como nos Estados Unidos.⁶⁹ Isso se refletiu na disciplina jurídica do poder político e, em decorrência, deu origem ao *pouvoir de police* francês, um poder do Executivo que - em sua concepção francesa original - não era sujeito à limitação pelos outros Poderes. Associada ao *pouvoir de police* estava a *puissance*

⁶⁷ Por exemplo: MEIRELLES, 1989, p. 35; DI PIETRO, 2009, pp. 1-4; MELLO, 2012, pp. 38-42.

⁶⁸ Cf. LOUREIRO (2010).

⁶⁹ Cf. ARENDT, 2001, Capítulo Quarto.

publique, origem da chamada supremacia do interesse público sobre o privado. O *droit administratif* depositava no Executivo a exclusiva legitimidade na condução dos assuntos públicos. E, com isso, a dita supremacia do interesse público sobre o privado se converteu em justificativa para um Executivo que tudo podia.

Essa qualidade autoritária da supremacia do interesse público sobre o privado se reflete no direito administrativo que então se construiu. Até hoje, a maior parte das categorias de Direito Administrativo tem por objetivo fixar poderes para a administração pública e assegurar sua eficácia. Ideias tais como discricionariedade administrativa, cláusulas contratuais exorbitantes, auto-executoriedade dos atos administrativos, autotutela, entre outras, não veiculam garantias dos cidadãos contra os poderes do Estado, mas sim poderes do Estado de imposição de sua vontade frente ao particular. A supremacia do interesse público sobre o particular ocupa papel central na articulação desses conceitos, assim como sua instrumentalização pela ideia de poder de polícia.⁷⁰

Foi esse Direito Administrativo que, em 1850, passou a ser ensinado nas faculdades de Direito nacionais. Os conceitos centrais, trazidos do *droit administratif*, traduziam os valores que a Revolução Francesa colocou no Estado como manifestação da vontade geral. Era um direito administrativo

⁷⁰ Para uma crítica à visão romântica de formação de um direito administrativo garantista e ao papel da ideia de supremacia do interesse público, ver BINENBOJM (2008). Para crítica à ideia de poder de polícia como elemento central de articulação dos poderes administrativos, ver SUNDFELD (2003). Para uma narrativa da incorporação do princípio da supremacia do interesse público e outros elementos distintivos do Direito Administrativo nacional, ver CASTRO (2013).

concebido para ser aplicado pelo Executivo, não pelo Judiciário. Mais do que isso, sua premissa era a não sujeição do Executivo ao Judiciário - o que, inclusive, deu origem a uma instância própria para esse controle: o Contencioso Administrativo. Consoante a teoria da vontade, característica do Pensamento Jurídico Clássico, o direito público em geral e o administrativo em particular eram tradução de uma vontade pública que, por sua vez, era absoluta em sua esfera de atuação. Essa caracterização fica clara, por exemplo, na seguinte exposição de Pimenta Bueno sobre a distinção entre direito público e direito privado:

Desta importante classificação e distinção dos dois interesses, ou do Direito Público e Particular, seus reguladores distintos, nasce desde logo a diversa competência, a dupla existência do poder administrativo e do poder judicial, e com ella a separação profunda de suas attribuições, que não devem jamais ser confundidas.

Com effeito, é desde logo manifesto que a gerencia das relações do cidadão com o Estado, daquellas em que a lei deu o predomínio ao interesse colectivo, em que collocou este debaixo da alçada e protecção do Direito Público ou Administrativo, que é ramo seu; é manifesto, diziamos, que essa gerencia deve pertencer ao poder executivo ou administrativo, pois que é o encarregado de zelar desse dominio.

Semelhante e consequentemente, o que respeita ás relações dos cidadãos entre si, a seus interesses, o que é administração da justiça, deve pertencer a outro poder distincto, aos tribunaes judiciários: aliás não haverá liberdades ou direitos civis possíveis, pois que á pretexto da ordem, ou interesse geral, o poder

administrativo escravizaria todas ellas, que vacillarião incertas e pendentes de seu arbítrio e de seus erros.⁷¹

Nesse contexto, o direito administrativo era visto como de fundamento político - era, afinal, um ramo do direito público - ao que se distanciava do direito civil, de suposto fundamento científico. Seu objeto era não apenas a organização da burocracia, mas também dos serviços estatais. De um lado, como dito, esse direito permitia, sob o fundamento da polícia administrativa, a ingerência estatal das atividades comerciais - exceto quando conflitasse com o direito civil. De outro lado, abria espaço para a completa gestão estatal de determinadas atividades, bastando para tanto justificar a conveniência política de fazê-lo. Foi com essa justificativa, por exemplo, que se considerou domínio exclusivo do Estado o serviço de correios e as atividades de telegrafia e telefonia.⁷² Essas atividades, uma vez consideradas de domínio público (do Estado), poderiam ser delegadas a particulares, sob condições que em tese permitiriam ampla gestão do serviço pelo Executivo.⁷³ Ao mesmo tempo, por serem atividades

⁷¹ BUENO, 1857, p. 9 - mantida a grafia original.

⁷² A justificativa usada foi: "Ora, si o governo, como todo o fundamento e *ad instar* do que tem feito as nações mais adeantadas poz fora de questão [...] que as linhas telegraphicas no Imperio pertencem ao dominio do Estado, e si neste sentido hão sido uniformes as decisões constantes de diferentes avisos, seria por certo contrario aos preceitos de boa hermeneutica qualquer resolução estatuindo diversa doutrina à respeito dos telephonos. /S/ Seria, alem disso, altamente inconveniente no conceito da secção deixar-se este novo meio de communicação inteiramente á livre disposição da indústria particular ou das assembleas provinciaes, quando está reconhecido que a collocação de linhas telephonicas conforme o modo por que foram estabelecidas, pode perturbar a regularidade do serviço telegraphico [...] /S/ Por outro lado há, ainda, a attenderem-se as razões de ordem e conveniencia publica, que fizeram considerar o correio, e, depois, o telegrapho electrico, como serviços da exclusiva competencia do governo geral." (Parecer do Conselho de Estado, de 10/2/1881, *apud*: BRITO, 1975, p. 35 - mantida a grafia original).

⁷³ No Império, além dos correios, do telégrafo e da telefonia (vide nota supra), foram ainda considerados de domínio público as ferrovias e a eletrificação urbana (CF. ARAGÃO, 2007, pp. 60 e 61).

delegadas, pressupunham exclusividade em sua prestação, o que assegurava monopólio aos particulares que obtivessem do Estado a delegação.

Contudo, considerável esforço teórico foi despendido para delimitar o âmbito de aplicação do regime jurídico administrativo. O resultado desse esforço se fundou na divisão entre direito público e direito privado, característica do Pensamento Jurídico Clássico. Aplicava-se a lógica da *teoria da vontade*: naquilo que fosse concernente à esfera pública, a vontade pública seria absoluta; naquilo que fosse concernente à esfera privada, a vontade privada seria absoluta. Assim, do lado do direito público, havia a supremacia do interesse público sobre o privado - expressão da vontade pública que, agindo nos limites de sua esfera, seria absoluta. No lado do direito privado, em contraponto, haveria proteção frente à interferência do Estado - a vontade privada, agindo nos limites de sua esfera de atuação, seria absoluta.⁷⁴ O direito privado trataria da relação entre iguais, em que uma parte não possui ascendência sobre a outra - logo, não haveria que se falar em supremacia de um interesse sobre outro.⁷⁵

O direito privado compreendia essencialmente o direito civil e o direito comercial. Afirmava-se o direito civil como essencialmente protegido da ingerência estatal, dado que estruturado a partir daquilo que os *homens livres* reputassem consistir em suas regras de convívio social.⁷⁶ O

⁷⁴ Vide a caracterização da teoria da vontade feita nas pp. 35 e ss.

⁷⁵ Sobre as características do direito público frente ao direito privado, cf. SUNDFELD, 1998.

⁷⁶ Pimenta Bueno, por exemplo, afirmava que o direito civil é "o domínio [...] em que o poder administrativo não tem entrada, senão por criminosa invasão. É o regimen especial da sociedade particular dos homens entre si..." (BUENO, 1857, p. 13 - mantida a grafia original).

direito comercial, contudo, não tinha a mesma proteção rígida conferida ao direito e à propriedade civil. Ao contrário, doutrinadores da época expressamente admitiam a que o Estado impusesse limitações ao comércio:

As limitações podem ser incluídas nas seis classes seguintes: 1^a, as que provêm de certos monopólios do Estado; 2^a, as motivadas por considerações de salubridade e segurança; 3^a, as que se fundam na necessidade de tutelar os direitos de certos produtores (patentes, marcas de fábrica etc.); 4^a, as que se estabelecem para garantir a boa qualidade dos produtos; 5^a, as que se impõem para garantir o funcionamento econômico de certas empresas (leis sobre sociedades anônimas etc.); 6^a, as que se originam de fins tributários, na aplicação dos impostos indiretos. [...] Dentre as indústrias que, nas nações civilizadas, exigem mais freqüentemente a intervenção do Estado, salientam-se a agricultura e o comércio.⁷⁷

Assim se deu a construção no direito do que podemos chamar de um liberalismo de conveniência. Havia as atividades de *livre mercado* abrigadas por um direito civil convenientemente construído para contemporizar as contradições e idiossincrasias da realidade política da época, e protegido de interferência de políticas estatais. Havia o direito comercial de viés indubitavelmente liberal, porém passível de constrição pelo direito administrativo. E havia o direito administrativo - originalmente concebido para, em seu âmbito de atuação, não ter limites - que podia fundamentar a instituição de monopólios nas atividades que se compreendessem

⁷⁷ CASTRO, Augusto Olympio, 1914. p. 213-214.

fossem de sua esfera de atuação, e que podia ainda limitar a propriedade e as atividades comerciais.⁷⁸

Esse cenário reforça a conclusão acima exposta, com base nas ideias de Duncan Kennedy, de que no Pensamento Jurídico Clássico o direito público é limitado pela racionalização promovida pelo Direito Privado, e não pela racionalização feita pelo Direito Público. O que chamamos de liberalismo de conveniência, assim, foi a possibilidade de conferir maior ou menor liberdade de uso de propriedade conforme se considerasse que se tratasse da esfera de aplicação do direito civil, do direito comercial, ou do direito administrativo. Não estamos, portanto, nos referindo à inserção da ideologia liberal na formação política brasileira - o que demandaria outra análise, sob outras premissas que não a deste trabalho. Referimo-nos à conveniência para a elite brasileira⁷⁹ de um direito que, à guisa de exercício de uma

⁷⁸ Esclarecedora, por exemplo, a opinião de um administrativista brasileiro da época: "De três modos pode o Estado intervir na ordem econômica; agindo diretamente, impulsionando e regulamentando. Age diretamente quando por si mesmo obra como produtor de um serviço, como quando se incumbe da instrução ou quando constrói uma estrada de ferro; intervém impulsionando quando anima e dirige a atividade individual em um certo sentido, premiando, subvencionando os esforços individuais; finalmente intervém regulamentando, quando, mediante regulamentos de polícia administrativa, previne males que podem ocorrer no **trabalho, na indústria, no comércio.** [...] **O Estado simples sentinela, mero guarda do direito nunca existiu, nem existe em parte alguma.**" (SOUZA, José Soriano de, 1893. p. 62 - grifos ausentes no original.)

⁷⁹ A relação entre o direito civil que se construiu e os interesses da elite brasileira da época fica evidente na avaliação que Laura Beck Varela faz sobre a construção jurídica da propriedade fundiária com características modernas (em oposição à propriedade feudal): "A propriedade fundiária brasileira é, assim, fruto de um longo processo que marca a saída dos bens do patrimônio público régio, um esforço gradativo de delimitação da esfera privada, em oposição ao que era público - as terras do rei. A cristalização do direito de propriedade privada foi, certamente, o resultado de uma complexa "construção" forjada em meio às tensões sociais e às condicionantes da infraestrutura econômica. "Construção" de uma disciplina jurídica proprietária, conquista gradual de um espaço a salvo das ingerências mercantilistas da Coroa. Essa disciplina jurídica serviu,

racionalidade auto-evidente, distinguia entre uma propriedade com maior proteção - a civil - e outra com maior possibilidade de intervenção política - a comercial.

Instrumento desse liberalismo de conveniência, portanto, foi a noção de que existe um âmbito privado típico das *relações sociais autorreguladas e espontaneamente estabelecidas*.⁸⁰ A racionalização, pelos juristas da época, acerca de dada atividade econômica pertencer ou não, no todo ou em parte, a esse âmbito privado típico das relações privadas seria o fiel para se permitir ou se afastar a possibilidade de ingerência estatal.⁸¹ Se adequarmos essa ideia ao que Kennedy descreve como *teoria da vontade*, podemos afirmar que o direito civil e o direito comercial brasileiros construíram as relações de produção, troca e consumo de bens e serviços como um espaço singular de manifestação da vontade privada.⁸² Essa ideia permeia, por exemplo, a análise feita por Teixeira de Freitas sobre a fundamentação nas "relações econômicas" da distinção civilística entre crédito pessoal e crédito real:

fundamentalmente, à consolidação do poder da elite local, que se perpetuou sob a forma dos grandes latifúndios." (VARELA, 2005, pp. 231-232).

⁸⁰ Pimenta Bueno, por exemplo, afirmava que o direito civil "é o regimen especial da sociedade particular dos homens entre si; são as suas transações sancionadas pelas leis civis, e mantidas sómente pelos seus magistrados; ou por outra, são seus próprios direitos devidamente reconhecidos, que lhes dão a faculdade de governar-se a si mesmos, em tudo que lhes não é expressamente prohibido; pois que nisso consiste a sua liberdade civil." (BUENO, 1857, p. 13 - mantida a grafia original.)

⁸¹ A propriedade das jazidas minerais e a distinção do domínio do solo e do subsolo é exemplo bastante significativo dos efeitos da teoria da vontade no Pensamento Jurídico Clássico, em especial quanto à repercussão de se considerar ou não dada atividade econômica como inclusa no âmbito privado. Foi por considerar o subsolo fora do âmbito da propriedade civil sobre o solo que se justificou a ingerência estatal na atividade mineradora e a possibilidade de se conceder outorgas públicas a particulares outros que não os donos dos terrenos em que se localizavam as minas. A controvérsia da época é bem retratada em: BANDEIRA, 1885.

As relações humanas, que na esfera da Sciencia Jurídica são consideradas factos, a que cabe applicar uma regra de direito, mostram-se na esfera da Sciencia Econômica como vehiculos de producção, distribuição, e consumo, de riquezas; – como trocas de objectos da natureza physica, sem as quaes não pôde o homem satisfazêr suas necessidades, nem desenvolver as aspirações do seu gênio. Nos rudimntos do commercio essas transacções começam por trocas do supérfluo, passam a ser depois, pela divisão do trabalho, que as multiplica, trocas directas de productos; convertem-se progressivamente, com a introducção da moeda, em trocas indirectas; e recebem finalmente um novo e soberano impulso com o desenvolvimento da noção do credito, isto é, com a expansão da confiança nas pessoas, e nas cousas, elementos de todas as relações.

Se o credito pessoal presuppõe o vinculo individual das obrigações, o credito real não se concebe sem direitos reaes, que affectam immediatamente a propriedade immovel.⁸³

A exposição de Teixeira de Freitas fala das relações econômicas como um processo evolutivo natural a que corresponderia um direito específico. Essa ideia de economia como processo evolutivo natural, e sua correlação com o direito privado, está presente também em autores como Carlos Augusto de Carvalho⁸⁴ e José Antônio Pimenta Bueno.⁸⁵ Assim, se

⁸³ FREITAS, 1945, pp. CXXIII-CXXIV – mantida a grafia original.

⁸⁴ Por exemplo, Carlos Augusto de Carvalho afirma que: “O dominio e os direitos reaes *in re aliena* seguem uma evolução puramente economica. O rigor das regras cede ás necessidades do credito moveI e do immoveI.” (CARVALHO, Carlos Augusto, 1899, p. CXV – mantida a grafia original).

⁸⁵ Pimenta Bueno assim justifica o regime da propriedade civil: “A plenitude da garantia da propriedade não só é justa, como reclamada pelas noções economicas, e pela razão politica dos povos livres; na collisão antes o mal de alguma imprudência do proprietario do que a violação do seu livre dominio. Sem ella não haverá desenvolvimento de sacrificios ou forças industriaes e portanto muito menos incremento e expansão da riqueza e bem-

enxerga de um lado um direito próprio às relações econômicas - o direito privado -, e de outro lado um direito próprio à atuação do Estado - o direito público.

Nesse período, porém, ainda não havia preocupação teórica com o papel do direito em mediar a atuação do Estado na economia - ao contrário, quando se relacionavam ambos, se considerava que o direito privado era mero espelho da economia (entendida esta sob a óptica liberal).⁸⁶ Essa situação se modificaria no curso do séc. XX e seria acompanhada pela emergência de uma nova linguagem jurídica global, aquela que Kennedy chama de "the Social" e a que nos referiremos como Pensamento Jurídico Social. Não obstante, a influência do Pensamento Jurídico Clássico permanece até os dias atuais. Em decorrência dessa influência, fixou-se a noção de que o direito privado, especialmente o direito civil, seria composto por regras ideologicamente neutras e que refletiriam o funcionamento da economia de mercado segundo seus princípios típicos. A fixação de regras de direito público, coerentemente, seria estudada e categorizada como *intervenção* no domínio econômico.

1.3. O Pensamento Jurídico Social (1900-1968) e estruturação do Direito Administrativo e do Direito Econômico brasileiros

A segunda globalização do direito descrita por Kennedy, é a do Pensamento Jurídico Social como consciência

ser social; qual o homem que semearia trigo sem ter certeza de que a colheita e livre disposição seria sua?" (BUENO, 1857, p. 430 - mantida a grafia original).

⁸⁶ Cf. AGUILLAR, 2006, pp. 32-36.

jurídica transnacional. Segundo esse autor, o início de sua formulação se deu no final do séc. XIX e início do séc. XX, mas sua força global passou a ser sentida a partir da I Guerra Mundial, deflagrada em 1914. Embora seu declínio date do final da II Guerra (1945), sua força foi sentida em estratégias de desenvolvimento econômico adotada por organismos internacionais e países em desenvolvimento na década de 60.⁸⁷

O Pensamento Jurídico Social é uma crítica ao Pensamento Jurídico Clássico, e também um projeto de reconstrução social - em um ambiente marcado pela devastação da primeira grande guerra (1919) e, posteriormente, pela quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque (1929). Nesse contexto, o direito passa a ser caracterizado pela ideia de *instrumentalidade* para o bem-estar social.⁸⁸ Como elemento central desse modo de pensar está a ideia de função social do direito.

Por isso, o Pensamento Jurídico Social contrapõe-se ao Pensamento Jurídico Clássico ao abandonar a busca por uma coerência sistemática e afastar a dedução como método de implementação do direito. Além disso, é uma crítica tanto ao individualismo típico da teoria da vontade, como ao que era visto como abuso do uso da dedução como método de construção do direito. Ao contrário de ser produzido pela sistematização de conceitos abstratos, o direito deveria corresponder às necessidades efetivas verificadas na sociedade, na forma como apreendida pelas ciências sociais e, em especial, pela Sociologia. O desenvolvimento racional do direito se daria, logo, de modo vinculado às necessidades da sociedade,

⁸⁷ Cf. KENNEDY, 2006a, p. 36 e *passim*.

⁸⁸ KENNEDY, 2006a, pp. 36 e ss.

apreendidas pela compreensão dos fatos sociais. A partir da compreensão dos fatos sociais é que seria possível a construção da resposta jurídica adequada - ao contrário do Pensamento Jurídico Clássico, em que o direito se desenvolveria "racionalmente" como ordem jurídica autônoma, distinta da moral e da política, calcada em conceitos abstratos organizados segundo axiomas que serviriam de base para aplicação do direito por dedução.

Em contraposição ao individualismo do Pensamento Jurídico Clássico, o Pensamento Jurídico Social abraçou a ideia de interdependência. Esta era representada pela noção de que a vida no final séc. XIX era o reflexo de uma transformação social promovida pela urbanização, industrialização, estratificação social e globalização de mercados. Para incorporar essa pluralidade de fatores, o Pensamento Jurídico Social se contrapôs à teoria da vontade e seu fundamento individualista, dado que um direito individualista somente poderia produzir respostas às necessidades individuais. Conforme o Pensamento Jurídico Social, era necessário um direito social, calcado na interdependência, para que uma resposta coerente às necessidades coletivas fosse possível.⁸⁹

Como consciência jurídica, o Pensamento Jurídico Social, segundo Kennedy, ensejou discursos variados. Tal como ocorreu com o individualismo no Pensamento Jurídico Clássico,

⁸⁹ "Because the will theory was individualist, it ignored interdependence, and endorsed particular legal rules that permitted antisocial behavior of many kinds. The crises of the modern factory [...] and the urban slum, and later the crisis of the financial markets and the Great Depression, all derived from the failure of coherently individualist law to respond to the coherently social needs of modern conditions of interdependence." (KENNEDY, 2006a, p. 38.)

a adoção da interdependência como ideia comum ao modo de pensar do Pensamento Jurídico Social não significou unidade de discurso. Ao contrário, o Pensamento Jurídico Social produziu doutrinas de esquerda e de direita, progressistas e conservadoras. Em todas elas, porém, a ênfase no deducionismo do Pensamento Jurídico Clássico foi substituída pela ênfase na instrumentalidade do direito para alcançar fins sociais.⁹⁰

A partir dessa mudança de fundamentação frente ao Pensamento Jurídico Clássico, o Pensamento Jurídico Social estruturou-se como modo de pensar a partir de quatro propostas: (1) o "deve-ser" (*ought to*) do direito deve ser adaptado ao "é" (*is*) das circunstâncias sociais; (2) as normas jurídicas devem ser formuladas com base em uma abordagem instrumental, e não dedutiva; (3) a formulação de normas jurídicas não compete somente à legislatura, mas também a cientistas jurídicos, juízes e servidores públicos, a partir do expreso reconhecimento de que a ordem jurídica formalmente válida é incompleta; (4) a construção do direito deve ser ancorada em práticas normativas (*direito vivo*) que grupos intermediários entre o Estado e o indivíduo estariam continuamente desenvolvendo em resposta às necessidades da nova conjuntura social.⁹¹

⁹⁰ "In other words, the social, like CLT, was initially a consciousness (though always in an embattled relationship with CLT, rather than straightforwardly hegemonic in the way CLT had been in the brief period between about 1850 and 1890) within which it was possible to develop different and conflicting ideological projects. Regardless of which it was, the slogans included organicism, purpose, function, reproduction, welfare, instrumentalism (law is a means to an end) - and so antideduction, because a legal rule is just a means to accomplishment of social purposes." (KENNEDY, 2006a, p. 39 - tradução livre.)

⁹¹ Parafreamos, com adaptações, o seguinte trecho: "The social people had four positive proposals: (1) from the social "is" to the adaptative ought for law, (2) from the deductive to the instrumental approach to the

Essas quatro características, conforme explicita Kennedy, são refletidas em três formulações típicas do Pensamento Jurídico Social: o pluralismo, o institucionalismo e o corporativismo.

O *pluralismo* dá relevo ao *direito vivo*, visto como aquele praticado por grupos não-estatais como resposta para necessidades efetivas da sociedade - em oposição àquilo que é visto com uma mera manifestação formal do aparato estatal, o direito estatal.⁹² Os pluralistas, ao contrário, identificam várias ordens normativas abaixo e acima do Estado, sujeitas a diversos tipos de institucionalização formal e informal. Sob a perspectiva do pluralismo, consideram-se, por exemplo, as ordens normativas postas pelo direito canônico, pelas normas das corporações medievais e sua adaptação pelo direito mercantil, pelo direito internacional costumeiro e até mesmo pelo código de conduta da Máfia italiana.

Outra formulação típica do Pensamento Jurídico Social é o *institucionalismo*. A ideia de instituição tem parte importante na estruturação do modo de pensar do Pensamento Jurídico Social, especialmente em associação ao pluralismo. Para a compreensão das ordens normativas não-estatais, era necessário identificar as práticas sociais que configurariam um direito não-estatal, distinguindo-as de meros costumes, e conferir a essas práticas uma certa coerência conceitual. A

formulation of norms, (3) not only by the legislature but also by legal scientists and judges and administrative agencies openly acknowledging gaps in the formally valid order, and (4) anchored in the normative practices ("living law") that groups intermediate between the state and the individual were continuously developing in response to the needs of the new interdependent social formation." (KENNEDY, 2006a, p. 40.)

⁹² KENNEDY, 2006a, p. 40.

ideia de instituição, concebida nos moldes que Kennedy descreve abaixo, servia a esse propósito:

...[a instituição é concebida como] uma organização, um conjunto de papéis [sociais], persistente no tempo, mas variada quanto às pessoas que a integram, orientada a partir de um momento de fundação para alcançar um grupo (cambiável) de propósitos [ou finalidades] que vão além dos interesses individuais daqueles que em dado momento ocupam os papéis sociais.⁹³

Ao lado do pluralismo e do institucionalismo, o Pensamento Jurídico Social conhece e desenvolve o *corporativismo*. Como dito, esse modo de pensar tem como raiz a ideia de que o direito está vinculado a finalidades sociais. As finalidades sociais, contudo, não seriam fruto da manifestação política dos cidadãos em resultado de um processo eleitoral - isto é, não seriam o produto formal do Legislativo. As finalidades sociais estariam manifestas nas instituições. E a democracia representativa não seria sequer o meio mais adequado para regular e supervisionar as finalidades sociais. Por ser baseada em um processo legislativo conduzido por indivíduos eleitos, a democracia representativa era vista como um improvável veículo para a supervisão racional do funcionamento das instituições e, por conseguinte, para o atingimento das finalidades sociais. A solução proposta era conferir acesso direto pelas instituições (compreendidas também no sentido de organizações da sociedade, como visto acima) ao poder estatal:

⁹³ "...an organization, a set of roles, persistent in time but with shifting personnel, oriented in a founding moment to some set of (changeable) purposes going beyond the individual interests of the role incumbents." (KENNEDY, 2006a, p. 41 - tradução livre).

[O corporativismo] é a visão de que todas as instituições plurais tinham propósitos que contribuíam para a auto-preservação e evolução da sociedade como um todo, e que somadas elas eram um melhor "representante" da sociedade do que, digamos, um processo eleitoral baseado na votação por indivíduos. Mais do que isso, um processo legislativo que emergisse da votação individual provavelmente seria incapaz de desempenhar racionalmente a função de supervisionar as atividades auto-reguladas das instituições.⁹⁴

Pluralismo, institucionalismo e corporativismo são mais ou menos incorporados no léxico dos diversos teóricos que se influenciaram pelo Pensamento Jurídico Social. Como linha comum, está a negação do formalismo conceitual do Pensamento Jurídico Clássico e a afirmação das necessidades sociais como fundamento para o direito. A negação do formalismo, porém, não busca substituir uma visão objetiva de direito por uma visão subjetiva. Para os teóricos do Pensamento Jurídico Social, de acordo com Kennedy, a forma correta de se abordar cientificamente o direito era pelo recurso às ciências sociais, tais como a Sociologia, a Psicologia e a Economia. Esse modo de pensar se voltava contra o fundamento da pretensão científica do Pensamento Jurídico Clássico, pretensão essa fundada na distinção e organização sistemática de categorias⁹⁵ a partir da *técnica jurídica*. Tal qual o

⁹⁴ "This was the view that the plural institutions all had purposes that contributed to the self-preservation or reproduction and evolution of society as whole, and that taken together they were a better 'representative' of society than, say, an electoral process based on voting by individuals. Moreover, a legislative process that emerged from individual voting was unlikely to perform in a rational way the function of overseeing the self-regulating activities of institutions." (KENNEDY, 2006, p. 41 - tradução livre).

⁹⁵ Kennedy chama essa metologia de "aninhamento" (*nesting*): "Savigny builds the System by the method that is sometimes called "nesting", according to which within a distinction there is another distinction, on each side, that

Pensamento Jurídico Clássico, o Pensamento Jurídico Social aspirava igualmente objetividade científica, mas argumentava que essa seria alcançável pelo estudo da realidade para se obter a constatação daquilo que é, para que então se pudessem projetar as corretas soluções e assim estabelecer aquilo que deveria ser. O caminho entre *ser* e *dever ser*⁹⁶ seria estruturado pelo "estudo", formulado a partir de investigação empírica que indicaria de forma técnica e apartidária as efetivas necessidades do *interesse público* e os mecanismos para seu atendimento.⁹⁷

Uma importante constatação que podemos fazer, e diretamente relacionada à ideia exposta acima, é que, ao contrário do que identificam diversos autores, as agências reguladoras independentes têm sua origem no Pensamento Jurídico Social (e não como uma manifestação do dito neoliberalismo dos anos 90⁹⁸). Foi a partir do New Deal de Franklin Roosevelt que as agências reguladoras independentes

reproduces the initial distinction. At the same time, he arranges the contrasting entities at each level, beginning within private law but then at the levels of public law and international law, to construct a pyramid in which the organic collective side has a strong politically conservative valence." (KENNEDY, 2010, pp. 821-822). Para uma visão mais aprofundada do "aninhamento" e sua função na consciência jurídica (especialmente do Pensamento Jurídico Clássico), ver: KENNEDY, 1994, pp. 357 e ss.

⁹⁶ Nas palavras de KENNEDY (2006, p. 43), "*is-to-ought context*".

⁹⁷ Nesse sentido, afirma Kennedy: "A key element of is-to-ought was the "study", beginning with industrial accidents at the beginning of the century. The premise of the "study" was that there was a politically powerful, centrist, middle-class audience, that tended to assume that things in general were going fine. When alerted by a study either to dangers to themselves (e.g. unsanitary food processing) or to sufficiently flagrant abuse of others (conditions in the mines), this group would support a regulatory regime on "public interest" rather than partisan political grounds." (KENNEDY, 2006a, p. 43.)

⁹⁸ Todavia, como veremos adiante, o papel das agências reguladoras na narrativa do Estado Regulador, dentro do Pensamento Jurídico Contemporâneo terá justificativa bastante diversa.

passaram a ser largamente adotadas nos EUA.⁹⁹ Neste país, antes de 1930, apenas duas agências reguladoras haviam sido instituídas. Após 1930, sob Roosevelt, dezenas de agências reguladoras foram criadas. A criação das agências reguladoras desse período é descrita como “respostas não apenas à percepção de problemas sociais que demandam solução do governo, mas também à percepção de que as instituições existentes não são adequadas para a tarefa.”¹⁰⁰ As agências reguladoras proliferaram nos EUA, portanto, como uma forma nova de ampliar a ação estatal sobre a economia, em que a expertise técnica seria supedâneo para resolver os problemas sociais da época.

No Brasil, no mesmo período, foram criadas organizações inspiradas nas características das agências reguladoras independentes americanas, de que são exemplos o Departamento Nacional do Café e o Instituto do Açúcar e do Alcool.¹⁰¹ Além disso, em dois importantes projetos encomendados pelo Governo Vargas, houve a intenção explícita de adotar instituições similares às agências reguladoras americanas. Trata-se, um deles, da previsão no Código de Águas

⁹⁹ Corroborando nossa afirmação: “The creation of the ICC did not produce an immediate flood of new federal agencies on the same model. Indeed, the Progressive Era produced only one other major regulatory innovation between the Interstate Commerce Act and the Great Depression, the creation of the Federal Trade Commission. [...] The watershed period in the creation of new federal administrative agencies was the New Deal. Concerns of both practice and principle notwithstanding, the President and the Congress created a host of new entities, often with broad and vaguely described authority, to respond to the national economic emergency.” (MASHAW et. al., 1998, p. 5.). Para uma análise pormenorizada das agências reguladoras desse período, com extensa documentação dos debates legislativos da época, ver CUSHMAN, 1941.

¹⁰⁰ Nesse sentido: “...agencies typically are responses not only to the perception of social problems warranting government response, but also to the perception that existing institutions are inadequate to the task.” (MASHAW et. al., 1998, p. 5.)

¹⁰¹ Sobre as características do Departamento Nacional do Café e do Instituto do Açúcar e do Alcool e as semelhanças com o modelo americano de agências reguladoras independentes, ver MEDEIROS, 2005.

de criação da Comissão Federal de Forças Hidráulicas, no anteprojeto de lei liderado por Alfredo Valladão.¹⁰² O outro foi o projeto de regulamentação do art. 147 da Constituição de 1937¹⁰³, em a comissão de juristas liderada por Bilac Pinto recomendou que a regulamentação por comissões (nos moldes das *commissions* americanas) fosse adotada como forma de controle dos serviços públicos¹⁰⁴.

Não obstante a Comissão Federal de Forças Hidráulicas não tenha sido implementada, e nem o anteprojeto de Bilac Pinto tenha tido seguimento, a mesma ideia de independência técnica que justificou a proliferação das agências reguladoras nos EUA durante o New Deal, serviu a Francisco Campos para justificar a centralização administrativa no Estado Novo de Vargas -inclusive, citando o exemplo americano para reforçar seu argumento:

A legislação perdeu o seu caráter exclusivamente político, quando se cingia apenas às questões gerais ou de princípios, para assumir um caráter eminentemente técnico. [...]

¹⁰² Lia-se na exposição de motivos do Código de Águas, feita por Alfredo Valladão: "Instituiu o projeto [do Código de Águas] as comissões, cercandolas das maiores garantias de idoneidade moral, de competência administrativa e de independência. /S/ A Comissão Federal de Forças Hidráulicas (destinada a propulsionar o desenvolvimento da indústria hidroelétrica no país, regulamentá-la e fiscalizá-la), ficou instituída do modo a poder gozar entre nós daquele mesmo prestígio de que goza, nos Estados Unidos, Interstate Commerce Commission." (VALLADÃO, 1980, p. 58.)

¹⁰³ Art 147 - A lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa ou adequada e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços. /S/ A lei se aplicará às concessões feitas no regime anterior de tarifas contratualmente estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.

¹⁰⁴ Cf. PINTO, 1941.

Ora, um corpo constituído de acordo com os critérios que presidem à constituição do parlamento é inapto às novas funções que pretende exercer. Capacidade política não importa capacidade técnica, e a legislação é hoje uma técnica que exige o concurso de vários conhecimentos e de várias técnicas. [...]

Daí, o movimento geral em todo o mundo para retirar do parlamento a iniciativa da legislação e estender cada vez mais o campo da delegação de poderes. Não há hoje obra legislativa importante que não tenha sido iniciativa do governo ou não seja o resultado de uma delegação do Poder Legislativo. Quase toda a legislação recente na Inglaterra é feita por Orders in Council e Departmental Regulations, isto é, legislação pelo Executivo, mediante delegação de poderes.

Nos Estados Unidos, país em que sempre existiu a preverença dos tribunais contra a delegação, a legislação pelo Executivo, ou delegada, constitui hoje a massa mais importante da produção legislativa. (CAMPOS, 2002, pp. 82-83.)

Portanto, o Pensamento Jurídico Social deu ensejo a uma ampliação da atuação do direito sobre a economia. Manteve-se a distinção entre direito público e direito privado, porém este não era mais uma limitação à esfera daquele. A ação do direito sobre a economia não era vista como um exercício da política. Ao contrário, essa ação seria o produto da *técnica*, compreendida de acordo com a racionalidade científica da Economia, Sociologia e Psicologia de então.¹⁰⁵ Essa a visão dessa época.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Por isso, Duncan Kennedy afirma: "The social was social scientific" (KENNEDY, 2006, p. 43).

¹⁰⁶ Nesse sentido, por exemplo, Francisco Campos defendia que: "A legislação perdeu o seu caráter exclusivamente político, quando se cingia apenas às

Foi a partir dessa premissa que se passou a teorizar a influência do direito sobre a economia, bem como a noção de que compete ao Estado planejar a economia. Assim, foi no Pensamento Jurídico Social que a política econômica passou a ser compreendida como produto do Estado e como objeto de tratamento jurídico e investigação pelo Direito. Mas, paradoxalmente, a política econômica não era vista como *política*. Ao invés de *política*, era compreendida como uma resposta *técnica* aos problemas sociais. Essa visão, com roupagem diversa, ainda ocupa papel central nos debates sobre a regulação setorial e o papel das agências reguladoras no Brasil, como veremos adiante.

Paralelamente a essa visão de intervenção técnica, outra importante corrente construída segundo o Pensamento Jurídico Social é a organização do Direito Administrativo em torno da ideia de "serviço público" e do que se chama de "intervenção (jurídica) sobre o domínio econômico". Essas duas ideias são centrais na visão ainda hoje paradigmática no direito brasileiro, e por isso agora nos ocuparemos delas com maior detalhe.

A primeira grande influência dessa corrente foi Léon Duguit, considerado o pai da doutrina do serviço público francês. Duguit propôs que a ideia de serviço público seria o fundamento do direito público e teria a função específica de legitimar a atividade estatal, adequando-a a uma realidade social que, por ser pre-existente ao próprio Estado, ditaria os seus limites. O que o autor francês buscava era um

questões gerais ou de princípios, para assumir um caráter eminentemente técnico. [...] Capacidade política não importa capacidade técnica, e a legislação é hoje uma técnica que exige o concurso de vários conhecimentos e de várias técnicas." (CAMPOS, 2006, p. 82).

substituto para a noção de soberania (*puissance*) como fundamento do direito, de forma a que a atuação estatal encontrasse suporte outro que não no próprio Estado. Na concepção de Duguit, o Estado de Direito se submeteria a uma ordem subjetiva que não teria sido criada por ele próprio, e cujo fundamento seria a solidariedade social. A partir dessa proposta, Duguit formulou sua noção de serviço público: uma obrigação que se impõe aos governantes e cujo cumprimento é a própria justificação do governo e das prerrogativas que lhe são inerentes.¹⁰⁷

A ideia de serviço público de Duguit não traz a distinção entre público e privado como elemento delimitador do regime jurídico a ser aplicado. Isto é, ao contrário do *droit administratif* do Pensamento Jurídico Clássico, não havia para Duguit um regime público típico do direito público, nem um regime privado típico do direito privado. Duguit enfatiza o serviço público como uma função social justamente porque, para ele, pouco importa o regime jurídico (conjunto de regras, direitos e obrigações) a que se submete determinada atividade, o que importa é se dada atividade é ou não necessária ao interesse público. O regime jurídico não está vinculado ao fato de uma atividade ser considerada ou não serviço público. Segundo Duguit, se uma dada atividade é desempenhada pelo Estado para assegurar seus fins, será serviço público, independentemente da qualidade das regras que a regulem.

¹⁰⁷ Afirma Duguit: "En effet, dès ce moment on a compris que certaines obligations s'imposaient aux gouvernants envers les gouvernés et que l'accomplissement de ces devoirs était à fois la conséquence et la justification de leur plus grande force. Cela est essentiellement la notion de service public." (DUGUIT, 1913, p. 33.)

A concepção de Duguit foi, todavia, base para novas formulações teóricas que serviriam para manter e consolidar a distinção entre público e privado legada pelo Pensamento Jurídico Clássico. Gaston Jèze, discípulo de Duguit na Escola de Bordeaux (a Escola do Serviço Público), deu os primeiros passos nesse sentido. Para Jèze, serviço público seria um *processo para satisfação do interesse geral*.¹⁰⁸ O que caracterizaria esse processo seria a adoção de um *regime jurídico público* - definido por ele como um *conjunto de regras especiais passíveis de modificação a qualquer instante*. Portanto, Jèze vincula seu conceito de serviço público a um conjunto típico de regras. O que determinava esse conjunto não era a *natureza* dessas regras - "natureza jurídica" remete ao Pensamento Jurídico Clássico, modo de pensamento que não é adotado por Jèze. O que determinava esse conjunto típico do *regime público* era o fato de serem regras diferentes das aplicáveis às coisas privadas, e a possibilidade de que a qualquer instante essas regras fossem modificadas em prol do interesse geral.¹⁰⁹ Qualquer setor econômico - ou qualquer coisa - poderia se submeter ao *processo de serviço público*, bastando para tanto que os governantes de um país, no uso de sua autoridade, assim o quisessem.¹¹⁰

Não obstante essa formulação, Jèze afirmava que o serviço público seria um dentre os mecanismos de que disporia

¹⁰⁸ Dizia Jèze: "... le service public est un procédé - et non pas le seul procédé - pour donner satisfaction à des besoins d'intérêt général." (JÈZE, 1924, p. 273).

¹⁰⁹ Cf. JÈZE, 1924, pp. 264-273.

¹¹⁰ O autor assim afirmava: "Sont uniquement, exclusivement, services publics les besoins d'intérêt général que les gouvernants, dans un pays donné, à une époque donnée, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public. L'intention des gouvernants est seule à considérer." (JÈZE, 1924, p. 274).

o Estado para satisfazer o interesse público.¹¹¹ Logo, Jèze conferiu ao conceito de serviço público um aspecto instrumental diverso do que Duguit imaginara. Para Duguit o serviço público serviria como fundamento para ação estatal, era a razão e o limite para a intervenção do público sobre o privado. Para Jèze, o serviço público era um instrumento - entre outros - para a atuação do Estado.¹¹² Essa distinção é importante e, quanto ao regime jurídico aplicável ao Estado, aproxima Jèze de Duguit. Significa o reconhecimento por Jèze de que nem toda ação estatal se pautaria por um regime jurídico caracterizado pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado.¹¹³ Portanto, ao mesmo tempo em que amarra o serviço público a um regime jurídico público, Jèze não vincula todas as atividades estatais à idéia de serviço público.¹¹⁴

¹¹¹ Com efeito, Jèze afirmava que o Estado poderia assumir atividades tanto se valendo de um regime jurídico especial, caso em que se cuidaria de serviço público, como se valendo do regime jurídico ordinariamente aplicado sobre a propriedade privada - vide: JÈZE, 1924, p. 266.

¹¹² Ver citação na nota 108 acima.

¹¹³ No mesmo sentido de nossa conclusão sobre o pensamento de Jèze, Alexandre Santos de Aragão afirma que, para o autor francês: "Não haveria um dado único que determinasse se a atividade tem ou não o regime jurídico especial de serviço público, mas sim um conjunto de circunstâncias, como a imposição de cargas públicas aos particulares [...] e o poder de fixar taxas para assegurar a prestação do serviço. O autor releva também como um importante dado a atividade ser monopolizada pelo Estado, e, com base nisso, demonstrando não diferenciar serviço público de atividade econômica monopolizada pelo Estado, dá como exemplos de evidentes serviços públicos ("très certainement constituant des services publics") a fabricação da pólvora, de cigarros e de fósforos, então monopolizados pelo Estado francês." (ARAGÃO, 2007, p. 88).

¹¹⁴ Outro discípulo da Escola do Serviço Público, Luis Rolland, iria além de Jèze para, além de afirmar a vinculação do serviço público a um regime jurídico típico da supremacia do público sobre o privado, tentar enumerar as regras que seriam características desse regime. Rolland diferenciava entre serviços públicos em sentido amplo e serviços públicos propriamente ditos; apenas os últimos estariam sujeitos a um regime jurídico especial. Esse regime, segundo o autor, se pautaria por postulados como a continuidade, a igualdade e a mutabilidade (ou atualidade). A respeito da

Ainda na França, a Escola do Serviço Público foi contraposta pela linha institucionalista de Maurice Hauriou.¹¹⁵ A visão deste autor se contrapôs especialmente à visão que colocava o serviço público como fundamento da ação estatal. Segundo Hauriou, seria a soberania (*souveraineté*) o meio pelo qual a massa social era conduzida a aceitar e assimilar a coisa pública, ou ainda o meio pelo qual o Estado toma consciência de si.¹¹⁶ Mas a soberania, segundo Hauriou, não seria ilimitada, mas seria o poder político supremo enquanto livremente empregado para realizar a coisa pública.¹¹⁷ À coisa pública (*chose publique*), Hauriou opunha a coisa privada (*chose privée*) - o conjunto de situações que não interessam a ninguém que não o círculo de pessoas envolvidas - e a coisa corporativa - o conjunto de situações que, não obstante públicas, não interessam igualmente a todos.¹¹⁸ Desse modo, a coisa privada e a coisa corporativa seriam, em princípio, limites à soberania. Haveria, em decorrência, um âmbito de atuação próprio para *puissance publique*, o da *chose publique*, em que haveria um direito especial - o direito administrativo. Fora dos limites próprios à soberania, não teria lugar o

Escola do Serviço Público na França, ver a análise de: ARAGÃO, 2007, pp. 89-90.

¹¹⁵ Cf. ROLDÁN MARTIN, 2000, pp. 20-21.

¹¹⁶ Assim dizia Hauriou: "...l'État n'est pas seulement une chose publique, mais encore une personne souveraine ou une souveraineté; nous savons aussi que cette souveraineté est le moyen par lequel la masse sociale est conduite à accepter et à réaliser la chose publique, de telle sorte que la souveraineté est un moyen par lequel l'Etat se réalise lui-même." (HAURIOU, 1903, p. 12).

¹¹⁷ Cf. HAURIOU, 1903, p. 13.

¹¹⁸ É o que afirmava Hauriou: "La chose publique n'englobe point toutes les situations sociales; elle laisse en dehors, d'une part la "chose privée", c'est-à-dire l'ensemble des situation qui n'intéressent que le cercle des intimes, et d'autre part la "chose corporative", c'est-à-dire l'ensemble de situations qui, tout en étant publiques, n'intéressent pas également tous les membres du groupe, les situations qui, tout en étant publiques, restent différentielles." (HAURIOU, 1903, p. 10).

direito administrativo, mas sim o direito comum - comercial ou civil.

Para Hauriou, no âmbito privado, do *direito comum*, estaria a economia. Em nome da coisa pública, Hauriou até mesmo defendia que seria possível a *intervenção* do Estado na economia, por meio da ampliação da competência do próprio direito administrativo. Mas decerto havia para o autor um regime jurídico para o âmbito público, e outro para o âmbito privado, e a economia seria regulada e identificada com o segundo.¹¹⁹

A distinção entre os âmbitos público e privado se faria presente na própria administração pública, que, para Hauriou, teria dois regimes jurídicos. De um lado, praticaria os atos administrativos, aqueles que veiculariam exercício de

¹¹⁹ Fica evidente no trecho em que Hauriou defende a possibilidade de ampliação do âmbito de atuação dos direitos de *puissance publique* sobre a atividade econômica o fato de que o autor francês mantém a ideia do Pensamento Jurídico Clássico, que assimila o regime de *direito comum* ao âmbito privado, e identifica a ideia de *economia* apenas com este: "Quels sont les rapports sociaux que l'État souverain doit diriger ou, pour employer une expression consacrée, jusqu'à quel point l'État doit-il intervenir dans les affaires sociales para sa législation, par son administration, par sa justice? Spécialement, jusqu'à quel point doit-il intervenir dans les rapports économiques? telle est la question. Elle est dominée par cet autre: quel est le but de l'État? car sans doute l'État ne doit intervenir que dans la mesure où cela est nécessaire pour réaliser sa fin. Mais la fin de l'État n'est point extérieure à lui, comme on semble le croire généralement, elle lui es intérieure, la fin de l'État est de se réalise lui-même; il doit se réaliser comme chose publique par le moyen de la souveraineté, et c'est en se réalisant ainsi lui-même qu'il travaille pour l'individu. La fin de l'État est donc en réalité illimitée dans le sens de la chose publique. Il est à croire que la compétence de la souveraineté l'est également. En d'autres termes, c'est la souveraineté que règle elle-même sa compétence et c'est ce que l'on entend lorsqu'on dit qu'elle est "la compétence des compétences". Aucun rapport social ne lui échappe de droit du moment qu'il présent les éléments requis pour constituer une chose publique, les rapports économiques pas plus que les autres; seulement les rapports économiques étant essentiellement privés et différentiels fournissent peu à la chose publique, et par conséquent se prètent peu à l'intervention de l'État." (HAURIOU, 1903, p. 17).

direitos de poder público (droits de puissance publique). De outro lado, praticaria atos comuns a qualquer pessoa privada, em que exerceria *direitos de pessoa privada (droits de personne privée)*.¹²⁰ A soberania, a *puissance publique*, desse modo, teria para o autor francês um regime jurídico típico, o dos *droits de puissance publique*¹²¹, cuja principal característica seria o *privilège du préalable*¹²² - que entre juristas pátrios ganhou a tradução de *princípio da autoexecutoriedade*.¹²³

Hauriou, portanto, estabeleceu uma delimitação entre público e privado fundada na *natureza* da atividade - se pertinente à coisa pública ou não -, de forma similar à teoria da vontade do Pensamento Jurídico Clássico. Ele não admitia a atribuição do regime jurídico público a qualquer atividade -

¹²⁰ Sobre a distinção entre os tipos de direito exercidos pela administração pública, dizia Hauriou: "Si l'on considère l'administration publique comme un exercice de droits, il convient de distinguer différents modes suivant lequel ces droits sont exercés car, suivant les modes, les conséquences juridiques de l'exercice des droits sont très différents: 1° les droits peuvent être exercés soit au nom de la puissance publique, soit au nom du domaine ou du Fisc, c'est-à-dire au nom de la personnalité publique des administrations, ou au nom de leur personnalité privé; 2° les droits exercés au nom de la puissance publique peuvent l'être soit par la voie d'autorité, soit par la voie de gestion." (HAURIOU, 1903, p. 227).

¹²¹ Cf. HAURIOU, 1903, p. 796.

¹²² Assim afirma o próprio autor: "Les droits de puissance publique sont ceux que contiennent de la puissance, c'est-à-dire des privilèges exorbitant du droit commun, notamment le privilège du préalable..." (HAURIOU, 1903, p. 529).

¹²³ A expressão em francês é usada nesse sentido inclusive pela jurisprudência, como se pode perceber no seguinte trecho do voto do Ministro Celso de Mello: "O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do *privilège du préalable*, não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária." (Habeas Corpus nº 82.788, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2/6/2006).

não admitia, logo, que a incidência da *puissance publique* ocorresse livremente sobre a atividade privada. Para ele, haveria um campo de atuação típico de Estado, e outro típico do particular.¹²⁴ Desse modo, a distinção público/privado em Hauriou cumpre um papel de limitação da atuação estatal típico do Pensamento Jurídico Clássico, e não de legitimação e organização dessa atuação como é característico no Pensamento Jurídico Social.

No Brasil, o Direito Administrativo adaptou a Escola do Serviço Público na forma de um peculiar *sincretismo*¹²⁵. Como veremos adiante, as diferentes ideias de serviço público desenvolvidas por Duguit, Jèze, Rolland e Hauriou foram misturadas e assimiladas como se se tratassem de uma única e uniforme concepção. O reflexo maior dessa assimilação uniformizante de ideias antagônicas quanto ao serviço público se dará no modo como o Direito Administrativo contemporâneo entende ser o papel do Estado diante da atividade econômica da sociedade, em que a ideia de serviço público como fundamento para a ação estatal, defendida especialmente por Duguit, é misturada com a ideia de Hauriou de que há um regime jurídico próprio a um conjunto de atividades que, por *natureza*, seriam públicas. Antes, porém, de tratarmos do Direito Administrativo contemporâneo brasileiro, é necessário tratar do modo de pensamento, segundo a exposição de Kennedy, que seria característico daquela corrente: o Pensamento Jurídico Contemporâneo.

¹²⁴ A mesma conclusão, ao analisar Hauriou, é alcançada por ARAGÃO, 2007, pp. 13-14.

¹²⁵ Ver LOUREIRO, 2013.

1.4. O Pensamento Jurídico Contemporâneo (1945-2000) e sua apropriação pelo Direito brasileiro

Ao Pensamento Jurídico Social, segundo Kennedy, sucedeu o Modo Contemporâneo do Pensamento Jurídico Ocidental, ou a consciência jurídica contemporânea¹²⁶ (adiante referido aqui como "Pensamento Jurídico Contemporâneo"), como modo de pensar globalizado do Direito. Segundo o autor, trata-se do atual pensamento hegemônico no Direito.

O Pensamento Jurídico Contemporâneo, ao contrário de seus antecessores, não possui um conceito central estruturante de seu modo de pensar, como eram a teoria da vontade no Pensamento Jurídico Clássico, ou a interdependência, no Pensamento Jurídico Social. Isso porque o Pensamento Jurídico Contemporâneo é um sincretismo de ambos modos de pensar que lhe antecederam.¹²⁷

Do Pensamento Jurídico Clássico, o Pensamento Jurídico Contemporâneo adapta o modo de pensar dedutivo e a

¹²⁶ No original em inglês: Contemporary Mode of Western Legal Thought. Essa designação para a terceira globalização foi usada por Kennedy em sua obra anterior *The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought* (2004). No seu *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000* (2006a), contudo, Kennedy abandona a nomenclatura acima e passa a se referir à "consciência jurídica contemporânea" (contemporary legal consciousness) ou, apenas, à "terceira globalização". Optamos, neste trabalho, por usar a denominação "Contemporâneo", capitalizada, para designar a terceira globalização do pensamento jurídico identificada por Kennedy.

¹²⁷ Conforme diz Kennedy: "The third globalization resembles the first two in that it is founded on a brutal critique of its predecessor, in this case, the social. But it differs from both CLT and the social in the respect that there is no discernible large integrating concept, parallel to the will theory or the notion of adaptation to interdependence, mediating between normative projects and subsystems of positive law. Rather I would describe the structure of the consciousness globalized after 1945 as the unsynthesized coexistence of transformed elements of CLT with transformed elements of the social." (KENNEDY, 2006a, p. 63.)

consequente pressuposição de que o direito positivo é um sistema coerentemente formulado. O pensamento dedutivo contemporâneo, porém, não se fundamenta nas categorias da teoria da vontade, mas em uma leitura formalista de cartas de direitos inseridas nas constituições e nos tratados internacionais - e cujo ápice discursivo moderno é a ideia de Direitos Humanos. Esse modo de pensar Kennedy chama de **neoformalismo**.

Do Pensamento Jurídico Social, o modo de pensar contemporâneo adapta a análise da realidade (empiricamente verificável) como instrumento de justificativa e escolha de normas jurídicas. Porém, o Pensamento Jurídico Contemporâneo substitui a ênfase na análise técnica dessa realidade, pela *ponderação entre possibilidades conflitantes*. Isto é, ao invés de confiar à Sociologia (ou à Economia, ou à Ciência Política) a descoberta daquilo que seria a adequada resposta normativa a um dado problema da sociedade, o Pensamento Jurídico Contemporâneo se vale de duas ou mais - e por vezes conflitantes entre si - respostas possíveis, para então escolher uma solução. Em contraste com o Pensamento Jurídico Social, esse modo de pensar contemporâneo produz *regras que são acomodações ad hoc, ao invés de regras sociais que seriam ditadas por propósitos sociais únicos em novos regimes jurídicos coerentemente adaptativos*.¹²⁸ Kennedy chama essa característica do Pensamento Jurídico Contemporâneo de **policy analysis** - expressão de difícil tradução para o português, mas

¹²⁸ "It [policy analysis] produces rules that are ad hoc compromises, rather than the social rules dictated by single social purposes in coherently adaptative new legal regimes." (KENNEDY, 2006a, p. 63 - o trecho em itálico é o que foi parafraseado acima.)

que aqui será referida como "análise jurídica de políticas públicas".¹²⁹

Ambos, *análise jurídica de políticas públicas e neoformalismo*, caracterizam o Pensamento Jurídico Contemporâneo. Do lado da análise de políticas, há um instrumental de contemporização, de criação de acordos específicos para administrar projetos políticos conflitantes a pautar a formação da ordem jurídica. Essa ponderação terá como critério as consequências racionalmente identificadas para as opções políticas analisadas, como afirma Castro:

...a análise jurídica de políticas públicas adota como pressuposto que é possível alcançar um ponto mediano de equilíbrio, considerado "racional", entre os interesses conflitantes, de modo a maximizar globalmente os benefícios sociais que podem decorrer de um tal equilíbrio.¹³⁰

Do lado do neoformalismo, o Pensamento Jurídico Contemporâneo se apresenta como instrumento de ruptura social - ao contrário do papel do formalismo no Pensamento Jurídico Clássico. E, nesse aspecto, se mostra de forma oposta à acomodação de conflitos que caracteriza a análise de políticas. Nesse sentido, afirma Kennedy:

O neoformalismo de direito público [...] é um modo disruptivo, ao invés de acomodatório, que por vezes se faz valer de instituições que personificaram o Social, e por vezes se faz valer de instituições que personificaram o Pensamento Jurídico Clássico. Ele apela, para além da mescla entre o Pensamento Jurídico Clássico e o Social representado pela instituição em

¹²⁹ A tradução é extraída de CASTRO, 2012, p. 206.

¹³⁰ CASTRO, 2012, p. 206.

questão, a valores supostamente transcendentais, mas também positivados em constituições e tratados, para ir contra o *status quo*.¹³¹

No Pensamento Jurídico Contemporâneo, análise jurídica de políticas públicas e neoformalismo são mediados pela atuação do juiz, que surge como figura heróica seja para aplicar direitos fundamentais que emergem de uma leitura formalista da Constituição e dos tratados internacionais, seja para ponderar opções políticas alternativas a partir das consequências identificadas pela "racionalidade" jurídica.¹³² Neoformalismo e análise de políticas, logo, não são mutuamente excludentes no modo de pensar contemporâneo. São, ao contrário, combinados, pela ação do juiz, na busca de soluções para os problemas jurídicos.

A apropriação do Pensamento Jurídico Contemporâneo pelo Direito brasileiro se deu em variadas narrativas, ora com ênfase na análise de políticas, ora com ênfase no neoformalismo. Quanto às relações entre direito e economia, identificamos quatro narrativas principais no Direito nacional, que aqui denominaremos: i) Direito Administrativo e Direito Econômico majoritários; ii) Constituição Dirigente, iii) Estado Regulador e iv) Análise Econômica do Direito.

¹³¹ "Public law neoformalism [...] is a disruptive, rather than managerial mode, brought to bear sometimes on the institutions that embodied the social, and sometimes on the institutions that embodied CLT. It appeals, beyond the settlement between CLT and the social represented by the institution in question, to supposedly transcendent, but also positively enacted values in constitutions or treaties, against the status quo." (KENNEDY, 2006a, p. 64 - tradução livre.)

¹³² Cf. KENNEDY, 2006, pp. 63 e ss.

Figura 3 - Principais narrativas brasileiras sobre direito e economia no Pensamento Jurídico Contemporâneo



Fonte: elaboração própria do autor

1.4.1. Direito Administrativo e Direito Econômico majoritários

No Brasil, as narrativas em torno da ideia de serviço público foram incorporadas de modo peculiar, para compor o Direito Administrativo nacional hoje adotado majoritariamente pelos cursos de graduação e exames públicos.¹³³ As diferentes ideias de serviço público desenvolvidas na França (ver item 1.3 acima) foram adaptadas de forma a progressivamente misturar as premissas e conclusões da Escola do Serviço Público, de Duguit e Jèze, com as da Escola Institucionalista, de Hauriou. Essa mistura de fundamentações que remontam ao Pensamento Jurídico Social convive com a estruturação do Direito Administrativo em categorias abstratas que, por sua vez, remetem à linguagem do Pensamento Jurídico Clássico. Esse sincretismo de influências se traduz em um involuntário paradoxo, que explicaremos nas próximas linhas.

¹³³ Como representantes do que aqui se chama Direito Administrativo hegemônico no Brasil, ver: DI PIETRO, 2009; MEIRELLES, 1989; MOREIRA NETO, 2009; MELLO, 2012; JUSTEN FILHO, 2012.

Os teóricos do Direito Administrativo no Brasil em geral adotam a ideia da Escola do Serviço Público de que o Estado, e o próprio direito, possuem função instrumental para a sociedade. O Direito Administrativo, afirmam, teria fundamento na realização do interesse público.¹³⁴ Não se descreve o Direito Administrativo como a organização de categorias abstratas apreendidas pela racionalidade do cientista jurídico. À primeira impressão, portanto, esses doutrinadores constroem uma narrativa consoante a linguagem funcionalista do Pensamento Jurídico Social, e em especial com a Escola do Serviço Público de Duguit e Jèze.

Contudo, referidos autores organizam o Direito Administrativo em conceitos abstratos ordenados sistematicamente e que decorreriam do *espírito*, ou da *natureza jurídica*, do direito nacional. É sintomático dessa constatação que a noção de *instituto*¹³⁵, formulada por Savigny, seja empregada rotineiramente para se referir às categorias e aos conceitos do Direito Administrativo. Os *institutos*, porém, não servem apenas para definir e organizar sistematicamente um direito administrativo nacional; servem sobretudo para

¹³⁴ Por exemplo: "...o Direito Público se ocupa de interesses da Sociedade como um todo, interesses públicos, cujo atendimento não é um problema pessoal de quem os esteja a curar, mas um dever jurídico inescusável. Assim, não há espaço para a autonomia da vontade, que é substituída pela ideia de função, de dever de atendimento do interesse público. /S/ É o Estado quem, por definição, juridicamente encarna os interesses públicos. O Direito Administrativo é um ramo do Direito Público. Ocupa-se, então, de uma das funções do Estado: a função administrativa." (MELLO, 2012, p. 27.)

¹³⁵ Sobre a ideia de "instituto", Castro afirma: "... a noção de "instituto" jurídico, que designa um conjunto de relações sociais orgânicas, isso é, relações supostamente "espontâneas" e intrinsecamente boas, que se presumem presentes na sociedade e detectáveis pelos juristas (embora não articuláveis pelo povo e por ele livremente submetidas a exame crítico). O instituto jurídico pressupõe a presença espontânea, "intuitiva" de normas, não como um produto da razão, mas como um "sentimento" ou "convicção" - enfim, como um modo de consciência que permanece vinculado a normas cuja validade não pode ser posta em questão." (CASTRO, 2012, p. 151.)

caracterizar um típico regime jurídico administrativo, cuja aplicação seria delimitada pela distinção entre público e privado. E nisso os autores do Direito Administrativo majoritário parecem ter inspiração na Escola Institucionalista de Hauriou.

Ou seja, a doutrina de Direito Administrativo que é hegemônica no Brasil incorporou a visão de mundo da Escola do Serviço Público, mas a instrumentalizou segundo um formalismo que remete à Escola Institucionalista e que muito se aproxima do Pensamento Jurídico Clássico. Este é o paradoxo a que nos referimos: combinar uma estrutura de conceitos formalista com uma fundamentação instrumental que objetivava negar o formalismo.

Esse paradoxo se refletiu no tratamento do conceito de *serviço público* pelo Direito Administrativo brasileiro. É com base nesse conceito que autores daquela corrente dividem público e privado. Na conceituação de serviço público, ora se dá ênfase ao aspecto instrumental típico do Pensamento Jurídico Social, ora se dá ênfase à *natureza* das atividades que caracterizariam o serviço público, de forma similar ao Pensamento Jurídico Clássico. Os doutrinadores que identificam o serviço público pelo critério de essencialidade (“natureza”) da atividade são chamados por Fernando Herren Aguillar de *essencialistas*; ao passo que os que identificam o serviço público a partir da atribuição de regime jurídico público pelo direito positivo são chamados por aquele autor de *convencionalistas-legalistas*.¹³⁶

¹³⁶ AGUILLAR, 2005, pp. 267 e ss.

Todavia, ao invés de reconhecer essa dicotomia na definição de serviço público, e a resultante ambiguidade semântica do conceito, os doutrinadores brasileiros de Direito Administrativo passam por vezes a impressão de que se trata de um conceito consolidado e sobre o qual se formou um seguro consenso. Essa impressão de segurança conceitual se reflete na falta de consciência, no Brasil, da distinção entre os critérios essencialista e convencionalista-legalista, de modo que por vezes ambos critérios são adotados por único autor.¹³⁷

Inobstante, surgiu no Brasil aquilo que por vezes é chamado de *conceito tradicional de serviço público*. Esse conceito tradicional identifica o serviço público com atividades reputadas essenciais, ou típicas de Estado (como fez Hauriou), que devem ser retiradas da esfera particular de modo a terem asseguradas pelo Poder Público sua prestação de forma geral e contínua.¹³⁸ Além disso, o serviço público é identificado pela incidência de um regime jurídico público, ou seja, argumenta-se que serão serviço público aquelas atividades a que o direito positivo atribuiu um conjunto pré-delimitado de regras, direitos e obrigações característico do regime jurídico de direito público (como fez Jèze).¹³⁹

¹³⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, pp. 690-692), por exemplo, fala em *substrato material* para identificar o critério de essencialidade, e em *elemento formal* para identificar o critério de incidência do regime jurídico de direito público.

¹³⁸ Por exemplo: "... assume o caráter de serviço público qualquer atividade cuja consecução se torne indispensável à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social..." (GRAU, 2010, p. 134).

¹³⁹ Por exemplo: "Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em

Em decorrência dessa dualidade de características distintivas - regime jurídico e essencialidade -, instalou-se uma situação em que argumentos conceitualmente contraditórios são corriqueiramente usados em livros, pareceres e decisões encadeadas, de modo a alimentar um estilo frequentemente casuísta de administração. Se determinada atividade é qualificada - pelo juiz, advogado, parecerista, etc. - como *essencial*, trata-se de serviço público, sujeita a um regime jurídico público pré-determinado. Se não for qualificada essencial, trata-se de atividade privada, sujeita à livre iniciativa e regime jurídico privado.

O critério para determinar a *essencialidade* de uma atividade e considerá-la pública é outro tema sobre o qual a doutrina administrativista hegemônica não alcançou um consenso. De um lado, há doutrinadores que recorrem a critério formal de essencialidade: aquilo que estiver atribuído pelo direito positivo como competência de um dos entes da federação será serviço público. Nesse grupo, há os que atribuem à Constituição a prerrogativa exclusiva de ser veículo para a designação de serviços públicos¹⁴⁰; e há os que entendem que lei ordinária é apta para tal.¹⁴¹ De outro lado, há os autores que se contrapõem ao critério formal, e que buscam um critério material de essencialidade, em que serviços públicos seriam aqueles socialmente requeridos nesta condição.¹⁴²

favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo." (MELLO, 2012, p. 687).

¹⁴⁰ Por exemplo: "...os serviços públicos, bem como as respectivas competências para prestá-los, estão todos expressos como funções administrativas na Constituição de 1988..." (MOREIRA NETO, 2009, p. 474).

¹⁴¹ Por exemplo: "É realmente o Estado, por meio do Poder Legislativo, que erige ou não em serviço público tal ou qual atividade, desde que respeite os limites constitucionais." (MELLO, 2012, p. 707).

¹⁴² Cf. GRAU, 2010.

As incertezas sobre o conceito de serviço público, porém, não impediram que ele fosse adotado pelo Direito Administrativo nacional como critério fundamental de distinção entre público e privado. Mais do que isso, ao invés de funcional, o critério mais adotado pelo Direito Administrativo majoritário foi formal: a definição pelo direito positivo de uma atividade como serviço a ser prestado pelo Estado. O critério funcional, traduzido na noção de essencialidade, quando muito serve apenas de parâmetro para a aplicação do critério formal - isto é, de parâmetro para se posicionar quanto à questão de competir à lei ou à Constituição a definição de que atividades são consideradas serviço público.

Além das discrepâncias na construção do conceito de serviço público, há também divergências quanto à fundamentação da intervenção jurídica no domínio econômico - assim considerada como a ação do Estado em atividades que não sejam consideradas *serviço público*. Por exemplo, em obras tradicionais como as de Hely Lopes Meirelles¹⁴³ e Celso Antônio

¹⁴³ O seguinte trecho é ilustrativo da posição de Meirelles: "Os Estados sociais-liberais, como o nosso, conquanto reconheçam e assegurem a propriedade privada e a livre empresa, condicionam o uso dessa mesma propriedade e o exercício das atividades econômicas ao bem-estar social (Const. Rep., art. 170). /§/ Para o uso e gozo dos bens e riquezas particulares, o Poder Público impõe normas e limites, e, quando o interesse público o exige, intervém na propriedade privada e na ordem econômica, através de atos de império tendentes a satisfazer as exigências coletivas e a reprimir a conduta antissocial da iniciativa particular. [...] Os fundamentos da intervenção na propriedade e atuação no domínio econômico, repousam na necessidade de proteção do Estado aos interesses da comunidade. Os interesses coletivos representam o direito do maior número, e, por isso mesmo, quando em conflito com os interesses individuais, estes cedem àqueles, em atenção ao direito da maioria, que é a base do regime democrático e do direito civil moderno." (MEIRELLES, 1989, pp. 496-497). Nesta tese, optamos por utilizar a edição de 1989 desse conhecido administrativista paulista, por ter sido essa uma das últimas edições que o próprio Hely Lopes Meirelles atualizou. Após seu falecimento, em 1990, o seu bem sucedido manual continuou a ser atualizado por terceiros - o que, para os fins aqui pretendidos, é prejudicial para análise das ideias

Bandeira de Mello¹⁴⁴, a intervenção na ordem econômica é tida como instrumento para a satisfação do interesse público, em detrimento dos interesses individuais.¹⁴⁵ Mas outros teóricos cujos manuais de Direito Administrativo são também de ampla adoção, como Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁴⁶ e Marçal

daquele autor. Por isso a preferência por uma edição defasada em termos de atualização, porém fiel ao pensamento original do autor.

¹⁴⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello concebe o Direito Administrativo como um sistema coerente e lógico, ao que explica que: "Juridicamente, esta caracterização consiste, no Direito Administrativo, segundo nosso modo de ver, na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delinea em função da consagração de dois princípios: a) a supremacia do interesse público sobre o privado; b) a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos." (MELLO, 2012, pp. 55-56). É à luz desses princípios que o autor trata da intervenção na ordem econômica: "Considerando-se panoramicamente a interferência do Estado na ordem econômica, percebe-se que esta pode ocorrer de três modos; a saber: (a) ora dar-se-á através de seu "poder de polícia", isto é, mediante leis e atos administrativos expedidos para executá-las, como "agente normativo e regulador da atividade econômica" - caso no qual exercerá funções de "fiscalização" e em que o "planejamento" que conceber será meramente "indicativo para o setor privado" e "determinante para o setor público", tudo conforme prevê o art. 174 [da Constituição Federal]; (b) ora ele próprio, em casos excepcionais, como foi dito, atuará empresarialmente, mediante pessoas que cria com tal objetivo; e (c) ora o fará mediante incentivos à iniciativa privada (também supostos no art. 174), estimulando-a com favores fiscais ou financiamentos, até mesmo a fundo perdido. /\$/ Em todos os casos, necessariamente, a interferência estatal terá que estar voltada à satisfação dos fins dantes aludidos como sendo os caracterizadores do Estado Brasileiro; e jamais - sob pena de nulidade - poderá expressar tendência ou diretriz antinômica ou gravosa àqueles valores." (MELLO, 2012, p. 810).

¹⁴⁵ Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello são representantes de pensadores que, a seguir, qualificaremos como influenciados pelo Pensamento Jurídico Social - um dos três modos globalizados de pensar o Direito descritos em KENNEDY (2006) e que adotaremos como referência nesta tese.

¹⁴⁶ Diz esse autor: "O regime constitucional da economia de mercado parte de uma constatação extremamente simples: a de que os processos econômicos seguem uma ordem espontânea decorrente do livre jogo dos mercados; uma ordem que deve ser preservada, até mesmo por ser o corolário da liberdade das pessoas; mas reconhece, igualmente, que essa ordem espontânea não está imune a deformações e a distorções, endógenas e exógenas, razão pela qual cumpre também preservá-la e defendê-la pela intervenção de uma ordem impositiva paralela, contra os abusos que a comprometam e a deformem. /\$/ Por isso, para a prevenção dessas inevitáveis disfunções e para a eventual correção dessas distorções, o Estado interfere na ordem econômica através de princípios, de normas e de instituições administrativas que conformam, em seu conjunto, um específico ordenamento econômico imperativamente imposto, cometendo, para este fim, à Administração Pública, sob a

Justen Filho¹⁴⁷, justificam a intervenção como meio para suprir eventuais disfunções ou falhas do mercado, ou para alcançar objetivos sociais abrigados por direitos fundamentais.¹⁴⁸

Em todos os casos, não obstante, está presente a ideia de que a atuação do Estado na ordem econômica é a influência de um elemento externo (o direito produzido pelo Estado) ao que seria o ambiente natural do mercado. Esse elemento externo poderia, por fundamentos diversos, interferir na liberdade (pressuposta por essa visão) que os agentes do mercado teriam de estipular suas regras de conduta e de se organizar para produzir, fazer circular e consumir bens e serviços. Mas permanece sempre a ideia central de que a atuação do Estado na economia é uma influência externa a uma ordem espontânea (ou natural). Logo, uma dada política econômica estaria restrita a ser implementada por instrumentos jurídicos aprioristicamente considerados externos à economia.

disciplina do Direito Administrativo, a correspondente função executiva desse ordenamento econômico.” (MOREIRA NETO, 2009, pp. 501-502)

¹⁴⁷ A posição de Justen Filho é ilustrada pelo trecho a seguir: “Embora seja costumeira a alusão a *regulação econômica*, isso não significa que a regulação seja dotada de uma única dimensão. Toda regulação é concomitantemente econômica e social. Isso significa que a intervenção estatal no âmbito econômico corresponde sempre à promoção de valores sociais.” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 637.)

¹⁴⁸ Essa visão, adicionalmente, defende que a atuação do Estado na economia deve ser preferencialmente por intervenção indireta - ao que defende não apenas a existência de um *princípio da subsidiariedade* da atuação estatal na economia, mas também que a efetivação desse princípio implica a escolha preferencial por instrumentos que não envolvam a produção de bens e serviços por entes sob controle do Estado. Exemplo dessa perspectiva se encontra no trecho a seguir: “A *regulação* consiste na opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa. Revela a concepção de que a solução política mais adequada para obter os fins buscados consiste não no exercício direto e imediato pelo Estado de todas as atividades de interesse público.” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 639). Trata-se de abordagem típica do que adiante identificaremos como a corrente do *Estado Regulador no pensamento jurídico contemporâneo*.

Nesse sentido, a posição do Direito Administrativo nacional sobre o papel do direito na economia se caracteriza por converter em premissa a ideia de que a atuação do Estado é externa a um mercado caracterizado como uma *ordem espontânea*, ou, em outras palavras, de que os instrumentos jurídicos da política econômica são externos ao campo das relações econômicas. Essa premissa ganha, então, função axiomática na análise do papel do direito na disciplina da ordem econômica. Isto é, não se questiona se e como instituições jurídicas ajudam a formar e moldar relações econômicas, mas apenas se problematiza de que forma as instituições jurídicas constroem ou limitam as relações econômicas, e se esse constrangimento é ou não justificado. Assim, o Direito Administrativo majoritário não questiona se a atuação do Estado, de fato, é externa à ordem supostamente espontânea do mercado, e deixa de levar em consideração o caráter formativo da política econômica estatal. Ao contrário, constroem-se narrativas que derivam da suposta constatação de que a política econômica é externa ao domínio econômico, para ora defender, ora se opor, à atuação do Estado na economia. Exemplo é a abordagem de Celso Antônio Bandeira de Mello:

... a Constituição estabeleceu uma grande divisão: de um lado, atividades que são da alçada dos particulares - as *econômicas*; e, de outro, atividades que são da alçada do Estado, logo **implicitamente qualificadas como juridicamente não econômicas** - *os serviços públicos*. De par com elas, contemplou, ainda, atividades que podem ser da alçada de uns ou de outro.

O primeiro *discrimen* tem supina importância, pois é por via dele que, em termos práticos, se assegura a existência de um regime capitalista no país. Com efeito, ressalvados os monopólios estatais já constitucionalmente designados (petróleo, gás, minérios e minerais nucleares, nos termos configurados no art.

177, I-IV [da Constituição Federal]), **as atividades da alçada dos particulares - vale dizer, atividades econômicas** - só põem ser desempenhadas pelo Estado em caráter absolutamente excepcional, isto é, em dois casos: quando isto for necessário por um imperativo da segurança nacional ou quando demandado por relevante interesse público, *conforme definidos em lei* (art. 173) [...].

Inversamente, as atividades previstas como da alçada do Estado - ou seja, os *serviços públicos* - só podem ser desempenhadas por particulares se o Estado os credenciar a prestá-las (art. 175 e art. 21, XI e XII), por ato explícito, sem prejuízo de lhes conservar a titularidade. Ressalvam-se aquelas outras [...] em que a atividade não é exclusiva do Estado (educação, saúde, assistência social e previdência social), e por isto os particulares são livres para exercê-las.¹⁴⁹

O autor parte da ideia de que há um *mercado* que é reflexo de uma *ordem espontânea* ou onde prevalecem *meios tendentes a realizar espontaneamente determinados fins*. Uma vez que se acomete ao Estado uma determinada atividade

¹⁴⁹ MELLO, 2012, p. 809 - negritos ausentes do original. Essas premissas também norteiam a exposição de Di Pietro sobre o tema: "Ocorre que a atuação do Estado não se limita aos serviços públicos; ele às vezes sai da órbita de ação que lhe é própria e vai atuar no âmbito de atividade reservada essencialmente à iniciativa privada; trata-se da atividade de intervenção..." (DI PIETRO, 2009, p. 417). Essa narrativa do Direito Administrativo é também incorporada pelo Direito Econômico, como fica claro na exposição de Fernando Herren Aguillar: "O Direito Econômico tutela relações privadas em face de interesses públicos econômicos. Constitui espaço de interferência estatal no exercício de funções privadas, para o fim de influenciar a tomada de decisões em ambiente de mercado. Conota atividade e formatação positiva de mercado. Portanto a regulação que produz está intimamente relacionada à deliberada persecução de certos fins, em oposição ao que se passa no âmbito do direito privado, que se caracteriza antes pela preservação de meios tendentes a realizar espontaneamente determinados fins." (AGUILLAR, 1999, p. 101 - grifos ausentes do original.) Adiante, esse autor ainda acrescenta: "Em conclusão, o Direito Econômico é veículo da ação estatal onde for necessário, segundo interesses do Estado, influenciar o conjunto das decisões econômicas individuais." (p. 102).

mediante a caracterização de *serviço público*, o autor reputa essa atividade como excluída daquela *ordem espontânea*. A opção pelo serviço público não é opção pela criação ou pela construção de um novo modo de produzir, transacionar ou consumir bens e serviços. É uma opção de que a produção de determinados bens e serviços seja atribuída ao Estado, em detrimento dos particulares. É, portanto, a suposta substituição da dita *ordem espontânea* da economia pelo planejamento estatal.

Figura 4 - Atuação do direito na economia segundo o Direito Administrativo majoritário



Fonte: elaboração do autor.

São essas opções, sintetizadas na Figura 4 acima, que o Direito Administrativo coloca à disposição de uma dada política econômica. Portanto, também a política econômica é vista como interventiva na ordem econômica - em outras palavras, como limitação ou supressão do mercado pelo planejamento estatal. Com efeito, nas palavras de Carvalho, políticas econômicas são visualizadas como espaço de **interferência** do Estado com o objetivo de geral de influenciar

*a tomada de decisões dos agentes privados num ambiente de mercado.*¹⁵⁰

Essa formulação do Direito Administrativo - que até hoje caracteriza a posição hegemônica - foi incorporada pelo Direito Econômico no Brasil.¹⁵¹ Os tratados clássicos de Direito Econômico, e aqueles que ainda hoje seguem essa tradição, se orientam a sistematizar os mecanismos de "intervenção do Estado" na economia. Por ter, em sua origem, forte influência de ideias de dirigismo econômico e planejamento estatal da economia, esse Direito Econômico inicialmente se estrutura como instrumento para justificar a intervenção do Estado na economia.¹⁵² Sendo assim, o Direito Econômico tem como um de seus temas centrais identificar qual o âmbito de atuação típico do Estado. A definição do que é esfera do Estado, e do que é esfera da economia, é justificada a partir do marco determinado pela ideia de serviço público. A partir dessa ideia, o Direito Econômico constrói um referencial teórico para o planejamento econômico e para o dirigismo estatal, ao mesmo tempo em que tenta fixar um mínimo de proteção à iniciativa privada. As atividades consideradas serviço público estariam imunes à proteção usualmente conferida à livre iniciativa, pois estariam retiradas da esfera privada.

No Direito Administrativo e no Direito Econômico dominantes, a expansão ou retração do espectro de atividades

¹⁵⁰ CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de, 2007, p. 33.

¹⁵¹ No mesmo sentido, Marcus Faro de Castro considera o Direito Econômico nitidamente uma especialização do Direito Administrativo (CASTRO, 2005, p. 2).

¹⁵² Cf. CASTRO, 2005, p. 2-3.

consideradas “serviço público”, por sua vez, é objeto de intenso debate ideológico.¹⁵³ Esse debate é polarizado entre visões que ora remetem ao liberalismo do Pensamento Jurídico Clássico - que privilegiam o *livre mercado* e exigem absenteísmo estatal -, ora remetem à primazia da função social do Pensamento Jurídico Social - que privilegiam o planejamento estatal da economia e a direta produção por entes estatais de bens e serviços reputados essenciais à coletividade. Essa disputa se deflagra no campo do formalismo: de um lado, há a visão de que a abstenção do Estado de ingerência no *livre mercado* seria um mandamento das normas constitucionais. De outro lado, opção oposta: a maior intervenção do Estado na economia é que seria determinada pelas regras da Constituição. Cada uma dessas duas opções é baseada em uma visão ideológica particular. A defesa de que a ordem constitucional formalmente positivada adotou uma determinada ideologia, por isso, torna-se elemento de disputa entre teóricos do Direito Econômico.¹⁵⁴

Nesse contexto, ganhou relevo no Direito Econômico a noção de *ideologia constitucionalmente* adotada, inicialmente adotada por Washington Peluso Albino de Souza.¹⁵⁵ A

¹⁵³ Nesta tese, ao falarmos em ideologia, nos referimos àquilo que Norberto Bobbio nomeiou de *significado fraco* do termo, conforme relata Mario Stoppino: “No seu significado fraco, Ideologia designa o *genus*, ou a *species* diversamente definida, dos sistemas de crenças políticas: um conjunto de ideias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos.” (STOPPINO, 1995, p. 585).

¹⁵⁴ Como relata Carvalho: “A abordagem de um tema que envolve a disponibilização, pelo Estado, de serviços essenciais a seus cidadãos, mediante adequada formulação de políticas econômicas, levanta questões como: avaliar o espaço conferido à atuação estatal à vista do “sistema econômico” constitucionalmente consagrado e identificar o espaço (necessariamente) liberado à iniciativa privada quando se cuida do “modo capitalista de produção”. Essa linha demarcatória reflete uma conotação ideológica.” (CARVALHO, 2007, p. 78).

¹⁵⁵ Cf. SOUZA, 2003, *passim*. Washington Peluso Albino de Souza é um dos pioneiros na instituição do Direito Econômico como ramo de estudos do

Constituição, segundo Peluso, seria ideologicamente mista, e isso ao final lhe conferiria neutralidade frente a opções ideológicas de conjuntura. Caberia ao intérprete constitucional ponderar as ideologias já postas nas normas constitucionais e, então, identificar os campos próprios de atuação do Estado (serviço público) e dos particulares (atividade privada).¹⁵⁶ Eventual estatismo decorrente da qualificação de atividades como serviço público se justificaria como reflexo da ordem normativa pré-determinada pela Constituição. Da mesma forma, também seria a Constituição o local de proteção de um conjunto de atividades tipicamente privadas, as quais somente poderiam ser constrangidas na medida em que o Estado se valesse dos mecanismos legítimos de intervenção da atividade econômica. A posição de Peluso é assim resumida por Carvalho:

...a "ideologia constitucional" não guarda compromisso com modelos puros de "ideologia" como o "liberalismo" ou o "socialismo", mas com aquele concretamente recepcionado pelo texto constitucional. Desse modo, naquelas constituições que correspondem aos modelos "mistos" ou "plurais" recepcionam-se dispositivos passíveis de "conflitos ideológicos" que dizem respeito, primordialmente, à "liberdade de iniciativa", à "atuação estatal na área econômica", ao "direito de propriedade", à "função social da propriedade", à "justiça social". Veja-se que a evolução do sistema capitalista, com a progressiva absorção de elementos ideológicos de caráter socializante, veio a configurar um modelo híbrido ou

composto a representar, conforme o contexto, uma maior ou menor aproximação do Estado com a área econômica.¹⁵⁷

A resolução do conflito ideológico, então, estaria em uma leitura formal da Constituição, a partir do papel do intérprete na mediação de diferentes opções políticas. O intérprete encontraria no texto constitucional aquilo que seria a "ideologia constitucionalmente adotada" - que seria variável de acordo com cada caso, a depender da opção política que teria dado origem à regra constitucional aplicável ao caso. Essa ideia encontra paralelo na *policy analysis* que Duncan Kennedy atribui ao Pensamento Jurídico Contemporâneo, na medida em que também busca a construção de soluções *ad hoc* para conflitos entre projetos políticos distintos.

Por sua vez, o recurso ao formalismo - a previsão no texto constitucional - serve de parâmetro para se encontrar a "ideologia constitucionalmente adotada". Com esse recurso, o Direito Econômico resolve - ao menos discursivamente - a disputa formal entre maior ou menor intervenção do Estado no mercado. A adoção das ideias de Peluso pelos tratadistas de Direito Econômico¹⁵⁸ serviu de mote para que também o então novo ramo de estudo do Direito encampasse a postura formalista desenvolvida pelo Direito Administrativo. O critério formal adotado por ambos foi considerar serviço público aquelas atividades assim designadas pelo direito positivo. E assim, para essas atividades, justificar maior grau de ação do Estado.

¹⁵⁷ CARVALHO, 2007, p. 80.

¹⁵⁸ São exemplos de tratados que adotam Peluso como referência: FONSECA, 2004; VAZ, 1993; e o próprio CARVALHO, 2007.

Posição um tanto diferente é a de Eros Roberto Grau. Este autor merece destaque especial pela particularidade de seu pensamento e pela influência de suas ideias.¹⁵⁹ Eros Grau defende que *o mercado é uma instituição jurídica constituída pelo direito positivo*.¹⁶⁰ Nesse aspecto, a concepção de mercado defendida por Grau é contrária àquela partilhada pelo Direito Administrativo e pelo Direito Econômico majoritários. Com efeito, Eros Grau rejeita a ideia de que *mercado* seria uma *ordem espontânea*, mas afirma:

(i) a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias;

(ii) essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma do direito positivo, direito posto pelo Estado;

(iii) este direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos.¹⁶¹

Todavia, não obstante o autor reconheça o papel do direito na formação do *mercado* (ou, ainda, *dos mercados*), este, uma vez construído pelo direito positivo, seria um espaço de *fluência da circulação mercantil* que reclama atuação

¹⁵⁹ Além da enorme repercussão de seus estudos sobre Direito Econômico, Eros Roberto Grau foi ainda Ministro do Supremo Tribunal Federal entre 17 de junho de 2004 e 30 de julho de 2010. Entre outros temas, seus votos tiveram papel determinante na formação da jurisprudência daquele tribunal sobre a diferenciação entre serviço público e as demais atividades econômicas.

¹⁶⁰ GRAU, 2010, pp. 27 a 33.

¹⁶¹ GRAU, 2010, p. 30.

estatal mínima.¹⁶² Assim, Grau acaba por conferir ao mercado a mesma característica de espontaneidade dos demais autores analisados - apenas atribui essa característica ao resultado da existência de um direito positivo que a assegura.

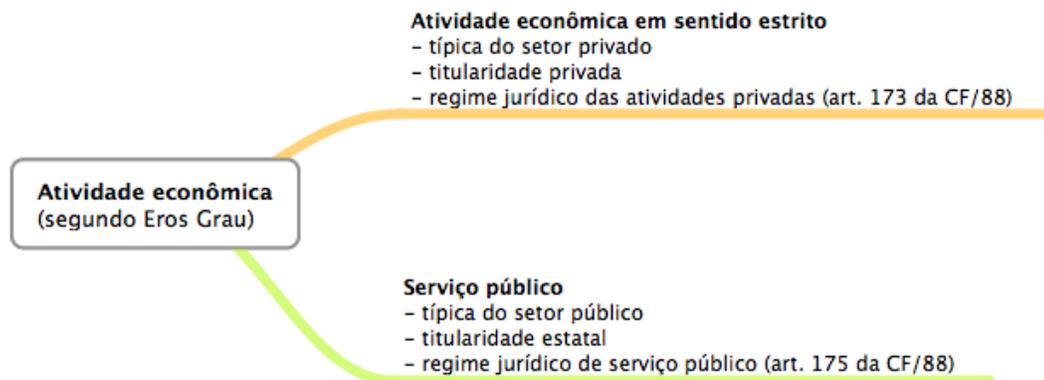
Essa visão acaba também por limitar a política econômica aos mesmos instrumentos jurídicos propagados pelos demais autores do Direito Administrativo e do Direito Econômico. Desse modo, para os fins deste trabalho, Grau pode ser enquadrado dentro dessas correntes, apesar de se diferenciar dos demais autores do Direito Econômico quanto à forma como compreende o mercado e, em decorrência, a ordem econômica.¹⁶³ Tanto é assim que a forma como Eros Grau

¹⁶² Diz o autor: "Mercado deixa então de significar exclusivamente o lugar no qual são praticadas relações de troca, passando a expressar um projeto político, como princípio de organização social. [...] A noção de mercado como atividade - conjunto de operações econômicas e modelo de trocas; conjunto de contratos, convenções e transações relativas a bens ou operações realizadas no lugar/mercado - supõe a livre competição. /\$/ Como o mercado é instituição jurídica, constituída pelo direito posto pelo Estado, deste se reclama, a um tempo só, que garanta a liberdade econômica e, concomitantemente, opere a sua regulamentação [=regulação]. Sendo atividade, as regras do mercado consubstanciam o seu substrato. [...] **Dizendo de outro modo: o mercado exige, para satisfação do seu interesse, o afastamento ou a redução de qualquer entrave social, político ou moral ao processo de acumulação de capital. Reclama atuação estatal para garantir a fluência de suas relações, porém, ao mesmo tempo, exige que essa atuação seja mínima.**" (GRAU, 2010, pp. 33-35 - grifo ausente do original.)

¹⁶³ Cf. GRAU, 2010, pp. 58-89. Em síntese, Grau distingue entre três significados para a ordem econômica: i) *modo de ser empírico de uma determinada economia concreta* (GRAU, 2010, p. 64); ii) *o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja sua natureza (jurídica, religiosa, moral, etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos* (Idem, p. 65); iii) *ordem jurídica da economia* (Idem, p. 65). A partir dessa distinção, Grau se dedica a analisar a utilidade de cada um dos significados acima para o Direito. A utilidade se daria pela possibilidade de se esclarecer o conteúdo normativo de uma ordem econômica e, assim, explicitar eventual programa de realização da *Constituição Dirigente*. A conclusão do autor é pela inutilidade da expressão, uma vez que não é possível identificar o que é pertencente de uma ordem econômica frente a normas constitucionais e infraconstitucionais que disciplinam diversos outros aspectos da vida econômica. A ordem econômica, assim, seria expressão de *todo o Direito*, e não apenas das disposições de uma *Constituição Econômica*.

compreende e classifica a atividade econômica¹⁶⁴ (representada na Figura 5 abaixo) é indistintamente utilizada por autores do Direito Econômico e do Direito Administrativo majoritário, sem que haja ressalva quanto às diferenças de compreensão do papel do direito na formação da economia.

Figura 5 - A atividade econômica segundo Eros Grau



Fonte: elaboração do autor.

¹⁶⁴ Nesse sentido, afirma Grau: "... como a expressão "ordem econômica", no contexto do art. 170 do texto constitucional, é conversível nas expressões "relações econômicas" ou "atividade econômica", cumpre-nos precisar, também, que *atividade econômica* é esta[...]. /§/ [...] Salientei, no próprio texto, o fato de, no trecho a seguir transcrito, utilizar-me da expressão *atividade econômica* em distintos sentidos: /§/ "Ao afirmar que *serviço público* é tipo de *atividade econômica*, a ela atribuí a significação de gênero no qual se inclui a *espécie, serviço público*. /§/ "Ao afirmar que o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado, a ela atribuí a significação de *espécie*." /§/ Daí a verificação de que o gênero - atividade econômica - compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica. /§/ Estamos em condições, assim, de superar a ambigüidade que assume, no seio da linguagem jurídica e no bojo do texto constitucional, esta última expressão. Para que, no entanto, se a supere, impõe-se qualificamos a expressão, de modo que desde logo possamos identificar de uma banda as hipóteses nas quais ela conota gênero, de outra as hipóteses nas quais ela conota espécie do gênero. A seguinte convenção, então, proponho: *atividade econômica em sentido amplo* conota gênero; *atividade econômica em sentido estrito*, a espécie." (GRAU, 2010, pp. 101-102.)

Adicionalmente, ao explicar a sua classificação da atividade econômica, Grau faz referência à mesma distinção entre mercado e Estado característica da visão majoritária do Direito Administrativo e do Direito Econômico:

Pretende o capital reservar para sua exploração, como *atividade econômica em sentido estrito*, todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa. Já o trabalho aspira atribua-se ao Estado, para que este as desenvolva não de modo especulativo, o maior número possível de *atividades econômicas (em sentido amplo)*. É a partir deste confronto - do estado em que tal confronto se encontrar, em determinado momento histórico - que se ampliarão ou reduzirão, correspectivamente, os âmbitos das *atividades econômicas em sentido estrito* e dos *serviços públicos*. Evidentemente, a ampliação ou retração de um ou outro desses campos será função do poder de reivindicação, instrumentado por poder político, de um e outro, capital e trabalho. A definição, pois, desta ou daquela parcela da *atividade econômica em sentido amplo* como *serviço público* é - permanecemos a raciocinar em termos de modelo ideal - decorrência da captação, no universo da realidade social, de elementos que informem adequadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho.

Não obstante as dificuldades que se antepõem ao discernimento da linha que traça os limites entre os dois campos, ele se impõe: ***intervenção é atuação na área da atividade econômica em sentido estrito; exploração de atividade econômica em sentido estrito e prestação de***

serviço público estão sujeitas a distintos regimes jurídicos (arts. 173 e 175 da Constituição de 1988).¹⁶⁵

Ao falar em sujeição a distintos regimes jurídicos, Grau estabelece não apenas que a assunção de determinada atividade econômica pelo Estado a retira do mercado, como a sujeita a regras próprias (um regime jurídico distinto e específico) - o que, como vimos, é característico da visão majoritária do Direito Administrativo e do Direito Econômico. Dessa forma, também para Eros Grau, a política econômica é essencialmente intervenção de um terceiro (o Estado) na esfera de outrem (o particular).¹⁶⁶

Em síntese, tanto para o Direito Administrativo, como para o Direito Econômico, o conceito de serviço público foi central para a construção de uma dicotomia público-privado caracterizada pela associação entre *privado* e *mercado como ordem espontânea*. Essa dicotomia, por sua vez, se tornou equivalente da dicotomia Estado-Economia. Entre os autores dessas correntes dominou a narrativa que parte da ideia de que haveria um campo de atividades típico da iniciativa privada, e outro campo típico da atuação estatal, e que em decorrência haveria um regime jurídico (conjunto de direitos e deveres) típico da esfera privada, e outro regime jurídico típico para a esfera pública.

¹⁶⁵ GRAU, 2010, pp. 108-109 - negrito ausente do original.

¹⁶⁶ É o que Eros Grau defende a seguir: "Toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção; de outra banda, relembre-se que o debate a propósito da inconveniência ou incorreção do uso dos vocábulos *intervenção* e *intervencionismo* é inútil, inócuo. Logo, se o significado a expressar é o mesmo, pouco importa se faça uso seja da expressão - *atuação (ou ação) estatal* - seja do vocábulo - *intervenção*. Aludimos, então, a atuação do Estado da esfera do público, ou seja, na esfera do privado (área de titularidade do setor privado). A intervenção, pois, na medida em que o vocábulo expressa, na sua conotação mais vigorosa, precisamente *atuação em área de outrem*." (GRAU, 2010, p. 91.)

Essa visão, ainda extremamente influente, não engloba todas as narrativas que o Pensamento Jurídico Contemporâneo ensejou no Brasil. Outras visões - algumas alternativas, outras complementares - ganharam relevo e influência no Brasil, sobretudo a partir do final do séc. XX. A seguir, abordaremos aquelas que, ao lado do Direito Administrativo e do Direito Econômico acima caracterizados, entendemos serem as mais influentes na doutrina brasileira atualmente.

1.4.2. Constituição Dirigente

O jurista português José Joaquim Gomes Canotilho é figura central para essa corrente, sendo inclusive um dos que popularizou o uso da expressão "Constituição Dirigente".¹⁶⁷ Segundo Canotilho:

O problema central da Constituição dirigente consistia (e consiste) em saber se, através de "programas", tarefas e directivas constitucionais, se conseguiria uma imediaticidade actuativa e concretizável das normas e princípios constitucionais de fora a acabar com os queixumes constitucionais da "constituição não cumprida" ou da "não concretização da constituição".¹⁶⁸

Para chegar à *imediaticidade* a que alude Canotilho, a corrente da Constituição Dirigente busca no texto constitucional os *arrimos jurídico-dogmáticos*¹⁶⁹ para afirmar

¹⁶⁷ É preciso destacar, porém, que Canotilho reviu seu posicionamento teórico e hoje tem postura crítica quanto à Constituição dirigente. Ver: CANOTILHO, 2008, pp. 101-130.

¹⁶⁸ CANOTILHO, 2008, p. 32.

¹⁶⁹ Cf. CANOTILHO, 2008, p. 32.

quais seriam, ou deveriam ser, os limites materiais que vinculariam os legisladores e que exigiriam do Executivo ações concretas para assegurar a fruição de direitos sociais e coletivos. Sendo assim, a Constituição Dirigente se estrutura em moldes próximos à descrição que Kennedy faz do neoformalismo do Pensamento Jurídico Contemporâneo:

O neoformalismo de direito público [...] é um modo [de pensamento] disruptor, ao invés de conciliatório, que abriga em alguns casos instituições que incorporavam o [Pensamento Jurídico] Social, e em outros casos instituições que incorporavam o PJC [Pensamento Jurídico Clássico]. Ele apela [...] a valores supostamente transcendentais, mas também positivamente legislados em constituições e tratados, contra o *status quo*.¹⁷⁰

No Brasil, a Constituição Dirigente se desenvolveu tendo por base, primeiramente, o fato de a Constituição brasileira - tal como em outras tantas constituições elaboradas após a Segunda Guerra Mundial - conter em sua declaração de direitos não apenas os direitos individuais típicos das constituições do séc XVIII, mas também direitos sociais e prestacionais.¹⁷¹ A inclusão desses direitos é reflexo de uma específica intenção política de usar regras constitucionais não apenas para organizar a estrutura

¹⁷⁰ "Public law neoformalism [...] is a disruptive, rather than managerial mode, brought to bear sometimes on the institutions that embodied the social, and sometimes on the institutions that embodied CLT. It appeals [...] to supposedly transcendent, but also positively enacted values in constitutions or treaties, against the status quo." (KENNEDY, 2006, p. 64 - tradução livre.)

¹⁷¹ Nesse sentido: "Enquanto os direitos de abstenção visam assegurar o status quo do indivíduo, os direitos a prestação exigem que o Estado aja para atenuar desigualdades, com isso estabelecendo moldes para o futuro da sociedade." (MENDES et. al., 2007, p. 247.)

econômica existente, mas modificá-la.¹⁷² Coerente com a visão de Kennedy sobre o neoformalismo no Pensamento Jurídico Contemporâneo, a narrativa que se constrói a partir da presença na Constituição de direitos sociais e prestacionais visa a modificar o *status quo*, a alterar a ordem econômica. O recurso a regras formais é, desse modo, meio para veicular a pretensão de transformação social. Como narra Bercovici:

A diferença essencial, que surge a partir do *constitucionalismo social* do século XX, e vai marcar o debate sobre a Constituição Econômica, é o fato de que as Constituições não pretendem mais receber a estrutura econômica existente, mas querem alterá-la. As Constituições positivam tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos. A ordem econômica destas Constituições é "programática"¹⁷³, hoje diríamos "dirigente".

As normas programáticas são identificadas pela corrente da Constituição Dirigente com os direitos sociais e

¹⁷² Esse intuito fica evidente, por exemplo, no seguinte trecho de Fábio Konder Comparato: "As Constituições do moderno Estado Dirigente impõem, todas, certos objetivos ao corpo político como um todo - órgãos estatais e sociedade civil. Tais objetivos podem ser gerais ou especiais; estes últimos, obviamente, coordenados àqueles. Na Constituição brasileira de 1988, por exemplo, os objetivos indicados no art. 3º orientam todo o funcionamento do Estado e a organização da sociedade. Já a busca do pleno emprego é uma finalidade especial da ordem econômica (art. 170 VIII). No que diz respeito à política nacional de educação, que deve ser objeto de um plano plurianual, os seus objetivos específicos estão expostos no art. 214, e a eles deve ser acrescida a progressiva extensão dos princípios da obrigatoriedade e da gratuidade do ensino médio (art. 208 II). As finalidades próprias da atividade de assistência social, por sua vez, vêm declaradas no art. 203." (COMPARATO, 1998, p. 45).

¹⁷³ Bercovici, no trecho acima, faz equivalência entre a ideia de Constituição "dirigente" e a de Constituição "programática". Efetivamente, a narrativa da Constituição Dirigente se ampara no conceito de "norma constitucional programática" e no debate doutrinário e jurisprudencial acerca da aplicabilidade imediata dessas normas, ou da necessidade de sua suplementação por meio da ação do Poder Legislativo. Sobre o debate em torno da aplicabilidade das normas programáticas no Direito Constitucional brasileiro, ver: BONAVIDES, 1999, pp. 244 e ss.; MENDES et. al., 2007, pp.247-255;

prestacionais, também chamados direitos fundamentais de segunda e terceira gerações. A referência a direitos de segunda e terceira gerações tem por base a ideia de que uma dada constituição é reflexo de um processo histórico, tal como transparece na caracterização desses direitos feita a seguir por Norberto Bobbio - caracterização essa que é influente para a corrente da Constituição Dirigente:

Pois bem, o que distingue o momento atual em relação às épocas precedentes e reforça a demanda por novos direitos é a forma de poder que prevalece sobre todos os outros. A luta pelos direitos teve como primeiro adversário o poder religioso; depois, o poder político; e, por fim, o poder econômico. Hoje, as ameaças à vida, à liberdade e à segurança podem vir do poder sempre maior que as conquistas da ciência e das aplicações dela derivadas dão a quem está em condição de usá-las. [...]

Os direitos da nova geração, como foram chamados [...] nascem todos dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do aumento do progresso tecnológico.¹⁷⁴

Segundo essa narrativa, a inserção de direitos sociais e prestacionais no texto constitucional resultaria em uma Constituição conflituosa. Conflituosa porque abrigaria o choque potencial entre direitos individuais - mais afetos à manutenção do *status quo* - e direitos sociais e prestacionais - voltados a alterar a *estrutura econômica existente*. Mas se esse potencial conflito é identificado por uma leitura neoformalista da Constituição, ele se resolve (segundo essa narrativa) pela técnica de ponderação de valores ou bens

¹⁷⁴ BOBBIO, 2004, p. 96.

constitucionais¹⁷⁵ - ou, ainda, pela aplicação do chamado princípio da proporcionalidade:

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução.¹⁷⁶

Por conseguinte, na medida em que assume a ponderação de valores (ou o princípio da proporcionalidade), a narrativa da Constituição Dirigente agrega ao pensamento neoformalista a análise jurídica de políticas. Ao combinar essas duas características, essa narrativa assume feições típicas do modo de pensar contemporâneo, tal como descrito por Kennedy.

Com essa configuração, a narrativa da Constituição Dirigente foi incorporada por uma parte importante dos doutrinadores de Direito Administrativo¹⁷⁷ e de Direito Econômico¹⁷⁸. A ideia de Constituição Dirigente, nesses casos, passou a ocupar o papel que a função social tinha no Direito Administrativo do Pensamento Jurídico Social. No Direito Administrativo e no Direito Econômico contemporâneos, a ideia de Constituição Dirigente se identifica com um projeto

¹⁷⁵ Nesse sentido: "Destaque-se, no domínio da interpretação da Constituição, o mecanismo denominado de ponderação de bens ou valores, utilizado para a solução de tensões ou conflitos entre normas. Busca-se com isso identificar, na hipótese de colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais, qual bem jurídico deverá ser tutelado." (CARVALHO, K., 2007, p. 355.)

¹⁷⁶ MENDES et. al., 2007, p. 275.

¹⁷⁷ Cf. MELLO, 2012, p. 98-140; BINENBOJM, 2008, pp. 49-80.

¹⁷⁸ Cf. GRAU, 2010, pp.359-373; CARVALHO, 2007, pp. 90 e ss.

político típico daquilo que se convencionou chamar Estado do Bem-Estar Social.¹⁷⁹ Nesse sentido, por exemplo, se posiciona Fábio Konder Comparato:

Mas é, obviamente, com o Estado Social de direito que a reorganização da atividade estatal, em função de finalidades coletivas, torna-se indispensável. A atribuição prioritária dos Poderes Públicos torna-se, nesse Estado, a progressiva constituição de condições básicas para o alcance da igualdade social entre todos os grupos, classes e regiões do país. O Estado Social é, pois, aquela espécie de Estado Dirigente em que os Poderes Públicos não se contentam em produzir leis ou normas gerais, mas guiam efetivamente a coletividade para o alcance de metas predeterminadas.¹⁸⁰

A corrente da Constituição Dirigente, desse modo, busca mediante outra racionalidade realizar projeto político similar aos que nortearam o Pensamento Jurídico Social. Mas se o Pensamento Jurídico Social tinha na *interdependência* a sua principal fundamentação, a Constituição Dirigente recorre à previsão no texto positivo da Constituição de direitos como assistência social, saúde, educação, entre outros.¹⁸¹ Todavia, ao identificar a realização do *programa* constitucional com o Estado Social, as narrativas construídas com base na Constituição Dirigente acabam por eleger as instituições

¹⁷⁹ Cf. BONAVIDES, 2001, *passim*; Adiante, criticaremos a divisão incorporada pelo Direito nacional entre Estado Liberal e Estado do Bem-Estar Social, e também o uso que foi feito dessas classificações para justificar uma terceira categoria, a de Estado Regulador, como veremos a seguir.

¹⁸⁰ COMPARATO, 1998, p. 43.

¹⁸¹ Nesse sentido, diz Comparato: "Escusa lembrar que tais objetivos são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado e também para todos os detentores de poder econômico ou social, fora do Estado. A juridicidade das normas que simplesmente declaram tais fins (as *Zielnormen* dos alemães), ou que impõem a realização de determinado programa de atividades - as normas propriamente programáticas -, já não pode ser posta em dúvida, nesta altura da evolução jurídica." (COMPARATO, 1998, p. 45).

estatais como meio por excelência de se alcançar os objetivos sociais plasmados nas normas constitucionais. Nesse sentido, em revisão crítica à teoria da Constituição Dirigente, Canotilho afirma:

...é indiscutível que os programas constitucionais apontavam para uma decidida *estatalidade*, acreditando no Estado produtor e redistribuidor. [...] Nesse contexto, ainda se acreditava que a ordem política justa não é uma ordem econômica espontânea que as mulheres e homens tenham de aceitar de forma tranquila e passiva, desde logo porque nada há a fazer.¹⁸²

Em decorrência dessa visão, assim como aconteceu com o Direito Administrativo e o Direito Econômico majoritários descritos no item anterior, a corrente da Constituição Dirigente assumia como premissa a ideia de que haveria uma *ordem econômica espontânea*. Para se opor a essa *ordem espontânea*, a Constituição Dirigente fixava um programa para o Estado. Percebe-se, portanto, que também nas narrativas baseadas na Constituição Dirigente, *Estado* se opõe a *mercado* (compreendido como *ordem econômica espontânea*). Todavia, justifica-se a expansão do Estado, em *detrimento* do *mercado*, como meio de assegurar direitos sociais.

A busca pela efetivação de direitos sociais e a ênfase do papel do Estado nesse mister contrapõem a Constituição Dirigente a outra corrente, cujo ápice se deu nos anos 90 do século passado, e que tem particular influência nos debates sobre a regulação de setores de infraestrutura por agências reguladoras. Trata-se da corrente do Estado Regulador, que trataremos a seguir.

¹⁸² CANOTILHO, 2008, pp. 209-210.

1.4.3. Estado Regulador

As reformas do Estado brasileiro conduzidas nos anos 90¹⁸³, de modo geral, foram desafiadoras para o Direito Administrativo e o Direito Econômico majoritários. As novas instituições econômicas que se buscavam implantar no Brasil¹⁸⁴ provocaram perplexidade naquelas que eram, até então, as principais doutrinas jurídicas empregadas para justificar a atuação do Estado na economia. A visão de mundo correspondente à forma como o Direito Administrativo e o Direito Econômico estruturaram no Brasil seus conceitos e construíram suas narrativas até a década de 1990 se mostrou incompatível com as instituições econômicas que foram adotadas no Brasil em razão das reformas supervenientes.

As principais incompatibilidades se configuraram na *crise do conceito de serviço público* - pela inadequação do conceito ao que passou a ocorrer na prática - e no surgimento

¹⁸³ Para uma avaliação das reformas sob a óptica de seus principais formuladores, ver: PEREIRA e SPINK, 1998.

¹⁸⁴ O processo de reforma do Estado brasileiro se insere em um contexto mais amplo de influência política de países desenvolvidos sobre os países em desenvolvimento, baseado no incentivo por organismos internacionais um modelo de desenvolvimento econômico identificado com as instituições econômicas típicas dos países ricos do Ocidente, em especial os de origem anglo-saxã (cf. TRUBEK, 2006, pp. 81-89). As características desse processo e sua influência nas instituições brasileiras são assim descritas por Marcus Faro de Castro: "A crise do "modelo constitucional do segundo pós-guerra" em economias ricas do Hemisfério Norte gerou, como reação, movimentos de cooperação Norte-Sul que tendem a promover: (a) a mudança no processo orçamentário dos países do Hemisfério Sul, conducentes à supressão das despesas não-financeiras do Estado (privatizações de serviços públicos, cancelamento de vinculações constitucionais de receitas, etc.); (b) a liberalização comercial, com a redução de tarifas comerciais e especialmente com pressões para o desmantelamento de políticas caracterizáveis como barreiras não-tarifárias ao comércio internacional, sob a incidência dos princípios da "nação mais favorecida" e do "tratamento nacional"; (c) a desregulamentação dos mercados financeiros; (d) a mercantilização - em boa parte por meio de avanços no campo da propriedade intelectual - de recursos naturais, inclusive a atmosfera (via criação de mercados de captura e sequestro de carbono), a água e o patrimônio genético consitutivo da biodiversidade." (CASTRO, 2006, p. 56).

de doutrinas que se opunham às dos tratadistas tradicionais de Direito Administrativo e Direito Econômico. Entre essas doutrinas mais recentes, destacamos a tentativa de *reconstrução* do Direito Administrativo e do Direito Econômico e a emergência do chamado *Direito Administrativo Econômico*, todos baseados na ideia de *Estado Regulador* e em uma particular narrativa que se construiu em torno dela.

Como dito, o processo de reforma do Estado dos anos 90 trouxe para o Direito brasileiro a chamada crise da doutrina do serviço público.¹⁸⁵ Um dos principais aspectos das reformas dos anos 90 foi a *desestatização* de diversas atividades até então confiadas exclusivamente a entes estatais. Até então, o Direito Administrativo e o Direito Econômico entendiam que aquelas atividades, por serem prestadas exclusivamente pelo Estado, haviam sido *retiradas* do mercado (entendido como esfera de atuação econômica típica dos particulares, tal como formulado desde o Pensamento Jurídico Clássico). Porém as reformas fizeram com que grande parte dessas atividades passasse a também ser prestada por particulares, em regime de competição. Nesse regime de competição, ao invés das regras características daquilo que se compreendia como regime de direito público, essas atividades passaram a atuar sob regras até então típicas do regime de

¹⁸⁵ São identificadas duas crises do serviço público. A primeira ocorreu quando os Estados passaram, sob a influência keynesiana e após a Crise de 29, a exercer eles mesmos atividades antes delegadas a particulares, porém usando como mecanismo entes privados sob controle público: as empresas públicas e as sociedades de economia mista. A dita segunda crise ocorreu com a privatização de atividades tradicionalmente tidas como públicas, fruto em especial da disseminação da ideia de Estado mínimo em políticas econômicas que, no conjunto, são denominadas por esses mesmos autores como "neoliberais" (Cf. GONÇALVES, 1999, pp. 11-23; ROLDÁN MARTÍN, 2000, pp. 19-28; ARIÑO ORTIZ, 2005, pp. 12-15). Para uma síntese da discussão e sua repercussão no Direito brasileiro, ver ainda: ARAGÃO, 2007, pp. 239-264.

direito privado (tais como livre iniciativa, livre contratação, proteção à propriedade dos ativos empresariais, etc.) - até porque um dos objetivos da reforma, senão seu principal, era enfatizar o papel do *mercado* na produção e alocação de riquezas.¹⁸⁶ Isso trouxe perplexidade em especial na aplicação prática do conceito de serviço público tal como adotado pelo Direito Administrativo e pelo Direito Econômico, pois, como visto, as atividades consideradas como serviço público sob a égide de doutrinas anteriores deveriam ter um regime jurídico característico, diferente por definição do regime jurídico privado.¹⁸⁷

Mas atividades até então consideradas serviço público passaram a ser prestadas sob uma multiplicidade de regimes jurídicos, alguns deles em tudo semelhantes ao regime privado.¹⁸⁸ O conceito de serviço público deixou de ter um regime jurídico característico. A reação de alguns doutrinadores tradicionais foi negar as mudanças, refutando as novas instituições trazidas pelas reformas dos anos 1990, para defender o regime jurídico típico do serviço público.¹⁸⁹ Para esses autores, submeter as atividades que antes eram consideradas típicas de Estado a regime jurídico próprio do setor privado seria uma ofensa ao modelo jurídico que divide

¹⁸⁶ Cf. CARVALHO, Vinicius, 2010, pp. 57-70.

¹⁸⁷ A essa perplexidade se refere, por exemplo, Áurea Roldán Martín, ao tratar dos reflexos da crise do serviço público no Direito espanhol: "Com el tiempo la quiebra del nexo entre servicio público y régimen público, derivada de la realización de determinadas actividades materiales por el Estado pero bajo la veste de personificaciones instrumentales de Derecho privado, abriría las puertas a la crisis del concepto." (ROLDÁN MARTIN, 2000, p. 22.).

¹⁸⁸ Sobre a repercussão dessa mudança não apenas na ideia de serviço público, mas também sobre a forma como o próprio Direito Administrativo é concebido, ver: ESTORNINHO, 1999.

¹⁸⁹ Cf. DI PIETRO, 2009, pp. 27-39; GRAU, 2010, pp. 132 e ss.; MELO, 2012, pp.1083-1097.

atividades públicas e privadas. Nesse intuito, recorreram ao formalismo, buscando na redação das normas de competências da Constituição Federal a salvação para as formulações teóricas que defendiam.¹⁹⁰ Essas normas de competência foram por eles lidas de modo a afirmar que a Constituição, ao atribuir a um ente federado a incumbência de realizar determinada atividade, a teria excluído da esfera privada. A atribuição de competências pela Constituição¹⁹¹ denotaria a publicização de dada atividade, transformando-a em serviço público. Em decorrência, a essas atividades *publicizadas* se deveria aplicar o regime jurídico público, que é próprio para o serviço público. Essa defesa recorre a um argumento formal: a redação do art. 175 da Constituição Federal, que associa serviço público à concessão e à permissão.¹⁹² Essa posição, porém, não esclarece qual seria esse regime jurídico tradicional exigido pelo art. 175 - como vimos, nunca houve um

¹⁹⁰ Esse raciocínio é adotado, entre outros, por: MELLO, 2012, pp. 702 e ss.; GRAU, 2010, pp. 117-124

¹⁹¹ Assim, seriam serviço público de competência federal as atividades enumeradas nos artigos 21 e 22, de competência concorrente entre os entes federados as atividades enumeradas no artigo 23, de competência estadual as atividades enumeradas no artigo 25, e de competência municipal as atividades listadas no artigo 30. Com destaque, a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello: "A Carta Magna do país já indica, expressamente, alguns serviços antecipadamente propostos como da alçada do Poder Público federal. Serão, pois, *obrigatoriamente serviços públicos* (obviamente quando volvidos à satisfação da coletividade em geral) os arrolados como de competência das entidades públicas." (MELLO, 2012, p. 702). Para Celso Antônio Bandeira de Mello, porém, nem todos os serviços públicos são reputados *privativos* do Estado, pois haveria serviços que admitiriam prestação concomitante por particulares. Isto é, a qualificação de serviço público não necessariamente retiraria determinada atividade do âmbito privado. Quando prestadas pelo Estado, seriam serviço público. Quando prestadas por particulares, seriam atividades econômicas privadas. Porém, a vinculação entre regime público e serviço público remanesce. Cf. MELLO, 2012, pp. 702-711.

¹⁹² Constituição Federal: Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. /§/ Parágrafo único: A lei disporá sobre: /§/ I - o **regime** das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o **caráter especial** de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; [...].

consenso sobre esse regime jurídico, ou sobre o modo como esse regime se vincula ao serviço público.

As perplexidades provocadas pelas instituições econômicas decorrentes das reformas dos anos 1990, todavia, além da crise do serviço público, resultaram também em alternativas teóricas formuladas em contraposição à narrativa tradicional do Direito Administrativo e do Direito Econômico. Parte importante dessas alternativas se estruturou uma nova narrativa fundada na noção de “Estado Regulador”.¹⁹³ Novos tratadistas, defensores das reformas dos anos 90, passaram a contrapor aquilo que seria a visão contemporânea do papel do Estado na economia - o Estado Regulador - a outras visões desse papel que lhe teriam antecedido na história - o Estado Liberal e o Estado do Bem-Estar Social. Esse novo papel exigiria um novo direito, o que por sua vez justificaria abandonar algumas das construções doutrinárias precedentes - em especial, a ideia de um regime jurídico típico das atividades públicas.

O Estado Regulador, segundo esta mais recente narrativa, teria sido antecedido pelo Estado do Bem-Estar Social e pelo Estado Liberal. O Estado Liberal é definido como o resultado das Revoluções Burguesas, em que a garantia da propriedade contra a intervenção estatal seria elemento central das relações entre Estado e economia, e cuja referência econômica primordial seria o *laissez-faire* do

¹⁹³ Como exemplo de representantes dessa narrativa, destacamos: MARQUES NETO, 2005; SALGADO, 2003; SUNDFELD, 2000b e 2000c; ARAGÃO, 2006 e 2007; JUSTEN FILHO, 2002 e 2012. Outro representante dessa narrativa é MOREIRA NETO, 2009 - apesar desse autor não usar a expressão “Estado Regulador” como os demais, ele defende a existência de um novo tipo de Estado, *hoje ainda sem nome* (p. 17), cujas características equivalem ao modelo de Estado Regulador pregado pelos demais autores citados acima.

liberalismo econômico de Adam Smith.¹⁹⁴ O Estado do Bem-Estar Social seria a resposta à Crise Econômica de 1929, que haveria colocado o liberalismo puro em cheque. Sua referência econômica seria a doutrina de Keynes, cujos preceitos seriam conferir ao Estado o papel de executor de políticas de assistência social e de atuação direta para assegurar o desenvolvimento econômico de setores estratégicos.¹⁹⁵ O Estado Regulador, por fim, seria a resposta à falência do Estado do Bem-Estar Social¹⁹⁶ e ao processo de globalização econômica. Sem dinheiro para executar todas as atribuições que lhe foram incumbidas, o Estado teria de recorrer à iniciativa privada. Esta não apenas possuiria os recursos necessários, como seria mais eficiente na execução das tarefas antes atribuídas ao Estado. Além disso, com a globalização, o Estado se veria forçado a pautar suas políticas de acordo com padrões globais

¹⁹⁴ Exemplo desse pensamento se extrai do seguinte trecho: "Sob o ângulo da atividade econômica privada os principais fundamentos do Estado liberal-burguês eram a propriedade, pela qual se assegurava a titularidade, o gozo e a fruição dos bens, e os contratos, veículos da circulação destes bens. Sobre ambos a Administração Pública não competia impor qualquer restrição, salvo se necessária para que os direitos de outros cidadãos não fossem prejudicados. Acreditava-se que o mercado seria muito mais benéfico para o conjunto da sociedade se agisse livremente, não devendo ser funcionalizado por qualquer finalidade coletiva." (ARAGÃO, 2006, p. 49.)

¹⁹⁵ Nesse sentido: "...a partir do final do século XIX, também em razão do grande desenvolvimento material proporcionado pela Revolução Industrial, o Estado tomou a si a difícil tarefa de corrigir as distorções e deformações causadas à *ordem econômica*, bem com à *ordem social*, em razão do abuso de do poder econômico ou da carência de iniciativas produtivas da sociedade.[...] Esse estágio inicial do ordenamento econômico-social se prolongou até o Segundo Pós-Guerra, coincidindo com o fastígio do Estado-Nação, com a conturbada era das ideologias salvacionistas e as grandes conflagrações mundiais que provocaram, dando-se um remanejamento, em grande escala, dos componentes econômicos e sociais da sociedade, do qual resultou a configuração, à época, dos modelos dominantes do *Estado do Bem-Estar Social* e do *Estado Socialista*." (MOREIRA NETO, 2009, pp. 133-134.)

¹⁹⁶ É o que afirma, por exemplo, Marçal Justen Filho: "A crise fiscal do Estado de Bem-Estar conduziu a perspectivas de redução das dimensões do Estado e de sua intervenção direta no âmbito econômico. Passou-se a um novo modelo de atuação estatal, que se caracteriza preponderantemente pela utilização da competência normativa para disciplinar a atuação dos particulares." (JUSTEN FILHO, 2002, p. 20.)

de governança, sob pena de afugentar do País os investidores necessários ao desenvolvimento econômico. A narrativa acerca do Estado Regulador, contudo, não é exclusiva da doutrina nacional. Especialmente na Europa Continental, o dito modelo do Estado Regulador foi e continua sendo apontado pela doutrina jurídica como fundamento para novos regimes jurídicos para a atividade econômica.¹⁹⁷

Dentro desse contexto, a primeira característica atribuída ao Estado Regulador seria a subsidiariedade, elevada por alguns doutrinadores à categoria de princípio.¹⁹⁸ A característica da subsidiariedade denotaria limitação na forma de atuação do Estado na atividade econômica. Esta, a atividade econômica, seria primordialmente uma atividade livre, de início imune à intervenção estatal. Por isso, na economia, caberia ao Estado apenas atuar subsidiariamente à iniciativa privada, e nunca em substituição a essa.

A segunda característica típica do Estado Regulador, segundo a narrativa que aqui descrevemos, seria a chamada *intervenção indireta*, aquela realizada mediante normas abstratas editadas por entes da Administração Pública. A *interveção indireta* seria contraposta à *intervenção direta*, esta uma característica do Estado do Bem-Estar e qualificada pela assunção de atividades econômicas por entes estatais -

¹⁹⁷ Como representantes do debate europeu, ver: MAJONE, 2006; SCOTT, 2006; ARIÑO ORTIZ, 1993, 2004 e 2005.

¹⁹⁸ É o que faz o já citado Justen Filho: "A atuação direta do Estado não é justificável mediante a mera invocação de algum interesse público que se considere relevante. É necessário providenciar que a intervenção direta do Estado é a solução adequada e imprescindível para a satisfação de necessidades determinadas. Aplica-se o princípio da proporcionalidade, o que significa que somente se legitimará a intervenção estatal se outra alternativa não for mais satisfatória. Sob esse prisma, o princípio da proporcionalidade se manifesta como princípio da subsidiariedade." (JUSTEN FILHO, 2012, p. 808.)

especialmente empresas públicas e sociedades de economia mista. A *intervenção indireta*, em oposição, seria realizada por agências reguladoras independentes - é também chamada de *intervenção regulatória* - e seria o meio precípua de atuação do Estado Regulatório na economia.¹⁹⁹

Ao eleger a *intervenção regulatória* como forma típica de atuação estatal na economia, a narrativa do Estado Regulador advogava não apenas que as atividades até então consideradas públicas fossem entregues a particulares, mas que se lhes aplicassem regras típicas de mercado. As ditas regras de mercado seriam as do regime jurídico das atividades privadas. Com isso, atividades anteriormente qualificadas como serviço público passariam a não mais se sujeitar a um típico regime jurídico público. Não caberia mais ao Estado escolher as atividades de sua prerrogativa, dado o seu caráter subsidiário, e sobre essas atividades excepcionais tão somente poderia ser aplicado um regime jurídico diferenciado. Aquelas atividades que lhe tinham sido entregues deveriam sempre que possível ser repassadas à iniciativa privada, sob regras tanto mais próximas das regras de mercado quanto possível:

O modelo regulatório propõe a extensão também ao setor dos serviços públicos de concepções aplicadas a propósito da atividade econômica privada. Ou seja, rejeita-se a concepção da atuação direta do Estado não apenas a propósito da atividade econômica privada

¹⁹⁹ Essa visão é refletida, por exemplo, na seguinte exposição de Marques Neto: "Temos, então, que a moderna regulação, no sentido que foi acima exposto, representa não uma subtração do papel do Estado como ordenador da economia. Representa, sim, uma mudança no paradigma pelo qual a intervenção estatal na economia se dá, mudança fortemente marcada pela substituição ou complementação dos mecanismos de intervenção direta na ordem econômica por instrumentos de uma determinada modalidade específica de intervenção indireta que poderíamos designar de intervenção regulatória." (MARQUES NETO, 2005, pp. 42-43.)

(propriamente dita) mas também no tocante aos serviços públicos. Reconhece-se como desejável a substituição do Estado-Prestador pelo Estado-Regulador dos serviços públicos.²⁰⁰

Essa narrativa, assim, desvinculou regime jurídico da dicotomia público-privado, deixando de atribuir ao âmbito público um regime específico, e também ampliando a possibilidade de incidência de regras extravagantes a atividades reputadas como privadas. Sob esse viés, a crise do serviço público, configurada pela impropriedade da caracterização do serviço público em termos de um regime jurídico próprio, é reafirmada pelos teóricos do modelo de Estado Regulador:

O fenômeno de reestruturação dos serviços de titularidade estatal (energia, telecomunicações, saneamento, transportes, etc.) está produzindo uma importante alteração do Direito Administrativo, cujos modelos teóricos devem, em grande medida, ser reinventados. Durante bom período o conceito de serviço público serviu para razoavelmente sintetizar o regime jurídico da exploração dessas diversas atividades. É bem verdade que essa noção veio se modificando no tempo, tornando-se pouco a pouco muito problemática: além disso, por ter sido usada para englobar serviços os mais distintos, com as respectivas especificidades, seu conteúdo jamais foi suficiente para dar conta dos problemas e características particulares de cada um deles. Tratava-se, todavia, de noção útil. Hoje não o é mais, ao menos da mesma forma que antes.²⁰¹

Como alternativa, os teóricos do Estado Regulador tentam aproveitar o conceito de serviço público sob uma nova

²⁰⁰ JUSTEN FILHO, 2002, pp. 23-24.

²⁰¹ SUNDFELD, 2000b, p. 32.

roupagem. Ao invés de servir para caracterizar a atividade pública, o conceito de serviço público serviria para que, nas excepcionais situações em que fosse requerida intervenção estatal mais pesada, um regime jurídico próprio diferenciado pudesse incidir. Recorrendo a uma leitura formal da Constituição, o serviço público seria apenas aquele prestado por concessão ou permissão, como referido no art. 175 da Carta Política de 1988. Nos demais casos, *normas de mercado* é que deveriam regular a atividade econômica, mesmo as atividades cometidas a União, Estados ou Municípios pela Constituição. Neste caso, o instrumento jurídico que viabilizaria outro regime jurídico (que não o do serviço público) seria a chamada autorização.²⁰² Nessa leitura, o regime jurídico aplicável passava a ser definido pelo *título* (concessão, permissão ou autorização) que intermediasse a relação entre o particular que presta o serviço e o ente estatal que possui a titularidade para prestá-lo (conforme as normas constitucionais de competência).

Essa justificativa explora a dicção da Constituição Federal acerca de atividades cominadas à competência de entes federativos. O argumento formal usado na corrente do Estado Regulador se estrutura nos termos seguintes. O texto constitucional, ao atribuir competência para prestação de

²⁰² “A Constituição Federal deu, então, certa margem de discricionariedade ao Legislador em relação às atividades enumeradas nos incisos X a XII do art. 21 para que, diante das evoluções tecnológicas propiciadoras da concorrência e do Princípio da Proporcionalidade na sua expressão de subsidiariedade, enquadre-as como serviços públicos ou como atividades privadas de interesse público sujeitas a uma regulação de natureza autorizativo-operacional. /§/ Adotando essa última alternativa, algumas das atividades previstas no art. 21 teriam sido, mais do que apenas desestatizadas (delegação à iniciativa privada de atividades titularizadas pelo Estado), realmente privatizadas, ou seja, teria saído da órbita público-estatal e passado para o mercado, para a livre iniciativa privada, sujeitas, naturalmente, à regulação exógena.” (ARAGÃO, 2007, pp. 226-227.)

determinadas atividades a um ente federado (como fazem os artigos 21 e 22 da Constituição Federal, por exemplo), em geral o faz segundo a fórmula: *compete a [União, Estado ou Município] prestar [a atividade em questão] diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização*. O art. 175 da Constituição, por sua vez, diz que *incumbe ao Poder Público diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão a prestação de serviços públicos*. Logo, argumentam os teóricos do Estado Regulador, os serviços prestados sob autorização não seriam serviço público, pois não listados no art. 175. A figura da autorização, em decorrência, surge como justificativa formal para a criação de novos regimes jurídicos que não o do serviço público e, até mesmo, para sujeição de determinadas atividades ao regime privado. Para realizar essa distinção entre regimes jurídicos (público e privado)²⁰³ atribuídos a atividades igualmente tidas como de responsabilidade do Estado, serviu de inspiração a adaptação, feita por teóricos do Estado Regulador na União Européia, da noção de serviço público para os chamados *serviços de interesse econômico geral*.²⁰⁴

²⁰³ Como faz, por exemplo, Ariño Ortiz, autor espanhol com grande influência nos doutrinadores brasileiros do Estado Regulador: "Se han de distinguir, pues, claramente, en las actividades de las empresas, dos tipos o modalidades: /§/ a) Servicios garantizados, obligaciones o cargas de servicio público: son actividades subsidiadas, a precios tasados con compensación adicional; por ellas responde el Estado. /§/ b) Actividades comerciales competitivas: sometidas a un régimen de precios de mercado, libremente pactados por las partes; el riesgo y/o la ventura corresponde al empresario. /§/ Las primeras se asemejan a la concesión (régimen contractual), las segundas son libres, no reguladas (régimen policial y sumisión al derecho general de la competencia)." (ARIÑO ORTIZ, 2005, p. 35)

²⁰⁴ Esse conceito está presente no art. 86 (originalmente no art. 90) do Tratado da União Européia, e seu objetivo era servir de instrumento à liberalização da prestação dos serviços públicos, de modo a abrir o mercado desses serviços às empresas dos demais países signatários (Cf. ARIÑO ORTIZ, 2005, pp. 35 e ss.). Em decorrência, houve um processo de adaptação da noção de serviço público: "En línea con las teorías de VILLAR PALASÍ sobre

Adicionalmente, em atenção à ideia de atuação subsidiária do Estado na economia, o serviço público é justificado nessa narrativa como instrumento de *assimetria regulatória* entre empresas novas no mercado e empresas já estabelecidas. Essa assimetria seria justificada por “falhas de mercado” típicas de “setores de infraestrutura” como telecomunicações²⁰⁵, saneamento básico, energia elétrica²⁰⁶,

la intercambialidad de las técnicas de intervención pública, se percibe hoy en en la articulación jurídica de los servicios de interés económico general la combinación de elementos de las clásicas formas de la actividad administrativa en figuras mixtas (valoradas como nuevas o no, según el prurito de “taxonomización” conceptual), a los que se añaden otros de reciente cuño. No puede estar más explícitamente reconocida la pervivencia de elementos del servicio público en las telecomunicaciones, transportes o correos que mediante la imposición de obligaciones *eo nomine* de servicio público a los operadores que actúan en el mercado. Cabría señalar pues que, aun planteada la cuestión de la vigencia del servicio público en términos de enfrentamiento entre las viejas y las nuevas categorías y admitiendo la derrota de éste, una vez más en la historia – como dijera MAX WEBER – el vencedor se ha revestido con los despojos del vencido.” (ROLDÁN MARTIN, 2000, p.53.)

²⁰⁵ Sobre o uso do regime de direito público como instrumento de assimetria regulatória no setor de telecomunicações: “Tão importante quanto ter definido a complementariedade de funções CADE/Anatel, é ter decidido utilizar fortes assimetrias regulatórias como instrumentos de universalização e de indução ao desenvolvimento de uma situação de efetiva concorrência. Quando falamos de assimetrias regulatórias, referimo-nos à existência de um conjunto de direitos e deveres que diferem de um prestador para outro, ainda que ambos atuem no mesmo mercado geográfico oferecendo serviços equivalentes. /S/ O principal instrumento de assimetria regulatória utilizado pela Anatel é a distinção feita, pela LGT [Lei Geral de Telecomunicações], entre a prestação do serviço submetida ao regime jurídico público e sua prestação sob o regime jurídico privado. Quando, para prestar determinado serviço, a empresa obtiver uma *concessão*, deverá respeitar as regras próprias do regime jurídico público; entretanto, se para prestar o mesmo serviço, obtiver uma *autorização*, respeitará as regras que são próprias do regime jurídico privado.” (HERRERA, 2001, p. 47).

²⁰⁶ Sobre o uso da concessão de serviço público como instrumento de regulação concorrencial da atividade de transmissão de energia elétrica: “No que diz respeito ao regime de exploração, a transmissão, atualmente caracterizada como um segmento autônomo, está submetida única e exclusivamente ao de serviço público, titulada sob concessão. [...] Outra importante característica da transmissão, na concepção do novo modelo setorial, é que ela deve ser uma atividade neutra, não-comercial, nem competitiva. Nesse sentido, a empresa de transmissão não gera, não compra e não vende energia; ela só executa a transmissão da energia elétrica. Isto para garantir sua neutralidade, de modo a não prejudicar e não interferir na competição realizada nos segmentos de geração e de comercialização. E,

transporte, entre outros. Nisso, portanto, outra radical diferença frente ao Pensamento Jurídico Social e também às narrativas contemporâneas do Direito Administrativo, do Direito Econômico e da Constituição Dirigente. Não é uma necessidade social que exige um regime jurídico diferenciado para os serviços públicos, tampouco o é o atendimento a direitos sociais ou coletivos. O regime jurídico do serviço público, na narrativa do Estado Regulador, se justifica por uma lógica de correção do mercado, lógica essa que deriva da ideia de subsidiariedade da atuação estatal.²⁰⁷

Empresas já estabelecidas em mercados em que houvesse altas *barreiras à entrada*²⁰⁸ necessitariam de uma intervenção regulatória mais incisiva. Isso porque tais empresas teriam, em decorrência de sua posição dominante, poder de mercado que poderia ser usado para dificultar ou

para tanto, as tarifas cobradas pela transmissão são reguladas e fixadas pela ANEEL [Agência Nacional de Energia Elétrica]." (WALTENBERG, 2000, p. 365).

²⁰⁷ Por exemplo: "Em síntese, o serviço público surge como instrumento para promover a satisfação de necessidades relacionadas direta e imediatamente com os direitos fundamentais *quando* o funcionamento normal e espontâneo da livre iniciativa for incapaz de promover essa solução." (JUSTEN FILHO, 2012, p. 655).

²⁰⁸ *Barreiras à entrada* é expressão cunhada na Microeconomia para tratar de causas que impedem ou dificultam que novos ofertantes passem a atuar em um dado mercado. Em resultado, os ofertantes já estabelecidos no mercado têm posição privilegiada frente a novos concorrentes, e além disso podem passar a deter poder de fixar os preços (ao contrário de serem tomadores de preços, como ocorreria em um mercado em concorrência perfeita) - cf. SALOMÃO FILHO, 2007a, pp. 91-170. Mankiw fornece uma introdução às barreiras de mercado segundo a Economia neoclássica, destacando seu papel na formação de monopólios: "A causa fundamental dos monopólios está nas *barreiras à entrada*: um monopólio se mantém como o único vendedor de seu mercado porque as outras empresas não podem entrar no mercado e competir com elas. As barreiras à entrada, por sua vez, têm três origens principais: /§/ *Recursos de monopólio*: Um recurso-chave necessário para produção é exclusivo de uma única empresa. /§/ *Regulamentações do governo*: O governo concede a uma única empresa o direito exclusivo de produzir um determinado bem ou serviço. /§/ *O processo de produção*: Uma única empresa consegue fornecer produtos a custo mais baixo que um grande número de produtores." (MANKIW, 2009, p. 300).

inviabilizar a entrada de novos competidores. Essa posição dominante, por sua vez, é vista como o legado de monopólios instituídos sob o modelo do Estado do Bem-Estar Social a empresas sob controle estatal. Com a venda dessas empresas ao setor privado (desestatização ou privatização), haveria a necessidade concomitante de submetê-las a um regime de competição, como meio de se estabelecer um regime de livre mercado no provimento dos serviços prestados por aquelas empresas.²⁰⁹ Esse regime de livre mercado seria incompatível com o antigo regime de serviço público, baseado na exclusividade de prestação do serviço justificada pela sua exclusão da órbita privada. Como forma de contraposição ao poder de mercado legado pela antiga situação de monopólio, surgiria a necessidade de uma nova configuração do regime jurídico de serviço público. O regime de serviço público, assim, é articulado pela narrativa do Estado Regulador como uma intervenção regulatória mais incisiva, em que há mais intensa normatização das atividades da empresa regulada, motivada por sua posição dominante no mercado.²¹⁰ Essa

²⁰⁹ Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld afirma: "Só que algumas agências, a ANATEL, a ANEEL e a ANP, nasceram sob o signo de mais um dever, resultante do projeto que inspirou a privatização das correspondentês atividades estatais. Seguindo uma tendência internacional, o Brasil decidiu acabar com os monopólios nos setores telecomunicação (então nas mãos da TELEBRÁS), de energia elétrica (envolvendo especialmente a ELETROBRÁS e várias empresas dos governos estaduais, como a CESP) e do petróleo (PETROBRÁS). Portanto, a reforma não se limitou à mera venda de empresas para o setor privado, mas veio acompanhada da abertura dos respectivos mercados para novas prestadoras. E qual a justificativa do modelo? É a de que a concorrência seria boa tanto para o desenvolvimento econômico, porque apressaria a expansão da planta de serviços, como para o consumidor, pois geraria disputa, com melhoria de preços e serviços." (SUNDFELD, 2000b, p. 35.)

²¹⁰ Vide, como exemplo, a seguinte justificativa para um regime jurídico diferenciado às empresas privatizadas: "O estabelecimento de concorrência em setores anteriormente submetidos à exploração em monopólio exige um esforço peculiar dos órgãos reguladores e, paradoxalmente, uma regulação forte que estimule a entrada de novos agentes e lhes garanta condições viáveis de concorrência. Com efeito, as antigas empresas estatais, ainda que privatizadas, gozam não apenas de uma posição de domínio no mercado,

intervenção mais incisiva se faz presente no mais das vezes pela fixação dos preços de comercialização do serviço (ainda qualificados como tarifas de serviço público), e pela imposição de obrigações de universalização. Assim, sob o ponto de vista da narrativa do Estado Regulador, a assimetria regulatória, provocada pela articulação entre o regime de direito público - típico da concessão de serviço público - e o regime de direito privado - típico das autorizações -, é também uma resposta a *falhas de mercado*. Por conseguinte, nos casos em que tais *falhas de mercado* não fossem mais caracterizáveis, não haveria fundamento para aplicação do regime público.²¹¹

Esta a justificativa da narrativa do Estado Regulador para a reconstrução do serviço público como meio de correção das falhas de mercado típica dos setores de infraestrutura: como ônus adicional às empresas já estabelecidas, especialmente na forma de obrigações de interesse da coletividade traduzidas pela ideia de

mas de tradição, clientela, capacidade instalada e outras vantagens decorrentes da presença consolidada na atividade. As empresas em processo de entrada, embora pertencentes a grupos de grande poder econômico, entram em desvantagem competitiva. Nesse sentido, é necessário o estabelecimento de regras tendentes a compensar o poder das antigas monopolistas." (NUSDEO, 2000, p. 176).

²¹¹ Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão argumenta: "...podemos afirmar que a titularidade estatal sobre serviços públicos, com prestação por particulares apenas mediante delegação, é mantida quando, apesar dos programas e controles impostos pelas autorizações, a livre iniciativa não for eficaz para os objetivos de interesse público. /\$/ Em caso contrário, teremos a sua despublicização com o que, à luz do Direito brasileiro, deixarão de ser serviços públicos propriamente ditos para passarem a ser atividades privadas de interesse público - os chamados serviços públicos impróprios ou virtuais -, acarretando forte assimetria regulatória no seio do conjunto daquelas atividades: algumas sob a reserva estatal e outras prestadas em regime privado./\$/ Temos, assim, um determinado setor submetido a um marco regulatório de natureza complexa, com algumas atividades caracterizadas como serviços públicos e outras como atividades privadas de interesse público." (ARAGÃO, 2007, pp. 430-431.)

universalização. Em contrapartida, sem o ônus da universalização, as demais empresas (não sujeitas ao regime de serviço público) teriam melhor condição para entrar no mercado e competir. Essas novas competidoras estariam sujeitas às regras do setor privado, ou ao menos sujeitas a um regime jurídico com regras similares às do setor privado, e o que lhes garantiria isso seria o fato de operarem sob autorização, e não sob concessão ou permissão. Quanto ao regime jurídico da autorização, o papel do Estado na intervenção regulatória seria fixar regras uniformes, válidas para todos os competidores - como é típico da *intervenção direta no domínio econômico*. Essas regras seriam a forma característica de atuação do Estado Regulador, e são identificadas por essa narrativa como a essência da dita atividade regulatória.²¹²

As regras que são produzidas pela intervenção regulatória, nessa visão, não seriam uma opção política, mas a resposta técnica a uma constatação objetiva. Isso porque, segundo a corrente do Estado Regulador, as falhas de mercado seriam situações objetivamente aferíveis que inviabilizariam que determinada estrutura de produção de bens e serviços se comportasse como um mercado em concorrência perfeita, ou ao

²¹² Marçal Justen Filho novamente serve de exemplo desse ponto de vista: "Uma característica essencial da regulação reside na sua natureza exclusivamente normativa. A regulação consiste na adoção de normas e outros atos estatais, sem se traduzir na aplicação dos recursos estatais para o desempenho direto de alguma atividade no domínio econômico-social. A regulação estatal se traduz numa atuação jurídica, de natureza repressiva e promocional, visando a alterar o modo de conduta dos agentes públicos e privados. [...] A *regulação* consiste na opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa. Revela a concepção de que a solução política mais adequada para obter os fins buscados consiste não no exercício direto e imediato pelo Estado de todas as atividades de interesse público. O Estado regulador reserva para si o desempenho material e direto de algumas atividades essenciais e concentra seus esforços em produzir um conjunto de normas e decisões que influenciem o funcionamento das instituições estatais e não estatais, orientado-as em direção de objetivos eleitos." (JUSTEN FILHO, 2012, pp. 638-639).

menos em condições próximas às de um mercado nessas condições. Caberia às agências identificar racionalmente os meios adequados para realizar as políticas públicas, dentro de parâmetros fixados por leis. A fixação por meio de leis das políticas públicas no direito positivo demarcaria os chamados *marcos regulatórios*. Assim, seriam as leis, e não as agências reguladoras, que determinariam as políticas públicas. Desse modo, a *opção política*, na narrativa do Estado Regulador, é apriorística à atividade regulatória. A partir dos limites dos *marcos regulatórios*, a atividade das agências se traduziria em um mister predominantemente técnico.²¹³

Por esse motivo, para que a resposta às falhas de mercado fosse adequada, a *intervenção regulatória* deveria ser imparcial. Nas narrativas com base no Estado Regulador, grande ênfase é dada ao modelo de agências reguladores reguladoras independentes (ou autônomas) como forma de se assegurar o caráter "técnico" da intervenção estatal e evitar a deturpação da regulação pela *parcialidade*. Além disso, as agências reguladoras teriam por função arbitrar os conflitos advindos de opções conflitantes de implementação de políticas públicas. Nesse aspecto, a narrativa do Estado Regulador adota a *policy analysis* do Pensamento Jurídico Contemporâneo, mas em lugar da a figura heróica do *juiz* adotada pela narrativa da

²¹³ Floriano Azevedo Marques Neto serve de ilustração de narrativas nos moldes acima: "Os órgãos reguladores não são instância institucional de definição de políticas. São sim espaços e instrumentos para efetivação destas, previamente definidas pelo Executivo e pelo Legislativo (eventualmente até com a participação e o suporte técnico do órgão regulador, mas fora do campo decisório deste). A regulação apresenta-se, portanto, como o exercício independente de competências para cumprir pressupostos e objetivos definidos nas políticas públicas." (MARQUES NETO, 2005, p. 92.)

Constituição Dirigente, adota a figura da *agência reguladora*.²¹⁴

A corrente do Estado Regulador, contudo, não costuma se aprofundar na caracterização econômica das falhas de mercado, quase sempre ignorando controvérsias intensas²¹⁵ sobre sua aplicação no próprio pensamento econômico neoclássico²¹⁶ que, implicitamente (e por vezes inconscientemente) adotam como fundamentação. Não obstante, por considerar as falhas de mercado em geral, e as externalidades em particular, fatores passíveis de mensuração objetiva, essa narrativa vincula a legitimidade da regulação à competência técnica necessária para identificar e corrigir falhas do mercado regulado e,

²¹⁴ Como ilustra a exposição de Carlos Ari Sunfeld: "E a sociedade, a cada dia, torna-se mais e mais complexa. Não só porque as pessoas se juntaram todas no mesmo espaço urbano, mas porque ela é sempre mais e mais exigente. As pessoas não se satisfazem só com a diminuição da poluição; elas querem ser protegidas também enquanto consumidoras (assunto que era irrelevante no passado), querem um controle sobre o o poder econômico para evitar a concentração empresarial (preocupação desconhecida antigamente), querem a democratização do acesso aos serviços que as coloquem em conexão com o mundo, como os de telecomunicações (coisa que sequer se punha no século passado). Para harmonizar esses valores, é preciso um gerenciamento constante. E esse gerenciamento se faz pela contínua edição e substituição de normas e, a seguir, por sua aplicação concreta por um órgão administrativo, o qual deve, também, realizar atos de controle prévio.[...]Mas as pessoas querem mais: que os conflitos individuais nascidos da aplicação de todos estes planos sejam tratados or entidades imparciais - o que sempre se exigiu dos juizes, a imparcialidade. Mas isso não lhes basta. Os conflitos entre uma indústria poluidora, uma outra indústria que usa a água poluída lançada no rio e os vizinhos que também a consomem, quer-se que eles sejam julgados por quem entenda do assunto. Não alguém que entenda de Direito apenas (isto é, das técnicas de produção e hermenêutica normativa), mas que entenda do problema específico: quem saiba das dificuldades para compor harmonicamente o conflito, consiga dar a solução mais harmoniosa por equidade, baseando-se em critérios técnicos, etc." (SUNDFELD, 2000b, p. 30.).

²¹⁵ A ideia de *falhas de mercado* é problematizada, por exemplo, pela chamada Teoria Econômica da Regulação, que afirma que ditas falhas seriam na verdade o resultado da ação de uma grupos com capacidade de organização política e mobilização capazes de influenciar a agenda político-regulatória dos entes estatais. Cf. STIGLITZ, 2010.

²¹⁶ Sobre o pensamento econômico neoclássico, ver item 2.2 abaixo.

assim, “otimizar” o benefício social decorrente de sua atuação.²¹⁷

A corrente do Estado Regulador é, desse modo, legitimada discursivamente pela ideia de regulação para o mercado. Em resultado, a dicotomia público-privado adquire, nessa narrativa, uma particularidade ausente nas narrativas anteriores típicas do Direito Administrativo e do Direito Econômico majoritários, e que se traduz na já mencionada ideia de subsidiariedade. Essa particularidade é a de os regimes jurídicos de direito público e de direito privado não se apresentarem mais como fatores de delimitação da atuação do Estado na economia. Por um lado, a corrente do Estado Regulador afirma que mesmo as atividades ditas públicas devem se pautar em um regime jurídico tanto possível próximo ao do livre mercado. Por outro lado, afirma a possibilidade de intervenção estatal nas atividades ditas privadas, mas desde que se trate de intervenção indireta (sem a participação estatal na produção ou comercialização de bens e serviços) destinada a corrigir falhas de mercado, onde e quando necessário.

Apesar de, ao contrário de outras correntes aqui analisadas, a do Estado Regulador não fixar regimes jurídicos

²¹⁷ O tema é assim tratado por Marques Neto: “...a capacidade técnica do regulador é também um requisito para a própria legitimação da regulação. Quanto mais a agência (e seus agentes) dominar os códigos, necessidades e possibilidades do setor regulado, mais será eficiente a regulação. Isso porque quanto mais capacitada tecnicamente for a agência, menor será a assimetria de informação em relação ao regulado. /§/ Em sendo assim, menor a capacidade de o regulado se utilizar em seu favor do fato de conhecer mais o setor regulado do que o agente estatal (por reunir os dados relativos à sua operação, além de ter grande facilidade de obter informações sobre o setor em que atua). Além disso, a *expertise* técnica e a especialidade permitem que as medidas tomadas pelo regulador tendam a já levar em conta as especificidades do setor regulado, facilitando sua eficácia.” (MARQUES NETO, 2005, p. 62).

típicos para os âmbitos público e privado, a ideia de *subsidiariedade*, central a essa corrente, parte da oposição entre o âmbito do Estado e o de uma ordem econômica espontânea - o *mercado*. O que diferencia o Estado Regulador das outras correntes é a primazia concedida à dita ordem econômica espontânea. Essa primazia será ainda mais acentuada na corrente que analisaremos a seguir: a Análise Econômica do Direito.

1.4.4. Análise Econômica do Direito

Outra narrativa do Pensamento Jurídico Contemporâneo que lida com as relações entre direito e economia é a Análise Econômica do Direito - compreendida aqui como a tentativa de releitura do Direito a partir dos pressupostos metodológicos da Economia neoclássica, consoante as ideias defendidas por Richard Posner²¹⁸ e pela Escola de Chicago²¹⁹⁻²²⁰, influenciadas por uma leitura particular das ideias de Ronald Coase²²¹. Tal qual a narrativa do Estado Regulador, a Análise Econômica do Direito, no Brasil, é uma contestação aos tratados clássicos

²¹⁸Cf. POSNER, 1975 e 1998.

²¹⁹ Sobre a importância do trabalho de Calabresi para a AED, vide: BERGH, 2008; POSNER, 1975, pp. 759-760. Sobre a Escola de Chicago, ver: MERCURO e MEDEMA, 2006, pp. 94-155.

²²⁰ Nossa definição, por conseguinte, exclui narrativas alternativas às influenciadas por Posner e da Escola de Chicago, que buscam analisar problemas jurídicos segundo premissas de escolas econômicas outras que a Economia neoclássica. A exclusão se deu por entendermos que: a) essas outras narrativas em geral optam por denominar-se "Direito e Economia" (ou *Law and Economics*); b) essas outras narrativas não se vinculam à distinção público-privado tal como estabelecida pela visão paradigmática descrita no item 1.1 desta tese.

²²¹ Embora por vezes citado como um dos fundadores da Análise Econômica do Direito, Coase reiteradamente rejeitou a leitura feita por Posner do chamado Teorema de Coase - que, segundo Coase, não foi uma criação sua, mas uma homenagem que lhe prestou o economista George Stigler (Cf. COASE, 1988, posição 241). Retomaremos as ideias de Coase no Capítulo 2 desta tese.

de Direito Econômico (e àqueles nesses inspirados)²²² e, por isso, se contrapõe ao Direito Econômico e ao Direito Administrativo no que concerne aos critérios e fundamentação da atuação do Estado na economia.

Embora conhecida nos EUA desde a década de 60, apenas recentemente no Brasil a Análise Econômica do Direito ganhou maior repercussão. Em comum à narrativa do Estado Regulador, a Análise Econômica do Direito vincula a legitimidade da intervenção estatal na economia à busca por condições equivalentes às de um mercado em condições de concorrência perfeita²²³, na forma como caracterizada pela Economia neoclássica.²²⁴ Diferentemente da narrativa de Estado Regulador, a da Análise Econômica do Direito se aprofunda na aplicação de conceitos da economia neoclássica à avaliação de resultados da aplicação de regimes jurídicos a atividades econômicas.

A Análise Econômica do Direito parte da premissa de que a livre iniciativa, o respeito à propriedade e o cumprimento de contratos são elementos essenciais do regime jurídico típico de livre mercado, e que esse regime jurídico seria o mais apropriado para promover a eficiência econômica.²²⁵ Esse regime jurídico típico de livre mercado

²²² Em CASTRO, 2005, considera-se a Análise Econômica do Direito a origem de um Segundo Direito Econômico, em oposição ao Primeiro Direito Econômico formulado pelos tratadistas clássicos.

²²³ Cf. SALOMÃO, 2007a, pp. 22-24.

²²⁴ Ver item 2.2 abaixo.

²²⁵ Afirma Posner: "The rules assigning property rights and determining liability, the procedures for resolving legal disputes, the constraints imposed on law enforcers, methods of computing damages and determining the availability of injunctive relief - these and other important elements of the legal system can best be understood as attempts, though rarely acknowledged as such, to promote an efficient allocation of resources." (POSNER, 1975, p. 764.)

diria respeito ao tratamento da propriedade, dos contratos e da responsabilização por atos ilícitos - que, por sua vez, teriam sido elaborados segundo um longo processo de tentativa e erro típico da *common law* anglo-saxã.²²⁶ Qualquer alteração naqueles elementos, para a Análise Econômica do Direito, é considerada intervenção no funcionamento da economia e deve ser justificada frente à perda de *eficiência alocativa*²²⁷ resultante dessa intervenção. A premissa adotada é a de que o mercado em condições de concorrência perfeita seria o meio mais eficiente de alocar recursos em uma sociedade. Ao alocar recursos de modo eficiente, dita sociedade estaria ampliando seu bem estar. Ao se afastar da concorrência perfeita, a sociedade estaria desperdiçando recursos e reduzindo seu bem estar.

Sob essas premissas, quando voltada a analisar a política econômica²²⁸, a Análise Econômica do Direito avalia o

²²⁶ Nesse sentido: "O livro *Economic Analysis of Law* se desenha, então, em torno do que Posner identifica como sendo as três forças motrizes da *Common Law*. Primeiro, o direito da propriedade, que se ocuparia de criar e definir os "direitos de exclusividade" sobre recursos escassos. Segundo, o direito contratual/obrigacional, que se ocuparia de facilitar os intercâmbios voluntários desses "direitos de exclusividade". Da ótica econômica, a transferência de tais direitos para os indivíduos com maior disposição de pagar permitiria a geração de valor. Terceiro, o direito da responsabilização civil, tomado em sentido amplo. Este, da ótica econômica, se ocuparia de proteger os "direitos de exclusividade", inclusive o direito de exclusividade sobre o próprio corpo. Tomados em conjunto, essas três forças motrizes forneceriam o aparato institucional que permitiria corrigir externalidades e reduzir custos de transação." (SALAMA, 2010, pp. 6-7.)

²²⁷ Corroborar nosso entendimento a seguinte exposição de Calixto Salomão: "A eficiência alocativa relaciona-se com a distribuição dos recursos na sociedade. Não se deve confundir a questão com o problema da distribuição de renda e de riqueza [...]. Para os neoclássicos, verificar se existe eficiência alocativa é simplesmente determinar se os recursos estão empregados naquelas atividades que os consumidores mais apreciam ou necessitam." (SALOMÃO, 2007a, pp. 198-199). Ver ainda: MANKIWI, 2009, pp. 143-151.

²²⁸ A Análise Econômica do Direito se vale da metodologia da Economia hegemônica (ver nota 224 supra) para analisar não apenas a influência do direito na economia, mas também para analisar regras jurídicas de modo

impacto de regras jurídicas (leis, regulamentos, decisões administrativas e judiciais) sobre a economia mediante o confronto de opções alternativas, de modo que podemos considerá-la um exemplo de *policy analysis* típico do Pensamento Jurídico Contemporâneo. Porém, enquanto as narrativas do Estado Regulador enfatizam “quem” (a agência reguladora autônoma) deve fazer a *policy analysis*, a Análise Econômica do Direito enfatiza “como” ela deve ser realizada.

Para tanto, utiliza os conceitos da Economia neoclássica como parâmetro analítico para avaliar as consequências da ação do direito na Economia. A Análise Econômica do Direito, em decorrência, se ocupa das consequências da adoção de determinado regime jurídico. Nesse mister, pouca relevância é dada à questão de se as intenções, valores ou normas de direito positivo eventualmente exigiriam que determinado regime jurídico fosse adotado. Por exemplo, um estudo de Análise Econômica do Direito se preocuparia em avaliar as consequências que a adoção do regime jurídico público teria em termos das decisões econômicas envolvidas e dos resultados alcançados, e não se a adoção desse regime público é a consequência necessária da natureza de uma determinada atividade, ou mesmo se é uma determinação presente no direito positivo.

Ao aplicar os métodos de análise da Economia neoclássica, a Análise Econômica do Direito incorpora a premissa de que o direito, assim como a economia, se caracterizaria pela escassez de recursos para alcançar os fins

almejados.²²⁹ Em decorrência, ao se optar pela alocação de recursos em uma determinada finalidade, isso ocorreria em detrimento de outras. Como explica Salama:

A escassez é o ponto de partida da análise econômica. Se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo o que quisessem, e nas quantidades que quisessem.²³⁰

Partindo dessa premissa, a Análise Econômica do Direito propõe um paralelismo metodológico entre Direito e Economia: assim como um problema econômico poderia ser caracterizado a partir da escolha entre comprar (ou produzir) maçãs ou laranjas, um problema jurídico poderia ser caracterizado a partir da escolha entre alocar recursos para a compra de um medicamento (e assim priorizar o direito à saúde) ou para pagar livros escolares (e assim priorizar o direito à educação). Em decorrência da escassez de recursos para alcançar todos os fins almejados pela humanidade, a Análise Econômica do Direito propõe que, assim como nas questões tradicionalmente reputadas como econômicas, nas questões jurídicas se leve em conta o *custo de oportunidade*.²³¹ Isso significa, em verdade, considerar questões jurídicas como

²²⁹ Sobre a premissa da escassez na Economia: "Lionel Robbins (1932) argued the economics was not about "material welfare: the provision of goods to further prosperity and development", but rather, it was about "scarcity: the provision of goods to fulfill all wants", whether conducive to welfare or not. His arguments came to dominate the field, and drove earlier conceptions out of sight [...]. Nearly all modern conventional textbooks use scarcity as the fundamental defining problem of economics." (ZAMAN, 2012, p. 22).

²³⁰ SALAMA, 2008, p. 16.

²³¹ A ideia de custo de oportunidade é de ampla utilização na Economia, tal como definida por Gregory Mankiw: "O **custo de oportunidade** de um item é aquilo de que você abre mão para obtê-lo." (MANKIW, 2009, p. 6.). Sobre o custo de oportunidade como um dos fundamentos da AED, ver: SALAMA, 2008, p. 16.

questões econômicas - isto é, como questões de alocação de recursos escassos.

A título de ilustração, o direito de A obter do Estado tratamento para uma forma rara de câncer teria como custo o direito de B, C, D e E obterem tratamento para formas mais comuns de câncer. Em resultado, o problema "*tem A direito ao tratamento de sua forma rara de câncer?*" seria não propriamente um problema jurídico, mas um problema econômico - como dito, um problema de alocação de recursos escassos. Generalizando o raciocínio, para a Análise Econômica do Direito todo direito teria um custo: os recursos que foram alocados para satisfazer aquele direito em detrimento da satisfação de outros direitos.²³²

Por isso, para a Análise Econômica do Direito, o modelo teórico utilizado pela Economia neoclássica para explicar o funcionamento dos mercados (especificamente a Teoria dos Preços e a ideia subjacente do indivíduo como maximizador racional) poderia e deveria ser utilizado para explicar o direito, principalmente do ponto de vista da eficácia dos recursos alocados frente aos resultados obtidos. Esse modelo serviria para fundamentar o raciocínio de advogados, juízes e juristas de um modo geral, no tratamento das questões tradicionalmente consideradas como jurídicas, inclusive no que concerne à definição de Justiça.

²³² Nesse sentido: "A escassez força os indivíduos a realizarem escolhas e a incorrerem em *trade-offs*. Os *trade-offs* são, na verdade, "sacrifícios": para se ter qualquer coisa é preciso abrir mão de alguma outra coisa - nem que seja somente o tempo. [...] A noção de escassez traz uma série de implicações para o estudioso, o profissional, e o pesquisador em Direito. Uma delas - talvez a mais dramática - diz respeito ao fato de que a proteção de direitos consome recursos. Ou seja, ou os direitos são custosos, ou não têm sentido prático." (SALAMA, 2008, p. 16.)

A principal consequência da adoção das premissas da Economia neoclássica é mensurar o direito pela régua da eficiência na alocação de recursos escassos. E, para tanto, a Análise Econômica do Direito adota a noção da Economia neoclássica de que a alocação de recursos escassos seria tanto mais eficiente, quanto maior a satisfação das preferências individuais.²³³ Parte-se do pressuposto de que o preço que alguém está disposto a pagar refletiria a utilidade que essa pessoa teria conferido a determinado bem - dado que o preço mede também o custo de oportunidade que essa pessoa está disposta a incorrer.²³⁴ Este é o pressuposto ideológico do individualismo liberal, traduzido na ideia da escolha racional dos indivíduos como instrumento de maximização de bem estar. Segundo essa premissa, ao ser confrontado com diversas opções, o indivíduo sempre escolheria aquela que traria para ele a maior utilidade possível.²³⁵

Em decorrência, por ser tradução das escolhas individuais, o mercado seria maximizador de utilidade, pois, no conjunto, todos os indivíduos do mercado escolheriam as melhores opções para si. A preferência individual a ser maximizada, portanto, seria aquela revelada pelo sistema de

²³³ O seguinte trecho ilustra essa posição da Análise Econômica do Direito: "In the study of law, the ideal is the improvement of the legal system. Legal philosophies, however, disagree on what constitutes an improvement of the legal system. Economic analysis of law takes the position that the proper ideal of the legal system is the promotion of social welfare, that is, the maximization of the satisfaction of individuals' preferences." (GEORGAKOPOULOS, 2005, p. 21 - tradução livre.)

²³⁴ Para uma explicação da teoria do consumidor da Economia neoclássica e do preço como expressão da utilidade (ou valor) atribuído pelos indivíduos, ver: MANKIW, 2009, pp. 441-466.

²³⁵ Nesse sentido: "A premissa comportamental implícita na Teoria dos Preços é a de que os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, sejam eles quais forem. Daí dizer-se que indivíduos racionalmente maximizam seu bem-estar. Note que a ideia é a de que todas as pessoas são maximizadoras racionais de bem-estar, e também de que a maximização se dá em todas as suas atividades." (SALAMA, 2008, p. 16.)

preços. Com base nessa formulação, se assume como axioma a ideia de que a melhor alocação de recursos é exatamente destiná-los a quem está disposto a pagar mais, pois assim os recursos seriam entregues a quem lhes desse maior utilidade. Há nessa ideia um pretense conteúdo emancipador: não importaria se uma pessoa fosse mais rica do que outra, se seria de determinada etnia, se seria de determinado gênero. Quem pagasse mais, ficaria com o bem (material ou imaterial) em questão. Nesse sentido, ao enfatizar a escolha individual, a Análise Econômica do Direito adota também uma justificativa moral dita *pragmática*, como afirma um dos autores dessa corrente:

O fundamento da análise econômica do direito é factual, a satisfação de interesses, ao invés de moral. Indivíduos têm preferências. Este é um fato a partir do qual podemos determinar o que aumenta o bem estar de um indivíduo, que é satisfazer aquelas preferências. Naturalmente, o sistema jurídico deveria tentar prover mais satisfação de preferências do que menos. Assim, a teoria da justiça da análise econômica do direito flui do fato, sem interjeição de moralização. Filósofos morais, é claro, objetariam afirmando que indivíduos deveriam obter auto-realização ou satisfação moral. Para o estudioso de "direito e economia" [*law and economics*], essas objeções são preferências - seja preferências de indivíduos, seja preferências dos filósofos morais. Como preferências, elas fariam parte de qualquer abordagem de bem-estar, mas seu espírito e importância seriam dramaticamente menores do que se eles fossem tidos como ideais universais.²³⁶

²³⁶ "The foundation of economic analysis of law is factual, the satisfaction of preferences, rather than moral. Individuals have preferences. This is a fact from which we can determine what increases individual's welfare, which

Em resultado, a Análise Econômica do Direito também defende, de modo geral, uma abordagem não-intervencionista que guarda similitude com a ideia de subsidiariedade pregada pela corrente do Estado Regulador.²³⁷ Todavia, a legitimação discursiva da Análise Econômica do Direito não recorre ao neoformalismo, como faz o Estado Regulador, mas a uma leitura moral da assumida maximização das preferências individuais pelas escolhas em um mercado.²³⁸ A preocupação da Análise Econômica do Direito é com as consequências das regras jurídicas tendo em vista sua repercussão na maximização do bem-estar social - segundo a noção de bem-estar da Economia neoclássica. Em outras palavras, importa para a Análise Econômica do Direito verificar qual dentre as opções possíveis para o direito deve ser escolhida para que se alcance o maior bem-estar.

Na Análise Econômica do Direito, a intervenção estatal é vista *a priori* como prejudicial. A ideia de "falhas de governo" tem lugar de destaque, e se traduz na noção de que intervenções regulatórias para corrigir falhas de mercado produzem resultados piores do que as próprias falhas que

is to satisfy those preferences. Naturally, the legal system should attempt to provide more satisfaction of preferences rather than less. Thus, the theory of justice of economic analysis of law flows from fact with no interjection of moralizing. The moral philosophers, of course, would object by stating that individuals should obtain self-actualization or moral fulfillment. To the law-and-economics scholar, those objections are preferences - either preferences of individuals or preferences of the moral philosophers. As preferences, they would be part of any welfarist approach, but their wight and importance would be dramatically smaller than if they were believed to be universal ideals." (GEORGAKOPOULOS, 2005, p. 33 - tradução livre.)

²³⁷ O seguinte trecho, de autor vinculado à Análise Econômica do Direito, ilustra essa semelhança de abordagem: "That the law seeks to maximize social welfare means that the law is the servant of society. That economic analysis subscribes to this view shows that it takes non-interventionist view of the law." (GEORGAKOPOULOS, 2005, p. 23.)

²³⁸ Para uma análise crítica da atribuição de valor moral ao resultado de escolhas para atendimento de preferências individuais, ver DWORKIN, 1980.

buscaram corrigir. Adicionalmente, para fins de avaliar qual opção maximiza preferências individuais - e, em decorrência, o bem-estar social - atividades públicas e privadas são igualladas. A ideia de que atividades devem ser retiradas da iniciativa privada e cominadas ao Estado não é nem defendida, como o faz o Direito Administrativo tradicional, nem rejeitada, como o faz a narrativa do Estado Regulador com argumentos neoformalistas. Ao contrário, a opção de *retirada* de uma atividade da economia é simplesmente desconsiderada nos termos em que avaliadas por aquelas duas outras narrativas. Na narrativa do Estado Regulador ainda remanesce a influência do Direito Administrativo no que concerne à equivalência entre Estado e atividades públicas, e entre economia e atividades privadas. Na Análise Econômica do Direito, a distinção entre Estado e economia continua a se fazer presente, porém não mais sustentada na divisão entre um campo de atividades públicas e outro campo de atividades privadas. Não se trata de defender que o Estado é pautado pelo princípio da subsidiariedade para diminuir o seu espaço de atuação. A assunção pelo Estado de uma atividade, em geral, é vista exclusivamente sob o ponto de vista da racionalidade e da eficiência de sua atuação. Toda a atividade econômica poderia (em tese), para a Análise Econômica do Direito, ser pública ou ser privada - desde a administração da Justiça à execução de serviços de infraestrutura, passando por atividades de saúde, educação e até mesmo de gestão de cidades. A questão, para essa abordagem, é avaliar as consequências da atuação do Estado em determinada atividade. E as premissas adotadas, em geral, colocam o Estado como uma opção pouco eficiente, quando não completamente indesejável, para a assunção de quaisquer atividades, dado que o Estado não teria a capacidade do mercado de maximizar os interesses individuais e, em decorrência, aumentar o bem-estar social.

1.5. As contribuições dos três modos de pensamento na formação e consolidação da visão paradigmática sobre direito e economia

Como visto, as relações entre direito e economia tiveram tratamento variável no curso do último século. Diferentes modos de pensamento jurídico estruturaram narrativas diversas, que ora conferiam ao direito o papel de defesa das relações econômicas frente à ingerência estatal, ora atribuíam ao direito papel oposto - de justificar a ação estatal na economia. A Tabela 1 abaixo, com base nas discussões de Kennedy e outros autores acima referidos, busca sintetizar as diferentes visões até agora abordadas sobre as relações entre direito e economia.

Tabela 1 - Modos de pensamento jurídico e sua contribuição para a visão paradigmática sobre direito e economia

	Pensamento Jurídico Clássico (1850-1914)	Pensamento Jurídico Social (1900-1968)	Pensamento Jurídico Contemporâneo (1945-2000)
Característica central	Teoria da vontade: vontades absolutas dentro de suas respectivas esferas	Interdependência: necessidades sociais requerem soluções sociais (e não individuais)	Neoformalismo: direito positivo é um sistema coerentemente formulado e que permite uso da dedução para resolução de problemas específicos policy analysis: regras jurídicas são produzidas por acomodações específicas que harmonizam opções políticas conflitantes
Influência na visão paradigmática sobre direito e economia	<ul style="list-style-type: none"> • Divisão rigorosa entre público e privado. • Visão do privado como espaço de exercício da vontade individual e das relações espontâneas do <i>livre mercado</i>. • Identificação de um regime jurídico privado típico. 	<ul style="list-style-type: none"> • Identificação do regime (de direito) público com interesses sociais. • Visão de que o Estado atua (legitimamente) no atendimento a interesses sociais, que correspondem a necessidades sociais. 	<ul style="list-style-type: none"> • Desvinculação entre âmbitos público e privado e regimes jurídicos típicos.

Fonte: elaboração do autor.

Apesar de termos exposto os modos de pensamento em uma cronologia - tal como articulado por Duncan Kennedy -, a influência dessas diferentes consciências jurídicas não se restringe ao período em que foram dominantes. Como afirma Unger: *nenhum estilo de discurso, não importa quão poderosa sua influência, ocupa a totalidade de uma cultura jurídica ou penetra toda uma mente jurídica.*²³⁹ Em decorrência, mesmo que seja possível, como faz Kennedy, circunscrever *consciências jurídicas* a períodos de nossa história, isso não implica afirmar que no período em que um modo de pensamento jurídico prevaleceu, narrativas ou ideias do modo de pensamento anterior não continuassem influentes. Em outras palavras, entendemos que ideias e narrativas do Pensamento Jurídico Clássico e do Pensamento Jurídico Social continuam, em muitas áreas, relevantes e influentes nos dias de hoje, não obstante o advento do Pensamento Jurídico Contemporâneo - ou mesmo inobstante o surgimento de doutrinas críticas a esse modo de pensar.²⁴⁰ Além disso, é também importante lembrar que o próprio Pensamento Jurídico Contemporâneo se caracteriza por combinar elementos do Pensamento Jurídico Clássico e do Pensamento Jurídico Social. Logo, esses dois modos de pensar permanecem influentes na contemporaneidade.

Essa constatação é importante ao se considerar a genealogia do que na introdução desta tese identificamos como visão paradigmática sobre direito e economia. Como expusemos, a visão paradigmática caracteriza a ação estatal como uma alternativa à ação de mercados espontâneos, e organiza os

²³⁹ "No style of discourse, however powerful its influence, occupies the whole of a legal culture or penetrates all of a legal mind." (UNGER, 1996, p.41 - tradução livre.)

²⁴⁰ No Capítulo 2, trataremos de uma dessas críticas, feita por Roberto Mangabeira Unger.

instrumentos jurídicos da política econômica segundo a possibilidade, a forma e o grau de intervenção do Estado no funcionamento do *mercado*. Ainda segundo a visão paradigmática, o uso de instrumentos jurídicos pela política econômica implicaria uma suspensão do que seria a ordem *natural* das relações econômicas em um regime de livre mercado. Mesmo quando justificada pela necessidade de se garantir o livre mercado - como na narrativa do Estado Regulador -, a atuação estatal e o uso de instrumentos jurídicos são reputados uma força externa, uma intervenção portanto, naquilo que as relações econômicas teriam produzido por si só.

Contudo, após percorrer as principais narrativas brasileiras sob as três consciências jurídicas globalizadas identificadas por Duncan Kennedy - é possível compreender o quão contingente é a visão paradigmática. Em cada modo de pensamento analisado, diferentes compreensões do papel do direito na economia justificaram abordagens diversas, em que ora o papel do direito seria o de proteger a *ordem econômica* contra o Estado, ora seria o contrário - instrumentalizar a intervenção estatal na economia.

No Pensamento Jurídico Clássico, construiu-se a noção de que existe um âmbito privado típico das relações de mercado. Esse âmbito privado seria, segundo a *teoria da vontade*, o espaço singular de manifestação da vontade privada. A ele se contrapõe o espaço da manifestação da vontade coletiva, o âmbito público. O espaço privado seria delimitado e protegido frente à intervenção da vontade pública, pois naquele a vontade privada seria absoluta. Por meio da racionalidade jurídica, o privado se construiria na forma de um sistema organizado a partir de categorias abstratas e gerais. Dessas categorias gerais e abstratas, seria possível deduzir o que legitimamente pertenceria ao âmbito privado e,

por conseguinte, estaria sujeito unicamente à vontade privada, individual. Em razão disso, o Pensamento Jurídico Clássico identifica um regime jurídico típico para as relações privadas. Na medida em que as relações de mercado corresponderem a esse espaço privado - o que no Brasil ocorreu sob o que chamamos de *liberalismo de conveniência*²⁴¹ -, o regime privado seria o regime do mercado.

Essas ideias do Pensamento Jurídico Clássico, em diferentes graus e sob diversas roupagens, influenciaram de forma decisiva as narrativas que se estruturaram em modos de pensamento posteriores. Não obstante a variedade de ideias e construções teóricas posteriores, é possível identificar duas ideias centrais sobre a economia que são pressupostas pelo Pensamento Jurídico Clássico e que, até hoje, são compartilhadas pelas narrativas teóricas sobre direito e economia. São elas: i) **mercados surgem espontaneamente das relações privadas;** ii) **as relações privadas se caracterizam pela escolha racional individual para atender a interesses também individuais.**

Embora remontem ao Pensamento Jurídico Clássico, essas duas pressuposições estão presentes nas correntes do Pensamento Jurídico Social e, especialmente, do Pensamento Jurídico Contemporâneo analisadas neste capítulo. As ideias de que mercados são espontâneos, e a de que relações privadas são produto de escolhas racionais individuais, com efeito, nunca são completamente abandonadas pelas diversas narrativas sobre direito e economia que analisamos. Portanto, as duas pressuposições do Pensamento Jurídico Clássico - mercados são

²⁴¹ Ver supra, p. 52.

produtos espontâneos da vontade privada, e relações privadas se caracterizam pela escolha racional para atender a interesses individuais - remanescem no paradigma atual sobre direito e economia. Esse paradigma pressupõe que o direito traçaria os limites da economia - dizendo o que é ou não econômico. Nos limites da moldura fixada pelo direito, a economia se desenvolveria de forma autônoma. Em decorrência, sob esse paradigma, todas as narrativas analisadas ou buscam a utilização da moldura fixada pelo direito para modificar a influência da economia, ou buscam modificar o próprio direito para que a economia se desenvolva melhor. O direito, e especialmente os instrumentos jurídicos da política econômica, são vistos ou como meio de excepcionar a ordem econômica, ou como algo que deve se adequar à economia sob pena de obstaculizar o seu bom funcionamento. Todas as visões analisadas identificam, de diferentes maneiras, uma lógica do econômico, e uma lógica do jurídico-político, em que ambas não se confundem. As narrativas analisadas se digladiam na defesa de espaços de hegemonia do jurídico-político frente ao econômico, ora favorendo o primeiro, ora favorecendo o último.

Porém, como adverte Duncan Kennedy, essa concepção é enganosa (*misleading*), pois as instituições jurídicas têm uma relação de interdependência com a atividade econômica.²⁴² Como veremos no Capítulo 2, o funcionamento diuturno da economia se dá com base em instituições que são construídas e articuladas, em maior ou menor grau, pela atividade jurídica. A questão,

²⁴² Diz Kennedy: "But framework and context are misleading terms for describing the relationship between legal and economic activities. This is because economic activity can't be understood as something autonomous in relation to a set of passive institutional and legal conceptual constraints, as the terms framework and context suggest. Legal institutions have a dynamic, or dialectical, or constitutive relationship to economic activity." (KENNEDY, 2006, p. 19)

portanto, não é apenas se deve a moldura (direito) ser adequada ao quadro (economia), ou se é o quadro (economia) que deve ser adequado à moldura (direito). O direito não suspende a economia, nem a constrange. O direito integra a economia. Ao ignorar a interrelação entre direito e economia, as teorias jurídicas até aqui apresentadas, em primeiro lugar, falham em sua pretensão de descrever adequadamente a realidade e, em segundo lugar, acabam por prescrever soluções normativas vinculadas a uma específica visão de política econômica: a visão que corresponde às pressuposições acima identificadas. Ao fazê-lo, defenderemos a seguir, obstam a construção de soluções republicanas e democráticas que configurem novas alternativas de política econômica.

Capítulo 2 - A construção jurídica da economia: releituras do papel do direito

No capítulo 1, vimos que a ideia de que a atuação do Estado é externa a um mercado caracterizado como *ordem espontânea* é assumida como axioma pela visão paradigmática sobre direito e economia. A partir desse axioma, os instrumentos jurídicos da política econômica são compreendidos como elementos externos ao campo das relações econômicas. Essa ideia central, porém, não é auto-evidente e, ao assumi-la como axioma, não se analisam os seus pressupostos. Propomos que essa ideia se relaciona a duas pressuposições sobre a economia: i) mercados surgem espontaneamente a partir das relações privadas; ii) relações privadas se caracterizam pela escolha racional individual para atender a interesses também individuais. Essas duas pressuposições estruturam a ideia do *âmbito privado* na economia, que, do ponto de vista jurídico, desde o Pensamento Jurídico Clássico é utilizada para delimitar o papel do direito na economia.

A visão paradigmática assume ainda os contornos do que Roberto Mangabeira Unger chama de *profecia autorrealizada*²⁴³ e que se revela um círculo vicioso: as ideias que adota como pressupostos constroem as instituições, e as

²⁴³ Nos referimos ao seguinte trecho do autor: "Every social world must be normalized to become stable; its arrangements, even if originating in violence and accident, must be seen to embody a set of possible and desirable images of human association - pictures of what relations among people can and should be like in different domains of social life. Against the background of the two-way relation between understanding and transforming, the imperative to normalize and to moralize turns all of our most powerful social ideas into self-fulfilling prophecies. In acting in such ideas, people reshape the social world in the image of these ideas." (UNGER, 2007a, p. 34.)

instituições constroem as ideias. Em outras palavras, porque assume que o direito é externo à economia, as instituições jurídicas são construídas de acordo e, assim, apenas atuam como se fossem externas à economia. E porque as instituições jurídicas atuam como se fossem externas à economia, a existência e atuação dessas acaba servindo de suporte para a ideia de que o direito é externo à economia. Por sua vez, como ressaltamos, esta ideia é estruturada em duas outras - mercados são espontâneos, e os agentes econômicos agem racional e hedonisticamente. As instituições jurídicas atuais, por isso, também reforçam a visão de mundo segundo a qual mercados são espontâneos e resultam da busca racional de interesses individuais.

Para quebrar o círculo vicioso de *profecias autorrealizáveis*, é necessário problematizar as pressuposições do atual paradigma. A busca por novas instituições necessita de um novo paradigma, e um novo paradigma exige que se contemplem as alternativas institucionais deixadas de lado. Essas alternativas institucionais, por sua vez, serão tanto mais evidentes, quanto ficarem evidentes as limitações da visão de mundo que caracteriza o atual paradigma.

O papel do direito na formação de novas instituições, e a decorrente crítica aos modos de pensamento descritos por Duncan Kennedy - em especial ao Pensamento Jurídico Contemporâneo - é portanto relevante para que se abram as portas a um novo paradigma sobre direito e economia. Ao lado das ideias centrais de uma visão de mundo compartilhada, o modo de pensamento jurídico condiciona e limita os instrumentos jurídicos da política econômica. Quando se afirma a inadequação dos instrumentos paradigmáticos para realizar os ideais e valores democráticos do mundo atual - como faremos neste capítulo -, superar os constrangimentos às

atuais formas institucionais é passo necessário para a busca por soluções alternativas. A procura por uma sociedade mais justa é também a procura por instituições jurídicas mais adequadas. Limitar essa busca às instituições atuais é frustrar a promessa que traz a democracia de libertação da condição humana frente ao determinismo social e material.²⁴⁴ É por isso frustrar também o papel do direito na realização dessa promessa.

Sendo assim, como antecedente à análise das duas ideias pressupostas pela visão paradigmática, iremos começar este capítulo com a crítica ao próprio Pensamento Jurídico Contemporâneo. Para tanto, nos valeremos das ideias de Roberto Mangabeira Unger - que, tal como Duncan Kennedy, é um autor ligado ao *Critical Legal Studies Movement* (embora Mangabeira busque se distinguir desse movimento²⁴⁵).

²⁴⁴ Compartilhamos da visão de Roberto Mangabeira Unger: "...the democratic project has been the effort to make a practical and moral success of society by reconciling the pursuit of two families of goods: the good of material progress, liberating us from drudgery and incapacity and giving arms and wings to our desires, and the good of individual emancipation, freeing us from the grinding schemes of social division and hierarchy."(UNGER, 1996, p. 6).

²⁴⁵ Mangabeira Unger assim se expressou sobre o *Critical Legal Studies Movement*, em comentário a sua obra de mesmo título: "Published in 1983, "The Critical Legal Studies Movement" is a revised and expanded version of a talk given in 1982. It is a programmatic intervention in legal thought: a proposal for the direction that the then nascent movement of critical legal studies should take, not a description of what people engaged in this movement thought, said, and wrote. **My proposal fell on deaf ears. Critical legal studies preferred, for the most part, to gravitate around familiar themes: the radicalization of the idea of doctrinal indeterminacy, a neo-marxist functionalist approach to the place of law in society, and identity politics.** In my own work, the expanded and transformed doctrinalism explored in this little book would later give way to an attempt to turn legal thought into a practice of institutional imagination. The "internal criticism" tried out here prefigured other, less narrowly doctrinal efforts to recover, from the bottom up and from the inside out, the vision of alternative possibilities. The dominant styles of legal analysis had sacrificed this vision to the humanization of the inevitable." (UNGER, 2014).

A visão de Kennedy, como visto, tem preocupação mais de analisar e descrever os modos de pensamento jurídico, do que propriamente em estabelecer uma crítica sistemática que resulte em propostas de reconstrução institucional. Mas sem dúvida, o intento de Kennedy em sua análise é crítico. Entendemos, por isso, que as ideias de Mangabeira são complemento adequado para as ideias de Kennedy apresentadas no capítulo 1.

Após a breve exposição da parte do pensamento de Mangabeira que entendemos útil para a análise desta tese, enfrentaremos as duas pressuposições que identificamos: a ideia de que mercados são espontâneos, e a ideia de que relações privadas são fundadas em interesses individuais e produto de escolhas racionais. Essas duas ideias não são, como dito, objeto de análise das narrativas sobre direito e economia que avaliamos. Porém, são objeto de tratamento pela Economia. Especialmente, essas duas pressuposições correspondem a ideias centrais defendidas pela Economia Clássica e depois retrabalhadas pela Economia Neoclássica. Iremos, em decorrência, apresentar ao leitor uma síntese do tratamento que fazem a Economia Clássica e a Economia Neoclássica daquelas duas ideias que são pressupostas pela visão paradigmática. Em seguida, utilizaremos o neoinstitucionalismo de Ronald Coase como contraponto à ideia de que mercados são o produto espontâneo das relações privadas, e utilizaremos autores ligados à Economia Comportamental como contraposição à ideia de que relações privadas se caracterizam pela escolha racional individual para atender a interesses individuais.

Os contrapontos às ideias pressupostas pela visão paradigmática servirão para explorar as possibilidades de uma compreensão alternativa das relações entre direito e economia.

Sendo assim, a premissa que permeia a investigação a seguir é a de que um novo paradigma das relações entre direito e economia se faz necessário para aperfeiçoar o papel instrumental do direito na realização de uma sociedade mais justa e mais democrática. Além disso, é necessário compreender melhor o papel do direito na formação da sociedade e das relações econômicas. Esse debate será conduzido com base nas ideias de Marcus Faro de Castro sobre o papel do direito na economia, e sua proposta de Análise Jurídica da Política Econômica.

Como liame condutor das ideias que apresentaremos a seguir, está a hipótese de que, ao contrário do que estabelece a visão paradigmática, as instituições jurídicas constroem a economia e, por isso, podem ser utilizadas para modificar as relações econômicas *por dentro*. O direito, na visão alternativa que propomos, é instrumento de imaginação institucional para a construção democrática de projetos alternativos de sociedade.²⁴⁶ Essa visão, longe de ser apenas um recurso meramente retórico, tem as vantagens de fornecer melhor quadro analítico para descrever a atuação do direito na economia, e de oferecer um número maior de instrumentos jurídicos para a realização da política econômica.

²⁴⁶ Nesse sentido, em análise à ideia de democracia proposta por Mangabeira Unger, Carlos Sávio Teixeira afirma que: "A premissa central das inovações institucionais da vida social é a de que uma economia de mercado democratizada precisa de uma estrutura constitucional da política e do Estado que favoreça, ao invés de inibir, a prática permanente da mudança. Isso, por sua vez, requer um arcabouço jurídico institucional da política capaz de sustentar níveis razoáveis de engajamento popular e a imaginação de um direito público capaz de prover a sociedade civil com instrumentos mais apropriados do que o direito privado de contratos para a sua auto-organização." (TEIXEIRA, 2010, p. 59).

2.1. Fetichismo institucional e a oportunidade perdida da imaginação de instituições: a crítica de Mangabeira Unger ao Pensamento Jurídico Contemporâneo

Tal como Duncan Kennedy, Roberto Mangabeira Unger reconhece a existência de um *modo de pensamento* típico da contemporaneidade, a que chama de *contemporary legal thought*. Pela semelhança de tratamento e características, utilizaremos a mesma denominação - Pensamento Jurídico Contemporâneo - para nos referir à forma como esses dois autores - Kennedy e Unger - caracterizam a linguagem jurídica contemporânea. Porém, enquanto Kennedy busca uma genealogia dos modos de pensamento jurídico, Unger critica o modo como o direito se manifesta em nossos dias, e busca formular uma proposta alternativa de análise jurídica. Assim, como dissemos, Mangabeira Unger e Kennedy têm visões complementares.

Mangabeira Unger define o Pensamento Jurídico Contemporâneo como uma *consciência jurídica que penetrou e transformou o direito subjetivo, afirmando o caráter empírico e reversível da autodeterminação individual e coletiva: sua dependência de condições práticas de fruição, que podem falhar.*²⁴⁷ Em decorrência, sob o Pensamento Jurídico Contemporâneo, os diversos ramos do direito e da doutrina jurídica se organizaram em um *sistema binário de direitos de escolha e de arranjos retirados do escopo da escolha para melhor tornar o exercício da escolha real e efetivo.*²⁴⁸ Esse

²⁴⁷ Diz Unger: "...a legal consciousness has penetrated and transforme substantive law, affirming the empirical and defeasible character of individual and collective self-determination: its dependence upon practical conditions of enjoyment, which may fail." (UNGER, 1996, p. 26.)

²⁴⁸ Nesse sentido: "...a binary system of rights of choice and of arrangements withdrawn from the scope of choice the better to make the exercise of choice real and effective." (UNGER, 1996, p. 27.)

sistema binário afeta tanto escolhas políticas, como escolhas individuais de caráter econômico. Assim, sob o Pensamento Jurídico Contemporâneo, há opções que são negadas ao cidadão (político) e ao indivíduo (econômico). Como explica Unger, a finalidade é evitar que a democracia se torne uma farsa, em que, sob a aparência de coordenação, haja em verdade subjugação.²⁴⁹ Negam-se algumas escolhas, para se garantir a permanência do próprio direito a escolher, seja no âmbito público da política, seja no âmbito privado das relações econômicas.

Como avaliar, então, o que deve ou não ser passível de escolha? A resposta do Pensamento Jurídico Contemporâneo se sustenta no neoformalismo identificado por Duncan Kennedy. O recurso retórico a direitos enunciados formalmente em textos normativos - especialmente em constituições e tratados internacionais - é o modo como o Pensamento Jurídico Contemporâneo resolve aquela questão. Com base na retórica neoformalista, a doutrina jurídica, e os tribunais, excluem determinadas opções políticas ou econômicas do espectro daquilo que pode ser objeto de livre deliberação e escolha por parte dos cidadãos organizados politicamente (ou, especialmente, de seus representantes), ou por parte dos indivíduos no curso de suas relações econômicas.

²⁴⁹ Essa descrição de Unger é ponto de partida para a crítica que se seguirá, cujo alvo mais incisivo são os debates da Teoria Constitucional contemporânea sobre o papel contramajoritário dos direitos constitucionais e sobre o papel da técnica de balanceamento de direitos na jurisdição constitucional. A ideia de direitos fundamentais como respaldo para a posição contramajoritária, como vimos, traduz o que Duncan Kennedy chama de neoformalismo do Pensamento Jurídico Contemporâneo. A técnica de balanceamento de direitos na jurisdição constitucional, por sua vez, corresponde ao *policy analysis* descrito pelo mesmo autor.

Ao recorrer ao neoformalismo como fundamento para decidir entre o que deve ou não ser passível de escolha, o Pensamento Jurídico Contemporâneo exclui o recurso a qualquer posição ideológica. Como afirma Mangabeira Unger, em decorrência dessa desideologização, o Pensamento Jurídico Contemporâneo retoma o ambicioso projeto do Pensamento Jurídico Clássico de uma ciência jurídica capaz de: i) revelar o conteúdo intrínseco e a forma institucional adequados a uma sociedade livre; ii) policiar os limites dessa sociedade livre e protegê-la contra a indevida invasão da política.²⁵⁰ Assim, em lugar de assumir a existência de visões de mundo parciais e incompletas, refletidas em diferentes e por vezes conflitantes posições ideológicas, o Pensamento Jurídico Contemporâneo toma por base o que Unger chama de *tese da convergência*:

De acordo com essa ideia [a tese da convergência], a evolução institucional do mundo moderno é melhor compreendida como um caminho por tentativa e erro em direção às únicas instituições políticas e econômicas que se provaram capazes de reconciliar prosperidade econômica com um razoável respeito à liberdade política e à segurança social. Variações nos arranjos institucionais das sociedades contemporâneas bem sucedidas são reais, mas secundários: em todo caso, eles tenderiam a se aproximar na medida em que as implacáveis lições da experiência deixassem cada vez menos espaço para a imaginação reconstrutiva.²⁵¹

²⁵⁰ Diz o autor: "...[contemporary legal thought] resembles, in the generality of its scope and the fecundity of its effects, the bold conception that preceded it in the history of law and legal thought: the project of a legal science that would reveal the in-built legal and institutional content of a free society and police its boundaries against invasion by politics." (UNGER, 1996, p. 28.)

²⁵¹ "According to this idea the institutional evolution of the modern world is best understood as an approach, by trial and error, toward the only political and economic institutions that have proved capable of reconciling

A tese da convergência, portanto, afirma uma progressiva evolução institucional da sociedade humana, em que a história, por tentativa e erro, revelaria o conjunto de instituições mais adequados a assegurar para a humanidade uma desejada prosperidade econômica e estabilidade política.

A tese da convergência se desdobra no que Mangabeira Unger chama de **fetichismo institucional**: *a crença de que conceitos institucionais abstratos - como a democracia política, a economia de mercado e sociedade civil livre - têm uma única, natural e necessária expressão institucional.*²⁵² Segundo Unger, o fetichismo institucional é uma *superstição* presente de forma difusa em toda a cultura contemporânea, e *erradicá-la seria tarefa para toda uma geração de cientistas sociais.*²⁵³ O fetichismo institucional, diz o autor, nos impede de ver que a democracia representativa, os mercados e a sociedade civil podem assumir formas muito diferentes das que prevalecem na sociedade ocidental contemporânea.

O fetichismo institucional também se faz presente no Pensamento Jurídico Contemporâneo. A premissa adotada por este, de que a autodeterminação individual e política depende de condições práticas de fruição que podem falhar, não implica a consequência que se imputou: a adoção de um conjunto específico de instituições para limitar e constranger direitos

economic prosperity with a decent regard to political freedom and social security. Variations in the institutional arrangements of successful contemporary societies are real but secondary: if anything, they tend to become narrower as the relentless lessons of experience leave ever less room for the reconstructive imagination." (UNGER, 1996, pp. 8-9 - tradução livre.)

²⁵² "...the belief that abstract institutional conceptions, like political democracy, the market economy, and a free civil society, have a single natural and necessary institutional expression." (UNGER, 1996, p. 7 - tradução livre.)

²⁵³ UNGER, 1996, p. 7.

de escolha. Em outras palavras, usando o vocabulário de Kennedy, o neoformalismo não é a única resposta possível para evitar que as condições práticas frustrem o projeto de autodeterminação política e econômica que caracteriza a sociedade moderna. Ao contrário, por recorrer a um conjunto específico de instituições, o fetichismo institucional frustra esse projeto. Em vez de contribuir para a emancipação do ser humano pelo reforço a sua autodeterminação, o neoformalismo constringe essa emancipação por vinculá-la a uma única manifestação institucional admitida como possível. Isso porque o recurso ao neoformalismo obscurece o fato de que a efetivação de direitos individuais ou coletivos pode ocorrer sob diferentes condições efetivas de fruição, e que essas diferentes condições efetivas de fruição admitem diversas estratégias possíveis que podem se manifestar em inúmeras formas institucionais - tanto existentes, como apenas imaginadas. As condições efetivas de fruição de direitos podem tanto exigir a manutenção das atuais instituições e o eventual controle de seus efeitos adversos, como podem exigir gradual e progressiva mudança institucional.

O neoformalismo do Pensamento Jurídico Contemporâneo, contudo, se caracteriza pelo recurso a direitos formais em substituição ao debate político e ideológico entre as diversas formas institucionais possíveis para a solução de um dado problema social. Em decorrência, há fetichismo institucional, pois o neoformalismo adota uma solução institucional específica para um problema social. Essa solução institucional específica passa então a ser confundida com o próprio direito a que o problema seja solucionado - isto é, efetivar o direito à resolução de um problema social, nessa visão, significa adotar aquela solução institucional específica, o que desconsidera que outras instituições poderiam também solucionar o problema. Assim, por exemplo, o

problema do financiamento por operadoras privadas de planos de saúde de tratamentos para a cura de formas agressivas de câncer é frequentemente formulado nos termos de um confronto entre o direito à saúde e o direito de propriedade, como se o direito à saúde tivesse uma forma institucional clara que assegurasse o tratamento em qualquer hipótese, e o direito à propriedade outra forma institucional clara que assegurasse proteção absoluta às receitas do contrato celebrado entre operadora e beneficiado.

A alternativa ao Pensamento Jurídico Contemporâneo que Unger propõe é, a partir do reconhecimento de que direitos de escolha são falíveis e podem ser revertidos, reforçar esses direitos mediante a construção de *pluralismos alternativos: a exploração, no argumento programático ou na reforma experimental, de uma ou outra sequência de mudança institucional.*²⁵⁴ Em outras palavras, ao invés do recurso a direitos formais como mediadores não-ideológicos entre aquilo que pode ou não se sujeitar à autodeterminação, Unger propõe recorrer ao experimentalismo democrático.

O experimentalismo democrático para Mangabeira Unger é um processo coletivo de descoberta e de aprendizagem. Porém não se trata de um processo necessariamente evolutivo, isto é, um processo em que as tentativas e erros do processo de aprendizagem social desembocam em um conjunto ótimo de instituições. Ao revés, Mangabeira defende que o processo de transformação nas instituições é e sempre deve ser constante. Se a sociedade permanece em constante transformação e mudança,

²⁵⁴ "...alternative pluralisms: the exploration, in programmatic argument or in experimental reform, of one or another sequence of institutional change." (UNGER, 1996, p. 29 - tradução livre.)

também suas instituições devem constantemente mudar e se transformar. Para o autor não há nada, a não ser a própria experiência de cada sociedade, que seja capaz de sustentar que um conjunto de instituições é melhor do que outro. A cada conjunto de instituições que uma dada sociedade experimentar, essa sociedade também se transformará, o que abre perspectivas para novas instituições antes impossíveis de serem efetivadas ou sequer imaginadas. O possível para Mangabeira é o que está adjacente. Novas instituições ampliam e modificam a fronteira do possível, porque criam novas adjacências. Assim, o experimentalismo democrático decorre da "visão de que o possível não está predeterminado e que há uma relação íntima entre o entendimento do real e a imaginação desse possível."²⁵⁵ Desse modo, sobre o experimentalismo democrático de Unger, Carlos Sávio Teixeira constata que:

A ideia de experimentalismo democrático se desenvolve com o objetivo de responder ao desafio teórico e prático de imaginar instituições e processos que, ao partir da sociedade atual e de suas contradições, possam caminhar rumo a um conjunto de experiências individuais e coletivas que realizarão melhor as aspirações e os interesses práticos em nome dos quais as estruturas estabelecidas se justificam e, ao fim e ao cabo, fracassam. (TEIXEIRA, 2010, pp. 50-51.)

Sob essa perspectiva - que aqui adotamos -, o Pensamento Jurídico Contemporâneo se mostra limitado na resolução do problema da efetivação de direitos e construção social da democracia. A opção pelo neoformalismo deságua em fetichismo institucional e deixa de lado aquilo que é o fundamental: a efetiva fruição de direitos. Para que direitos

²⁵⁵ TEIXEIRA, 2010, p. 48.

sejam fruídos em concreto, não basta reafirmar as instituições existentes ou tentar apenas podar os seus defeitos. A construção de novas instituições deve ser matéria prima do direito. Esse aspecto do direito, de imaginação institucional, é a oportunidade perdida do Pensamento Jurídico Contemporâneo.

Afastado o fetichismo institucional, a visão paradigmática sobre direito e economia se mostra como uma dentre várias visões de mundo possíveis. Desconstruir essa visão de mundo abre espaço para visões de mundo alternativas, que por sua vez resultam potencialmente em diversas estratégias institucionais para realizar a política econômica.

2.2. A fundamentação da Economia clássica e da Economia neoclássica acerca dos pressupostos adotados pela visão paradigmática sobre direito e economia

Ao final do capítulo 1, destacamos dois pressupostos assumidos pela visão paradigmática acerca da economia: i) mercados surgem espontaneamente a partir das relações privadas; ii) relações privadas se caracterizam pela escolha racional para atender a interesses individuais. Esses pressupostos foram trabalhados pela Economia em narrativas que foram contemporâneas aos modos de pensamento jurídico analisados no capítulo 1. Em especial, o Pensamento Jurídico Clássico parte de uma visão da economia que corresponde à Economia Clássica, e o Pensamento Jurídico Contemporâneo enxerga a atividade econômica de forma similar à Economia Neoclássica. Passaremos a expor como Economia Clássica e Economia Neoclássica formularam os dois pressupostos sobre a economia que a visão paradigmática assumiu. A exposição será útil para o esforço seguinte de refutação desses pressupostos, e a consequente propositura de uma nova leitura do papel de construção institucional da economia pelo direito.

A ideia de que a economia funciona com base em mercados autônomos que surgem espontaneamente das relações privadas é um dos principais temas da Economia clássica, a partir da formulação de Adam Smith em sua obra fundamental "A Riqueza das Nações" (*An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of the Nations*). A tese central que Adam Smith declaradamente busca defender é a de que a *riqueza das nações* seria determinada pela multiplicação da produção propiciada pela divisão do trabalho.²⁵⁶ Não foi propriamente essa afirmação, contudo, que motivou o impressionante impacto da obra do conhecido autor escocês. Sua elegante argumentação sobre como se dá a divisão do trabalho na economia, sobre os efeitos dessa divisão e a consequente formulação de uma sólida teoria econômica da produção e da distribuição, tudo isso é que garantiu a Adam Smith posto de destaque na história das ideias do Ocidente.²⁵⁷ Mas foi durante essa argumentação que Adam Smith sustentou uma das duas ideias que queremos refutar: a de que mercados surgem espontaneamente e se regulam autonomamente.

Segundo Smith, a divisão do trabalho não seria resultado da aplicação da sabedoria humana - portanto, não derivaria da organização voluntária da sociedade, ou da boa visão do governante de um país. Seria, ao revés, *consequência necessária, ainda que gradual e lenta, da propensão da natureza humana por trocar e fazer escambo.*²⁵⁸ Smith afirma

²⁵⁶ Nos referimos à seguinte afirmação de Adam Smith: "It is the great multiplication of the productions of all the different arts, in consequence of the division of labour, which occasions, in a well-governed society, that universal opulence which extends itself to the lowest ranks of the people." (SMITH, 1952, p. 6.)

²⁵⁷ Cf, BLAUG, 1996, pp. 59 e ss.

²⁵⁸ Diz o autor: "This division of labour, from which so many advantages are derived, is not originally the effect of any human wisdom, which foresees

que, ao contrário de outros animais, o homem teria constante necessidade de seus similares. O homem civilizado, porém, teria *tempo escasso* para fazer amizades o suficiente para que todas suas necessidades fossem atendidas por amigos e familiares, e seria vã a esperança de que desconhecidos colaborassem apenas por benevolência. Ao invés de confiar nessa benevolência, melhor sorte teria o homem se confiasse no interesse próprio de seus semelhantes, fazendo que esse coincida com seus próprios interesses. Esse argumento é ilustrado da seguinte forma por Adam Smith, em um de seus trechos mais citados:

Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos o nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelos seus próprios interesses. Nós nos dirigimos não a sua humanidade, mas a seu amor-próprio, e nunca lhes falamos de nossas necessidades, mas apenas de suas vantagens. Ninguém, exceto um mendigo, escolhe depender sobremaneira da benevolência de seus concidadãos.²⁵⁹

Por isso, a troca - ou o escambo - seria a ferramenta do homem civilizado para satisfazer seus interesses. A relação de troca pressupõe que os interesses individuais de cada parte envolvida sejam atendidos. Por buscar a satisfação de seus interesses individuais, os homens

and intends that general opulence which it gives occasion. It is the necessary, though very slow and gradual consequence of a certain propensity in human nature which has in view no such extensive utility: the propensity to truck, barter, and exchange one thing for another." (SMITH, 1952, p. 6.)

²⁵⁹ "It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker that we expect our dinner, but from their regard to their own interest. We address ourselves, not to their humanity but to their self-love, and never talk to them of our own necessities but of their advantages. Nobody but a beggar chooses to depend chiefly upon the benevolence of his fellow-citizens." (SMITH, 1952, p. 7 - tradução livre.)

acabariam assumindo as tarefas que melhor desempenhassem.²⁶⁰ Isso porque seria pela troca que os homens obteriam a maior parte de suas necessidades. Ao se dedicarem às atividades em que fossem mais produtivos, os homens teriam mais produtos para trocar e assim, poderiam obter mais produtos e serviços de seus similares do que se valendo exclusivamente de suas habilidades individuais. Um homem que produz de tudo teria menos do que um homem que produz apenas uma coisa, mas que troca o excedente de sua produção com outros homens. Portanto, ao se especializar, a satisfação de suas necessidades seria maior do que se resolvesse fazer tudo sozinho.²⁶¹ Desse modo, argumenta Adam Smith, a divisão do trabalho seria o produto natural da busca do homem pela satisfação de seus interesses individuais: o homem se especializaria para poder ter mais de suas necessidades atendidas.

Mas se a divisão do trabalho seria o produto natural da busca do homem pela satisfação de seus interesses individuais, ela somente se tornaria viável - segundo Adam Smith - pela propensão da natureza humana por trocar e fazer escambo. É porque troca com seus semelhantes que o homem pode

²⁶⁰ A diferença de produtividade entre um e outro homem não seria decorrente somente de uma vocação natural, mas sobretudo de questões de hábito, costume e educação: "The difference of natural talents in different men is, in reality, much less than we are aware of; and the very different genius which appears to distinguish men of different professions, when grown up to maturity, is not upon many occasions so much the cause as the effect of the division of labour. The difference between the most dissimilar characters, between a philosopher and a common street porter, for example, seems to arise not so much from nature as from habit, custom, and education." (SMITH, 1952, p. 7.)

²⁶¹ Adam Smith traz a seguinte ilustração para esse argumento: "In a tribe of hunters or shepherds a particular person makes bows and arrows, for example, with more readiness and dexterity than any other. He frequently exchanges them for cattle or for venison with his companions; and he finds at last that he can in this manner get more cattle and venison than if he himself went to the field to catch them. From a regard to his own interest, therefore, the making of bows and arrows grows to be his chief business, and he becomes a sort of armourer." (SMITH, 1952, p. 7.)

se especializar. Seria essa propensão natural que faria com que os homens trouxessem para um acervo comum os diferentes produtos de seus talentos, onde todos pudessem comprar e vender o que quer as habilidades de seus pares fossem capazes de produzir.²⁶² Esse acervo comum, resultado da *propensão natural pela troca*, é o mercado para Adam Smith. E como o mercado seria o *locus* dessa propensão natural pela troca, a extensão do mercado é que delimitaria a divisão do trabalho: mercados maiores gerariam maior divisão, mercados menores, menor divisão do trabalho.²⁶³

Mas não é apenas o surgimento do mercado e a divisão do trabalho que, no pensamento de Adam Smith, resultariam espontaneamente da natureza humana. Também a operação eficiente do mercado, seu funcionamento diuturno, seria resultado espontâneo da predisposição do homem em atender a seus próprios interesses, e que se expressaria naquilo que mais tarde a Economia chamaria de lei da oferta e da procura.

Para explicar o funcionamento dos mercados, Adam Smith diferencia entre o valor natural e o valor de mercado dos bens. O valor natural equivaleria à remuneração dos insumos necessários para a produção: o aluguel da terra, o salário do trabalhador e os lucros do capital.²⁶⁴ O valor de

²⁶² Nesse sentido, diz Smith: "Among men [...] the most dissimilar geniuses are of use to one another; the different produces of their respective talents, by the general disposition to truck, barter, and exchange, being brought, as it were, into a common stock, where every man may purchase whatever part of the produce of other men's talents he has occasion for." (SMITH, 1952, p. 8.)

²⁶³ "As it is the power of exchanging that gives occasion to the division of labour, so the extent of this division must always be limited by the extent of that power, or, in other words, by the extent of the market." (SMITH, 1952, p. 8.)

²⁶⁴ "When the price of any commodity is neither more nor less than what is sufficient to pay the rent of the land, the wages of the labour, and the

mercado seria aquele pelo qual uma mercadoria seria comumente vendida.²⁶⁵ Para Adam Smith, o valor natural seria, assim, o valor de troca - o valor pelo qual, na produção de um bem, o trabalhador estaria disposto a trocar por seu trabalho na produção desse bem (e não de outro bem); o proprietário (capitalista) estaria disposto a empregar seu estoque excedente (capital²⁶⁶) na produção do bem (e não de outro); o dono de terras estaria disposto a ceder o uso de suas terras para que o bem (e não outro) seja produzido. Porque representa o valor de troca, seria o valor natural que expressaria o resultado ótimo da divisão do trabalho. Logo, no intuito de promover a riqueza das nações, interessa que seja esse o valor obtido nas relações entre os homens. É por esse valor, para replicar a analogia de Adam Smith, que o cervejeiro produziria mais cerveja, que o açougueiro produziria mais carne, e que o padeiro produziria mais pão, pois o valor natural seria aquele que melhor faria com que cervejeiro, açougueiro e padeiro quisessem trocar o excedente de suas respectivas produções de modo a atender seus interesses individuais.

profits of the stock employed in raising, preparing, and bringing it to market, according to their natural rates, the commodity is then sold for what may be called its natural price." (SMITH, 1952, p. 23.)

²⁶⁵ "The actual price at which any commodity is commonly sold is called its market price." (SMITH, 1952, pp. 23-24.)

²⁶⁶ A definição de *capital* como excedente do estoque consta do seguinte trecho da *Riqueza das Nações*: "When the stock which a man possesses is no more than sufficient to maintain him for a few days or a few weeks, he seldom thinks of deriving any value from it. [...] But when he possesses stock sufficient to maintain him for months or years, he naturally endeavours to derive a revenue from the greater part of it; reserving only so much for his immediate consumption as may maintain him, till this revenue begins to come in. His whole stock, therefore, is distinguished into two parts. That part which, he expects, is to afford him this revenue, is called his capital." (SMITH, 1952, p. 118).

Assim, o valor natural não se expressa em moeda, mas razão daquilo que a Economia veio a chamar posteriormente de custo de oportunidade: aquilo de que se abre mão para se obter algo.²⁶⁷ Entretanto, diferentemente da visão atual de custo de oportunidade (talhada pela Economia Neoclássica), Smith usa o *trabalho* como única métrica para o valor econômico - ao se abrir mão de uma coisa para se obter outra, essa coisa de que se abriu mão, para Smith, será sempre o trabalho. Em outras palavras, o valor natural de um bem seria o trabalho necessário para um indivíduo produzir aquele bem, ou o trabalho que um indivíduo deixa de ter quando decide não produzir esse bem. Ao trocar um bem por outro, está-se - na visão de Smith - trocando o trabalho de produzir um bem, pelo trabalho "salvo" na produção desse bem e que, portanto, passa a poder ser usado para produzir outro bem.²⁶⁸

O valor de mercado, por sua vez, equivaleria ao preço pago pelo bem, o qual seria determinado pela quantidade de bens trazida ao mercado e pela quantidade desses bens que efetivamente fosse adquirida. Para Adam Smith, logo, o valor de mercado seria expressão da relação entre quantidade ofertada e quantidade demandada. Cabe ressaltar que, para Smith, a demanda a ser considerada é a *demanda efetiva* - a das pessoas que estão dispostas a pagar o necessário a remunerar o

²⁶⁷ Também sobre o custo de oportunidade, ver nota 231.

²⁶⁸ O seguinte trecho da Riqueza das Nações é bastante citado para ilustrar a posição de Adam Smith: "The real price of every thing, what every thing really costs to the man who wants to acquire it, is the toil and trouble of acquiring it. What every thing is really worth to the man who has acquired it, and who wants to dispose of it or exchange it for something else, is the toil and trouble which it can save to himself, and which it can impose upon other people. What is bought with money or with goods is purchased by labour, as much as what we acquire by the toil of our own body. That money or those goods indeed save us this toil. They contain the value of a certain quantity of labour which we exchange for what is supposed at the time to contain the value of an equal quantity." (SMITH, 1952, p. 23).

valor natural (trabalho, capital e terra empregados na produção do bem). Assim, Smith exclui aquilo que chama de *demanda potencial* - a das pessoas que não querem ou não podem pagar o necessário a remunerar o valor natural do bem.²⁶⁹

Embora sejam diferentes, valor de mercado e valor natural seriam igualados pela ação do mercado. Diz Adam Smith:

A quantidade de cada bem trazido ao mercado naturalmente se ajusta à demanda efetiva. É do interesse de todos aqueles que empregam sua terra, trabalho ou capital, em trazer todo bem [produzido] ao mercado, de modo que a quantidade nunca deva exceder a demanda efetiva; e é do interesse de todas as outras pessoas que aquela [quantidade] nunca fique aquém daquela demanda.²⁷⁰

Essa afirmação é explicada por Smith da seguinte forma. A relação entre quantidade ofertada e demanda efetiva seria mediada pelo preço pago no mercado. Se a quantidade ofertada ficasse aquém da demanda efetiva, diz Smith, algumas pessoas iriam optar por pagar mais pelo bem para dele não ficarem desprovidas, o que iniciaria um leilão entre os demandantes efetivos para ver quem ficaria com os bens postos

²⁶⁹ "The market price of every particular commodity is regulated by the proportion between the quantity which is actually brought to market, and the demand of those who are willing to pay the natural price of the commodity, or the whole value of the rent, labour, and profit, which must be paid in order to bring it thither. Such people may be called the effectual demanders, and their demand the effectual demand; since it may be sufficient to effectuate the bringing of the commodity to market. It is different from the absolute demand. A very poor man may be said in some sense to have a demand for a coach and six, he might like to have it; but his demand is not an effectual demand, as the commodity can never be brought to market in order to satisfy it." (SMITH, 1952, p. 24.)

²⁷⁰ "The quantity of every commodity brought to market naturally suits itself to the effectual demand. It is in the interest of all those who employ their land, labour, or stock, in bringing any commodity to market, that the quantity never should exceed the effectual demand; and it is in the interest of all other people that it never should fall short of that demand." (SMITH, 1952, p. 24 - tradução livre.)

no mercado. Isso faria o preço subir. Nesse caso, o valor de mercado estaria superior ao valor natural do bem. Quando isso ocorresse, diz Smith, haveria pessoas que não optariam por pagar esse maior valor e ficariam desprovidas do bem, ainda que estivessem dispostas a pagar o equivalente ao valor natural. Todavia, o maior preço atrairia novos trabalhadores, novos capitalistas e novos donos de terra, que antes não se interessavam em produzir o bem em questão. Em decorrência, aumentaria a quantidade ofertada. A maior quantidade ofertada faria com que menos pessoas ficassem desatendidas e, assim, menos pessoas teriam interesse em oferecer preço maior. Enquanto não atendidos todos os demandantes efetivos, esse processo se repetiria: novos ofertantes seriam atraídos ao mercado pelo preço maior do que o valor natural, e a quantidade ofertada aumentaria. Ao final desse processo, a quantidade ofertada seria suficiente para atender a demanda efetiva.

Situação oposta ocorreria quando houvesse excesso na quantidade ofertada. A maior quantidade de bens faria com que toda a demanda efetiva fosse atendida e, ainda assim, sobrassem bens a serem ofertados. Ao invés de não vender nada, alguns ofertantes optariam por reduzir o preço para aquém do valor natural - isto é, algum dos *componentes do preço* do bem (remuneração pelo trabalho, pelo capital e pela terra)²⁷¹ seria pago em valor menor do que o necessário para remunerar o trabalhador, o capitalista ou o proprietário de terras. A

²⁷¹ Posteriormente, trabalho (mão-de-obra), capital e terra seriam nomeados de **fatores de produção** pelos economistas que sucederam Adam Smith. Segundo Mankiw, são fatores de produção os "insumos usados na produção de bens e serviços" (2009, p. 376). Além daqueles três, há outros fatores de produção considerados pelos economistas contemporâneos, tais como a organização empresarial e o conjunto *técnica/ciência*.

consequência seria que alguns trabalhadores, capitalistas ou proprietários de terra não teriam mais interesse em se dedicar à produção do bem, e iriam devotar sua mão-de-obra, seu estoque (capital) ou suas terras à produção de outra coisa. A quantidade ofertada então, se diminuiria, o que faria o preço aumentar. Esse processo se repetiria até que a quantidade ofertada fosse igualada à demanda efetiva.

Desse modo, a quantidade ofertada seria ajustada à demanda efetiva pela ação do mecanismo de preços. Essa relação não foi assim nomeada por Smith, mas se constitui na formulação daquilo que a Economia chama de *lei da oferta e da demanda*.²⁷² Segundo a visão de Adam Smith, o preço obtido pela lei da oferta da demanda, por ser igual ao valor natural dos bens, seria aquele que traria maior riqueza à sociedade. Isso porque, como visto, o valor natural expressaria a melhor troca possível pela mão-de-obra, pelo capital e pela terra empregados na produção de um bem, do ponto de vista do atendimento aos interesses individuais dos homens envolvidos com a produção: respectivamente, o trabalhador que fornece a mão-de-obra, o capitalista que fornece o capital e o proprietário que fornece a terra. Desse modo, cada um - trabalhador, capitalista e dono de terras - buscaria apenas seu ganho individual, e, segundo a famosa ilustração de Smith,

²⁷² Por exemplo, Mankiw, em seu manual de Economia, define a lei da oferta e da demanda nestes termos: "Na maioria dos mercados livres, o excesso e a escassez são apenas temporários porque os preços acabam por se mover em direção aos níveis de equilíbrio. De fato, esse fenômeno é tão universal que é chamado **lei da oferta e da demanda**: o preço de qualquer bem se ajusta para trazer a quantidade ofertada e a quantidade demandada do bem para o equilíbrio." Apesar de a denominação *lei da oferta e da demanda* ser de ampla adoção na Economia, seus efeitos - e a dita universalidade desse fenômeno afirmada por Mankiw - são controverso por pensadores contrários à Economia neoclássica. Veremos adiante algumas dessas perspectivas críticas.

cada um seria assim movido por uma *mão invisível* para promover um fim que não era parte de sua intenção: o bem da sociedade como um todo.²⁷³

A ideia de que mercados são o resultado espontâneo das relações de troca entre indivíduos em busca da satisfação de seus interesses pessoais, e a ideia de que dessa busca emerge também uma ordem espontânea, são contribuições centrais de Adam Smith e temas que foram assumidos pela Economia neoclássica como seu principal objeto.²⁷⁴

Todavia, a noção de mercado de Smith não é propriamente aquela que buscamos criticar, pois não é a um mercado smithiano que a visão paradigmática sobre direito e

²⁷³ A famosa ilustração da *mão invisível* aparece na *Riqueza das Nações* uma única vez, quando Adam Smith defende a liberalização do comércio entre países como meio de aumentar a riqueza nacional: "By preferring the support of the domestic to that of foreign industry, he intends only his own security; and by directing that industry in such a manner as its produce may be of the greatest value, **he intends only his own gain, and he is in this, as in many other cases, led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention.**" (SMITH, 1952, p. 194 - grifo ausente do original). A ilustração da *mão invisível*, como fica claro no trecho exposto, não busca descrever o mercado, nem a lei da oferta e da procura, mas sim a ideia de que a busca de interesses individuais resulta em benefícios públicos - tal qual na conhecida fábula das abelhas de Mandeville. Reflete, por isso, o liberalismo individualista característico da época de Adam Smith. Acerca do individualismo e sua influência na Economia, ver: DUMONT, 1977.

²⁷⁴ Corroborando essa afirmação, Avner Greif afirma que: "...neo-classical economics has held for a long time that markets are organisms that emerge spontaneously" (GREIF, 2005, p. ix). De modo mais amplo, Mark Blaug, em seu compêndio historiográfico sobre a teoria econômica, diz que: "The problem that gave rise to economics in the first place, the 'mystery' that fascinated Adam Smith as much as it does a modern economist, is that of market exchange: there is a sense of order in the economic universe, and this order is not imposed from above but is somehow the outcome of the exchange transactions between individuals, each seeking to maximize his or her own gain." (BLAUG, 1996, p. 6). Ronald Coase, a respeito, chega a afirmar que: "During the two centuries since the publication of the *Wealth of Nations*, the main activity of economists, it seems to me, has been to fill the gaps in Adam Smith's system, to correct his errors and to make his analysis vastly more exact." (COASE, 1994, posição 76). Ainda sobre a influência de Adam Smith na Economia neoclássica, ver: SKOUSEN, 2009, posição 9657 e ss.

economia se refere. Na medida em que a Economia passou a reconhecer como seu objeto não mais a *natureza e as causas da riqueza das nações* - como propunha Adam Smith -, mas sim a *análise do comportamento humano como uma relação entre determinados fins e meios escassos que possuem usos alternativos*²⁷⁵, a ideia de mercado como ambiente típico das escolhas econômicas ganhou progressiva abstração. O mercado na análise de Adam Smith possui uma realidade institucional definida²⁷⁶: está condicionado, por exemplo, à dimensão populacional de uma localidade²⁷⁷ e aos meios de transporte disponíveis.²⁷⁸ Porém, como afirma Ronald Coase, a teorização das trocas econômicas pelo pensamento neoclássico abandonou a realidade institucional dos mercados como objeto de estudo, para converter a Economia a uma *teoria geral das escolhas*.²⁷⁹

²⁷⁵ Nesse sentido: "After 1870, however, economics came to be regarded as a science that analysed 'human behaviour as a relationship between given ends and scarce means which have alternative uses'..." (BLAUG, 1996, p. 4.)

²⁷⁶ Mark Blaug corrobora essa assertiva: "Adam Smith was not satisfied to argue that a free-market economy secures the best of all possible worlds. He was very much preoccupied with the specification of the exact institutional structure that would guarantee the beneficent operation of market forces." (BLAUG, 1996, p. 62.)

²⁷⁷ É o que diz Smith no trecho a seguir: "There are some kinds of industry, even of the lowest kind, which can be carried nowhere but in a great town. [...] It is impossible that there should be such a trade as even that of a nailer in the remote and inland parts of the Highlands of Scotland." (SMITH, 1952, p. 8.)

²⁷⁸ Como afirma o autor: "As by means of water-carriage a more extensive market is opened to every sort of industry than what land-carriage alone can afford it..." (SMITH, 1952, p. 8.)

²⁷⁹ Nesse sentido: "Economists study how the choice of consumers, in deciding which goods and services to purchase, is determined by their incomes and the prices at which goods and services can be bought. They also study how producers decide what factors of production to use and what products and services to make and sell and in what quantities, given the prices of the factors, the demand for the final product, and the relation between output and the amounts of factors employed. The analysis is held together by the assumption that consumers maximize utility (a nonexistent entity which plays a part similar, I suspect, to that of ether in the old physics) and by the assumption that producers have as their aim to maximize profit or net income (for which there is a good deal more evidence). The decisions of consumers and producers are brought into harmony by the theory

Identifica-se como Economia Neoclássica a corrente teórica que nasce no final do século XIX a partir das ideias do austríaco Carl Menger, do francês Leon Walras e do inglês William Stanley Jevons. Esses três economistas, por caminhos diversos, propuseram uma nova fundamentação para a lei da oferta e da demanda - diferente daquela formulada por Adam Smith.

Smith, como vimos, usava a remuneração dos fatores de produção - capital, terra e trabalho - como fundamento do que seria o *valor natural* de bens e serviços, e propunha que o *valor de mercado* seria aquele efetivamente obtido em uma transação comercial em pecúnia. Os mercados, porém, igualariam ambos - valor natural e valor de mercado -, o que seria a situação ideal para estimular a divisão do trabalho e, assim, propiciar maior riqueza. A análise de Smith se centra, portanto, na oferta: os preços do mercado seriam aqueles pelos quais ofertantes estariam dispostos a disponibilizar capital, terra e trabalho para produzir mais.

Menger, Walras e Jevons, porém, inauguram uma nova linha no pensamento econômico, chamada por vezes de *revolução marginalista*, que serviu de base para a Economia Neoclássica e que, por sua vez, ainda hoje domina os manuais de Economia.²⁸⁰ Essa nova linha de pensamento econômico parte da ideia de que preços e custos são determinados não pela oferta, mas pela demanda - especificamente, pela utilidade que os demandantes conferem aos bens e serviços a serem consumidos. Se bananas

of exchange. /S/ The elaboration of the analysis should not hide from us its essential character: **it is an analysis of choice.**" (COASE, 1988, p. 2 - grifo ausente do original).

²⁸⁰ A caracterização que a seguir faremos da Economia Neoclássica é baseada em BLAUG, 1996, pp. 277-309 e pp.549-595; SKOUSEN, 2009, posições 3852-4951; MANKIW, 2009, pp. 3-151.

são mais produzidas do que maçãs, segundo essa visão, não é porque trabalhadores rurais gastam menos tempo para produzir bananas do que maçãs, nem porque os terrenos agrícolas são mais propícios à produção de bananas do que de maçãs, nem porque bananeiras custam menos do que macieiras. É porque consumidores preferem bananas do que maçãs. Essa preferência dos consumidores é que irá, na visão neoclássica, determinar o custo do trabalhador rural que produz bananas no lugar de maçãs, o custo da terra usada para produzir bananas no lugar de maçãs, e o custo de usar bananeiras em lugar de macieiras na produção agrícola. Esta é chamada *teoria da imputação*: a utilidade para os consumidores imputa (determina) o valor dos insumos na economia.

Sob essa perspectiva, a Economia deixa de buscar critérios objetivos para definir o custo de bens e serviços no mercado, e passa a se fiar na subjetividade da utilidade que cada bem ou serviço tem para os consumidores individualmente considerados. A ideia de *valor natural* (como visto, o valor do trabalho empregado ou "salvo" na produção de um bem), portanto, é abandonada: valor é aquilo que demandantes individuais atribuem subjetivamente a alguma coisa. A oferta, desse modo, seria uma reação à demanda. E os fatores de produção seriam alocados de acordo com o valor que agregassem ao processo produtivo. A consequência é que a utilidade, nessa visão, *cria* valor econômico, pois é a utilidade para o consumidor que faz com que, em determinado momento, o preço de uma banana equivalha ao de duas maçãs - porque consumidores têm mais utilidade de bananas do que maçãs, elas valem mais.

A demanda, porém, está sujeita ao princípio da diminuição da utilidade marginal - por isso, aliás, a linha teórica de que estamos tratando recebeu o nome de *revolução marginalista*. Para a Economia Neoclássica, preço - e valor

econômico - de um bem ou serviço não são determinados pela utilidade absoluta, mas pela utilidade relativa - ou, mais propriamente, pela utilidade marginal. A utilidade marginal não é a de uma unidade do bem questão em absoluto, mas a de uma unidade adicional desse bem. Um bem, nessa visão, tem sua utilidade marginal relacionada a sua abundância ou escassez. Nesse ponto entra o dito princípio da utilidade marginal decrescente: quanto mais um dado indivíduo possui de um bem ou serviço, menos útil será uma unidade adicional desse bem ou serviço. Um exemplo muito utilizado é o do valor econômico da água e de diamantes. Em termos absolutos, água é muito mais útil do que diamantes - sem água um indivíduo não pode sobreviver. Contudo, diamantes são em geral mais caros do que água. A Economia Neoclássica, com base no princípio da utilidade marginal decrescente, explica essa diferença de valor com base na escassez - água, em geral, é abundante, e diamantes são mais escassos. Uma pessoa precisa muito de um litro de água por dia, mas menor utilidade terá o segundo litro, e assim por diante. Se há pouca água - por exemplo em um deserto -, o valor da água será mais alto, dado que a utilidade de um litro adicional de água será maior para quem tem pouca água. Mas se há muita água, o seu valor será mais baixo, pois para quem tem muita água, um litro adicional tem pouca utilidade. Desse modo, diamantes valem mais do que água, porque são mais escassos do que água. Em outras palavras, um diamante a mais para quem tem poucos diamantes é mais útil do que um litro a mais de água para quem já tem muita água, e por isso diamantes têm preço maior do que água.

A partir dessa visão, a premissa que Adam Smith havia utilizado acerca do comportamento humano ganha na Economia Neoclássica contornos diferenciados. Como visto, Smith partira da ideia de que, como que regidos *por uma mão invisível*, homens buscando seus interesses individuais se

coordenariam para alcançar o melhor benefício público possível. O mecanismo dessa coordenação seria o mercado. Para a Economia Neoclássica, o homem racionalmente escolhe, dentre opções alternativas para alocação de recursos escassos, aquela que para ele ofereça a maior utilidade - diz-se que o indivíduo é um *maximizador racional de utilidade*. Isso porque, tal como considera Adam Smith, cada homem buscaria racionalmente o melhor para seus interesses individuais. O mercado seria o resultado agregado dessas escolhas individuais de fruição de bens e serviços. Se cada indivíduo, ao escolher consumir um bem ou serviço, o faz de forma a ter maior utilidade possível, a escolha de todos os indivíduos somados, ao final, também resultaria no maior benefício possível.

A Economia Neoclássica mantém, portanto, a ideia fundamental de Adam Smith de que escolhas individuais produzem benefícios públicos, porém com outros fundamentos e outras consequências. Sendo o valor econômico determinado pela utilidade marginal, a *riqueza* de uma nação não se exprime pela mera capacidade de divisão do trabalho, mas pela capacidade de melhor atender à demanda - isto é, de prover bens e serviços úteis segundo o valor que a esses são imputados pelos consumidores. A escolha econômica, sob esse ponto de vista, é uma escolha que pondera escassez e utilidade. Diante da utilidade marginal decrescente, a melhor alocação de recursos escassos será aquela que respeite a maior utilidade para quem usa esses recursos. O mercado, nessa visão, corresponde ao conjunto de decisões individuais que alocam recursos de acordo com as necessidades individuais.

Desse modo, percebe-se que, na Economia Neoclássica, a narrativa da espontaneidade da origem dos mercados não é uma busca pelo contexto histórico ou social de formação dos mercados - como era na narrativa de Adam Smith. Ao revés, é

uma *teoria da escolha*, como afirma Coase.²⁸¹ É a teorização do pressuposto mandevilleano de que *vícios privados produzem benefícios públicos*, manifestado na alocação de recursos escassos segundo as escolhas individuais. Na Economia Neoclássica, a espontaneidade, assim, não é necessariamente uma característica da *origem* dos mercados, mas sim uma característica intrínseca - ontológica - do *mercado*.

2.3. A refutação da ideia de que mercados surgem espontaneamente das relações privadas, segundo o neoinstitucionalismo de Ronald Coase

A seguir, faremos referência às ideias de Ronald Coase para contrapor tanto a visão abstrata de mercado característica da Economia Neoclássica, quanto a ideia que lhe inspira - oriunda da Escola Clássica -, a de que mercados são produtos espontâneos das relações privadas. As ideias de Coase, porém, não encerram o debate, e devem ser tomadas como exemplo do que, por variados fundamentos, outros economistas relacionados à *virada institucional*²⁸² também afirmam: a

²⁸¹ COASE, 1988, p. 2.

²⁸² O termo *virada institucional* ("institutional turn") se refere à substituição do pensamento neoclássico, ocorrida no início deste século, por diversas perspectivas teóricas que, sob fundamentos variados e por vezes conflitantes, passaram a considerar que o estudo das relações econômicas não pode prescindir da análise das instituições - ou, em outras palavras, passaram a considerar que, na Economia, *as instituições contam*: "Au début du XXI^e siècle, les oppositions théoriques et méthodologiques entre les différents courants de la pensée économique à propos du rôle des institutions sont ainsi sensiblement redessinées. Un consensus assez large et nouveau domine la période actuelle: en économie, les institutions comptent [...] Assurément, les différences d'approche, de méthode, de conceptualisation demeurent importantes, souvent irréductibles, mais on assiste aussi à une redéfinition des frontières entre courants, entre orthodoxie et hétérodoxies et, généralement, la vitalité des divers courants qui labourent le même champ de l'économie avec institutions est un signe relativement encourageant dans le contexte de malaise de la pensée économique que caractérise notre époque" (CHAVANCE, 2007, p. 5).

concepção neoclássica da economia não tem sustentação no mundo real. Para os objetivos desta tese, a implicação central é que, ao se afastar uma concepção abstrata de mercado e se enfatizar o ambiente institucional das relações econômicas, todo um novo espectro de instrumentos jurídicos de política econômica se abre para o jurista, instrumentos esses que são ignorados pela visão paradigmática. Com base nos *insights* obtidos a partir da doutrina de Ronald Coase, iremos ao final deste capítulo uma nova visão sobre as formas de interação entre direito e economia e os instrumentos jurídicos disponíveis para tanto; há, porém, inúmeras outras que podem ser imaginadas a partir das ideias do próprio Coase ou de outros economistas. O objetivo não é propor um quadro analítico definitivo que substitua o atual paradigma e sua fundamentação na Economia Neoclássica, mas abrir espaços para a superação do fetichismo institucional e para a imaginação de novas alternativas para a implementação de políticas econômicas. Sigamos, portanto.

Segundo Ronald Coase, a Economia Neoclássica é uma teoria cujo objeto não tem vínculo com a realidade²⁸³, em que se ignora por completo a realidade institucional que permeia as opções econômicas.²⁸⁴ Nas palavras de Coase, a Economia

²⁸³ Diz Coase: "What is studied is a system which lives in the minds of economists but not on earth." (COASE, 1994, posição 104.)

²⁸⁴ O seguinte trecho ilustra a posição de Coase: "This preoccupation of economists with the logic of choice, while it may ultimately rejuvenate the study of law, political science, and sociology, has nonetheless had, in my view, serious adverse effects on economics itself. One result of this divorce of the theory from its subject matter has been that the entities whose decisions economists are engaged in analyzing have not been made the subject of study and in consequence lack any substance. The consumer is not a human being but a consistent set of preferences. The firm to an economist, as Slater has said, 'is effectively defined as a cost curve and a demand curve, and the theory is simply the logic of optimal pricing and

passou a ter *consumidores sem humanidade, firmas sem organização e até mesmo trocas sem mercados.*²⁸⁵ Sob essa concepção abstrata, mercados deixam de ser considerados como espaços institucionais de trocas para se tornarem pressuposto de um modelo de escolhas racionais - como afirma Marcus Faro de Castro, as práticas de mercado são *tratadas como se existissem no vazio institucional.*²⁸⁶ O mercado ao final, se confunde com o próprio modelo abstrato de escolha racional²⁸⁷ adotado pelo pensamento neoclássico, cujo corolário é a ampliação da aplicação da ideia de Smith de que as escolhas individuais produzem benefícios sociais.²⁸⁸

É essa noção abstrata de mercado que integra a visão paradigmática sobre direito e economia, e que permeia as narrativas do Pensamento Jurídico Contemporâneo aqui analisadas. Por exemplo, quando a narrativa do Estado Regulador afirma que *a atuação estatal deve ser subsidiária ao mercado*, ou quando a narrativa da Constituição Dirigente afirma que o direito constitucional à saúde não pode ser deixado meramente ao mercado; ambas não fazem referência a um mercado real (de existência empiricamente considerada), mas ao mercado tomado abstratamente. Tal mercado, subentende-se, corresponderia ao resultado hipotético das escolhas racionais

input combination.'Exchange takes place without any specification of its institutional setting." (COASE, 1988, p. 3.)

²⁸⁵ Parafraseamos a partir do seguinte trecho: "We have consumers without humanity, firms without organization, and even exchange without markets." (COASE, 1988, p. 3.)

²⁸⁶ CASTRO, 2011, p. 19.

²⁸⁷ Sobre o modelo de escolha racional do pensamento neoclássico, trataremos no item 2.4 abaixo.

²⁸⁸ Como ressalta Mark Blaug, o escopo de Adam Smith era diferente do de seus sucessores neoclássicos: "But Smith's faith in the benefits of the 'invisible hand' had absolutely nothing whatever to do with allocative efficiency in circumstances where competition is perfect à la Walras and Pareto [...] Smith's conception of competition was [...] a process conception, not an end-state conception." (BLAUG, 1996, p. 60).

de indivíduos em busca do atendimento de seus interesses pessoais. O mercado tal como concebido pela Economia Neoclássica, qual seja o espaço abstrato em que a busca racional de interesses individuais traz benefícios sociais, pauta os debates, sem que haja uma problematização da própria ideia neoclássica de mercado. Ou se entende que o *mercado* é suficiente para atender os interesses sociais, ou se entende que o *mercado* deve ser parcialmente ou totalmente suplantado pela ação do Estado. Porém não se questiona, efetivamente, o que é esse *mercado*, quais suas características constitutivas e a forma de sua operação. Não se questiona, tampouco se leva em consideração, a realidade institucional não apenas *do mercado*, mas *dos diversos mercados* que efetivamente existem e pautam relações econômicas concretas.

Para Ronald Coase, *mercados são criações*²⁸⁹, no sentido de que sua existência é produto da ação humana consciente. Mercados são **instituições** criadas para facilitar as trocas²⁹⁰, e são caracterizados pela subordinação das trocas ao mecanismo de preços. Porém, o argumento central de Coase - que permeia toda sua obra - é o de que há custos associados ao uso do mecanismo de preços e, logo, de mercados. Em decorrência desses custos, há formas alternativas em que a economia pode se organizar, e por vezes essas formas podem ser até mais eficientes do que os mercados:

Esses custos [de adoção do mecanismo de preços] vieram a ser conhecidos como **custos de transação**. Sua existência implica que métodos de coordenação alternativos ao

²⁸⁹ Cf. COASE, 2009.

²⁹⁰ Diz Coase: "Markets are **institutions** that exist to facilitate exchange, that is, they exist in order to reduce the cost of carrying out exchange transactions." (COASE, 1988, p. 7 - grifo ausente do original).

mercado, que são eles próprios também custosos e de várias formas imperfeitos, podem inobstante ser preferíveis à adoção do mecanismo de preços, o único método de coordenação normalmente analisado pelos economistas.²⁹¹

Com base na ideia de custos de transação, Coase chama a atenção para outras formas de organização da economia que não o mercado - entendido este como meio de alocação de recursos via sistema de preços. Em outras palavras, por entender que o sistema de preços traz custos - os custos de transação -, o autor defende que a Economia deveria analisar e compreender formas alternativas de alocação de recursos que não aquelas realizadas por mercados. Ronald Coase desenvolve esse argumento em seus dois principais artigos, que lhe garantiram o Prêmio Nobel de Economia: *The Nature of the Firm* (1937) e *The Problem of Social Cost* (1960).

Em *The Nature of the Firm* (em tradução livre: *A Natureza da Firma*), Coase buscava solucionar o que então lhe parecia um paradoxo. Para um economista, diz o autor, o sistema econômico seria coordenado eficientemente pelo mecanismo de preços.²⁹² Mesmo fatores de produção seriam diretamente alocados em razão do preço da mercadoria ou serviço em que são empregados.²⁹³ Porém, afirma Coase, no mundo

²⁹¹ "These costs have come to be known as transaction costs. Their existence implies that methods of coordination alternative to the market, which are themselves costly and in various ways imperfect, may nonetheless be preferable to relying on the pricing mechanism, the only method of coordination normally analysed by economists." (COASE, 1994, posição 143 - tradução livre, grifo ausente do original.)

²⁹² A posição de Coase a que nos referimos consta do seguinte trecho: "An economist thinks of the economic system as being co-ordinated by the price mechanism, and society becomes not an organization but an organism. The economic system 'works itself'." (COASE, 1937, p. 387.)

²⁹³ No item seguinte, aprofundaremos a análise do tratamento conferido pela Economia ao funcionamento do sistema de preços.

real haveria muitas áreas em que isso não se aplicaria. Um exemplo seria a *firma* - definida pelo autor como *uma organização que transforma insumos em produtos*.²⁹⁴ Em uma *firma*, diz Coase, a *descrição* feita pela teoria econômica do funcionamento da economia *não se aplicaria em absoluto*.²⁹⁵ Um trabalhador dentro de uma firma que tenha se deslocado do departamento A para o departamento B não teria, para Coase, sido mandado por conta do preço das mercadorias que a firma produz, mas porque seu superior - o gerente da firma - teria achado prudente fazê-lo. Dentro de uma firma, portanto, a organização de recursos se daria em razão do planejamento do gerente, e não em função do mecanismo de preços. Daí surge, então, o paradoxo que motivou a investigação de Coase sobre a *natureza da firma*, e que o autor formula nos seguintes termos:

²⁹⁴ Esta a definição de Ronald Coase: "The firm in modern economic theory is an organization which transforms inputs into outputs." (COASE, 1988, p. 5). A definição do autor, portanto, engloba tanto entidades com personalidade jurídica, como empresas despersonalizadas. É o elemento de organização da atividade produtiva que é relevante na definição do economista, de modo similar à definição de *empresa* no direito brasileiro (diz o art. 966 do Código de Civil em vigor: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços."). Porém, o conceito de *empresa* e de *atividade empresária* no Direito brasileiro sofre controvérsia equivalente à da distinção entre serviço público e atividade econômica da visão paradigmática sobre direito e economia. Entendem muitos doutrinadores brasileiros que apenas quando há finalidade lucrativa é que se caracteriza a atividade empresária, e que algumas atividades produtivas tais como produção intelectual, literária e artística, não teriam *natureza econômica* - essa argumentação consta, por exemplo, no tratamento do citado art. 966 pelo relatório do anteprojeto do Código Civil (cf. FIUZA, 2006, pp. 784 e ss.). A noção de *atividade empresária* não será objeto de problematização e análise por esta tese. Por esse motivo, e para evitar incongruências com a noção prevalente na doutrina nacional, optou-se pela tradução do vocábulo inglês "*firm*" para o português "*firma*", e não "*empresa*".

²⁹⁵ Diz o autor: "...this theory assumes that the direction of resources is dependent directly on the price mechanism. Indeed, it is often considered to be an objection to economic planning that it merely tries to do what is already done by the price mechanism. [...] Within a firm, the description does not fit at all." (COASE, 1937, p. 387.)

Fora da firma, movimentos de preço dirigem a produção, que é coordenada mediante uma série de relações de troca no mercado. Dentro de uma firma, essas transações de mercado são eliminadas e a complexa estrutura de mercado com relações de troca é substituída pelo empreendedor coordenador, que direciona a produção. **Fica claro que esses são métodos alternativos de coordenar a produção.** Porém, levando-se em conta o fato de que a produção é regulada por movimentos de preço, e a produção poderia se desenvolver sem organização alguma, podemos bem nos perguntar, por que há qualquer tipo de organização?²⁹⁶

Para os fins desta tese, como dito acima, a ideia de que há sistemas de organização da produção alternativos ao mercado é um dos pontos mais importantes da obra de Ronald Coase. As firmas, para Coase, são um exemplo de alternativa ao mercado, uma vez que teriam como traço distintivo exatamente a *supressão do mecanismo de preços*.²⁹⁷ Esse fato coloca em cheque a premissa formulada por Adam Smith e amplificada pela Economia Neoclássica - a premissa de que mercados são o produto espontâneo da busca individual de interesses também individuais. A argumentação de Coase é particularmente interessante porque, ao invés de refutar as premissas adotadas pela teoria econômica neoclássica, ela busca aplicar rigorosamente essas premissas à realidade para, ao final, concluir que a teoria não se sustenta por suas próprias premissas. Se o *mercado* é o melhor mecanismo de alocação de

²⁹⁶ "Outside the firm, price movements direct production, which is coordinated through a series of exchange transactions on the market. Within a firm, these market transactions are eliminated and in place of the complicated market structure with exchange transactions is substituted the entrepreneur-co-ordinator, who directs production. It is clear that these are alternative methods of co-ordinating production." (COASE, 1937, p. 388 - tradução livre, grifo ausente no original.)

²⁹⁷ Como diz o autor: "It can, I think be assumed that the distinguishing mark of the firm is the supersession of the price mechanism." (COASE, 1937, p. 389.)

recursos - tanto do ponto de vista individual, como social - e se espontaneamente indivíduos que buscam maximizar seus interesses pessoais não teriam opção melhor do que o *mercado*, como explicar o surgimento das firmas? Coase, primeiramente, especula algumas respostas possíveis, como as preferências individuais por comandar ou ser comandado, ou mesmo a existência de regimes jurídicos diferentes entre firmas e indivíduos. Conclui, porém, que a melhor razão para explicar o surgimento das firmas seria a existência de *custos para a adoção do mecanismo de preços* - ou, como visto, os *custos de transação*. Os custos de transação englobariam, entre outros, o custo de *descobrir* os preços de mercado - o que justificaria, por exemplo, a existência de consultores especializados para essa finalidade -, e o custo de negociar e executar diferentes contratos para cada uma das transações realizadas no mercado. No mercado, tais custos poderiam ser minimizados, mas nunca completamente eliminados, segundo o autor. Em uma firma, por outro lado, parte desses custos seriam suprimidos. As decisões do empreendedor (ou gerente) substituiriam as transações no mercado. Substituídas as transações, suprimem-se os custos a essas relacionados - os custos de transação -, tais como o custo de negociar um contrato, ou de contratar um especialista para descobrir o preço de mercado de um bem. Em suma, afirma Coase, a existência de custos de transação justificaria a existência das firmas, mesmo diante da premissa neoclássica de que indivíduos são maximizadores racionais.²⁹⁸

²⁹⁸ Nesse sentido: "We may sum up this section of the argument by saying that the operation of a market costs something and by forming an organisation and allowing some authority (an "entrepreneur") to direct the resources, certain marketing costs are saved." (COASE, 1937, p. 392.)

The Nature of the Firm prossegue, então, com uma teoria acerca do tamanho ótimo das firmas, baseando-se na suposta relação entre a perda de eficiência das decisões do empreendedor, o tamanho da firma e o ganho que representa a supressão dos custos de transação frente ao parâmetro de eficiência da alocação de recursos pelo mercado. Essa exposição, contudo, seria posteriormente criticada pelo próprio Ronald Coase.²⁹⁹ Não obstante, Coase em outras oportunidades reforçou uma das conclusões de sua análise, a de que um sistema econômico eficiente necessitaria *não apenas da existência de mercados, mas também de áreas de planejamento dentro de organizações com um tamanho apropriado.*³⁰⁰

Em *The Nature of the Firm*, portanto, Coase se vale dos custos de transação para argumentar que as firmas não apenas são formas de organização da atividade econômica alternativas ao mercado, como também são por vezes formas mais eficientes do que o próprio mercado. Já no outro artigo de Coase que analisaremos aqui, *The Problem of Social Cost* (em tradução livre: "O problema do custo social"), os custos de transação são utilizados para analisar o problema dos *efeitos danosos que as ações das firmas trazem para terceiros*, como ocorre no caso de uma fábrica cuja fumaça traz prejuízo aos

²⁹⁹ A crítica a que nos referimos segue transcrita a seguir: "It is little more than an undergraduate essay. [...] It's very poor. It talked about the firm as if you could talk about it as an entity in economic theory. I said 'as a firm grew bigger, there were diminishing returns in management', but this is treating it [the firm] as if a fertilizer in plowed land, and measuring it in terms of its return. [...] Well, firms aren't like that. [...] It's a sociology problem rather than an economic one." (COASE, 2009 - transcrição de trechos entre 5'45 e 7'35 da entrevista.)

³⁰⁰ Parafraseamos a partir do seguinte trecho: "To have an efficient economic system it is necessary not only to have markets but also areas of planning within organizations of the appropriate size." (COASE, 1994, posição 148.)

terrenos vizinhos.³⁰¹ Esses efeitos negativos a terceiros são chamados pela Economia contemporânea de *externalidades negativas*.³⁰² Em *The Problem of Social Cost*, Coase se contrapõe à análise desse problema feita segundo a *Economia do Bem-Estar* - cujos fundamentos remontam ao economista neoclássico inglês Arthur Pigou na primeira metade do século XX. Ainda hoje, a Economia do Bem-Estar encontra ampla repercussão na Economia e, por exemplo, serve de fundamento para a narrativa do Estado Regulador analisada no capítulo 1 desta tese. O seguinte trecho do livro de introdução à Economia de Gregory Mankiw, professor de Harvard que segue a linha neoclássica, sintetiza o problema das externalidades negativas conforme essa linha teórica:

Quando há externalidades, o interesse da sociedade em um resultado de mercado vai além do bem-estar dos compradores e dos vendedores que participam do mercado; passa a incluir também o bem-estar de terceiros que são indiretamente afetados. Como os compradores e vendedores desconsideram os efeitos externos de suas ações quando decidem quanto demandar ou ofertar, o equilíbrio de mercado não é eficiente quando há externalidades. Ou seja, o equilíbrio não maximiza o benefício total para a sociedade como um todo.³⁰³

Nessa visão, o problema das externalidades é essencialmente o de incorporar as preferências dos indivíduos

³⁰¹ Diz Coase: "This paper is concerned with those actions of business firms which have harmful effects on others. The standard example is that of a factory the smoke from which has harmful effects on those occupying neighbouring properties." (COASE, 1960, p. 1)

³⁰² A definição de Mankiw é ilustrativa: "Uma externalidade surge quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impacto no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto. Se o impacto sobre o terceiro é adverso, é denominado *externalidade negativa*. Se é benéfico, é chamado *externalidade positiva*." (MANKIW, 2009, pp. 195-196.)

³⁰³ MANKIW, 2009, p. 196.

que não estão manifestas nas decisões que integram o mercado. Em outras palavras, as externalidades significam casos em que as decisões de mercado não representam aquilo que os demandantes de forma agregada reputam como o melhor para si mesmos. É, por isso, hipótese de *falha de mercado*, em termos da inadequação do mercado como instrumento de maximização de bem-estar social - compreendido bem-estar como a melhor alocação de recursos escassos segundo a utilidade que os indivíduos atribuem a esses recursos. A solução ortodoxa para a Economia do Bem-Estar é se valer da ação estatal para que as externalidades sejam *internalizadas*, isto é, para que as preferências que não são computadas nas decisões de mercado passem a ser computadas. O principal meio para isto são os chamados impostos pigouveanos - cujo nome não por acaso remete a Pigou, que além de ser responsável pela origem da Economia do Bem-Estar, propôs esse tipo de imposto como solução para o problema das externalidades negativas. Em síntese, o imposto pigouveano tem por objetivo a *internalização* das externalidades por meio da ação governamental, mediante o incremento do custo das atividades que provocam externalidades negativas na exata medida do prejuízo social que provocam. Por exemplo, na ilustração da fábrica cuja fumaça prejudica os terrenos vizinhos, o imposto pigouveano deveria ser em tal monta que correspondesse exatamente ao prejuízo que os proprietários dos terrenos vizinhos tivessem em razão da fumaça.

Em contraposição a essa visão, Coase, primeiramente, afirma que o problema dos efeitos nocivos a terceiros tem, necessariamente, uma *natureza recíproca*. Em síntese, Coase argumenta que o prejuízo existe dos dois lados do problema - tanto a pessoa que pratica a atividade pode provocar prejuízo em terceiros, como pode ser prejudicada por ter que restringir sua atividade. Podemos usar o exemplo da fábrica cuja fumaça

traz prejuízo aos proprietários de terrenos vizinhos para ilustrar o argumento de Coase. Se os proprietários de terrenos vizinhos compelirem a fábrica a mudar seu processo de produção, ou a parar de produzir, haverá prejuízo para o proprietário da fábrica. A questão, segundo Coase, seria avaliar qual prejuízo é maior - o dos terrenos vizinhos em razão da fumaça, ou o da fábrica em razão dos vizinhos.

Conforme o critério neoclássico de bem-estar como maximização da utilidade individual, a solução deveria ser aquela que preservasse a maior utilidade - se a produção da fábrica fosse mais útil do que o prejuízo aos terrenos vizinhos, a fábrica deveria operar e os vizinhos sofrerem o prejuízo, e vice-versa. Considerando que o sistema de preços é, em termos neoclássicos, expressão das utilidades individuais, o problema e sua solução podem ser expressos em termos pecuniários. Por exemplo, se a fábrica operasse com lucro de \$ 600 e o prejuízo aos terrenos remontasse a um total de \$ 400, do ponto de vista social haveria um superávit de \$ 200 para o bem-estar social caso a fábrica operasse, e um déficit dos mesmos \$ 200 caso a fábrica fosse obrigada a fechar as portas. Isso porque - sempre segundo as premissas neoclássicas - a operação da fábrica contribui com \$ 600 em termos de utilidade conforme medida pelo mercado, e o prejuízo dos terrenos representa \$ 400 de utilidade conforme medida pelo mercado. Nesse caso, a maximização do bem-estar social ocorreria no cenário em que a fábrica operasse, mesmo considerado o prejuízo para os terrenos. A conclusão se inverteria caso se invertessem os montantes de lucro e prejuízo - no caso de o lucro da fábrica ser \$ 400 e o prejuízo aos terrenos vizinhos ser \$ 600, a maximização de bem-estar ocorreria com o encerramento das atividades da fábrica.

A partir da afirmação de que se trata de um problema de natureza recíproca, o autor passa à exposição daquilo que ficou conhecido como Teorema de Coase. O autor não o apresenta como um teorema - essa denominação e sua formalização segundo os pressupostos neoclássicos foram feitas pelo economista George Stigler.³⁰⁴ O teorema corresponde à conclusão de Coase de que, pela atuação do mecanismo de preços em condições ideais, qualquer que seja a imputação jurídica do direito a produzir ou reprimir externalidades negativas, o resultado final será a alocação eficiente de recursos segundo os pressupostos da Economia Neoclássica (maximização de utilidade). Ao invés da fábrica que produz fumaça, Coase usa o exemplo de duas propriedades rurais vizinhas, uma com criação de gado, outra com uma plantação de grãos, em que, ao invés da fumaça, o problema é o prejuízo que o gado solto provocaria nas mudas da plantação de grãos.³⁰⁵ Todavia, para os fins desta exposição, nos manteremos com a ilustração da fábrica nos moldes dos parágrafos anteriores.

Na nossa ilustração, o Teorema de Coase implica que, no caso de a operação da fábrica provocar um superávit de \$ 200 - e, logo, deixá-la operar ser a opção maximizadora de bem-estar social - não importará a decisão jurídica de imputar responsabilidade à fábrica por indenizar ou isentá-la dessa responsabilidade. A fábrica irá operar, nesse caso, pela própria ação do mecanismo de preços. O argumento de Coase parte do próprio pressuposto da Economia Neoclássica de que as relações de mercado refletem preferências individuais acerca da utilidade na alocação de recursos escassos. Dizer que a

³⁰⁴ Ver: COASE, 1988, p. 14; COASE, 2012.

³⁰⁵ Cf. COASE, 1960, pp. 3-8.

fábrica dá \$ 600 de lucro significa dizer que o dono da fábrica aceitaria os mesmos \$ 600 para parar de produzir, caso alguém se dispusesse a pagar a ele este valor. Por outro lado, dizer que o prejuízo dos terrenos seria de \$ 400, significa dizer que os donos dos terrenos aceitariam \$ 400 como compensação para deixar a fábrica produzir. Nesse caso, uma simples transação entre partes prejudicada e beneficiada resolveria o problema - ou seja, o problema se resolveria pelo próprio mecanismo de preços. Se o direito à indenização pelos prejuízos provocados pela fumaça fosse reconhecido, bastaria ao dono da fábrica pagar \$ 400 aos donos dos terrenos, que ele ainda operaria com lucro de \$ 200. O benefício social seria equivalente ao lucro de \$ 200 do dono da fábrica. Se o direito não fosse reconhecido, ele operaria sem ter de pagar indenização aos donos dos terrenos. Também nesse caso, o benefício social seria de \$ 200 - pois essa seria a soma do lucro de \$ 600 do dono da fábrica com o prejuízo de \$ 400 dos donos dos terrenos.

No caso inverso - lucro da fábrica de \$ 400, prejuízo dos vizinhos de \$ 600 -, também haveria maximização do benefício social pela atuação do mecanismo de preços. Nesse caso, o maior benefício social seria o da não operação da fábrica, pois sua operação geraria um déficit de \$ 200, o que significa que seu fechamento daria um benefício de \$ 200 para a sociedade. Também nesse caso a imputação do direito à indenização não influencia no resultado social. Caso a fábrica tivesse de indenizar os proprietários dos terrenos, o dono preferiria fechar as portas. Os terrenos, nesse caso, valeria \$ 600 a mais do que no caso de a fábrica operar, mas a fábrica deixaria de gerar lucro de \$ 400 - somados benefício e prejuízo, a não operação da fábrica resultaria no benefício de \$ 200 para a sociedade. De igual forma, se a fábrica não fosse obrigada a indenizar, os donos dos terrenos poderiam pagar \$

400 para o dono da fábrica deixar de produzir. Nesse caso, os terrenos continuariam a valer \$ 600, mas os \$ 400 de lucro da fábrica seriam compensados pelo prejuízo de \$ 400 dos donos do terreno, o que também geraria um benefício social de \$ 200.

Coase trabalha exaustivamente as hipóteses de imputação do direito à indenização das partes prejudicadas, inclusive ilustrando a compensação por prejuízos ou lucros marginais e pela adoção de medidas para minimizar o prejuízo - no caso da fábrica, por exemplo, esse seria o caso na adoção de métodos de produção que produzissem menos fumaça. Em todas as hipóteses, Coase comprova que o mecanismo de preços seria suficiente para resolver o problema das externalidades. Na formulação dada por Stigler, o Teorema de Coase significa que *em condições de concorrência perfeita, custo social e custos privados se igualam*.³⁰⁶ Em outras palavras, não há externalidades, pois os custos sociais são internalizados pela possibilidade de transação entre partes prejudicadas e partes beneficiadas.

Todavia, Coase faz questão de frisar que as conclusões acima - que consistem no Teorema de Coase - somente são válidas em um cenário em que não existam custos para a implementação de transações em um mercado. Esse cenário, diz Coase, está bem distante da realidade.³⁰⁷ Não apenas a existência de efeitos adversos - o custo social³⁰⁸ - das transações de mercado está relacionada à existência de custos para a adoção do mecanismo de preços, como a solução do dito

³⁰⁶ Cf. COASE, 1988, p. 14.

³⁰⁷ COASE, 1960, p. 15.

³⁰⁸ Ronald Coase define *custo social* segundo as premissas da Economia Neoclássica: "Social cost represents the greatest value that factors of production would yield in an alternative use." (COASE, 1988, p. 158).

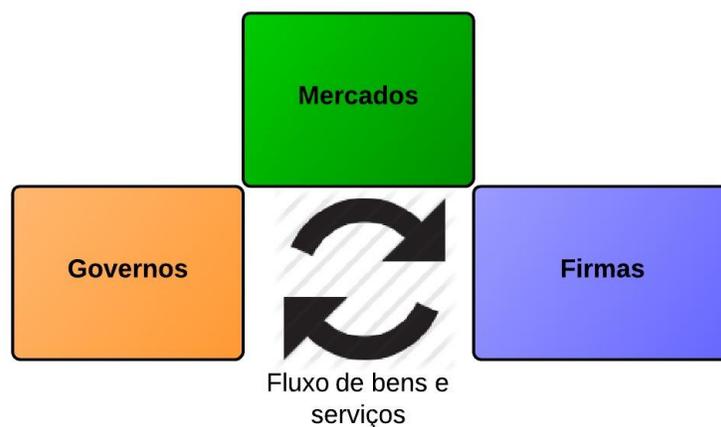
custo social passa pela avaliação criteriosa do papel de mercados e instituições alternativas a mercados na alocação de recursos escassos. Diz o autor:

Resta claro que uma forma alternativa de organização econômica que pudesse alcançar o mesmo resultado a um custo menor do que o que seria incorrido pelo uso do mercado iria viabilizar o aumento do valor da produção. Como expliquei há muitos anos, a firma representa uma tal alternativa à organização da produção mediante transações de mercado. [...] Mas a firma não é a única alternativa possível para resolver esse problema. Os custos administrativos de organizar transações dentro de uma firma podem também ser altos, e particularmente o serão quando muitas atividades diversas sejam colocadas sob o controle de uma única organização. [...] Uma solução alternativa é a regulação governamental direta. Ao invés de instituir um regime jurídico de direitos que possam ser modificados por transações no mercado, o governo pode impor regulamentos que digam o que as pessoas devem ou não fazer, e que devem ser obedecidos. [...] O governo é capaz, se desejar, de evitar por completo o mercado, algo que a firma nunca poderá fazer.³⁰⁹

³⁰⁹ "It is clear that an alternative form of economic organisation which could achieve the same result at less cost than would be incurred by using the market would enable the value of production to be raised. As I explained many years ago, the firm represents such an alternative to organising production through market transactions. [...] But the firm is not the only possible answer to this problem. The administrative costs of organising transactions within the firm may also be high, and particularly so when many diverse activities are brought within the control of a single organisation. [...] An alternative solution is direct Government regulation. Instead of instituting a legal system of rights which can be modified by transactions on the market, the government may impose regulations which state what people must or must not do and which have to be obeyed. [...] The government is able, if it wishes, to avoid the market altogether, which a firm can never do." (COASE, 1960, pp. 16-17 - tradução livre.)

A partir dessa exposição de Coase, é possível identificar pelo menos três tipos de instituições no que diz respeito à organização da economia, representadas na Figura 6 - Instituições econômicas identificadas em Coase (1960). Em primeiro lugar, há as instituições de mercado, caracterizadas pela adoção de mecanismo de preços como modo de coordenação da alocação de recursos. Em segundo lugar, há as firmas, que dependem de instituições de mercado para obter insumos e para alocar sua produção, mas que internamente organizam recursos escassos segundo determina sua administração interna. E, finalmente, há os governos, que tanto podem se valer de mercados para obter insumos e alocar produção, como podem completamente substituir mercados por arranjos alternativos. Todos esses diferentes arranjos possuem seus custos específicos, diz Coase, e a ponderação de qual dentre as alternativas institucionais traz melhor resultado quanto à produção econômica implica contrastar os custos de cada um dos diferentes arranjos.

Figura 6 - Instituições econômicas identificadas em Coase (1960)



Com base nessa visão, o autor critica a abordagem da Economia do Bem-Estar não porque esta afirma a necessidade de ação governamental para corrigir falhas de mercado³¹⁰, mas sim pelo fato de analisar a economia com base em um modelo ideal de funcionamento do mercado cuja correspondência com a realidade não pode ser comprovada. Além disso, Coase reconhece que a questão não pode ser decidida unicamente com base no parâmetro neoclássico de maximização do bem-estar em razão do aumento da produção, mas sim em uma visão ampla das necessidades humanas - o autor chega a propor que a questão não é meramente econômica, mas também uma questão estética e moral.³¹¹

³¹⁰ A posição de Coase é geralmente tendente a criticar a ação governamental. O autor, contudo, é bem cauteloso ao fazê-lo, exigindo que haja uma efetiva ponderação dos custos envolvidos na alocação de recursos por mercados e por firmas, e que esses custos sejam comparados com arranjos institucionais alternativos: "All solutions have costs and there is no reason to suppose that government regulation is called for simply because the problem is not well handled by the market or the firm. Satisfactory views on policy can only come from a patient study of how, in practice, the market, firms and governments handle the problem of harmful effects. Economists need to study the work of the broker in bringing parties together, the effectiveness of restrictive covenants, the problems of the large-scale real-estate development company, the operation of Government and other zoning and regulating activities. It is my belief that economists, and policy-makers generally, have tended to over-estimate the advantages which come from governmental regulation. But this belief, even if justified, does not do more than suggest that government regulation should be curtailed. It does not tell us where the boundary line should be drawn." (COASE, 1960, p. 18).

³¹¹ As conclusões expostas em *The Problem of Social Cost* tanto reforçam esses argumentos, como sintetizam a mudança de abordagem que Coase propõe para a Economia: "In this article, the analysis has been confined, as is usual in this part of economics, to comparisons of the value of production, as measured by the market. But it is, of course, desirable that the choice between different social arrangements for the solution of economic problems should be carried out in broader terms than this and that the total effect of these arrangements in all spheres of life should be taken into account. As Frank H. Knight has so often emphasized, problems of welfare economics must ultimately dissolve into a study of aesthetics and morals. A second feature of the usual treatment of the problems discussed in this article is that the analysis proceeds in terms of a comparison between a state of *laissez faire* and some kind of ideal world. This approach inevitably leads

A partir da argumentação de Coase, podemos afastar o pressuposto de que mercados são espontaneamente gerados a partir das relações privadas. Mercados são criações e pressupõem pelo menos, nos parâmetros propostos por Coase, a assunção de custos específicos para sua existência e funcionamento. Além de afastar a pressuposição da espontaneidade dos mercados, o pensamento de Coase permite duas outras conclusões que serão retomadas no final deste capítulo 2: i) há atividade econômica privada (não-estatal) externa a mercados - como, por exemplo, no caso das atividades internas às firmas -, logo, é errônea a assunção da visão paradigmática de igualar a atividade econômica privada à atividade que ocorre *no mercado*; ii) a ideia de *falha de mercado* é enganosa, pois ofusca o papel das instituições econômicas alternativas a mercados.

Assim, ao se confrontar as ideias de Coase com o que designei acima como "visão paradigmática", percebe-se que esta se centra apenas no papel do direito em interferir com aquilo que considera o funcionamento do *mercado*. A visão paradigmática ignora o papel do direito na criação e organização dos mercados, ignora que as diversas configurações institucionais possíveis dão origem a mercados que se estruturam e funcionam de maneiras diferentes, e especialmente ignora que a atividade econômica não-estatal (privada) se desenvolve não apenas em mercados, mas também em instituições externas a mercados. Portanto, a visão paradigmática orienta o

to a looseness of thought since the nature of the alternatives being compared is never clear. In a state of *laissez faire*, is there a monetary, a legal or a political system and if so, what are they? In an ideal world, would there be a monetary, a legal or a political system and if so, what would they be? The answers to all these questions are shrouded in mystery and every man is free to draw whatever conclusions he likes." (COASE, 1960, p. 43).

direito a atuar apenas no funcionamento dos mercados, e ainda assim desconsiderando o papel que as diversas configurações institucionais produzem naquele funcionamento.

2.4. A refutação da ideia de que relações privadas se caracterizam pela escolha racional individual, segundo a Economia Comportamental (*Behavioral Economics*)

No que diz respeito ao funcionamento da economia em geral, a visão paradigmática parte de outra premissa que aqui contestaremos - a de que o *mercado* seria estruturado em relações privadas caracterizadas pela escolha racional para atender a interesses individuais. A partir da década de 1970, essa visão passou a ser questionada por uma nova corrente oriunda da integração do pensamento econômico com pressupostos da Psicologia Comportamental (ou Behaviorista), e que passou a ser denominada Behaviorismo Econômico ou Economia Comportamental (*Behavioral Economics*).³¹² Não sem uma certa dose de ironia, pensadores vinculados à Economia Comportamental chamam de *homo economicus* o modelo de agente racional adotado pela Economia Neoclássica.³¹³ Ao *homo economicus*, contrapõem o homem real, constrangido não apenas por sua incapacidade de contemplar todo o espectro de informações necessário à tomada de decisões, mas também por

³¹² O questionamento sistemático da premissa do agente racional, não obstante, antecede a Economia Comportamental. Destacam-se as obras dos "antigos" institucionalistas Thorstein Veblen - que critica o *utilitarismo hedonista* da economia neoclássica - e John Commons - que destaca o papel da *ação coletiva* na formação das instituições econômicas. Cf. ALBERT et. al., 2008; CHAVANCE, 2007, pp. 12-23 e 28-38.

³¹³ Cf. THALER e SUNSTEIN, 2009, pp. 1-21; JOLLS et. al., 1998, pp. 1476-1481.

limitações decorrentes do modo como operam as funções cognitivas.

2.4.1. Teoria da perspectiva (Prospect theory): uma outra visão sobre a racionalidade na tomada de decisões

Na Economia Comportamental, os trabalhos do psicólogo Amos Tversky e do economista Daniel Kahneman foram particularmente influentes e são considerados fundacionais daquele novo modo de enxergar as relações econômicas.³¹⁴ Kahneman foi inclusive agraciado com o Prêmio Nobel de Economia de 2002 - Tversky já havia falecido nessa data. Kahneman e Tversky buscaram, com base no método experimental, analisar o comportamento do ser humano de forma a contrastar as decisões efetivamente tomadas em situações de mercado com aquelas que o modelo de racionalidade indicava que seriam (ou deveriam ser) tomadas.

Segundo a visão da Economia Neoclássica, as relações econômicas (ou ao menos as de uma economia de mercado) seriam caracterizadas pela ação de agentes individuais racionais em busca da maximização de seus interesses. Segundo essa visão, agentes econômicos escolhem com base na utilidade que atribuem ao produto de suas escolhas, utilidade essa que seria passível de mensuração em pecúnia conforme aferida em um estado final de riqueza. Essa ideia é ainda a que prevalece na grande maioria dos manuais de Economia e integra o que poderíamos nomear de senso comum nos debates sobre política econômica, tal como anota Dan Ariely:

³¹⁴ Cf. TETLOCK e MELLERS, 2002, p. 94; THALER e SUNSTEIN, 2009, p. 25; CAMERER, 1999, p. 10575.

A Economia dominante pressupõe que somos racionais - que sabemos toda a informação necessária para fundamentar nossas decisões, que podemos calcular o valor das diferentes opções que se colocam à nossa frente, e que nós não somos limitados cognitivamente para sopesar as ramificações de cada escolha potencial.

O resultado é que se presume que fazemos decisões lógicas e sensatas. E mesmo que tomemos uma decisão errada de tempos em tempos, a perspectiva da Economia dominante sugere que iremos rapidamente aprender com nossos erros por nós mesmos ou com a ajuda das "forças de mercado". Com base nessas pressuposições, economistas tiram conclusões pretensiosas sobre tudo, desde tendências de compras até o direito e políticas públicas.³¹⁵

Como ilustração, podemos afirmar que, segundo a Economia Neoclássica, se Francisco comprou uma maçã por R\$ 1, é porque atribui a essa maçã utilidade maior ou igual às outras coisas que podem ser compradas por R\$ 1. Dado que o R\$ 1 empregado para comprar a maçã não compraria nada mais útil, Francisco terá, em resultado da escolha, maximizado sua riqueza. Ou seja, é o estado final de riqueza (medido pela maior utilidade da maçã frente às outras coisas que poderiam ser compradas pelo R\$ 1 gasto por Francisco) que justifica a decisão de Francisco de comprar a maçã. O modelo de racionalidade, desse modo, se traduz em um modelo segundo o

³¹⁵ "Standard economics assumes that we are rational - that we know all the pertinent information about our decisions, that we can calculate the value of the different options we face, and that we are cognitively unhindered in weighing the ramifications of each potential choice. /\$/ The result is that we are presumed to be making logical and sensible decisions. And even if we make a wrong decision from time to time, the standard economics perspective suggests that we will quickly learn from our mistakes either on our own or with the help of "market forces". On the basis of these assumptions, economists draw far-reaching conclusions about everything from shopping trends to law to public policy." (ARIELY, 2013, posição 4268 - tradução livre.)

qual agentes econômicos irão tomar decisões que façam com que os recursos de que dispõem tenham a melhor destinação possível. Ou, como sintetiza Richard Posner, racionalidade é *escolher os melhores meios para alcançar os fins daquele que escolhe*.³¹⁶

Os experimentos de Kahneman e Tversky, todavia, apontaram que de forma sistemática as escolhas em situações de mercados diferiam da lógica de maximização de utilidade. A ideia de que escolhas tem por base a utilidade daquilo que é escolhido, Kahneman a chama de *erro de Bernoulli* - em referência ao cientista suíço Daniel Bernoulli, que a propôs em 1738, antes mesmo dos *marginalistas* Jevons, Menger e Walras.³¹⁷ Bernoulli estudou a tomada de decisões em que há riscos - as *apostas*.

O estudo da tomada de decisões em apostas é utilizado por estudiosos do processo de tomada de decisões para avaliar os processos cognitivos envolvidos na tomada de decisões de mercado, mais complexas. Decisões de mercado, tais como apostas, sempre envolvem risco. Mesmo transações simples como a compra e venda da maçã feita por Francisco, da ilustração que usamos acima, envolvem risco: a maçã comprada por Francisco pode estar estragada, por exemplo, ou ser menos saborosa do que Francisco antecipara. Diante da presença do risco, no estudo tomada de decisões em ambiente de mercado, é ainda usual o estudo de situações simplificadas de apostas (*gambles*), tal como feito por Bernoulli em 1738.

³¹⁶ Parafraseamos de: "...choosing the best means to the chooser's ends." (POSNER, 1998, p. 1551).

³¹⁷ Cf. KAHNEMAN, 2003, pp. 1455-1458; KAHNEMAN, 2011, posição 4577 e ss.

Antes de Bernoulli, matemáticos assumiam que apostas seriam racionais quando feitas segundo o valor esperado, que é igual ao resultado favorável ponderado pela probabilidade de êxito. Ou seja, em uma aposta cujo resultado favorável é a obtenção de \$100 e a probabilidade de êxito é 70%, o valor esperado é \$70 (isto é, 70% de \$100).³¹⁸ Kahneman usa outro exemplo, ligeiramente mais complexo: em uma aposta em que há 20% de chance de obter \$10 e 80% de chance de obter \$100, o valor esperado é \$82 (20% de \$10 + 80% de \$100). Segundo a visão anterior a Bernoulli, pessoas prefeririam realizar essa aposta do que receber \$80, pois o valor esperado (\$82) seria maior. Mas Bernoulli ponderou que apostas não são feitas assim: as pessoas preferem a certeza de receber \$80 à correr o risco, ainda que probabilisticamente o risco valesse a pena.³¹⁹

Bernoulli então propôs que as escolhas seriam determinadas não pelo valor esperado, mas pelo valor psicológico - que, em essência, corresponde ao conceito de *utilidade* adotado pela Economia Neoclássica (ver item 2.2 acima). A essa agrega-se outra ideia, a de que um mesmo valor em pecúnia (por exemplo, R\$100) é mais útil para uma pessoa que tem menos riqueza (por exemplo, R\$10.000) do que para outra mais rica (cujo patrimônio seja, por exemplo, R\$100.000). No jargão da Economia Neoclássica, essa noção é chamada utilidade marginal decrescente da riqueza. Um exemplo hipotético com a representação matemática dessa ideia consta da tabela abaixo:

³¹⁸ Cf. KAHNEMAN, 2011, posição 4646 e ss.

³¹⁹ Cf. KAHNEMAN, 2011, posição 4653.

Tabela 2 - Utilidade marginal em razão da riqueza (exemplo hipotético)

Riqueza (em milhões)	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
Unidades de utilidade	10	30	48	60	70	78	84	90	96	100

Fonte: KAHNEMAN, 2011, posição 4662 - tradução livre.

Nesse exemplo, *unidades de utilidade* é uma representação abstrata do valor psicológico que o dinheiro confere ao seu possuidor, e sua utilidade é tão somente heurística - para representar a utilidade marginal decrescente da riqueza. Assim, no exemplo, a utilidade de um milhão é igual a 10 unidades, e a utilidade de dois milhões é de 30 unidades. A utilidade marginal do segundo milhão frente ao primeiro é de 20 unidades. Lembremos que utilidade marginal é a utilidade de uma unidade adicional, portanto a utilidade marginal do segundo milhão é igual à utilidade de dois milhões (30 unidades de utilidade) menos a utilidade de um milhão (10 unidades de utilidade). O exemplo reflete a ideia de que a utilidade marginal é decrescente - a do terceiro milhão é de 18 unidades, a do quarto milhão é doze unidades, até chegar à do décimo milhão, que é de 4 unidades. Nessas condições, consideremos a seguinte aposta: chances iguais de obter 1 milhão ou 7 milhões, ou ganhar 4 milhões com certeza. Em termos probabilísticos, as duas opções tem igual valor esperado (50% de 1 milhão + 50% de 7 milhões = 4 milhões). Porém ao se considerar as utilidades esperadas, a conta se modifica. A primeira opção tem valor de 47 unidades de utilidade (50% de 10 unidades de utilidade + 50% de 84 unidades de utilidade). Já a segunda opção, de receber sem risco os 4 milhões, tem 60 unidades de utilidade. Por isso, a segunda opção é mais atraente, ainda que probabilisticamente ambas opções sejam iguais. A conclusão de Bernoulli foi que, em condições de utilidade marginal decrescente, o tomador de decisões será avesso ao risco. Bernoulli, então, usou essa

ideia para explicar o porquê de mercadores comprarem seguros para mercadorias embarcadas por prêmios superiores ao risco probabilístico de perda daquelas mercadorias.³²⁰

Passados 300 anos do ensaio de Bernoulli, a Economia Neoclássica continua utilizando as mesmas premissas de racionalidade e utilidade marginal decrescente. Todavia, segundo Daniel Kahneman, o erro de Bernoulli - e da Economia Neoclássica - consiste em ignorar o fato de que decisões são tomadas a partir de pontos de referência. A esse respeito, Kahneman faz as seguintes considerações:

A longevidade da teoria [de Bernoulli] é tanto mais impressionante porque é seriamente defeituosa. Os erros de uma teoria são raramente encontrados naquilo em que ela afirma explicitamente; eles se escondem naquilo que ela ignora ou assume tacitamente. Por exemplo, considere os seguintes cenários:

Hoje Jack e Jill têm cada um riqueza de 5 milhões.

Ontem, Jack tinha um milhão e Jill tinha 9 milhões.

Estarão eles igualmente felizes? (Têm eles a mesma utilidade?)

A teoria de Bernoulli assume que a utilidade de sua riqueza é o que faz as pessoas mais ou menos felizes. Jack e Jill têm a mesma riqueza, e a teoria por conseguinte afirma que eles deveria estar igualmente felizes, mas você não precisa de um diploma em Psicologia para saber que hoje Jack está contente e Jill pesarosa.³²¹

³²⁰ Cf. KAHNEMAN, 2011, posição 4678.

³²¹ "The longevity of the theory is all the more remarkable because it is seriously flawed. The errors of a theory are rarely found in what it

Ao invés de considerar que escolhas são feitas de acordo com a utilidade imputada àquilo que é escolhido, Kahneman e Tversky propuseram que escolhas são tomadas a partir da percepção de perdas e ganhos. Esse novo modelo de tomada de decisões foi por aqueles autores chamado de *teoria da perspectiva*. A teoria da perspectiva resultou de diversos experimentos executados por Kahneman e Tversky na década de 1970, em que se confrontaram as opções que o modelo de racionalidade do *homo economicus* (o modelo de Bernoulli e da Economia Neoclássica) previa como racionais, com as opções efetivamente exercidas por pessoas frente a escolhas que envolviam riscos. A partir dos resultados, Kahneman e Tversky não apenas comprovaram que pessoas escolhem com base em ganhos e perdas a partir de pontos de referência (e não com base na utilidade absoluta daquilo que é escolhido), como também comprovaram que os pesos na tomada de decisão não são as probabilidades (em termos estatísticos) de ocorrência de eventos favoráveis ou desfavoráveis. Ao revés, como veremos adiante, pessoas são extremamente limitadas na sua capacidade de raciocinar estatisticamente (e o uso de probabilidades é um raciocínio estatístico).

Ao invés de probabilidades, Kahneman e Tversky identificaram o que denominaram de *efeito possibilidade* e *efeito certeza*.³²² O efeito possibilidade se dá pelo fato de

asserts explicitly; they hide in what it ignores or tacitly assumes. For an example, take the following scenarios: /\$/ Today Jack and Jill each have a wealth of 5 million. Yesterday, Jack had 1 million and Jill had 9 million. Are they equally happy? (Do they have the same utility?)/\$/ Bernoulli's theory assumes that the utility of their wealth is what makes people more or less happy. Jack and Jill have the same wealth, and the theory therefore asserts that they should be equally happy, but you do not need a degree in psychology to know that today Jack is elated and Jill despondent." (KAHNEMAN, 2011, posição 4686 - tradução livre.)

³²² Cf. KAHNEMAN, 2011, posição 5313 e ss.

que pessoas tendem a dar peso excessivo a eventos com baixa probabilidade de ocorrência. O efeito certeza, por outro lado, se dá pelo fato de que pessoas tendem a dar pouco peso a eventos com alta probabilidade de ocorrência. Esses dois efeitos, em especial, são marcadamente perceptíveis quando o tomador de decisões se defronta com a possibilidade de perdas (em relação ao seu ponto de referência). Esses dois efeitos somados ensejam o *padrão quaternário (fourfold pattern)*³²³ da teoria da perspectiva, representado no quadro abaixo:

Tabela 3 - Padrão quaternário da teoria da perspectiva

	GANHOS	PERDAS
ALTA PROBABILIDADE Efeito certeza	95% de chances de ganhar \$10.000 Medo de desapontamento AVERSÃO AO RISCO Aceita acordo desfavorável	95% de chances de perder \$10.000 Esperança de evitar perda ATRAÇÃO PELO RISCO Rejeita acordo favorável
BAIXA PROBABILIDADE Efeito possibilidade	5% de chances de ganhar \$10.000 Esperança de ganhos vultosos ATRAÇÃO PELO RISCO Rejeita acordo favorável	5% de chances de perder \$10.000 Medo de uma perda grande AVERSÃO AO RISCO Aceita acordo desfavorável

Fonte: KAHNEMAN, 2011, posição 5440 - tradução livre.

Na Tabela 3 acima, a primeira linha contém uma ilustração de diferentes cenários de análise (95% de chances de perder ou ganhar \$10.000; 5% de chances de perder ou ganhar \$10.000). A segunda linha contém a explicação psicológica (em termos emocionais) para o comportamento verificado em cada um dos cenários. A terceira linha contém os padrões de comportamento propriamente ditos - atração pelo risco, ou aversão ao risco. A quarta linha contém uma previsão do comportamento do tomador de decisões frente a uma proposta probabilisticamente favorável ou desfavorável. A partir do

³²³ Cf. KAHNEMAN, 2011, posição 5305 e ss.

padrão quaternário relatado na Tabela 3, Kahneman e Tversky identificaram outra característica da tomada de decisões em situações de risco: pessoas são aversas a perdas mais do que são avessas a riscos. A aversão a perdas, ao invés de aversão a risco, induz à conclusão de que pessoas tendem a manter o *status quo* - tomadores de decisão subavaliam os ganhos decorrentes de uma mudança de posição, e superavaliam os riscos decorrentes de uma mudança de posição.

2.4.2. O efeito dotação (endowment effect): invalidação do teorema de Coase a partir da teoria da perspectiva

Posteriormente, o economista Richard Thaler utilizou a teoria da perspectiva e a aversão a perdas para explicar o que denominou de *efeito dotação* (*endowment effect*) no comportamento de agentes econômicos. A explicação do efeito dotação por meio da teoria da perspectiva é reputada por Kahneman como o marco inicial da abordagem característica da Economia Comportamental.³²⁴ O efeito dotação se dá pelo fato de pessoas darem mais valor a um bem quando o possuem para uso próprio (e não para revenda, como por exemplo o estoque de uma empresa). Isso significa que, nesses casos, a disposição para pagar (*willingness to pay* - *WTP*) por um bem é menor do que disposição para vender (*willingness to accept* - *WTA*) esse mesmo bem. Thaler percebeu o efeito dotação quando se deu conta que um de seus professores, confesso amante de vinhos, se dispunha a comprar vinhos em leilões por não mais do que U\$35 dólares à época, mas, depois de comprado, se recusava a vender o mesmo vinho por não menos do que U\$100. O efeito dotação não apenas contraria a ideia de que a utilidade de

³²⁴ KAHNEMAN, 2011, posição 4995.

algo determina o seu valor para o comprador, mas também refuta o teorema de Coase.

Uma das decorrências do teorema de Coase é que, ausentes custos de transação, a alocação de recursos escassos se daria de forma independente da atribuição de direitos de propriedade. Por exemplo, segundo o teorema de Coase: se Francisco dá mais valor à maçã do que Maria, Francisco sempre terminará com a maçã, independentemente do fato de se atribuir a propriedade da maçã inicialmente a Francisco ou a Maria, salvo se houver custos de transação superiores à diferença da utilidade atribuída à maçã por Francisco e Maria. Isso porque se a maçã for de propriedade de Francisco, ele não abrirá mão dela. Se a maçã for de propriedade de Maria, Francisco estará disposto a pagar mais pela maçã do que o valor que Maria atribui à ela, o que fará com que Maria venda a maçã para Francisco. Finalmente, nesse último caso, Maria não venderá a maçã se, para tanto, for necessário contratar um advogado que cobre pelo serviço valor tal que, somado ao preço que Maria estaria disposta a receber pela maçã, seja superior ao maior valor que Francisco estaria disposto a pagar pela maçã. Como visto no item 2.3 supra, Coase formulou o seu *teorema* como uma contraprova ao modelo adotado pela Economia Neoclássica para avaliar o *custo social* de transações econômicas. A existência de custos sociais, não resolvidos por transações no mercado, comprovava para Coase a inadequação do modelo neoclássico, e lhe serviu de mote para propor que mercados são instituições³²⁵

³²⁵ Com efeito, Coase afirma: "Markets are institutions that exist to facilitate exchange, that is, they exist in order to reduce the cost of carrying out exchange transactions. In an economic theory which assumes that transaction costs are nonexistent, markets have no function to perform, and it seems perfectly reasonable to develop the theory of exchange by an elaborate analysis of individuals exchanging nuts for apples

e que sua adoção implica custos específicos, ignorados pela Economia Neoclássica, e que havia instituições alternativas que deveriam ser estudadas pela Economia (um exemplo são as firmas, estudadas por Coase).

A confrontação do efeito dotação com o teorema de Coase, de forma similar, também serviu de comprovação para a inadequação do modelo neoclássico - porém não para afirmar a existência de instituições alternativas a mercados, mas para afirmar que os próprios mercados não funcionam de acordo com a teoria neoclássica, mesmo quando se desconsideram os custos de transação identificados por Coase. Esta foi a conclusão de um dos estudos de Economia Comportamental mais citados, feito por Thaler e Kahneman, juntamente com o economista canadense Jack Knetsch.³²⁶ Nesse estudo, grupos de participantes foram submetidos a simulação de mercados, em que os bens a serem comercializados eram distribuídos aleatoriamente a apenas parte do grupo - criando, assim, uma oferta e uma demanda potenciais. Inicialmente, os mercados foram simulados com fichas (*tokens*) - que não possuem utilidade outra que não a de serem passíveis de troca por dinheiro, conforme a proposta do experimento. Posteriormente, os mesmos grupos foram submetidos a simulações de mercados com canecas de café, canetas e barras de chocolate - bens que poderiam ser vendidos por dinheiro, mas que também possuem utilidade para seu possuidor. Nas simulações com fichas, os participantes se comportaram tal

on the edge of the forest or some similar fanciful example. This analysis certainly shows why there is a gain from trade, but it fails to deal with the factors which determine how much trade there is or what goods are traded. And when economists do speak of market structure, it has nothing to do with the market as an institution." (COASE, 1988, p. 7).

³²⁶ KAHNEMAN et. al., 1990. Para um relato do encontro entre Kahneman, Thaler e Knetsch, e implicações do estudo na Economia Comportamental, ver: KAHNEMAN, 2011, posição 5026 e ss.

como previsto pelo modelo do *homo economicus*, e as fichas, tal como previsto pelo teorema de Coase, eram ao final alocadas para aqueles que lhes davam maior utilidade, independente da alocação inicial de sua propriedade. Todavia, nas simulações com canecas, canetas e barras de chocolate, o mero fato de terem recebido inicialmente a propriedade fazia com que os participantes passassem a ter menor disposição para vender, e os preços cobrados por quem possuía canecas ou barras de chocolate era substancialmente menor do que a disposição para pagar de quem não era possuidor.

O efeito dotação comprova dois aspectos centrais da teoria da perspectiva. O primeiro é a importância dos pontos de referência. O fato de possuir ou não um bem faz com que se mude a disposição para vender ou comprar esse bem, independente da imputação abstrata e inerte de utilidade pressuposta pelo modelo neoclássico. O segundo aspecto é a aversão a perdas: o efeito dotação se dá em decorrência dessa aversão. Como relatam os autores do citado artigo, essa conclusão é relevante para a Economia, pois a aversão a perdas impacta o benefício que pode ser extraído do comércio:

A existência de efeitos dotação reduz os ganhos do comércio. Em comparação com um mundo em que preferências são independentes da posse, a existência da aversão ao risco produz uma inércia na economia, pois vendedores em potencial são mais relutantes em vender do que convencionalmente se assume.³²⁷

³²⁷ "The existence of endowment effects reduces the gains from trade. In comparison with a world in which preferences are independent of endowment, the existence of loss aversion produces an inertia in the economy because potential traders are more reluctant to trade than is conventionally assumed." (KAHNEMAN et. al., 1990, p. 1344 - tradução livre). Essa conclusão é importante para os fins desta tese, na medida em que se tenha

2.4.3. Os dois sistemas cognitivos e a influência do raciocínio intuitivo na tomada de decisões

Em obras recentes, autores como Kahneman³²⁸ e Thaler³²⁹ passaram a utilizar a divisão de duas funções cognitivas feita por estudiosos de Psicologia Cognitiva e Social como suporte não apenas para a teoria da perspectiva, mas para a Economia Comportamental como um todo. Essa divisão entre funções cognitivas é utilizada para fundamentar um modelo de racionalidade humana que possui diferenças significativas daquele caracterizado como *homo economicus*. As duas funções cognitivas identificadas por esse outro modelo de racionalidade são denominadas Sistema 1 (ou Sistema Automático) e Sistema 2 (ou Sistema Reflexivo). As características dos dois sistemas estão sintetizadas na Tabela 2 abaixo.

Tabela 4 - Dois sistemas cognitivos

	Sistema 1 (Sistema Automático)	Sistema 2 (Sistema Reflexivo)
Descrição	Opera rápida e automaticamente, com pouco ou nenhum esforço, independente do controle voluntário e da alocação de atenção.	Aloca atenção a atividades mentais que demandam esforço, incluindo computações complexas, e cuja operação é interrompida quando a atenção é desviada.
Características	<ul style="list-style-type: none"> • Rápido • Paralelo (assume várias atividades simultâneas) 	<ul style="list-style-type: none"> • Devagar • Serial (assume uma atividade de cada vez)

em mente que os pontos de referência para as transações em mercados decorrem da configuração institucional desses mercados, e que o direito possui papel central na definição dessa configuração institucional. Em outras palavras, o direito não apenas atua na definição das fronteiras entre instituições de mercado e instituições extramercado (como sugerimos no item anterior), como também atua nos parâmetros que determinam o funcionamento de instituições de mercado. Essa ideia será explorada de forma pormenorizada abaixo, no item final deste capítulo.

³²⁸ Cf. KAHNEMAN, 2011 e 2003.

³²⁹ Cf. THALER e SUNSTEIN, 2009.

	<ul style="list-style-type: none"> • Involuntário • Não demanda esforço • Associativo • Inconsciente • Emocional 	<ul style="list-style-type: none"> • Voluntário • Demanda esforço • Governado por regras • Consciente • Neutro
Exemplos	<ul style="list-style-type: none"> • Detectar que um objeto está mais distante do que outro • Orientar-se na direção de um barulho abrupto • Fazer uma expressão facial de repulsa ao ver uma figura horrível • Detectar hostilidade em uma voz • Completar a expressão "pão com ..." • Dirigir um carro em uma rua vazia • Responder à equação "2 + 2 = ?" • Ler palavras em <i>outdoors</i> de propaganda • (Se você for um mestre enxadrista) resolver o próximo movimento em um jogo de xadrez • Compreender frases simples 	<ul style="list-style-type: none"> • Procurar por um objeto específico • Buscar na memória um som particularmente surpreendente • Monitorar a adequação de seu comportamento em uma situação social • Focar na voz de uma pessoa em um ambiente tumultuado e barulhento • Lembrar uma sequência aleatória de números (e.g, seu número de telefone) • Estacionar em uma vaga apertada • Comparar o preço de duas máquinas de lavar • Preencher o formulário do imposto de renda • Aprender a jogar xadrez • Julgar a validade de um argumento lógico complexo

Fonte: elaboração do autor a partir de Kahneman (2011, posição 321; 2003, p. 1451) e de Thaler e Sunstein (2008, p. 22).

Segundo Kahneman, esses dois sistemas cognitivos correspondem às noções cotidianas de intuição (Sistema 1) e raciocínio (Sistema 2).³³⁰ Nesse sentido, a ideia de racionalidade da Economia Neoclássica corresponde ao Sistema 2. Diversos estudos empíricos, porém, afirmam que o Sistema 1 é o dominante na maior parte das escolhas feitas no dia-a-dia.³³¹ Segundo Daniel Kahneman, nossas funções cognitivas seguem a lei do menor esforço, de modo que o Sistema 1 - que não exige esforço, nem autocontrole - assume rotineiramente a tomada de decisões. O Sistema 2 assume quando, por orientação da nossa vontade, decisões complexas são exigidas. Porém, mesmo nesses casos, o Sistema 2 em geral opera com base nas impressões formadas pelo Sistema 1, como afirma Kahneman:

³³⁰ KAHNEMAN, 2003, p. 1450.

³³¹ Cf. KAHNEMAN, 2003, pp. 1450-1453, e 2011, *passim*; THALER e SUNSTEIN, 2009, pp. 21-25; SUNSTEIN, 2013, *passim*.

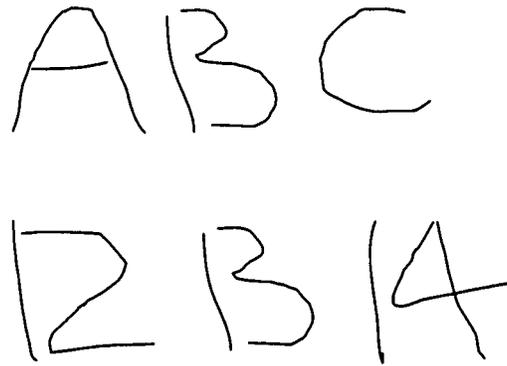
Quando tudo corre bem, o que é a maior parte do tempo, o Sistema 2 adota as sugestões do Sistema 1 com pouca ou nenhuma modificação. Você geralmente acredita em suas impressões e age com base em seus desejos, e isso é bom - usualmente.³³²

Portanto, ao contrário do modelo do *homo economicus*, a tomada de decisões econômicas ordinariamente é pautada pelo raciocínio intuitivo - o Sistema 1. Além disso, mesmo quando confrontado com uma questão difícil, o ser humano ainda assim ordinariamente não abandona as impressões formuladas pelo Sistema 1. Trata-se da dimensão da *acessibilidade* (*accessibility dimension*), que diz respeito à facilidade com que pensamentos são invocados pela mente. Pensamentos intuitivos, do Sistema 1, são facilmente acessíveis, pois vêm à mente espontaneamente e sem esforço. Em verdade, é impossível não acessá-los, uma vez que o Sistema 1 opera de forma involuntária. Pensamentos reflexivos, do Sistema 2, precisam ser evocados e requerem esforço específico para tanto. A maior acessibilidade do Sistema 1 faz com que impressões intuitivas sejam dominantes do pensamento cotidiano. O Sistema 1 é rápido ao alcançar conclusões a partir de pouca informação disponível, mas essas conclusões são baseadas não na avaliação probabilística da realidade, mas na capacidade de se extrair coerência dos dados disponíveis - ainda que esses dados sejam escassos ou resultado de falsas impressões. Além disso, a dúvida é uma manifestação do Sistema 2. Em resultado, o Sistema 1 nos provê rotineiramente com conclusões baseadas em informações insuficientes, mas não nos

³³² "When all goes smoothly, which is most of the time, System 2 adopts the suggestions of System 1 with little or no modification. You generally believe your impressions and act on your desires, and that is fine - usually." (KAHNEMAN, 2011, posição 394 - tradução livre.)

informa que há insuficiência de informações. A figura abaixo fornece um exemplo em que a acessibilidade influencia a percepção:

Figura 7 - Exemplo visual do efeito do contexto na acessibilidade



Fonte: Kahneman (2003, p. 1454)

O símbolo da coluna do meio é ambíguo: pode ser interpretado como a letra "B" ou como o número "13". Porém, ao se colocar o símbolo em um contexto de letras, a ambiguidade *desaparece* e não apenas vemos o símbolo como a letra "B", como não conseguimos não ver o símbolo como a letra "B" (isto é, não conseguimos *desligar* a associação feita pelo Sistema 1). Por influência do contexto, assumimos naturalmente que o símbolo ou é a letra "B", ou o número "13". A ambiguidade somente se verificaria por um esforço específico, em que o Sistema 2 é *chamado* a se manifestar. Isso ocorre, por exemplo, no conhecido exercício cognitivo em que se pede a uma pessoa para enunciar as cores em palavras que denominam cores, porém escritas em cores diversas daquelas de seu significado (e.g., *exibe-se a palavra "verde" escrita na cor azul*). Mas ainda assim, a conclusão do Sistema 2 é difícil e se coloca em conflito com a conclusão do Sistema 1. Por vezes, a diferença de acessibilidade entre pensamentos do Sistema 1 e do Sistema 2 gera erros cognitivos, isto é, faz com que mesmo quando atue o Sistema 2, haja uma compreensão errônea da realidade.

Há uma linha de pesquisa da Economia Comportamental dedicada a identificar os erros cognitivos e confrontá-los com o modelo do *homo economicus*. Essa linha é conhecida como *heurísticas e vieses* (*heuristics and biases*), e seu marco inicial é o artigo de Kahneman e Tversky chamado *Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases*³³³, publicado originalmente na Revista Science em 1974. Heurística é definida por Kahneman como *procedimento simplificado que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que frequentemente imperfeitas, para questões difíceis*.³³⁴ A existência de heurísticas foi, originalmente Tversky e Kahneman explicaram os *vieses* - as diferenças sistemáticas que os autores encontraram entre as decisões que pessoas tomavam em situações de incerteza, e aquilo que era previsto pelo modelo de racionalidade do *homo economicus*.³³⁵

Daniel Kahneman, posteriormente, revisitou seus estudos com Tversky sob o referencial da acessibilidade cognitiva para criar um novo modelo de tomada de decisões. Esse novo modelo não se restringe a decisões em situações de incerteza, como fazia o estudo anterior de Tversky e Kahneman sobre heurísticas e vieses, e é chamado de *substituição de atributos* (*attribute substitution*). A substituição de atributos deriva da acessibilidade: diz-se que um julgamento é mediado por uma heurística quando um atributo que é objeto desse julgamento (atributo alvo - *target attribute*) é substituído por uma propriedade daquele objeto (atributo

³³³ TVERSKY e KAHNEMAN, 2011.

³³⁴ Parafraseamos de: "The technical definition of *heuristic* is a simple procedure that helps find adequate, though often imperfect, answers to difficult questions." (KAHNEMAN, 2011, posição 1679.)

³³⁵ Para uma síntese dos principais vieses e equivalentes heurísticas originalmente encontrados por Tversky e Kahneman, ver THALER e SUNSTEIN, 2009, pp. 19-42.

heurístico - *heuristic attribute*) que vem mais facilmente à mente.³³⁶ Em outras palavras, o atributo heurístico é mais acessível do que o atributo alvo. A interação entre Sistema 1 e Sistema 2 resulta em substituição de atributos na forma do que Kahneman denomina *heurística intuitiva* (*intuitive heuristics*):

Esta é a essência da heurística intuitiva: quando confrontados com uma questão difícil, ao invés de respondê-la, nós frequentemente respondemos uma questão mais fácil, sem notar que estamos substituindo uma questão por outra.³³⁷

Uma das ilustrações que Kahneman expõe é a decisão de um investidor conhecido seu em comprar ações da Ford. Perguntado por que havia decidido investir naquela montadora, o investidor justificou dizendo que havia ido a uma conferência automobilística e gostado dos novos modelos de carros apresentados pela Ford. Confrontado com a questão difícil - *devo investir na Ford?* -, o investidor a substituiu pela questão mais fácil - *gosto dos carros da Ford?*³³⁸ A heurística intuitiva não é uma opção, mas uma consequência do controle impreciso que possuímos sobre nossa capacidade cognitiva.³³⁹ Em decorência, *os julgamentos que as pessoas fazem, as ações que tomam, e os erros que cometem*, afirma Kahneman, *dependem do monitoramento e da função corretiva do Sistema 2, bem como das impressões e tendências geradas pelo Sistema 1.*³⁴⁰ E no que diz respeito ao monitoramento e função

³³⁶ KAHNEMAN, 2003, p. 1460.

³³⁷ KAHNEMAN, 2011, posição 257.

³³⁸ O exemplo é relatado em KAHNEMAN, 2011, posição 237 e ss.

³³⁹ KAHNEMAN, 2011, posição 1687.

³⁴⁰ Parafraseamos a partir do seguinte trecho: "The judgments that people express, the actions they take, and the mistakes they commit depend on the monitoring and corrective functions of System 2, as well as on the

corretivas do Sistema 2, este no mais das vezes é apologético, e não crítico, acerca das conclusões do Sistema 1.³⁴¹ Em síntese:

Quando confrontado com um problema - escolher um movimento no xadrez, ou decidir por investir em uma ação - o maquinário do pensamento intuitivo faz o melhor que pode. Se uma pessoa possui expertise, ela irá reconhecer a situação, e a solução intuitiva que lhe virá à mente será provavelmente correta. Isto é o que ocorre quando um mestre enxadrista olha uma posição complexa [em um jogo de xadrez]: os poucos movimentos que lhe ocorrem de imediato são todos fortes. Quando a questão é difícil e uma solução hábil não está disponível, a intuição ainda dá uma tacada: uma resposta pode vir à tona rapidamente, mas essa não será uma resposta à pergunta original.³⁴²

A influência do pensamento intuitivo faz com que a Economia Comportamental negue o modelo de racionalidade adotado pela Economia Neoclássica. Como afirma Kahneman, o *agente racional da teoria econômica poderia ser descrito como possuidor de um único sistema cognitivo, que possuiria a habilidade lógica de um Sistema 2 perfeito e os baixos custos de computação do Sistema 1.*³⁴³ Pesquisas empíricas, porém,

impressions and tendencies generated by System 1." (KAHNEMAN, 2003, p. 1467.)

³⁴¹ Cf. KAHNEMAN, 2011, posição 1779.

³⁴² "When confronted with a problem - choosing a chess move or deciding whether to invest in a stock - the machinery of intuitive thought does the best it can. If the individual has relevant expertise, she will recognize the situation, and the intuitive solution that comes to her mind is likely to be correct. This is what happens when a chess master looks at a complex position: the few moves that immediately occur to him are all strong. When the question is difficult and a skilled solution is not available, intuition still has a shot: an answer may come to mind quickly - but it is not an answer to the original question." (KAHNEMAN, 2011, posição 252 - tradução livre.)

³⁴³ Parafraseamos de: "The rational agent of economic theory would be described, in the language of the present treatment, as endowed with a

relatam diversas limitações da capacidade do Sistema 2 de sobrepujar as tendências e vieses impostos pelo Sistema 1. Fatores como pressão por escassez de tempo, envolvimento em múltiplas tarefas, (bom ou mau) humor, excitação erótica, entre outros, impedem ou suprimem por completo a capacidade de atuação do Sistema 2, e fazem com que agentes econômicos não apenas desviem radicalmente do comportamento previsto pelo modelo neoclássico de racionalidade, como com que esses desvios sejam sistemáticos e previsíveis.³⁴⁴

2.4.4. Contraposição da Economia Comportamental à Economia Neoclássica

A recorrência e a previsibilidade dos desvios frente ao comportamento suposto pelo modelo do *homo economicus* são especialmente relevantes como contraponto à influente defesa de Milton Friedman da escola neoclássica. Segundo esse economista - que também foi agraciado com um Nobel de Economia (em 1976) - modelos econômicos não deveriam ser julgados com base na realidade de suas premissas, mas sim com base no seu *poder de previsão*.³⁴⁵ Nesse sentido, Friedman levou a epistemologia de Karl Popper às últimas consequências, afirmando que apenas pela *falsificabilidade* das previsões teóricas se poderia provar a falsidade de uma teoria, ainda que tais conclusões tenham por base premissas duvidosas - ou até mesmo irreais. Assim, não obstante as divergências empíricas entre o *homo economicus* e o homem real sejam

single cognitive system that has the logical ability of a awless System 2 and the low computing costs of System 1." (KAHNEMAN, 2003, p. 1469.)

³⁴⁴ Essas pesquisas, seus resultados e a influência dos vieses encontrados para a compreensão da economia são comentados por KAHNEMAN (2003 e 2011); THALER e SUNSTEIN (2009); ARIELLY (2009); MURAMATSU e FONSECA (2009); ALBERT et. al. (2008); JOLLS et. al. (1998); SUNSTEIN (2013); TETLOCK e MELLERS (2002).

³⁴⁵ Cf. SKOUSEN, 2007, posição 9112.

reconhecidas também por economistas neoclássicos, a defesa que Gregory Mankiw faz abaixo exemplifica a postura de defesa da Economia Neoclássica:

Por que, você poderia perguntar, a economia se baseia na hipótese da racionalidade quando a psicologia e o bom senso a colocam em dúvida? Uma resposta possível é que a hipótese, mesmo que não seja exatamente verdadeira, pode ser uma boa aproximação de modelos de comportamento razoavelmente precisos. Por exemplo, quando estudamos as diferenças entre as empresas monopolistas e as competitivas, a hipótese de que as empresas racionais maximizam o lucro rendeu muitas considerações importantes e válidas. A incorporação de desvios psicológicos complexos da racionalidade no exemplo pode ter acrescentado algum realismo, mas também teria deixado as coisas mais obscuras, tornando tais considerações mais difíceis de serem deduzidas. Lembre-se que [...] os modelos econômicos não pretendem ser réplicas da realidade, mas simplesmente mostrar a essência do problema à mão como uma ajuda para compreendê-lo.³⁴⁶

Sob essa postura, alguns economistas neoclássicos, embora reconheçam a existência de *heurísticas e vieses*, preferem tratá-los como exceções ao que consideram a regra da racionalidade. Do ponto de vista da Análise Econômica do Direito, Richard Posner chega a afirmar que *escolhas racionais não necessitam ser escolhas conscientes*, e que *ratos são tão racionais quanto seres humanos quando se define racionalidade como alcançar meios pelo menor custo*.³⁴⁷ Nesse sentido, Posner afirma que:

³⁴⁶ MANKIW, 2009, pp. 480-481.

³⁴⁷ POSNER, 1998b, p. 1551.

...o fato de pessoas nem sempre serem racionais, ou até mesmo que sejam irracionais a maior parte do tempo, não é em si um desafio para a Economia da escolha racional. Muitos têm um medo irracional de voar. É um medo irracional, eu reconheço, ao invés de uma mera aversão de que não compartilho, pois as próprias pessoas que o possuem acreditam ser um medo irracional. Elas sabem que alternativas de transporte de superfície são mais perigosas, e elas querem acima de tudo evitar serem mortas; mas mesmo assim escolhem o modo mais perigoso de transporte. Seu arrependimento, vergonha e perturbação consigo mesmos distinguem esse caso daquele de pessoas que gostam de filmes de terror. Mas sua irracionalidade não invalida a análise econômica do transporte, embora ela possa demonstrar porque custos pecuniários e de tempo, e taxas de acidente, não expliquem por completo a diferença entre a demanda por transporte aéreo e a demanda por seus substitutos. Uma preferência pode ser tida como dada, e a análise econômica procederá como de costume, ainda que essa preferência seja irracional.³⁴⁸

Todavia, a refutação de Posner deixa clara a importância da Economia Comportamental para a compreensão do objeto desta tese - o papel do direito na economia. Ainda que se considere verdadeiro que o modelo neoclássico de

³⁴⁸ "...the fact that people are not always rational, even that some are irrational most or all of the time, is not in itself a challenge to rational-choice economics. Many people have an irrational fear of flying. It is an irrational fear, I concede, rather than just an aversion that we may not share, because the people who harbor it believe it is irrational. They know that the surface transportation alternatives are more dangerous, and they want above all to avoid being killed; yet they choose the more dangerous mode anyway. Their regret, embarrassment, and annoyance with themselves distinguish their case from that of the people who like horror movies. But their irrationality does not invalidate the economic analysis of transportation, although it may show why pecuniary and time costs, and accident rates, may not explain the entire difference between the demand for air transportation and the demand for its substitutes. A preference can be taken as a given, and economic analysis proceed as usual, even if the preference is irrational." (POSNER, 1998b, p. 1554 - tradução livre.)

racionalidade possa servir à análise econômica³⁴⁹, a avaliação do papel do direito na economia não pode desconsiderar a formação de preferências, tomando-a como dadas. Isso ocorre em especial quando essas “preferências” são “irracionais” consoante o padrão de racionalidade adotado acima por Posner, isto é, quando as preferências manifestadas contrariam aquilo que as próprias pessoas desejam. Isto ocorre, como vimos, quando *heurísticas intuitivas* limitam nossa capacidade de produzir decisões adequadas.

Essa consideração é importante ao se pensar no papel do direito como de *imaginação institucional*, tal como proposto acima no item 2.1. Instituições podem sujeitar escolhas a diferentes *heurísticas e vieses cognitivos*.³⁵⁰ Instituições podem apresentar escolhas de modo a sistematicamente induzir agentes a erros decorrentes do modo como as funções cognitivas são exercidas pela mente. Isso significa que, nesses casos, as escolhas não revelam as reais preferências do agente. O modelo de agente racional da Economia Neoclássica ignora os erros cognitivos e presume que escolhas revelam as reais preferências. Uma ilustração possível é a de um investidor imaginário - João - que deve decidir entre investir ou não em ações de determinada sociedade - empresa A. No modelo do agente racional, se João for confrontado com a escolha entre comprar ações da empresa A ou depositar suas economias na poupança, João irá escolher a opção que lhe dê maior rentabilidade. Se João escolher investir na empresa A quando a

³⁴⁹ Daniel Kahneman discorda dessa visão: “...psychological theories of intuitive thinking cannot match the elegance and precision of formal normative models of belief and choice, but this is just another way of saying that rational models are psychologically unrealistic” (KAHNEMAN, 2003, p. 1449).

³⁵⁰ Ver item 2.4.4 supra.

rentabilidade da poupança for maior, isso é tratado como um erro de informação - uma *falha de mercado*. Corrigido o erro de informação, o modelo de racionalidade considera que João manterá as ações da empresa A enquanto a rentabilidade dessas for maior, e as venderá e investirá na poupança quando a rentabilidade desta última for maior. Contudo, o *efeito dotação* (*endowment effect*), segundo a Economia Comportamental, fará com que, nos casos em que João já seja dono das ações da empresa A (por exemplo, por herança), seu comportamento mude. Pelo simples fato de já possuir as ações, João relutará em vendê-las e investir na poupança, mesmo quando tiver a informação precisa de que a rentabilidade desta última esteja maior. E não apenas isso, a aversão a perdas fará com que, caso João tenha prejuízo de \$ 10.000 com as ações que possui, ele prefira assumir o risco de uma recuperação improvável do valor dessas ações que lhe permitisse recuperar os \$10.000 de prejuízo, ainda que essa aposta lhe custe outros \$10.000. Se João não fosse dono das ações da empresa e lhe fosse oferecida a mesma opção, João não a aceitaria. O mero fato de ser dono das ações muda a forma como João percebe suas decisões econômicas. Esse exemplo ilustra que a forma como instituições alocam inicialmente recursos influencia o exercício de direitos de escolha sobre como esses recursos serão empregados. *Efeito dotação* e *aversão a perdas* são apenas dois entre vários vieses apontados pela Economia Comportamental. A existência de vieses nas escolhas revelam *heurísticas* que, por vezes, induzem a erros cognitivos. Nesses casos, as pessoas ao escolherem não estão revelando suas preferências efetivas. Elas estão, literalmente, sendo enganadas pelas condições em que as escolhas se apresentam. Na medida em que escolhas sejam produzidas ou mediadas por instituições, instituições podem fazer com que escolhas estejam mais ou menos sujeitas a erros cognitivos. Em decorrência, instituições que diminuem a

influência de erros cognitivos são meio para ampliação da liberdade individual.

Além disso, instituições não mudam apenas comportamentos, mas mudam também as preferências que determinam esses comportamentos. Em outras palavras, instituições influenciam não apenas aquilo que é escolhido, mas também o que agentes querem escolher. Um exemplo está no estudo de Eric Johnson e Daniel Goldstein, publicado na Revista Science em 2003³⁵¹, em que se concluiu que o maior responsável pela drástica diferença de adesão a programas de doação de órgãos entre um conjunto selecionado de países era a opção padrão adotada quanto a ser ou não doador de órgãos. Os casos de Holanda e Bélgica são representativos, dada a proximidade geográfica e identidade cultural entre esses países. Na Holanda, 27,5% da população era doadora de órgãos, na Bélgica, 98%. Na Holanda, a opção padrão era por ser não-doador - quem quisesse ser doador deveria afirmar seu consentimento. Na Bélgica, a opção padrão era por ser doador. Isto é, pela mera alteração na opção padrão, o número de doadores cadastrados mudou exponencialmente de um país para o outro. Mas a influência da opção-padrão não ocorreu apenas na adesão ao cadastro de doadores de órgãos. Em termos efetivos, o estudo comprovou que em países como a Bélgica, em que era padrão ser doador, era significativamente menor a incidência de fatores que diminuem a taxa efetiva de doação de órgãos, como a resistência de familiares (que poderiam objetar ao uso de órgãos), manifestações de cunho religioso, relutância de médicos, entre outros. Em suma, em países em que a opção padrão era pela doação, não apenas houve um aumento

³⁵¹ JOHNSON e GOLDSTEIN, 2003.

considerável do número de doadores, como diminuiu a resistência à doação de órgãos após o óbito dos doadores.

O estudo de Johnson e Goldstein se tornou referência para afirmar aquilo que a Economia Comportamental chama de *efeito enquadramento* (*framing effect*): a forma como uma escolha é apresentada influencia as preferências daquele que escolhe.³⁵² O efeito enquadramento é um exemplo da influência da *acessibilidade*³⁵³ nas escolhas que tomamos. A influência de instituições na formação de preferências se dá pela ação do Sistema 1 - que, como visto, não pode ser "desligado".³⁵⁴ Isso significa que as atuais instituições já nos influenciam quanto à formação de nossas preferências, inclusive subconscientemente (nos termos dos estudos acima citados).

Reconhecer que há preferências individuais que não correspondem àquilo que as pessoas efetivamente desejam não se trataria sequer do *direito de errar*³⁵⁵, pois esse tipo de

³⁵² Cf. THALER e SUNSTEIN, 2009, pp. 39-40; KAHNEMAN, 2011, posições 4627 e ss., e 2003, pp. 1458-1460.

³⁵³ Ver item 2.4.3 supra.

³⁵⁴ Ver item 2.4 supra.

³⁵⁵ O direito ao erro é um dos argumentos utilizados para se opor à atuação do Estado na Economia. No trecho a seguir, o direito ao erro é usado como contraponto à prosta de THALER e SUNSTEIN (2009) de usar as conclusões da Economia Comportamental como fundamento para o que chamam de *paternalismo libertário*: "If individuals are to realize their full potential as participants in the political and economic life of society, then they must be free to err in large ways as well as small. The fatal flaw of libertarian paternalism is to ignore the value of the freedom to err. Interestingly, Hayek said as much in making the inherently antipaternalistic case for *The Constitution of Liberty*: "Man learns by the disappointment of expectations." "Liberty not only means that the individual has both the opportunity and the burden of choice; it also means that he must bear the consequences of his actions and will receive praise or blame for them. Liberty and responsibility are inseparable."" (WRIGHT e GINSBURG, 2012, p. 52).

“preferência irracional”³⁵⁶ não se manifestaria em ações conscientemente desejadas, ainda que com base em concepções ou percepções errôneas sobre a realidade. Sendo assim, a opção de Posner por respeitar “preferências irracionais” pode servir para mitigar (e não ampliar) a liberdade individual, considerada como a possibilidade de autodeterminação. Isso porque a opção de Posner desconsidera que, ao se mudar instituições, as próprias preferências se modificam. Sendo assim, um caminho alternativo ao de Posner é reconhecer que pessoas podem escolher mudar as instituições que as induzem a ter “preferências irracionais”. Mas o meio para mudar instituições não é individual, é coletivo.

Por esses motivos, ao direito interessa explorar as implicações entre o desenho institucional da economia e os comportamentos dos agentes econômicos. Na medida em que “preferências irracionais” sejam produzidas ou reforçadas pelas instituições econômicas atualmente existentes, a atuação do direito que modifique ou crie instituições econômicas pode ser alternativa de efetivação da própria liberdade individual, mesmo restringindo-se o significado desta à busca hedonística por interesses individuais. Essa conclusão se reforça ao se ter em mente que a autodeterminação envolve mais do que a mera satisfação de interesses individuais por direitos de escolha. Segundo a concepção que abordamos no item 2.1 acima, a autodeterminação envolve principalmente a possibilidade de construção social na *perpétua invenção do futuro*.³⁵⁷ De acordo

³⁵⁶ A “irracionalidade” aqui se refere à ideia de racionalidade do pensamento econômico neoclássico, que corresponde à escolha dos melhores meios para os fins desejados, tal como visto acima.

³⁵⁷ A expressão é utilizada por Mangabeira Unger para definir o papel da democracia como expressão social da autodeterminação: “We are not yet fully the beings who not only transcend their contexts but also make contexts

com essa perspectiva, a superação do modelo do agente racional faz mais do que apenas suplantar o modo de analisar a economia. Substituir essa ideia é também passo na busca de novas formas de organização institucional da atividade econômica.³⁵⁸

2.4.5. O papel das instituições na distinção entre relações de mercado e relações comunitárias

Um exemplo das possibilidades abertas pela perspectiva defendida pela Economia Comportamental está na distinção entre comportamento regulado por normas de mercado e comportamento regulado por outras normas sociais. Essa distinção remonta a trabalhos de Psicologia Social que, a partir da década de 1960, diferenciavam entre trocas econômicas e trocas sociais. Um dos estudos mais influentes a esse respeito é o dos psicólogos Margaret Clark e Judson Mills publicado em 1979.³⁵⁹ Esse estudo distinguiu entre relações de

that recognize and nourish this context-surpassing capability. We must make ourselves into such beings. To do so is the work of democracy. More generally, it is the task of a direction of reform, in society and in thought, by which we shorten the gap between our context-preserving and our context-transforming activities. Once we have gone far enough in this direction, we produce the permanent invention of the future - of alternative futures." (UNGER, 2007a, p. 171).

³⁵⁸ Nesse sentido: "The concept of homo economicus, which asserts that humans are rational actors who make decisions based on narrow self-interest, has dominated political and economic thinking since the 1970's. But, while the pursuit of self-interest may be advantageous in certain contexts, it is not the only, or even the principal, driver of human behavior - and it is not conducive to overcoming today's most pressing global issues. It is time to replace the framework of homo economicus with a model that reflects humans' capacity for altruism and pro-social behavior. By illuminating opportunities for human cooperation, such a framework would provide a useful foundation for political and economic systems that succeed where existing arrangements have failed." (SINGER, 2013).

³⁵⁹ CLARK e MILLS, 1979.

troca e relações comunais, e propôs que em cada caso, pessoas agem conforme diferentes expectativas e, por isso, reagem a benefícios de formas diversas, como veremos abaixo.

Relações de trocas são chamadas em outros estudos de relações econômicas, ou de relações baseadas em normas de mercado. Nesta tese, tendo em vista nossa intenção de destacar as instituições de mercado frente às demais instituições econômicas, adotaremos a terminologia *relações de mercado*. *Relações de mercado*, conforme a distinção de Clark e Mills, são aquelas em que os membros assumem que benefícios são dados mediante a expectativa de recebimento de outro benefício - o recebimento de um benefício implicaria uma dívida, a ser resolvida mediante entrega de outro benefício correspondente. Nas relações de mercado, o incentivo para entregar um benefício é o ganho individual com o recebimento de um benefício correspondente.

Situação diferente ocorre em outro tipo de relações que envolvem intercâmbio de benefícios entre diferentes agentes, e que Clark e Mills nomeiam de *relações comunais*. Em outros estudos³⁶⁰, essas relações são chamadas *relações sociais*, mas Clark e Mills atestam que relações econômicas são também sociais³⁶¹, justificativa a que aqui aderimos para aderir à terminologia desses dois autores. Relações comunais são aquelas em que os membros assumem que benefícios são dados em razão da preocupação com o bem-estar de uns com os outros. Nesse tipo de relação, a entrega de um benefício não implica

³⁶⁰ Entre aqueles que chamam as relações regidas por normas que não mercado de relações reguladas por normas sociais, está Dan Ariely (2009), em estudo que utilizaremos adiante.

³⁶¹ CLARK e MILLS, 1979, p. 12.

uma dívida. As relações comunais não têm como fundamento o ganho individual, como explicam os autores citados:

Membros de uma relação comunal assumem que cada um está preocupado com o bem-estar do outro. Eles têm uma atitude positiva quanto a beneficiar o outro quando a necessidade desse benefício existe. Eles seguem o que Pruitt (1972) denominou "a norma da mútua responsividade." Essa regra pode criar o que ao observador externo aparentará ser uma troca de benefícios, mas é distinta da regra que governa relações de troca - em que um benefício deve ser devolvido pela concessão de um benefício comparável. As regras sobre o oferecimento e o recebimento de benefícios são o que distinguem relações comunais e de troca, ao invés dos benefícios específicos que são ofertados e recebidos.³⁶²

O estudo permite concluir que, nas relações de mercado, indivíduos são motivados pelo benefício recebido em troca do benefício dado, tal como assumido pelo modelo neoclássico. Porém, nas relações comunais, o recebimento de um benefício em razão do benefício dado age como desestímulo, não como incentivo. Dan Ariely ilustra esse argumento com o exemplo de um jantar de família oferecido por sua sogra nas festividades do Dia de Ação de Graças. A sogra de Ariely oferece o jantar sem pedir nada em troca aos familiares que comparessem. Caso Ariely se propusesse a pagar sua sogra, o efeito do pagamento não seria um incentivo, mas uma ofensa. No

³⁶² "Members of a communal relationship assume that each is concerned about the welfare of the other. They have a positive attitude toward benefiting the other when a need for the benefit exists. They follow what Pruitt (1972) has labeled "the norm of mutual responsiveness." This rule may create what appears to an observer to be an exchange of benefits, but it is distinct from the rule that governs exchange relationships whereby the receipt of a benefit must be reciprocated by the giving of a comparable benefit. The rules concerning the giving and receiving of benefits are what distinguish communal and exchange relationships, rather than the specific benefits that are given and received." (CLARK e MILLS, 1979, p. 13 - tradução livre.)

modelo do *homo economicus*, porém, o pagamento seria um incentivo adicional - além da utilidade em providenciar um jantar para sua família, a sogra de Ariely ainda teria o pagamento. É evidente, contudo, que não é isso o que acontece em relações como essa, que não são pautadas por regras de troca.³⁶³

As relações comunais se estendem para além do âmbito familiar e podem abranger trocas de benefícios comumente associadas às relações econômicas. Um dos exemplos utilizados por Dan Ariely para reforçar esse argumento foi a tentativa de uma associação de pensionistas americana de contratar advogados para aposentados de baixa renda, em que foi oferecida a remuneração de U\$ 30 por hora (baixa, para os padrões americanos). Nesses termos, a proposta fracassou, pois advogados não se interessaram. Diante da baixa adesão, essa mesma associação pediu que o serviço fosse executado de graça. Segundo relata Ariely, houve maciça adesão.³⁶⁴ Esse exemplo demonstra não apenas que relações de mercado podem ser substituídas por relações comunitárias, como mostra que os incentivos de uma não são compatíveis com os incentivos da outra. Tal como na ilustração do jantar familiar ofertado pela sogra, os advogados não acumularam os dois incentivos - o prazer de ajudar necessitados e o pagamento de U\$ 30 por hora. Sob o modelo do *homo economicus*, isso faz pouco sentido. No momento em que uma relação é posta como uma relação econômica, os incentivos são pensados conforme o benefício individual, ao que agentes tendem a se comportar como no modelo neoclássico: quanto maior o preço, maior a quantidade ofertada. Porém, se a

³⁶³ ARIELY, 2009, posições 1126 e ss.

³⁶⁴ ARIELY, 2009, posição 1175.

relação é posta como uma relação comunal, a relação entre preço e quantidade ofertada deixa de existir.

Essa ideia foi testada em uma série de experimentos conduzida por Dan Ariely e James Heyman.³⁶⁵ Para completar uma tarefa enfadonha durante um período pré-fixado, Ariely e Heyman usaram incentivos diferentes para verificar o desempenho de três grupos. Ao primeiro grupo, foi oferecido um pagamento de U\$ 5 pelo desempenho da tarefa. Ao segundo grupo, foram oferecidos pagamentos de U\$ 0,50 em uma rodada, e de U\$ 0,10 em outra rodada, para executar a mesma tarefa. Ao terceiro grupo, a tarefa foi solicitada como um favor. Ou seja, para os dois primeiros grupos, a tarefa foi apresentada em uma relação de mercado. Para o terceiro grupo, foi apresentada como uma relação comunal. O desempenho dos dois primeiros grupos é coerente com o modelo neoclássico: o primeiro grupo, melhor remunerado, teve produtividade 50% maior em média do que o segundo grupo. Porém a produtividade do terceiro grupo superou a produtividade do primeiro grupo - isto é, os participantes trabalharam mais e com maior afinco quando realizaram a tarefa gratuitamente, como um favor.

Um segundo conjunto de experimentos se seguiu, em que o objetivo foi verificar se as relações comunais se descaracterizariam se, em lugar de remuneração em dinheiro, fossem oferecidos presentes aos participantes.³⁶⁶ Nesse caso, pela mesma tarefa do conjunto anterior, ao primeiro grupo foi oferecida uma barra de chocolate como recompensa (cujo preço era de aproximadamente U\$ 0,50), ao segundo grupo foi oferecida uma caixa de bombons suíços (cujo preço era

³⁶⁵ ARIELY, 2009, posição 1162 e ss.

³⁶⁶ ARIELY, 2009, posição 1188.

aproximadamente de U\$ 5), e ao terceiro grupo a tarefa foi solicitada como um favor. O desempenho dos três grupos, nesse caso, foi equivalente - a variação na produtividade foi pouco superior a 1%. Além disso, a produtividade dos três grupos foi alta (em todos os casos, superior à do grupo remunerado por U\$ 5 do primeiro conjunto de experimentos). Esse conjunto de experimentos permitiu concluir que, ao se apresentar o contra-benefício como um presente e não como remuneração, as pessoas mantiveram-se no âmbito das relações comunais. Em especial, o valor do presente não influenciou seu desempenho - ao contrário do valor da remuneração no primeiro conjunto de experimentos.

Finalmente, um terceiro conjunto de experimentos repetiu a recompensa com barras e caixas de chocolate, porém deixando visíveis etiquetas com o preço (U\$ 0,50 para as barras de chocolate, U\$ 5 para as caixas de bomboms). Nesse caso, o desempenho dos três grupos foi equivalente ao do primeiro conjunto de experimentos. A conclusão dos experimentadores foi que a menção do preço fez com que se deixasse o campo das relações comunais, e a tarefa passasse a ser tratada como em uma relação de mercado.³⁶⁷

Os experimentos relatados por Ariely destacam o papel da moeda como determinante para a passagem do campo das relações comunais para o das relações de mercado. A simples menção do preço - expresso em moeda - fez com as barras de chocolate deixassem de ser vistas como um presente, e passassem a ser vistas como contraprestação. Essa conclusão é reforçada e ampliada pelas conclusões do estudo de Kathleen

³⁶⁷ ARIELY, 2009, posição 1201.

Vohs, Nicole Mead e Miranda Goode, publicado em 2006 na Revista Science³⁶⁸, e que se tornou referência na Economia Comportamental.³⁶⁹ O estudo assumiu a hipótese de que a moeda induz as pessoas a se sentirem mais autossuficientes e a agir de acordo com essa maior autossuficiência. O comportamento autossuficiente, por sua vez, é definido como um *estado isolado em que pessoas despendem esforços para atingir objetivos pessoais e preferem estar separadas de outras pessoas.*³⁷⁰ Assim considerada, a autossuficiência tem tanto características positivas quanto negativas. Espera-se que pessoas autossuficientes estejam mais dispostas a trabalhar sem ajuda de outros e a se esforçar mais na busca de gratificações pessoais. Mas também espera-se que sejam menos dispostas a ajudar outras pessoas e a se comprometer com objetivos comunitários. Em síntese, pessoas autossuficientes são mais egoístas, mas também são mais resilientes e independentes. Essa mistura de características desejáveis e indesejáveis, afirmam as pesquisadoras, ajudaria a explicar porque a moeda traz consequências sociais positivas e negativas.

À luz da atual compreensão sobre as funções que aqui identificamos como do "Sistema 1" (o sistema automático, ou intuitivo), o estudo se propôs a investigar se apenas a exposição à ideia de moeda³⁷¹ de modo a torná-la mais

³⁶⁸ VOHS et. al., 2006.

³⁶⁹ Cf. ARIELY, 2009, posição 1216; ARIELY, 2013, Aula 2.7; KAHNEMAN, 2011, posição 946.

³⁷⁰ Parafraseamos a partir do seguinte trecho: "We tested whether activating the concept of money leads people to behave self-sufficiently, which we define as an insulated state wherein people put forth effort to attain personal goals and prefer to be separate from others." (VOHS et. al., 2006, p. 1154.)

³⁷¹ *Moeda* (money) é utilizada nos estudos para designar uma instituição econômica típica, e não como sinônimo de propriedade ou posse: "In this

acessível³⁷² (técnica chamada pela Psicologia Cognitiva de *priming*) faria com que pessoas se comportassem de forma mais autossuficiente, com as características positivas e negativas associadas a esse comportamento. Lembremos que o Sistema 1 atua de forma inconsciente e não pode ser *desligado*, o que significa que as associações feitas pelo Sistema 1 não são percebidas pelo Sistema 2. Para ativar a ideia de moeda, as pesquisadoras submeteram os participantes à tarefa de desembaralhar frases que continham referências a dinheiro (por exemplo, formar a partir das palavras "alto salário mesa pagar" a frase "pagar alto salário"). No grupo de controle, as frases eram neutras (por exemplo, "frio está mesa lá fora" viraria "está frio lá fora"). Houve também um grupo de participantes em que as frases eram neutras, mas que moedas de brinquedo (do jogo de tabuleiro Monopoly) foram postas no campo visual dos participantes. Tanto as moedas de brinquedo quanto as frases contendo referências a dinheiro tinham por objetivo fazer o *priming* da ideia de moeda. Depois dessa primeira tarefa, os participantes foram submetidos a situações que testaram persistência, independência, disposição para ajudar outras pessoas e sociabilidade.

Os resultados da pesquisa foram consistentes com a hipótese do comportamento autossuficiente provocado pela ideia de dinheiro. Comparados com os participantes neutros, participantes que tinham sido ativados (*primed*) com a ideia de moeda persistiram pelo dobro do tempo para completar tarefas

Report, "money" refers to a distinct entity, a particular economic concept. Consistent with other scholarly uses of the term, we use the term money to represent the idea of money, not property or possessions." (VOHS et. al., 2006, p. 1154). Por esse motivo, optamos por traduzir *money* como *moeda*, e não como *dinheiro*.

³⁷² Sobre acessibilidade e Sistema 1, ver item 2.4.3 supra.

difíceis e buscaram menos ajuda quando confrontados com uma tarefa impossível. Mas participantes ativados com a ideia de moeda se mostraram consideravelmente menos dispostos a auxiliar um colega que necessitava de ajuda para completar o experimento e para auxiliar um pesquisador que desastradamente derrubava um monte de lápis no chão. Além disso, participantes ativados mostraram maior disposição para ficar sozinhos e, em um experimento em que tinham de conhecer uma pessoa estranha, colocavam suas cadeiras consideravelmente mais distantes de seu interlocutor do que participantes que não tinham sido ativados.

Os resultados dessa pesquisa mostram que, ao contrário do que supõe o modelo neoclássico de racionalidade, as preferências não são o resultado autônomo da vontade individual do ser humano. Preferências são profundamente influenciadas pelo contexto. Não é apenas o caso de que em relações de mercado pessoas se comportam de maneira autossuficiente. Instituições de mercado geram pessoas autossuficientes - mais independentes, mas mais egoístas. As implicações desse estudo são ressaltadas por Daniel Kahneman:

O tema geral dessas descobertas é que a ideia de moeda ativa (*primes*) o individualismo: uma relutância de se envolver com outros, de depender de outros, ou de aceitar demandas de outros. A psicóloga que conduziu essa notável pesquisa, Kathleen Vohs, foi impecavelmente reservada na discussão das implicações de suas descobertas, deixando essa tarefa para seus leitores. Seus experimentos são profundos - suas descobertas sugerem que viver em uma cultura que nos cerca com lembretes de moeda pode moldar nosso comportamento e

nossas atitudes de maneiras que não sabemos ao certo e de que não nos orgulhemos muito.³⁷³

Essas constatações têm relevância para o estudo das instituições econômicas. Na medida em que instituições econômicas façam referência à moeda como meio de articular as decisões de alocação de recursos escassos, o comportamento dos agentes econômicos será compatível com o de relações de mercado. Por outro lado, na medida em que a alocação de recursos se dê por instituições extramercado (como as identificadas por Coase, discutido no item 2.3 supra), em que o sistema de preços (e portanto, a moeda) tem função subsidiária, haverá espaço para que o comportamento dos agentes econômicos se dê de modo compatível com o de relações comunais. Há, portanto, uma relação de implicação recíproca entre comportamentos e instituições - as próprias instituições influenciam comportamentos, e comportamentos influenciam instituições. Essa constatação nos remete à ideia de profecia autorrealizável a que se refere Mangabeira Unger³⁷⁴: quanto mais instituições baseadas na competição de interesses hedonistas, mais a competição de interesses hedonísticos será determinante das relações econômicas. É possível, logo, pensar na organização institucional da atividade econômica não como uma resposta a um dado modelo de racionalidade, como sugerem as abordagens baseadas na Economia Neoclássica. Há

³⁷³ "The general theme of these findings is that the idea of money primes individualism: a reluctance to be involved with others, to depend on others, or to accept demands from others. The psychologist who has done this remarkable research, Kathleen Vohs, has been laudably restrained in discussing the implications of her findings, leaving the task to her readers. Her experiments are profound - her findings suggest that living in a culture that surrounds us with reminders of money may shape our behavior and our attitudes in ways that we do not know about and of which we may not be proud." (KAHNEMAN, 2011, posição 946 - tradução livre.)

³⁷⁴ Cf. UNGER, 2007a, p. 34, e item 2.1 acima.

instituições que organizam as relações econômicas com base na cooperação baseada na troca e na competição, tal como ponderava Adam Smith. Mas também há instituições que organizam as relações econômicas com base em outros modos de cooperação. Um exemplo são as firmas estudadas por Ronald Coase; outro exemplo relevante é a família - que organiza e distribui recursos tais como alimentação, serviços domésticos, cuidados à saúde...

Em diversos casos, o comportamento autossuficiente é desejável, e as instituições econômicas podem estimulá-lo. Em outros tantos casos, o comportamento autossuficiente gera respostas egoístas que podem ir contra aquilo que as próprias pessoas entendem como justo e desejável. É possível pensar em instituições econômicas alternativas, pautadas em relações comunitárias. Por vezes, os incentivos das relações comunitárias podem ser tão ou mais efetivos do que o das relações de mercado, o que faz com que, mesmo sob o parâmetro de criação de riqueza, a busca de instituições extramercado não possa ser desprezada.

2.5. A influência do direito nas instituições econômicas, segundo a Análise Jurídica da Política Econômica de Marcus Faro de Castro

Entender que mercados são criações e que seu funcionamento não se resume à racionalidade da busca individual pela maximização da utilidade permite desvencilhar-nos do fetichismo institucional, para compreender que mercados possuem múltiplas configurações e funcionam de múltiplas maneiras. Não há uma única e necessária forma institucional para a economia de mercado. Em verdade, é possível falar não em economia de mercado, mas em *economias* de mercado - no

plural, diante das diversas manifestações institucionais possíveis.

Nessa visão - a que neste trabalho nos vinculamos - o direito deixa de ser instrumento de convergência para um determinado conjunto típico de instituições econômicas. Passa a ser meio para o exato oposto, para a construção da diversidade institucional voltada à realização de diferentes projetos democráticos da sociedade contemporânea. Uma abordagem que privilegia essa visão é a da Análise Jurídica da Política Econômica formulada por Marcus Faro de Castro, que passaremos a expor.

Segundo Marcus Faro, mercados *resultam de uma densa e complexa teia de regras e estruturas normativas, pública e politicamente instituídas em processo de mudança contínua.*³⁷⁵ São produto de uma dada conjuntura, conjuntura esta que é delimitada por *regras e estruturas normativas* desenvolvidas em "dinâmicas de competição estratégica entre grupos de interesse, governos, partidos e coalizões".³⁷⁶ A ideia de uma *teia* ressalta a interrelação entre instituições públicas e privadas como elemento nuclear dos mercados.

Por sua vez, regras que estruturam mercados e que são instituídas politicamente formam, segundo o autor, a *política econômica*. Se mercados são uma teia de regras e estruturas normativas públicas e privadas, e se ao menos parte dessas regras são fruto da política econômica, o resultado é que mercados terão diferentes configurações a depender das diferentes políticas econômicas. Ao se falar que não há o

³⁷⁵ CASTRO, 2006, p. 42.

³⁷⁶ CASTRO, 2006, p. 43.

mercado tomado em abstrato, ressalta-se a pluralidade de possíveis configurações que a política econômica pode dar a mercados. Assim, mercados são criações - como disse Coase. Mas diferentemente de Coase, a análise de Marcus Faro ressalta que mercados são criações *políticas*. Todavia, a própria política econômica está imersa na *teia* de instituições públicas e privadas. Também as regras instituídas politicamente não existem no vazio institucional. Assim, ao contrário de considerar a política econômica como algo distinto e externo a mercados, Marcus Faro destaca seu papel na formação dos mercados - ou, mais propriamente, das instituições *econômicas*:

...na medida em que a política econômica encontra-se ao menos parcialmente imbrincada com valores culturais, ou é governada por ideais e princípios formulados e promovidos juridicamente para realizar a justiça, cristalizam-se as instituições econômicas. As instituições econômicas, portanto, são mais do que a simples política econômica, pois abrangem a articulação desta última com a cultura e/ou regras e princípios formulados juridicamente a serviço da realização da justiça.³⁷⁷

Portanto, a integração da política econômica a ideais de justiça é feita pelas instituições econômicas. Essa integração é objeto de *formulação jurídica*, nas palavras do autor. Porém, para Castro, a *formulação jurídica* não está presente em todas as instituições econômicas:

...muitas instituições econômicas, embora possam adquirir caráter constitucional no sentido político, podem permanecer carentes de formulação jurídica, capaz de relacionar a estrutura de tais instituições à

³⁷⁷ CASTRO, 2006, p. 42.

realização de ideais de justiça, dando prioridade a estes últimos. Nesses casos, pode-se dizer que as instituições em causa têm caráter "constitucional" em sentido político, e não, ainda em sentido "jurídico".³⁷⁸

Instituições econômicas, desse modo, não decorrem necessariamente da *formulação jurídica*, apesar de estarem ligadas a valores culturais, ideais e políticos que poderiam (ou deveriam) se vincular com a realização da justiça. Há, segundo Castro, institucionalização de *interesses* que efetivamente se opera pelo direito, mas há também institucionalização *de fato* - em que juristas não se pronunciam sobre ela ou sequer tomam conhecimento de sua existência.³⁷⁹ A formulação jurídica, desse modo, não é índice nem da existência de instituições econômicas, nem da vinculação das instituições econômicas a valores voltados à realização da justiça. É nesse contexto que Marcus Faro propõe sua *Análise Jurídica da Política Econômica*, como uma alternativa a abordagens típicas do Pensamento Jurídico Contemporâneo e - especialmente - daquilo que aqui chamamos de *visão paradigmática sobre direito e economia*³⁸⁰, para fins de

³⁷⁸ CASTRO, 2006, p. 43.

³⁷⁹ Cf. CASTRO, 2010, pp. 160-161.

³⁸⁰ A crítica de Marcus Faro de Castro às abordagens jurídicas atualmente em evidência é sintetizada neste parágrafo: "As opções de análise jurídica apontadas acima, contudo, não se prestam a conciliar a funcionalidade e a produtividade da economia, de um lado, e, de outro, a equânime proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos e grupos, promovendo assim a justiça econômica. A interpretação formal olha unicamente para as formas jurídicas, as construções dogmáticas, não levando em consideração os fatos que constituem situações empíricas dramáticas e facilmente caracterizáveis como injustas, tais como a pobreza, a fome, a morte de pessoas por doenças comumente tratáveis e assim por diante. Das formas jurídicas abstratas, podem ser derivadas apenas outras formas abstratas, não juízos marcados com a experiência de vida social. Por sua vez, a interpretação substantiva não leva em consideração, de maneira disciplinada, as implicações, em termos de política econômica e seus efeitos, das soluções apontadas para os casos considerados. A seu turno, a "ponderação de valores", sendo de caráter genérico e abstrato, acaba se apoiando em especulações imprecisas sobre o

confrontar a política econômica e as instituições econômicas com a realização de ideais de justiça.

A importância de alternativas ao Pensamento Jurídico Contemporâneo e à visão paradigmática se dá pela necessidade de reforço à democracia, compreendida como principal instrumento social de formulação de projetos de justiça. Nesse sentido, o pensamento de Marcus Faro converge com o de Mangabeira Unger³⁸¹, acerca do recurso à opinião democrática como critério pragmático de realização da justiça:

Segundo a perspectiva da AJPE, é na criação de novos papéis e nas oportunidades para a redefinição das relações sociais e instituições que reside a liberdade, entendida como "poder prático de transformação social". Tal transformação social corresponde a mudanças nas hierarquias sociais herdadas, não negociadas no presente, e que definem a ordem corrente da sociedade.³⁸²

E ainda:

Nas democracias, portanto, a opinião livremente formada pelos indivíduos sobre o que são e devem ser os seus direitos é, de certo modo, uma importante e indispensável fonte de critérios para a determinação do que devem ser os conteúdos concretos dos direitos em termos de padrões de ação efetiva (fruição). Diante disso, controvérsias sobre a realidade social e possibilidades de reformas favorecedoras da fruição

que são os "valores" em questão, e sobre qual a maneira de ajuste mútuo entre eles que seria mais adequada para atender aos interesses concretos dos membros da sociedade. Por fim, a AED [Análise Econômica do Direito], ao proceder por meio da chamada "análise de custo-benefício", não leva em conta as relações entre interesses materiais e valores não econômicos, que são relevantes para a promoção da justiça econômica." (CASTRO, 2009, p. 21).

³⁸¹ Ver item 2.1 supra.

³⁸² CASTRO, 2009, p. 30.

adquirem relevância. Assim, a percepção de que determinadas políticas públicas ou econômicas limitam as possibilidades de fruição de direitos torna-se, em tese, fundamento para exigir que tais políticas sejam sempre estruturadas de modo a promover, e não prejudicar, a efetividade do exercício de direitos fundamentais e direitos humanos.³⁸³

Portanto, a ênfase de Marcus Faro é no papel que o direito possui de *transformação social*, a partir dos diversos projetos de sociedade que são construídos pela livre opinião no seio das democracias contemporâneas. A medida desse papel não se dá pela referência a formulações abstratas de categorias jurídicas, mas pela verificação empírica da *fruição de direitos*, conforme formulados pela *opinião livremente formada dos indivíduos*. Por conseguinte, o déficit na implementação de ideais de justiça na economia não é apenas decorrente da existência de instituições econômicas que não tenham sido objeto de *formulação jurídica*, mas também da própria desvinculação entre os atuais critérios que pautam a *formulação jurídica* e as condições práticas de implementação de ideais de justiça na economia. Em resultado, Marcus Faro identifica a impropriedade de tratar a atuação do direito na economia sob a óptica de mediação da *intervenção* do Estado, tal como faz a visão paradigmática:

A dogmática das formas de intervenção do Estado na economia ignora que não se pode conceber a moderna sociedade de mercado sem admitir que certos direitos individuais (propriedade e contrato) sejam postos sob a proteção do próprio Estado. [...] Uma vez reconhecido o alcance desse argumento, a questão passaria então a ser, não acerca da "intervenção" versus a "não intervenção" -

³⁸³ CASTRO, 2009, p. 26.

sendo esta última denotativa da liberdade (por exemplo, a liberdade de iniciativa) -, mas sim sobre a qualidade da ação do Estado, ou seja, sobre a qualidade da forma institucional da ação estatal. Esta pode ser organizada de modo a promover, ou a reprimir, a liberdade de indivíduos e grupos.³⁸⁴

Portanto, a ação estatal, no seio da política econômica, pode tanto ser instrumento de maior justiça econômica e liberdade (individual ou política), como pode ser obstáculo a que ideais de justiça se implementem na prática. Com efeito, segundo Marcus Faro, por vezes a ação estatal promove *inserção econômica* - isto é, institucionalização econômica de interesses - mediante a *seleção restritiva* de interesses sociais.³⁸⁵ Em outras palavras, a ação estatal cria ou molda instituições econômicas que refletem interesses de grupos sociais específicos. O autor cita diversos exemplos em que essa *seleção restritiva* operou em detrimento do que chama de *interesses emergentes* - aquele que corresponde a grupos sociais historicamente aliçados do poder político, mas que no último século passaram a ter relevância no debate democrático³⁸⁶ mediante, sobretudo, a expansão do direito ao voto.³⁸⁷ Como diz o autor, *as autoridades públicas podem promover a explícita habilitação econômica de indivíduos ou grupos, ou podem provocar a marginalização ou inabilitação econômica (relativa ou até absoluta) de indivíduos ou*

³⁸⁴ CASTRO, 2009, p. 21.

³⁸⁵ CASTRO, 2010, p. 160.

³⁸⁶ Nesse sentido: "...é sabido que a ação legislativa - impulsionada pelos interesses emergentes de massas de indivíduos de facto destituídas da titularidade de "direitos subjetivos", mas que passaram a ser incorporadas ao processo político em consequência da expansão do sufrágio, a partir da primeira reforma do parlamento inglês em 1832 - rapidamente tornou-se muito mais exuberante e copiosa do que poderiam comportar os códigos civis, de base jusnaturalista ou historicista." (CASTRO, 2010, p. 151.)

³⁸⁷ Cf. CASTRO, 2006, pp. 46 e ss.; CASTRO, 2010, pp. 151 e ss.

grupos.³⁸⁸ Assim, a ação estatal por si não é indicativa nem de maior justiça social, nem de menor justiça social. O que importa é a *qualidade* da ação estatal.

Assim, o autor adota uma tipologia da atividade econômica desvinculada do critério da assunção de atividades de produção e consumo de bens e serviços pelo Estado. Isso porque parte de uma concepção mais ampla - e no nosso entender mais precisa - de política econômica, para abranger mais do que a mera opção estatal de atuar ou não como agente econômico. Ao invés de dividir a atividade econômica segundo o critério formal da *reserva* de determinadas atividades à ação estatal, Marcus Faro recorre à divisão entre *instituições de mercado* e *instituições extramercado*. Essa divisão não se pauta na existência de *custos de transação* - como faz Coase³⁸⁹ -, mas na ideia de que a economia de mercado possui um *enraizamento social*.³⁹⁰ Sobre essa concepção, diz o autor:

Conforme insistem economistas contemporâneos como Rodrik, "a economia de mercado existe de modo

³⁸⁸ CASTRO, 2010, p. 161.

³⁸⁹ Ver item 2.3 supra.

³⁹⁰ Marcus Faro, em verdade, é crítico da fundamentação da divisão entre instituições de mercado e extramercado com base nos custos de transação: "Desde a divulgação da "teoria da firma" de Ronald Coase (1937), expandiu-se (especialmente a partir dos anos 1960) uma literatura que distingue entre as organizações (empresas) e mercados. As discussões vinculadas à "teoria da firma" gravitam em torno da ideia de que as organizações têm o objetivo de diminuir os "custos de transação". Os trabalhos dessa tradição entendem como "custo" o que poderia, a partir de outro ponto de vista, ser considerado como relações de poder ou como fatos pertencentes ao âmbito da institucionalização de obrigações morais. Porém, à margem da literatura advinda da "teoria da firma", existe uma tradição mais antiga de análise sociológica e antropológica - para cuja formação contribuiu o trabalho de autores como Max Weber e Marcel Mauss - que aponta para o "enraizamento social" da economia de mercado. É nesta última perspectiva, do enraizamento social da economia, que o presente texto se refere a "instituições extramercado."" (CASTRO, 2010, p. 161). As visões de Coase e Castro, porém, tratam-se de dois pontos de vista distintos que, se combinados, trazem resultado analítico mais rico para a questão, como veremos adiante.

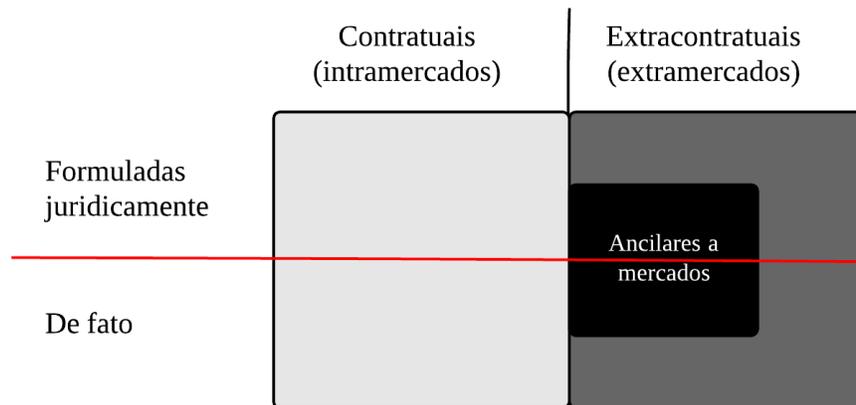
necessariamente enraizada em um conjunto de instituições extramercado (*nonmarket institutions*)". As instituições "extramercado" estão envolvidas na produção de bens não mercantis, prezados pelos indivíduos, mas não sujeitos à livre alienação. Portanto, sobre eles, incide alguma reserva de indisponibilidade. As instituições extramercado são, também, "extracontratuais", uma vez que nelas não corre a coordenação contratual de interesses, entendendo-se como coordenação contratual os processos de livre estipulação de condutas mutuamente confiáveis por meio da barganha privada, sem interferência direta da autoridade pública.³⁹¹

Desse modo, o autor caracteriza as instituições extramercado por seu aspecto *extracontratual*, isto é, por não estarem sujeitas à estipulação por acordo entre agentes privados. Além disso, ao salientar o *enraizamento social*, Marcus Faro enfatiza que as instituições de mercado não apenas convivem com, mas necessitam de instituições extramercado. Finalmente, afirma a existência de atividades extracontratuais (extramercados) que oferecem suporte a atividades contratuais (intramercados). Entre as atividades extracontratuais, destaca, por exemplo, a regulação estatal das bolsas de valores, sem a qual a negociação privada de capital em bolsa não seria viável. Mas há também atividades extracontratuais que não são suporte de atividades contratuais - Marcus Faro usa o exemplo de museus mantidos com recursos do erário.³⁹² A Figura 11 abaixo ilustra a tipologia das instituições econômicas proposta pelo autor.

³⁹¹ CASTRO, 2010, p. 161.

³⁹² Cf. CASTRO, 2010, p. 161.

Figura 8 - Instituições econômicas segundo Marcus Faro de Castro



Fonte: elaboração do autor a partir de CASTRO (2009, 2010)

Como representado na Figura 11, Marcus Faro propõe que a *inserção econômica* de interesses emergentes se pode dar seja na dimensão das instituições intramercados, seja na das instituições extramercados.³⁹³ Essa multiplicidade de opções implica um sem número de alternativas para a política econômica, o que também faz com que não haja uma forma institucional única, predeterminada, a pautar a *formulação jurídica* da economia. Admitir que política econômica engloba uma pluralidade de formas, significa também relativizar o papel do direito tal qual como hoje (conjunturalmente) institucionalizado. A *formulação jurídica* - especialmente a pronúncia de direitos subjetivos por agentes estatais - não é, portanto, condição necessária para a realização de ideais de

³⁹³ Diz o autor: "Assim, a modificação da inserção econômica de interesses de indivíduos ou grupos pode promover a sua habilitação econômica, correspondente à sua absorção nos setores contratual e/ou extracontratual da economia de mercado. Ou pode, ainda, se dar mediante a modificação da posição relativa corrente dos indivíduos ou grupos no contexto de cada um desses setores. Nesse sentido, a incorporação, as interações sociais efetivas, de interesses emergentes pode ser feita mediante o reconhecimento jurídico desses interesses como "direitos subjetivos", mas pode ocorrer sem esse pronunciamento jurídico." (CASTRO, 2010, p. 162.)

justiça, em especial ao se ter em consideração seu caráter temporário e contingente:

A emergência de interesses com potencial para serem incorporados à coordenação institucional em relações confiáveis e, assim, justas é particularmente estimulada nas sociedades democráticas de mercado. As possibilidades de institucionalização desses interesses são um campo em aberto, não existindo um modelo, um script, uma norma imutável a determinar quais escolhas devem ser feitas, pois tais escolhas dependem de análises sobre o contexto em que os interesses se articulam e se projetam em relação ao presente e ao futuro próximo (ou previsível, de acordo com variadas perspectivas). De modo condizente com isso, as normas emitidas pelas autoridades públicas e que incidem sobre a institucionalização dos interesses são temporárias, advindas das contraposições cambiantes entre os componentes - inclusive tribunais judiciais, locais e internacionais - dos sistemas de freios e contrapesos, multiformes e parcialmente internacionalizados, das democracias hoje.³⁹⁴

Em síntese: o direito atua no âmbito institucional da economia, e pode, logo, criar, modificar ou extinguir instituições, ou disciplinar as relações entre diversas instituições, ou ainda se abster de realizar a formulação jurídica de instituições em prol da existência e funcionamento de instituições de fato. Como não há uma receita pronta, não há uma opção que possa aprioristicamente ser considerada como correta. É o contexto de fruição de direitos que melhor determinará a melhor estratégia de atuação do direito na economia, conforme os projetos individuais e coletivos formulados nas atuais sociedades democráticas.

³⁹⁴ CASTRO, 2010, p.168.

Nesse sentido, a proposta de Marcus Faro é relativista do ponto de vista da formulação jurídica de instituições, mas não do ponto de vista da necessidade de instituições que viabilizem e ampliem a *fruição* de direitos. O autor desvincula a atuação jurídica de uma forma institucional predeterminada e reconhece que a *formulação jurídica* não é necessária à fruição de direitos. Mas a fruição de direitos é eleita como critério central, fundamental, para que se julguem as instituições. A flexibilização quanto à formulação jurídica das instituições econômicas que decorre da proposta de Marcus Faro, portanto, não equivale à abdicação do papel do direito na realização de ideais de justiça. Ao contrário, reforça esse papel, ao libertá-lo de conjuntos específicos de instituições - inclusive das próprias instituições formuladas pelo direito.³⁹⁵

³⁹⁵ Como parte de sua *Análise Jurídica da Política Econômica*, Castro propõe instrumentos analíticos para medir a fruição empírica de direitos, que chama de "Análise Posicional" e de "Nova Análise Contratual" - ver: CASTRO, 2009 e 2013.

Capítulo 3 - Estudos de casos: a influência do Estado na telefonia de longa distância e na criação da Internet

Até aqui buscamos demonstrar a possibilidade de análises jurídicas que superem os limites postos pelo fetichismo institucional, de modo a rever a compreensão dos efeitos do Estado na economia e, com isso, propor novas formas de atuação para o direito. Em especial, enfatizamos a existência de atividades e instituições extramercado na alocação de recursos, a interdependência entre instituições extramercado e instituições de mercado na estruturação das relações econômicas, e o papel de instituições jurídicas na formação e modificação das instituições econômicas e dos fluxos e de relações institucionais e de circulação de bens e serviços que caracterizam uma dada economia. Os estudos de caso a que nos dedicaremos a seguir têm por objetivo ilustrar essas constatações e evidenciar as omissões da visão paradigmática.

Nos estudos de casos, nossa análise terá por base a distinção entre atividades e instituições extramercados e de mercados (intramercados). A distinção considerará, tal como Coase³⁹⁶, a coordenação da alocação de recursos segundo mecanismos de preços. Assim, instituições que se remetem a mecanismos de preços para alocação de recursos serão consideradas instituições de mercado. Instituições que não usam mecanismos de preços - o que inclui sociedades empresárias, tal como faz Coase - serão consideradas instituições extramercados.

³⁹⁶ Ver item 2.2 supra.

3.1. Análise do papel do Estado na abertura do mercado de telefonia nos EUA entre 1960 e 1996

Até a década de 1960, a AT&T era a única prestadora de telefonia de longa distância a operar nos EUA. O Sistema Bell, composto pela AT&T e pelas companhias regionais (chamadas BOCs - *Bell Operating Companies*), operava um monopólio quase absoluto dos serviços de telefonia americanos. Na telefonia local, esse monopólio era assegurado por *franchises*³⁹⁷ estaduais exclusivas, normatizadas e fiscalizadas por agências reguladoras estaduais - as *Public Utilities Commissions* (PUCs). Na telefonia de longa distância (interestadual e internacional), a exclusividade decorria do fato de que a exploração do serviço dependia de licença (*license*) da *Federal Communications Commission* - FCC, e esta não havia até então conferido licenças a nenhum concorrente da AT&T.

A manutenção do monopólio da AT&T significou a adoção do que ficou conhecido como *Paradigma Vail*³⁹⁸ - em referência a Theodore Vail, presidente da AT&T até 1922 e grande responsável por sua implementação. Nos anos de 1907 a 1922, Vail protagonizou uma forte campanha de apoio à

³⁹⁷ O significado de *franchise* no direito americano engloba tanto o ato formal que estabelece a personalidade jurídica de uma empresa (*primary franchise*), como o ato formal que faculta a uma dada empresa empregar vias públicas na execução de seus serviços (*secondary franchise*). Em muitos Estados americanos, a concessão de uma nova *franchise* para uma *public utility* passou a depender da obtenção de um certificado de utilidade pública conferido por uma *Public Utility Commission*, o que conferia a esta a prerrogativa de estabelecer monopólios na prestação de serviços - ver: JONES e BIGHAM, 1931, pp. 105-106.

³⁹⁸ Cf. BYRNES, 1999, pp. 35-36.

regulação nos estados onde ela existia, ao mesmo tempo em que defendia o Sistema Bell como o melhor meio de promover o bem público.³⁹⁹ Vail defendeu fervorosamente que o setor de telefonia era um *monopólio natural*⁴⁰⁰, que a duplicação de infra-estrutura era maléfica ao serviço e que apenas a AT&T poderia prover adequadamente o *serviço universal*. Em troca, deveria haver proteção pública do negócio, de modo a garantir os meios necessários para o financiamento do serviço universal.⁴⁰¹ Os argumentos de Vail ressoaram e tanto governos estaduais como o governo federal americanos acabaram por conferir à AT&T e a suas subsidiárias (as BOCs) o monopólio dos serviços de telefonia.

Portanto, o *Paradigma Vail* expressa a ideia de que o monopólio da AT&T serviria de suporte a um sistema nacional de telefonia, cuja expansão (universalização) seria financiada pelos próprios ganhos do monopólio. No início do séc. XX, quando a telefonia era sobremaneira um meio de comunicação local (intra-estadual), os ganhos do monopólio eram utilizados pelas agências estaduais (as PUCs) para estabelecer subsídios cruzados de forma que a telefonia comercial subsidiasse a residencial, e a telefonia urbana subsidiasse a rural. Quando a telefonia interurbana (interestadual) ganhou relevância e passou a gerar receita substancial, os Estados passaram a

³⁹⁹ Como afirma Willian Byrnes, a intenção de Vail era identificar os interesses de sua companhia com o interesse público de controle do setor de telefonia: "*The private monopoly sought to meld its interests with the existence of public regulatory authority. The existence of common carrier regulation was used as justification for continued monopoly.*" (BYRNES, 1999, p. 35.)

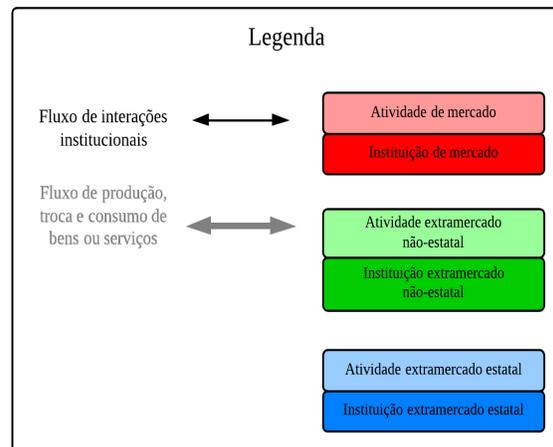
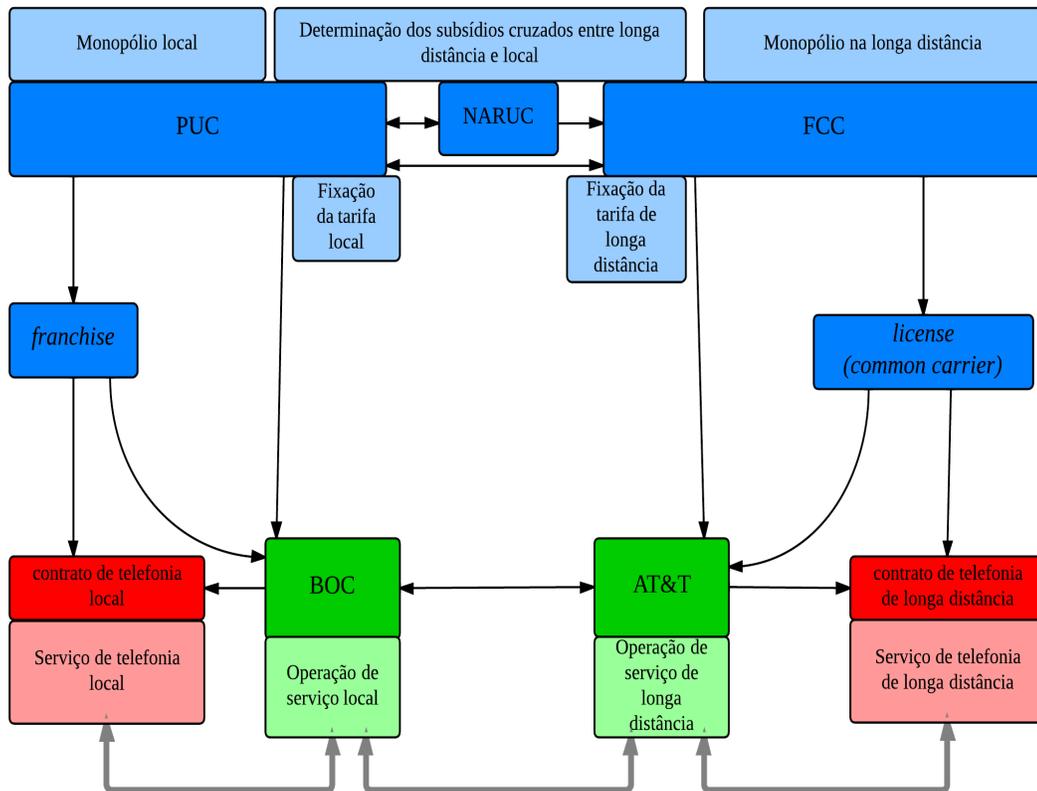
⁴⁰⁰ Cf. HUBER et. al., 1999, pp. 85-87.

⁴⁰¹ Vail afirmou que: "If there is to be state control and regulation, there should also be state protection—protection to a corporation striving to serve the whole community ... from aggressive competition which covers only that part which is profitable." (Apud ROBINSON, 1989, p. 7 - tradução livre.)

pressionar a FCC para que os lucros da telefonia de longa distância - regulados pela agência federal - subsidiassem os custos da telefonia local - regulados pelas PUCs. Para tanto, os reguladores estaduais organizaram uma associação nacional, então nomeada *National Association of Railroad and Utilities Commissioners* (NARUC). A NARUC possuía assento nas reuniões da FCC que cuidassem sobre tarifas interestaduais e, embora não possuísse voto, exercia considerável pressão nas decisões da agência federal. Por outro lado, na medida em que cresceram os lucros da telefonia interestadual (em razão do aumento do tráfego e da amortização dos investimentos), aumentou a importância do subsídio cruzado entre ligações de longa distância e locais para as políticas estaduais de universalização da telefonia. Assim, as decisões da FCC passaram a ter importante repercussão na esfera estadual, tanto do ponto de vista das possibilidades abertas à exigência pelas PUCs de maior cobertura ou de tarifas mais baixas, como do ponto de vista dos recursos disponíveis para as BOCs realizarem investimentos e melhorias nas redes locais.⁴⁰² A Figura 9 abaixo busca retratar as principais instituições e respectivas interrelações do cenário acima descrito.

⁴⁰² Cf. HUBER et. al., 1999, pp. 33, 92-101 e 221-226; LAENDER, 2009, pp. 131-132; HENCK e STRASSBURG, 1988, pp. 1-20.

Figura 9 - Estrutura institucional da telefonia de longa distância em 1960 nos EUA



Fonte: elaboração do autor.

Como se percebe na Figura 9, instituições extramercado tinham função preponderante na distribuição dos recursos alocados aos mercados de telefonia de longa distância e telefonia local. No caso acima, os monopólios local (intra-estadual) e de longa distância (interestadual) foram determinados por uma política pública, e não por resposta dos agentes econômicos a incentivos dados por mecanismo de preços. Por isso, o estabelecimento dos monopólios foi resultado de atividades extramercados, e as instituições envolvidas com essas atividades eram - nesse caso - instituições extramercados. As instituições extramercados viabilizaram a política de subsídios cruzados, cujo objetivo foi influenciar no fluxo de alocação de recursos de modo a propiciar preços mais baixos nas ligações locais. Os contratos de telefonia local e de longa distância, por outro lado, são instituições de mercado, pois estavam implicados com a oferta e a aquisição do serviço de telefonia a um dado preço. Mas tanto o preço, quanto as partes que podem integrar o contrato, não são estipulados por atividades de mercados, mas sim determinados pelas PUCs e pela FCC - logo, por atividades e instituições extramercados.

O fluxo de relações institucionais, representado pelas setas pretas, retrata, nas relações entre as agências reguladoras estaduais e federal, as interações que resultaram na construção da política de subsídios cruzados. Assim, o fluxo de relações institucionais entre AT&T (a *holding*) e BOCs (suas subsidiárias) é afetado pelo fluxo das relações institucionais com FCC, NARUC e PUCs. Note-se que é em resultado das interações institucionais que o fluxo de alocação de recursos é também afetado. Os recursos empregados na prestação de serviços locais e de longa distância não dependem apenas do preço e da possibilidade de lucro em face

dos custos assumidos com a prestação do serviço. Dependem também das decisões de alocação de recursos por parte das BOCs e da AT&T - tanto internas a essas organizações, quanto as decorrentes das relações entre holding e subsidiárias. Dependem ainda das tarifas fixadas pelas PUCs e pela FCC. Assim, integra o fluxo de alocação de recursos (setas cinzas) a destinação dos lucros da telefonia de longa distância para custear a telefonia local - o que não é resultado das instituições de mercado diretamente envolvidas, mas sim das instituições extramercados, conforme o fluxo de interações institucionais (setas pretas).

Desse modo, podemos caracterizar a política de subsídios cruzados baseada no Paradigma Vail como a construção e atuação de instituições extramercados, cujo objetivo foi influenciar atividades extramercados (relativas à alocação de recursos dentro do Sistema Bell) e atividades de mercado (relativas à alocação de recursos decorrente dos contratos de prestação de telefonia local e de longa distância). Esse foi o modelo que pautou a política pública relativa à telefonia nos EUA até o final da década de 1950.

A partir de 1960, uma seqüência de eventos modificou completamente o panorama das telecomunicações americanas. O primeiro evento dessa seqüência foi antecedido pela invenção, na década de 1930, dentro do Sistema Bell, da tecnologia de micro-ondas para fins de comunicação. Micro-ondas são ondas de rádio curtas e de alta frequência. Tal como já faziam, por exemplo, os sistemas de radiodifusão para transmissão de programações de vídeo, música e entretenimento, torres de micro-ondas usam radiofrequência para a transmissão de informações como vídeo e voz. Porém micro-ondas, em comparação com as ondas do rádio comercial e da televisão, se propagam em linha reta e transmitem maior volume de informações. Isso

permite que sejam usadas como substitutos de fios de cobre e cabos coaxiais na construção de linhas-troncos do sistema de telefonia. As linhas-troncos (ou *backbone*), por sua vez, são responsáveis por conectar redes locais (por exemplo, conectar a rede de Nova Iorque à de Boston), por isso necessitam de alta capacidade de transmissão de informação, tal como a viabilizada pela tecnologia baseada em micro-ondas. Torres de micro-ondas são, contudo, opções mais baratas do que fios de cobre e cabos coaxiais para estabelecer redes troncais de longa distância, mas têm a desvantagem de estarem sujeitas a intempéries meteorológicas (dado que as ondas se propagam no ar, e não confinadas a um fio ou cabo) e à interferência de outros transmissores de radiofrequência. Sua importância como opção de engenharia pode ser ilustrada pelo fato de que, em 1960, 25% da rede de longa distância do Sistema Bell operava com base em torres de micro-ondas.⁴⁰³

Porém, se a possibilidade de empregar torres de micro-ondas diminuiu custos do Sistema Bell, também tornou economicamente viável a concorrência com a AT&T. Já no final da década de 1940, a FCC passou a receber pedidos de empresas interessadas em implantar *linhas privadas* - isto é, não disponíveis ao público em geral - baseadas em torres de micro-ondas. A implantação dependia de licença da FCC tanto para o estabelecimento de rede de telecomunicações, como para o uso do espectro de radiofrequência. A FCC, contudo, negou as licenças requeridas. Apenas linhas usadas para transmissão de vídeo, em suporte a redes de televisão, foram autorizadas a funcionar: o uso de micro-ondas para competir com o Sistema Bell no serviço de telefonia não era licenciado pela FCC.

⁴⁰³ Cf. HUBER et.al., 1999, pp. 28-29.

Mesmo assim, as licenças limitavam a operação das linhas privadas a locais onde não houvesse presença do Sistema Bell e exigia que essas linhas deixassem de operar quando o serviço da AT&T passasse a ser disponível nesses locais.⁴⁰⁴

A FCC, porém, mudou de entendimento em 1959, ao regular a prestação de serviço em faixas de radiofrequência superiores a 890 MHz. A regulamentação da FCC - conhecida como *Above 890* - abriu a possibilidade de que *linhas privadas* fossem implantadas por usuários para atender a seus próprios interesses, mesmo em locais onde a AT&T estivesse presente. A ideia inicial do *Above 890* era propiciar a empresas a possibilidade de implementarem seus próprios sistemas de comunicação de longa distância ponto-a-ponto. Mas a decisão da FCC em *Above 890* abriu um precedente: não mais se considerava que todo o tráfego de longa distância era pertencente à AT&T.⁴⁰⁵

Em 1963, com base na regulamentação do *Above 890*, a recém-constituída *Microwave Communications, Inc.* (MCI) protocolou na FCC pedido para instalar e operar um tronco de micro-ondas ligando Chicago - no Estado Illinois - a Saint Louis - no Estado do Missouri -, com nove pontos intermediários. A MCI, porém, pretendia comercializar o acesso a esses pontos com terceiros - o que significava viabilizar a MCI como uma concorrente da AT&T nas telecomunicações de longa distância. Após seis anos, uma extremamente dividida FCC - a decisão foi por 4 votos a 3 - concedeu a licença à MCI. A FCC classificou a MCI como uma *specialized carrier*, que poderia prestar serviços privados de telecomunicações (*private line*

⁴⁰⁴ Cf. HUBER et.al., 1999, pp. 734-736.

⁴⁰⁵ Cf. HUBER et.al., 1999, pp. 737-739.

services). A licença contemplava a prestação de serviços ponto-a-ponto, e não provia o direito de interconexão com a rede de telefonia do Sistema Bell - o que significava que os usuários da MCI não podiam se comunicar com os usuários do Sistema Bell, e vice-versa.⁴⁰⁶

O precedente da MCI abriu espaço para que outras empresas buscassem obter licença semelhante. Além dos custos mais baixos resultantes da tecnologia de micro-ondas, o preço praticado pelo Sistema Bell estava majorado para financiar as obrigações de serviço universal na telefonia local. Havia, assim, grande oportunidade para a entrada competitiva de empresas cobrando preços menores e com boa lucratividade. Isso fez com que a procura por licenças de longa distância fosse grande, o que levou a FCC a, em 1971, regular as condições de acesso das *specialized carriers*. O regulamento ampliou os direitos que haviam sido concedidos à MCI, fixando a obrigatoriedade de o Sistema Bell fornecer interconexão às *specialized carriers* para o provimento dos seus *private line services*.⁴⁰⁷

O impacto dessa decisão foi grande no setor. Em dois anos, o monopólio da AT&T foi substituído pela competição com várias companhias, sendo que duas delas - a MCI e a Southern Communications Co. - ofereciam serviços de costa-a-costa nos EUA. A competição, porém, estava restrita aos serviços de comunicação privada, que eram serviços objeto de contratação especial e buscavam atender sobretudo empresas ou usuários de grande volume. Isso significava, por exemplo, que um usuário de uma *specialized carrier* tinha dois telefones - um para

⁴⁰⁶ Cf. HUBER et.al., 1999, pp. 739-740

⁴⁰⁷ Cf. HUBER et.al., 1999, pp. 740-741.

fazer ligações de longa distância em sua *private line*, e outro para fazer ligações locais na rede da BOC que fosse sua operadora local.⁴⁰⁸

Contudo, em 1974, a MCI, em um processo de revisão de suas tarifas de *specialized carrier*, solicitou para a FCC a aprovação de um serviço chamado *Execunet*, que permitiria a seus assinantes falar com qualquer telefone das localidades em que a MCI estivesse presente. Para tanto, o assinante deveria ligar um número da MCI, discar seu código de acesso ao serviço e depois discar o número de telefone desejado. Os assinantes do *Execunet* seriam tarifados de forma bastante similar aos usuários dos serviços de longa distância da AT&T, e poderiam usar o serviço a partir de qualquer telefone - inclusive os ligados ao Sistema Bell.⁴⁰⁹ A FCC, contudo, em decisão unânime, rejeitou o pedido da MCI, alegando que a condição de *specialized carrier* não permitia a prestação de *serviços públicos*⁴¹⁰ de telefonia. A MCI contestou a decisão judicialmente e em 1978, conseguiu que o Tribunal de Apelações do Circuito do Distrito de Columbia revertesse a decisão da FCC, no caso que ficou conhecido como *Execunet I*.⁴¹¹

A AT&T, após a decisão de *Execunet I*, anunciou que não proveria interconexão às *specialized carriers* e peticionou à FCC solicitando uma ordem que declarasse a ausência de obrigação nesse sentido. A FCC atendeu ao pedido, e a MCI novamente recorreu ao Judiciário. O Tribunal Federal de Apelações do Circuito de D.C. produziu então o julgado que

⁴⁰⁸ Cf. HUBER et.al., 1999, pp. 741-742.

⁴⁰⁹ Cf. HUBER et. al., 1999, p. 749.

⁴¹⁰ Segundo HUBER et. al. (1999), as palavras usadas na decisão para descrever o serviço *Execunet* foram: "essentially a switched public message telephone service" (p. 750).

⁴¹¹ Cf. HUBER et. al., 1999, pp. 748-751; LAENDER, 2009, pp. 139-140.

ficou conhecido como *Execunet II*.⁴¹² Segundo o tribunal, as regras das *Specialized Carriers* adotadas anteriormente pela FCC obrigavam a AT&T a fornecer a interconexão. Como em *Execunet I* a conclusão foi de que as regras da FCC em vigor não impediam uma *specialized carrier* a prover serviço de telefonia de longa distância, não poderia a FCC alegar justamente essa distinção para limitar a obrigação de interconexão da AT&T apenas aos *private line services*. O precedente de *Execunet II* serviu para que não apenas a MCI, mas todas as competidoras da AT&T pudesse, efetivamente, competir sem restrições na telefonia de longa distância interestadual nos locais onde licenças já tivessem sido conferidas.⁴¹³

Os precedentes de *Execunet I* e *II*, todavia, não impediam que a FCC impusesse limitações à concorrência com a AT&T em novas licenças ou em novos regulamentos - substituindo o regulamento das *specialized carriers* por normas mais restritivas. Mas a concorrência havia sido recebida favoravelmente pelos usuários, que não mais viam as telecomunicações sob o prisma do Paradigma Vail.⁴¹⁴ A própria FCC mudou seu entendimento e passou a abraçar a competição. De tal forma que em 1980, dois anos após *Execunet II*, a FCC tomou outro passo decisivo na abertura do mercado de telefonia de longa distância à competição.

Até então, a AT&T era obrigada a apenas fornecer interconexão - isto é, a fornecer uma conexão às *specialized carriers* que permitissem aos usuários destas realizarem

⁴¹² MCI Telecommunications Corporation v. FCC, 580 F.2d 590 (D.C. Cir. 1978)

⁴¹³ Cf. HUBER et.al., 1999, pp. 754-756.

⁴¹⁴ Cf. BYRNES, 1999, p. 37.

chamadas telefônicas para usuários do Sistema Bell. A AT&T e as BOCs não eram obrigadas, contudo, a fornecer outros serviços às competidoras. A FCC, porém, passou a obrigar o Sistema Bell a vender serviços para outras operadoras. Entre esses serviços, estava a possibilidade de uma competidora comprar acesso à rede do Sistema Bell como complemento a sua rede - por exemplo, uma operadora poderia usar parte da rede da AT&T para construir uma linha entre Chicago e Nova Iorque. E em 1980 a FCC passou a obrigar o Sistema Bell a vender seus serviços no atacado, para que outras operadoras pudessem revender no varejo. As operadoras que assim fizessem passaram a ter a qualificação de *common carrier*, antes exclusiva da AT&T.⁴¹⁵

Todas essas alterações institucionais, promovidas pela FCC e pelo Judiciário, resultaram no cenário representado pela Figura 10 abaixo. Em comparação com o cenário anterior, o serviço de telefonia de longa distância - uma atividade de mercado - passou a se relacionar com outra atividade de mercado - a prestação de serviços entre operadoras, antes inexistente (ou, ao menos, irrelevante). Houve por isso mais instituições de mercado atuando na telefonia de longa distância, implicadas com a atividade de mercado entre operadoras, das quais destacamos os contratos de revenda e de interconexão. O contrato de prestação de serviços telefônicos foi também modificado, apesar de ainda sujeito às tarifas fixadas pela FCC.⁴¹⁶ Além da AT&T e das BOCs, as operadoras competitivas (especialmente MCI e Sprint) passaram a poder

⁴¹⁵ HUBER et.al., 1999, pp. 756-760.

⁴¹⁶ Todavia, em decorrência da competição, a FCC progressivamente atribuiu liberdade na fixação das tarifas à AT&T e às prestadoras competitivas - cf. HUBER et.al., 1999, pp. 790-815.

figurar como partes no contrato de prestação de telefonia de longa distância. Se instalou, em decorrência, uma competição entre diferentes instituições extramercados (AT&T vs. operadoras competitivas) pelos recursos oriundos da prestação de serviços de telefonia de longa distância.

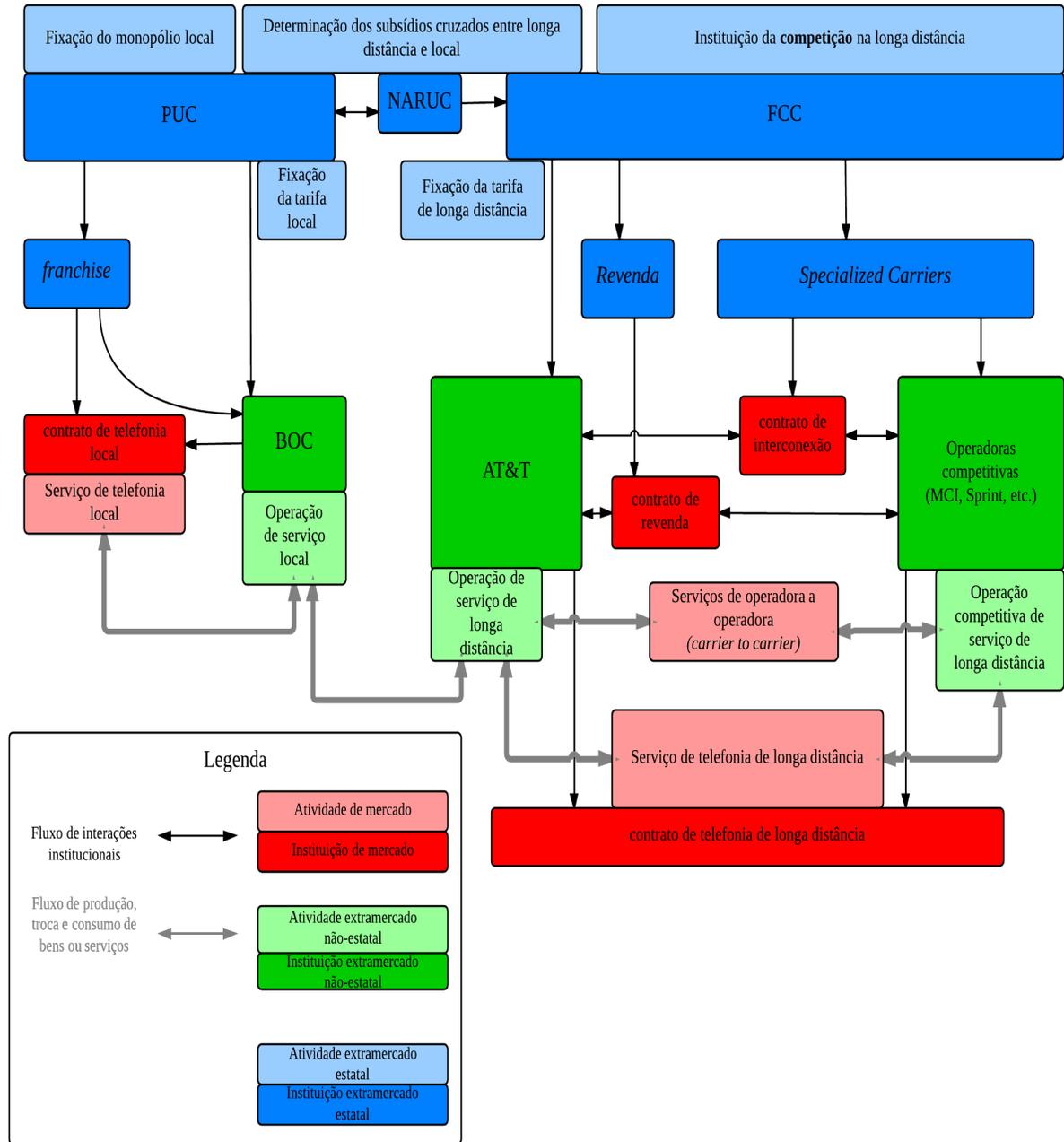
Houve também mudança no fluxo de alocação de recursos, o que impactou tanto a política de subsídios cruzados, quanto a forma como o Sistema Bell distribuía recursos dentre suas empresas. O Paradigma Vail - de uma única empresa para prover uma rede única nacional e universal - foi quebrado. O Sistema Bell passou a competir com outras empresas por recursos oriundos da prestação de serviços de telefonia de longa distância. Isso significou, de um lado, que havia menos recursos para financiar as obrigações de serviço universal relacionadas à telefonia local. Por outro lado, dado que o Sistema Bell era monopolista na telefonia local, significou também a possibilidade de que a AT&T mudasse o sentido do fluxo de alocação de recursos entre telefonia local e interestadual, de forma a usar o monopólio local como fonte de financiamento para a competição de longa distância.

Com efeito, a AT&T passou a ser acusada de fazer exatamente isso: praticar preços predatórios na longa distância, financiados pelo monopólio na telefonia local. Além disso, apesar dos esforços de implementação do mercado de serviços entre operadoras, a AT&T se recusava a prover serviços a suas concorrentes e a oferecer interconexão a suas redes. Em consequência, as novas companhias telefônicas buscaram os órgãos americanos de defesa da concorrência para

reclamar do abuso de poder de mercado praticado pelo Sistema Bell.⁴¹⁷

⁴¹⁷ Sobre as práticas adotadas pelo Sistema Bell, cf.: BYRNES, 1999, pp. 38-39; ARANHA, 2005, pp. 157-158.

Figura 10 - Estrutura institucional da telefonia de longa distância em 1980 nos EUA



Fonte: elaboração do autor.

Ainda em 1974, diante das reclamações das operadoras competitivas, o *Department of Justice* (DoJ) ingressou com ação antitruste contra a AT&T. A alegação era precisamente que o Sistema Bell se valia de seu monopólio nos serviços locais e no fornecimento de equipamentos para sustentar o monopólio da longa distância. O DoJ acusou a AT&T de negar interconexão às *specialized carriers* e de, quando existente a interconexão, cobrar tarifas de acesso à sua rede superiores ao que seria razoável para adequadamente remunerar o capital investido. Além disso, nas linhas onde havia competição com as *specialized carriers*, o DoJ acusou a AT&T de cobrar preços abaixo do custo (*dumping*). Também denunciou a imposição de uso de terminais produzidos pelo Sistema Bell, e a cobrança de tarifas adicionais para uso de equipamentos de outros fabricantes.

O caso foi distribuído para o juiz federal Joseph Waddy. Porém, em decorrência de seu frágil estado de saúde, a ação ficou anos parada. O juiz Waddy veio a falecer em 1978, e apenas em 15 de janeiro de 1981 a ação foi distribuída para o juiz Harold Greene. Quando Greene assumiu, porém, o caso passou a ter tramitação prioritária. Após a primeira parte da dilação probatória, a AT&T buscou a extinção da ação, alegando ausência de fundamentos de fato e de direito que dessem suporte ao pedido do DoJ. O juiz Greene, contudo, indeferiu o pedido da AT&T. Nas razões dessa decisão, o juiz afirmou que a telefonia local era um monopólio natural e, por isso, não podia ser replicada pelos competidores do Sistema Bell. Segundo Greene, o acesso à rede local seria essencial para a prestação de serviços de longa distância, e o domínio desse monopólio conferia os meios para possível abuso de poder por parte da AT&T. Adicionalmente, Greene afirmou que o DoJ havia conseguido provar a possível *intenção anticompetitiva* por parte da ré na manutenção de sua posição no mercado

interestadual, na medida em que a AT&T praticava tarifas desvinculadas dos efetivos custos do serviço.⁴¹⁸

No curso do processo, William Baxter, um acadêmico de Stanford, assumiu a chefia da divisão antitruste do DoJ. Baxter era conhecido por ter opiniões bastante moderadas sobre a interferência do governo no mercado, e sua indicação tinha partido do Governo Reagan - conhecido por suas posições de não-intervenção do Estado na economia. Isso gerou expectativa na AT&T de que poderia obter um bom acordo com o governo. Somada essa expectativa ao prognóstico negativo no julgamento do caso, a AT&T decidiu tentar resolver a ação por meio de acordo.⁴¹⁹

Contudo, Baxter não foi tão amigável como esperava a AT&T. A análise que Baxter fez da atuação da AT&T não discrepou da do juiz Greene. Segundo o então chefe da divisão antitruste do DoJ, a exploração concomitante de atividades sujeitas ao monopólio legal e de atividades sujeitas à livre concorrência tornava impossível controlar eficazmente eventuais abusos por parte do Sistema Bell. A rede que servia à telefonia local, servia também à telefonia de longa distância. Portanto, os custos da telefonia local seriam indissociáveis, mantida a situação como estava, dos custos da telefonia de longa distância. Uma vez que os custos eram compartilhados por serviços sujeitos à regulação monopolística e por serviços sujeitos à competição, o Sistema Bell poderia atribuir os custos do serviço competitivo ao monopólio, recuperar esses custos pela tarifa regulada e, com isso, financiar indefinidamente preços baixos para afastar a

⁴¹⁸ Cf. BRANDS e LEO, 1999, p. 283.

⁴¹⁹ Cf. BRANDS e LEO, 1999, pp. 285-286.

concorrência nas atividades competitivas. Por outro lado, afirmou Baxter, o subsídio cruzado entre serviços de longa distância e serviços locais serviria de estímulo para as PUCs chancelarem práticas anticompetitivas da AT&T, como sobretarifas de conexão e negativa de interconexão. Para Baxter, a única forma de impedir o abuso de poder por parte do Sistema Bell era separar as atividades competitivas das monopolísticas. Foi essa, então, a proposta de acordo oferecida pelo DoJ. Baxter foi inflexível, somente assinaria um acordo que contemplasse a separação da AT&T, que operava o serviço de longa distância interestadual, das BOCs, que operavam os serviços intraestaduais.

Em decisão que alguns consideram surpreendente, em 1982, o Sistema Bell aceitou o acordo. Para ser válido, o acordo teve ainda de ser homologado pelo juiz Greene, que lhe após algumas modificações - o que fez com que os termos da decisão do Sistema Bell fossem fixados não pelo acordo em si, mas pela decisão final do juiz, chamada *Modification of Final Judgement* (MFJ).

Em resultado do MFJ, o Sistema Bell foi separado em duas partes. De um lado, ficaram os serviços de longa distância e a venda de equipamentos, que deveriam ser prestados em regime de absoluta competição. A AT&T foi separada das BOCs e passou a poder operar somente na longa distância. De outro lado, ficaram os serviços de telefonia local (*local exchange*), que foram considerados um monopólio necessário. Esses serviços, prestados até então pelas 22 BOCs controladas pela AT&T, passaram a ser organizados em sete *holdings* regionais, denominadas *Regional Bell Operating*

*Companies - RBOCs.*⁴²⁰ A cada RBOC foi atribuído um conjunto de regiões chamadas *Local Access and Transport Areas - LATAs.*⁴²¹ Ligações dentro de uma LATA (*intraLATA*) eram consideradas serviço local e, por isso, poderiam ser prestadas por uma RBOC. Mas ligações entre diferentes LATAs (*interLATA*) não poderiam ser feitas por uma RBOC - ainda que as duas LATAs em questão fossem operadas pela mesma RBOC. As RBOCs, assim, foram mantidas como monopolistas sob regulação das PUCs estaduais, mas lhes fora negado operar no mercado de longa distância, regulado pela FCC. Assim, ao invés de operarem na longa distância, as RBOCs passaram a ser apenas fornecedoras de acesso local para operadoras de longa distância. Ao prover acesso local para a longa distância, as RBOCs eram expressamente obrigadas a fornecer condições isonômicas, de modo a evitar qualquer favorecimento para sua antiga holding, a AT&T.

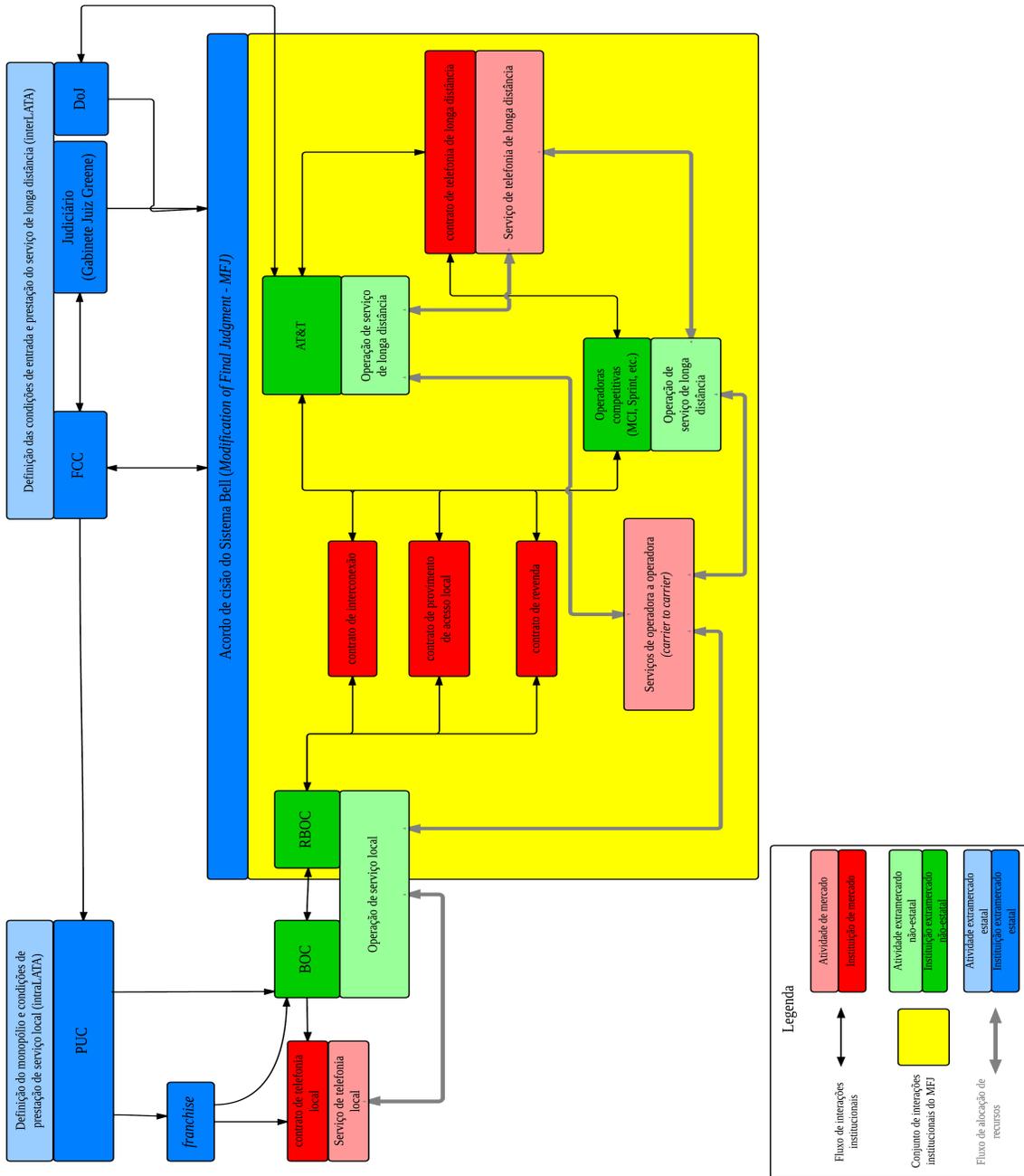
O acordo resultou em uma profunda modificação institucional do setor de telecomunicações, não apenas do ponto de vista do Sistema Bell, mas também do ponto de vista da repartição de competências estatais para a sua regulação. O cumprimento dos termos do acordo passou a ser supervisionado diretamente pelo juiz Greene, o que catapultou seu gabinete para ser uma espécie de FCC paralela. Ao mesmo tempo, a existência de várias LATAs em um mesmo estado fez com que mesmo serviços intra-estaduais fossem considerados serviços de longa distância competitivos, o que atraiu a competência da

⁴²⁰ As sete RBOCs eram: Ameritech, Bell Atlantic, BellSouth, NYNEX, Pacific Telesis, Southwestern Bell e U.S. West.

⁴²¹ Eram 167 as LATAs. A maior parte dos estados compreendia diversas LATAs - Nova Iorque foi dividida em sete, a Califórnia em onze, etc. Entretanto, nove LATAs correspondiam a estados inteiros, como foi o caso em Delaware, Novo México, Wyoming, entre outros. Cf. BRANDS e LEO, 1999, p. 311.

FCC para regulá-los. Até mesmo dentro de uma LATA os estados perderam parte de sua competência, à medida que a FCC passou a fixar as condições para o fornecimento de serviços de acesso às redes locais. Consolidou-se uma política federal, centrada no Judiciário e na FCC, em prol da competição. Essa política substituiu a anterior, de subsídios cruzados, que era baseada no Paradigma Vail e fora construída não apenas por entes federais, mas pela interação destes com as PUCs estaduais. Esse cenário está representado na Figura 11 abaixo.

Figura 11 - Estrutura institucional da telefonia de longa distância em 1984 nos EUA



Fonte: elaboração do autor.

A partir do confronto entre a Figura 11 e as figuras 9 e 10, é possível identificar que o principal produto da ação estatal nas décadas de 1960 a 1980 nos EUA foi a substituição da influência de instituições extramercados na alocação de recursos entre telefonia local e interestadual, por instituições de mercado. Especificamente, a ação estatal criou as instituições necessárias para um novo mercado de serviços entre operadoras. Esse novo mercado substituiu tanto a alocação de recursos segundo os subsídios fixados conjuntamente por FCC e PUCs (representadas pela NARUC), quanto a alocação de recursos feita internamente no Sistema Bell, mediada pelas relações entre a holding AT&T e suas subsidiárias (as BOCs). A estrutura institucional retratada acima durou de 1984 - data de início da vigência do MFJ - até a edição do *Telecommunications Act* de 1996. A nova lei incorporou os aspectos centrais definidos pelo MFJ, mas introduziu instrumentos voltados à abertura dos mercados de telefonia local. O *Telecommunications Act* de 1996 e seus efeitos, todavia, estão fora do escopo do presente estudo de caso.

3.2. Análise das relações de coordenação entre instituições estatais e não estatais na implementação da ARPANET

Quando os soviéticos assumiram a liderança da corrida espacial, em 1957, Dwight Eisenhower, então Presidente dos EUA, tomou uma série de medidas visando a retomada do domínio americano no desenvolvimento tecnológico. Uma dessas medidas foi a criação da *Advanced Research Projects Agency* (ARPA), cuja função era não apenas trabalhar no longo prazo mediante o financiamento de pesquisas científicas de base (isto é, sem explícita vinculação prática), como também

articular o mundo acadêmico com possibilidades efetivas de desenvolvimento tecnológico.⁴²² A ARPA foi situada como um órgão civil independente dentro do Pentágono, com acesso direto ao Presidente e ao Secretário de Defesa. Desde sua primeira gestão, a ARPA elegeu como prioridade a ciência da computação, dedicando um órgão específico para tanto em sua estrutura: o *Information Processing Techniques Office* (IPTO). Foi dentro do IPTO que a primeira rede de computadores foi concebida, planejada e executada. Essa rede viria a ser conhecida como ARPANET, e foi a partir dela que se originou a atual Internet.⁴²³

Inicialmente, a rede formada pela ARPA não foi de computadores, mas de pesquisadores. Joseph Carl Robert Licklider, responsável pela criação do IPTO e seu primeiro diretor, é considerado um dos visionários sobre cibernética e as possibilidades de simbiose entre homem e computador.⁴²⁴ Licklider era psicólogo, e abordou a nascente pesquisa sobre computadores sob o aspecto do potencial na expansão das competências e capacidades humanas. Suas ideias foram extremamente influentes para a nascente Ciência da Computação, e ao redor delas Licklider construiu uma rede informal de

⁴²² A necessidade de financiamento estatal para pesquisa de base remonta à experiência americana com a Segunda Guerra, em que o Projeto Manhattan teve papel decisivo: "After a Second World War victory that relied heavily on State-sponsored and -organized technological developments, the federal government was quick to implement the recommendations of Vannevar Bush's 1945 report, which called for ongoing public support of basic as well as applied scientific research. The relationship between government and science was further strengthened by the Manhattan Project (the major scientific effort led by the US, with the UK and Canada, which led to the invention and use of the atomic bomb in the Second World War), as physicists instructed policymakers on the military implications of new technology. From this point on, it became the government's business to understand which technologies provided possible applications for military purposes as well as commercial use." (MAZZUCATO, 2013a, posição 1709).

⁴²³ Cf. SWEDIN e FERRO, 2005, posições 1994 e ss.

⁴²⁴ Cf. HAFNER e LYON, 1998, posições 288 e ss.

amigos, pesquisadores e colegas de trabalho. Referindo-se de forma jocosa ao conjunto de pesquisadores com quem se relacionava, Licklider escreveu em 1963 o famoso "Memorando para os membros e afiliados da Rede Intergaláctica de Computadores" ("*Memorandum for Members and Affiliates of the Intergalactic Computer Network*"). Nesse documento, Licklider identificava as necessidades dessa comunidade de pesquisadores como uma demanda coletiva por cooperação, de modo a integrar os diversos esforços empreendidos de forma descentralizada:

... é evidente que temos entre nós uma coleção de aspirações, esforços, atividades e projetos individuais (pessoais e/ou organizacionais). Estes têm em comum, penso eu, as características de serem de alguma forma conectados com o avanço da arte ou tecnologia do processamento de informações, o avanço da capacidade intelectual (homem, homem-máquina, ou máquina) e da abordagem de uma teoria científica. As partes individuais são, ao menos até certo ponto, mutualmente interdependentes. Para progredir, cada centro de pesquisa ativo necessita de uma base de software e uma infraestrutura de hardware mais complexas e mais extensas do que ele, sozinho, pode criar em tempo razoável.⁴²⁵

Foi pensando nas necessidades dessa comunidade que Licklider propôs que linguagens de computadores passassem a seguir um *consenso de grupo* no que concerne às *decisões*

⁴²⁵ "... it is evident that we have among us a collection of individual (personal and/or organizational) aspirations, efforts, activities, and projects. These have in common, I think, the characteristics that they are in some way connected with advancement of the art or technology of information processing, the advancement of intellectual capability (man, man-machine, or machine), and the approach to a theory of science. The individual parts are, at least to some extent, mutually interdependent. To make progress, each of the active research needs a software base and a hardware facility more complex and more extensive than he, himself, can create in reasonable time." (ARPA, 1963, p. 1 - tradução livre.)

arbitrárias e quase-arbitrárias envolvidas. Buscava, com isso, facilitar o compartilhamento e a troca de informações. Com essas intenções em mente, Licklider descrevia características que uma rede de computadores deveria ter para atender à comunidade de pesquisadores:

Considere a situação de em que diferentes centros [de pesquisa] estão juntos em rede, cada centro sendo altamente individualista e tendo sua linguagem [de computador] especial e seu próprio jeito especial de fazer as coisas. Não seria desejável, ou mesmo necessário, que todos os centros acordassem acerca de uma linguagem, ou, ao menos, acerca de algumas convenções para perguntar questões tais como "Que linguagem você fala?" Neste extremo, o problema é essencialmente aquele discutido por escritores de ficção científica: "Como você inicia comunicações entre seres "sapiantes" totalmente não-correlatos?"⁴²⁶

Licklider deixaria o IPTO e a ARPA pouco tempo depois, sem ao menos iniciar o projeto de rede de computadores que havia devisado. Contudo, as ideias de que redes de computadores seriam úteis para as relações homem-máquina, e que a base de seu funcionamento deveria ser a cooperação entre os diferentes centros de pesquisa dedicados ao assunto, foram bastante influentes na comunidade que Licklider chamou de Rede Intergaláctica de Computadores. Essa era uma comunidade pequena e de alcance restrito, porém era quem se dedicava ao estudo de

⁴²⁶ "Consider the situation in which several different centers are netted together, each center being highly individualistic and having its own special language and its own special way of doing things. Is it not desirable, or even necessary, for all the centers to agree upon some language or, at least, upon some conventions for asking such questions as "What language do you speak?" At this extreme, the problem is essentially the one discussed by science fiction writers: "How do you get communications started among totally uncorrelated "sapiant" beings?" (ARPA, 1963, p. 3 - tradução livre.)

computação em rede. Por influência dessa comunidade, redes de computadores passaram a ser pensadas como facilitadores para cooperação entre centros de pesquisa. Além disso, essa comunidade, e os financiamentos da ARPA de Licklider, deram origem aos programas de graduação e pós-graduação em Ciência da Computação nos EUA.

A ideia de cooperação como fundamento de uma rede de comunicação baseada em computadores foi extremamente inovadora. Redes de comunicação já eram uma realidade na época, telefones e telégrafos há muito operavam sobre linhas de cobre interligadas. A transmissão de informações digitais, destinadas ao processamento de dados por computação, era também uma realidade: o modem telefônico, inclusive, já havia sido inventado pelos Laboratórios Bell (vinculados à AT&T) em 1958. Porém cada rede seguia padrões técnicos diferentes. Como cada fabricante de computador usava seus próprios padrões para o funcionamento de seus sistemas, não havia redes de computadores. Tampouco se pensava no uso de computadores como instrumentos de comunicação e como meios para expandir capacidades e competências humanas. Licklider foi o visionário que influenciou o modo como os cientistas da época passaram a ver o potencial de *simbiose homem-computador*⁴²⁷, e sua visão impregnou as prioridades da ARPA na década de 1960.

O IPTO - departamento fundado por Licklider - passou a investir em pesquisas que viabilizassem o uso de computadores não apenas como instrumentos de realização de cálculos complexos, mas como ferramentas para a expansão das capacidades de interação homem-máquina. Compartilhamento de

⁴²⁷ Cf. LICKLIDER, 1960.

informações, interfaces gráficas, inteligência artificial, todos esses temas foram objetos de pesquisas financiadas pelo IPTO da ARPA. Essas pesquisas tornaram popular o processamento de informações por compartilhamento de tempo (*time-sharing processing*), em lugar do processamento por bandeja (*batch processing*).⁴²⁸ Neste, o computador realiza uma tarefa de processamento de dados por vez. Naquele, vários terminais podem se ligar a um computador para compartilhar sua capacidade de processamento - lembre-se que, nos anos 1960, computadores eram máquinas enormes que ocupavam salas inteiras, muito diferentes dos atuais computadores de mesa (que por isso se denominam micro-computadores). Uma vez que se adotasse o processamento de dados por compartilhamento de tempo, passou a ser viável a conexão remota de terminais (sem capacidade de processamento) e de teletipos (uma espécie de máquina de escrever utilizada para digitar comandos para os antigos computadores). Por vezes, terminais ou teletipos utilizavam modems e a rede de telefonia para se conectarem aos computadores, o que efetivamente deu início à comunicação de dados por meios do sistema de telefonia. Essa comunicação de dados, porém, ainda não era uma rede de computadores - era apenas a ligação de um único computador a vários terminais.⁴²⁹

A implementação da primeira rede de computadores, a ARPANET, se deu apenas em 1969. O projeto dessa rede, porém, começou anos antes, em 1966. Nessa época, o IPTO criado por Licklider já havia passado para a direção de outro psicólogo, Robert Taylor. Taylor teve a ideia de financiar uma rede de computadores como solução para as dificuldades que tinha ao

⁴²⁸ Cf. SWEDIN e FERRO, 2005, posições 1304 e ss.

⁴²⁹ Cf. SEVERANCE, 2013.

lidar com os três terminais remotos localizados em sua sala. Esses terminais se ligavam a três computadores diferentes, que ficavam em três localidades distintas nos EUA. Cada computador (e, logo, cada terminal), exigia uma sequência distinta de comandos para conexão, comando e operação, o que dificultava o papel de pesquisadores. Além dessas dificuldades, os diferentes programas de pesquisa financiados pela ARPA cada vez mais necessitavam de capacidade de computação. Ao invés de comprar um computador para cada universidade envolvida, Taylor pensou que uma rede de computadores permitiria o compartilhamento de computadores entre os pesquisadores. Portanto, uma rede de computadores poderia simplificar procedimentos de conexão e operação de computadores, e economizar na compra de computadores. Por fim, a possibilidade de economizar com compra de computadores atenderia a outras necessidades do Departamento de Defesa, a que se vinculava a ARPA. Computadores não eram compatíveis entre si. Se um determinado órgão de defesa tivesse um computador fabricado por A e necessitasse rodar um programa elaborado no computador fabricado por B, outra saída não haveria que a compra de um novo computador fabricado por B - além daquele já existente, fabricado por A. O Departamento de Defesa, em decorrência desse tipo de necessidade, era o maior comprador mundial de computadores, e computadores eram caríssimos. Uma rede de computadores permitiria que o órgão de defesa que só tivesse o computador fabricado por A, mas necessitasse rodar um programa elaborado em um computador fabricado por B, acessasse remotamente o computador B por meio do mesmo terminal usado para acessar o computador A. A ideia foi levada a Charles Herzfeld, diretor da ARPA, que em uma famosa conversa de 20

minutos de duração, alocou um milhão de dólares para o projeto (na época, isso era equivalente a um acréscimo de 5% ao orçamento anual do IPTO).⁴³⁰

Antes do projeto da ARPANET, Taylor, por meio do IPTO, financiara em 1965 a primeira conexão remota entre dois computadores, um localizado no Lincoln Laboratory do Massachusetts Institute of Technology (MIT), outro localizado na System Development Corporation em Santa Monica, Califórnia. O pesquisador do MIT responsável pela conexão, Lawrence G. Roberts, foi recrutado por Taylor para planejar e coordenar a execução da ARPANET. Roberts começou no final de 1966 e já no início de 1967 apresentou para a comunidade de pesquisadores a proposta de uma rede para ligar os computadores das diversas universidades e centros de pesquisa envolvidas com projetos financiados pela ARPA. A proposta se baseava no experimento que Roberts havia desenvolvido dois anos antes, na ligação entre dois computadores.

A proposta, porém, foi recebida com ressalvas. Pesquisadores ficaram preocupados em ter de abrir mão de parte da capacidade de computação de seus computadores para o que reputavam um projeto com pequena probabilidade de êxito. Computadores, como dito, tinham linguagens substancialmente diferentes umas das outras. Ainda que fosse viável a transmissão de informações entre os computadores, eles não seriam capazes de compreender uns aos outros. Ao final da reunião, contudo, o pesquisador Wesley Clark trouxe uma solução: a criação de uma subrede de computadores dedicada exclusivamente ao transporte de informações. Ao invés dos

⁴³⁰ Cf. HAFNER e LYON, 1998, posições 571 e ss.; SWEDIN e FERRO, 2005, posições 2031 e ss.

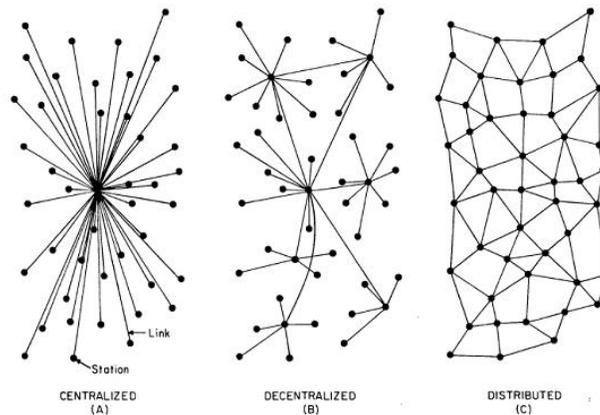
computadores se ligarem diretamente entre si, eles se ligariam aos computadores da subrede. Esses computadores, por sua vez, teriam uma linguagem padrão. Ao invés de criar meios para fazer com que cada computador na rede pudesse se comunicar nas diversas linguagens de todos os demais computadores, cada computador teria de *aprender* apenas a linguagem comum dos computadores da subrede. A ideia de uma subrede, desse modo, viabilizava uma espécie de *língua franca* que poderia ser aprendida por todos os computadores, o que viabilizaria o uso da rede.⁴³¹

O passo seguinte foi dado ainda em 1967, em um simpósio da Association for Computing Machinery, onde Roberts apresentou o artigo *Towards a Cooperative Network of Time-Shared Computers*. O artigo descrevia o funcionamento dos computadores da subrede, chamados de *Interface Message Processors* (IMPs), mas ainda não detalhava o modo como a transmissão de informações entre os computadores ocorreria. Nesse ponto, o design proposto por Roberts era o mesmo utilizado em seu experimento dois anos antes: cada IMP seria conectado a quatro linhas telefônicas, que realizariam a transmissão de informações se valendo do sistema de telefonia tradicional. Essa solução, porém, era custosa e fazia com que a transmissão de informações fosse muito lenta. Todavia, no mesmo simpósio, Roberts tomou conhecimento de um experimento realizado por Donald Davies no National Physical Laboratory (NPL) - uma instituição controlada pela Coroa da Inglaterra (portanto, estatal) - e de uma proposta elaborada por Paul Baran na RAND Corporation, sob contrato do Departamento de Defesa americano.

⁴³¹ Cf. HAFNER e LYON, 1998, posições 1051 e ss.

O experimento conduzido no NPL e a proposta da RAND Corporation, por caminhos diferentes, propunham um novo modo de transmissão de informações, com base no uso de computadores. Esse novo modo ficou conhecido pela denominação adotada pelo NPL: comutação por pacotes (*packet-switching*). Nesta, as informações a serem transmitidas são partidas em *pacotes (packets)*, e cada pacote segue um caminho diferente na rede até chegar ao destino final. A comutação por pacotes, por isso, permite uma arquitetura não-hierárquica, o que por sua vez permite a construção de redes distribuídas (item (C) da Figura 23 abaixo). Na época, o sistema de telefonia operava com base na comutação por circuitos, em que a informação transportada não é particionada e segue um caminho na rede pré-definido (um *circuito*). Na comutação por circuitos, o transporte de informações se dá por uma rede hierarquizada e que, por isso, exige arquiteturas de rede em forma de estrela - em que vários pontos se ligam pontos ou nós centrais (itens (A) e (B) da Figura 23 abaixo). A comutação por pacotes, alternativamente, prescinde de nós centrais, o que lhe confere maior flexibilidade e robustez em comparação com a comutação por circuitos. Além disso, a possibilidade de que pacotes sigam diferentes caminhos na rede faz com que a comutação por pacotes viabilize um transporte mais rápido de informações, pois os pacotes podem ser direcionados de forma a evitar os pontos da rede (ou nós) que estejam mais congestionados (e por isso mais lentos).

Figura 12 - Redes em estrela (centralizadas e descentralizadas) vs. redes distribuídas



Fonte: Baran (1964, p. 2)

Embora o projeto de Davies previsse a construção de uma rede de computadores, o experimento do NPL era apenas a ligação de um único computador a vários terminais. O projeto de Baran na RAND Corporation⁴³², por sua vez, tinha sido concebido como uma forma de assegurar que o sistema de telefonia sobrevivesse a ataques em caso de guerra nuclear, um cenário tipicamente adotado durante a Guerra Fria. A proposta de Baran havia sido apresentada à AT&T e ao Departamento de Defesa, mas fora arquivada por desinteresse, em razão de a AT&T ter afirmado que uma rede de comutação por pacotes era inviável tecnicamente. No momento em que Roberts tomou conhecimento dos projetos do NPL e da RAND Corporation, portanto, não se havia ainda implementado uma rede de comutação por pacotes. A ARPANET seria a primeira.⁴³³

Incorporadas as ideias desenvolvidas pelo NPL e pela RAND Corporation no projeto da ARPANET, a pedido do IPTO/ARPA, o setor de compras do Departamento de Defesa dos EUA lançou em

⁴³² BARAN, 1964.

⁴³³ Cf. HAFNER e LYON, 1998, posições 1098 e ss.; SWEDIN e FERRO, 2005, posições 2042 e ss.

agosto de 1968 um *request for quotation* (RFQ) para o fornecimento dos IMPs e para a construção e operação da subrede de computadores. O RFQ era regido pelas normas de contratação de produtos e serviços para a defesa dos EUA, em que havia regras como a exigência de que a contratante fosse de propriedade de cidadãos americanos, ou de que os produtos incluídos fossem preferencialmente produzidos nos EUA (em decorrência, era necessário discriminar se havia produtos oriundos de outros países).⁴³⁴ Por outro lado, as regras de contratação de defesa davam maior flexibilidade quanto a objeto, formas de gestão do contrato e ingerência no objeto contrato. Essa flexibilidade se aliava à estrutura organizacional enxuta e direcionada à pesquisa de que dispunha a ARPA. Essa estrutura enxuta e flexível era movida por uma cultura que buscava resultados a longo prazo e em que a tolerância a erros e fracassos era vista como essencial ao processo de inovação tecnológica.⁴³⁵ Todos esses fatores viabilizaram que o RFQ contivesse como objeto a construção de uma rede de computadores sem que se tivesse a certeza da viabilidade dessa rede, e segundo uma nova forma de transmissão de informações (a comutação por pacotes) que fora publicamente descreditada pela AT&T - empresa que até então era a maior autoridade mundial acerca da transmissão de informações em longa distância, e que havia inventado grande parte das tecnologias empregadas para a construção.

A IBM, então maior fabricante mundial de computadores, foi uma das primeiras a responder o RFQ. A resposta, porém, foi uma negativa: a IBM se recusou a oferecer

⁴³⁴ Cf. DEFENSE SUPPLY SERVICE, 1968.

⁴³⁵ Cf. MAZZUCATO, 2013b.

proposta, por avaliar que a produção dos IMPs para a rede era inviável economicamente. Outras grandes companhias seguiram o mesmo caminho, afirmando seja a impossibilidade técnica de construção da rede, seja sua inviabilidade econômica. De um total de mais de 140 empresas consultadas, pouco mais de uma dúzia apresentou proposta. Ao final, o contrato acabou sendo celebrado com uma pequena empresa de consultoria sediada em Boston: a Bolt, Beranek and Newman (BBN).⁴³⁶

A proposta da BBN utilizava computadores produzidos pela Honeywell - que seriam adquiridos pela BBN e adaptados - como base para os IMPs, e trazia uma proposta técnica detalhada de como deveria ser a arquitetura da sub-rede que ligaria os IMPs. O objeto do contrato se restringia a garantir que um IMP conseguiria receber informações de um computador conectado a ele e transmitir essas informações, via comutação por pacotes, para os outros IMPs ligados em rede. Não era objeto do contrato assegurar que o computador do centro de pesquisa A conseguisse assimilar as informações recebidas pela ARPANET e que tinham sido produzidas pelo computador da universidade B. Em resultado, os IMPs eram computadores especializados apenas no recebimento e encaminhamento de informações, e não lidavam com o conteúdo das informações transmitidas - tal como carteiros que soubessem ler apenas os endereços dos envelopes, mas fossem incapazes de ler as cartas contidas nos envelopes.

Por esse motivo, ficou fora das atribuições da BBN resolver o problema de como fazer o computador do fabricante A compreender informações produzidas pelo computador do

⁴³⁶ Cf. HAFNER e LYON, 1998, posições 1157 e ss.

fabricante B. Esse, como visto, era um grande problema, porque computadores eram projetados para operar em condições autônomas e de forma isolada, e porque cada fabricante de computadores adotava diferentes linguagens e sistemas operacionais. Para resolver esse problema, um grupo composto principalmente por estudantes de pós-graduação das universidades que se ligariam à ARPANET passou a se reunir informalmente. A ARPA passou a apoiar, também informalmente, as atividades desse grupo, que ficou conhecido como Network Working Group (NWG). O NWG nunca teve organização formal, nem forma jurídica institucionalizada. Contudo, foi responsável pela criação dos primeiros protocolos *host-to-host*, que permitem a comunicação e interação entre os computadores ligados a uma rede de computadores.

No processo de implementação da ARPANET, uma das universidades a serem beneficiadas, a UCLA (*University of California Los Angeles*), teve papel especial. Nessa instituição trabalhava um antigo colaborador e amigo de Larry Roberts (da ARPA), Leonard Kleinrock. Kleinrock havia estabelecido as bases teóricas que viabilizaram o primeiro experimento de Roberts na interligação entre dois computadores - o mesmo experimento que servira de razão para que Roberts fosse chamado a integrar o IPTO da ARPA. Por causa da presença de Kleinrock, a ARPA alocou à UCLA a atribuição de montar e operar um centro de medição da futura ARPANET. Com isso, sob a direção de Kleinrock, um conjunto de pesquisadores financiados pela ARPA se estabeleceu na UCLA com o intuito de testar e avaliar a ARPANET. Dentro desse grupo estavam três estudantes de pós-graduação que tiveram papel decisivo no desenvolvimento da futura Internet: Steve Croker, Vinton Cerf e Jon Postel. Croker foi o primeiro líder do Network Working Group. Cerf foi um dos inventores do Protocolo Internet, juntamente com Bob Kahn (que sairia da BBN e ingressaria na ARPA). Postel foi

responsável por organizar as deliberações do NWG em documentos informais chamados *requests for comments* (RFCs) - que até hoje são usados para registrar os protocolos e convenções necessários ao funcionamento da Internet. Mais adiante, Postel viria ainda a ser o responsável - informalmente designado pela comunidade de pesquisadores - por atribuir números e endereços IP, atividade que após sua morte prematura foi assumida pela ICANN - *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*.

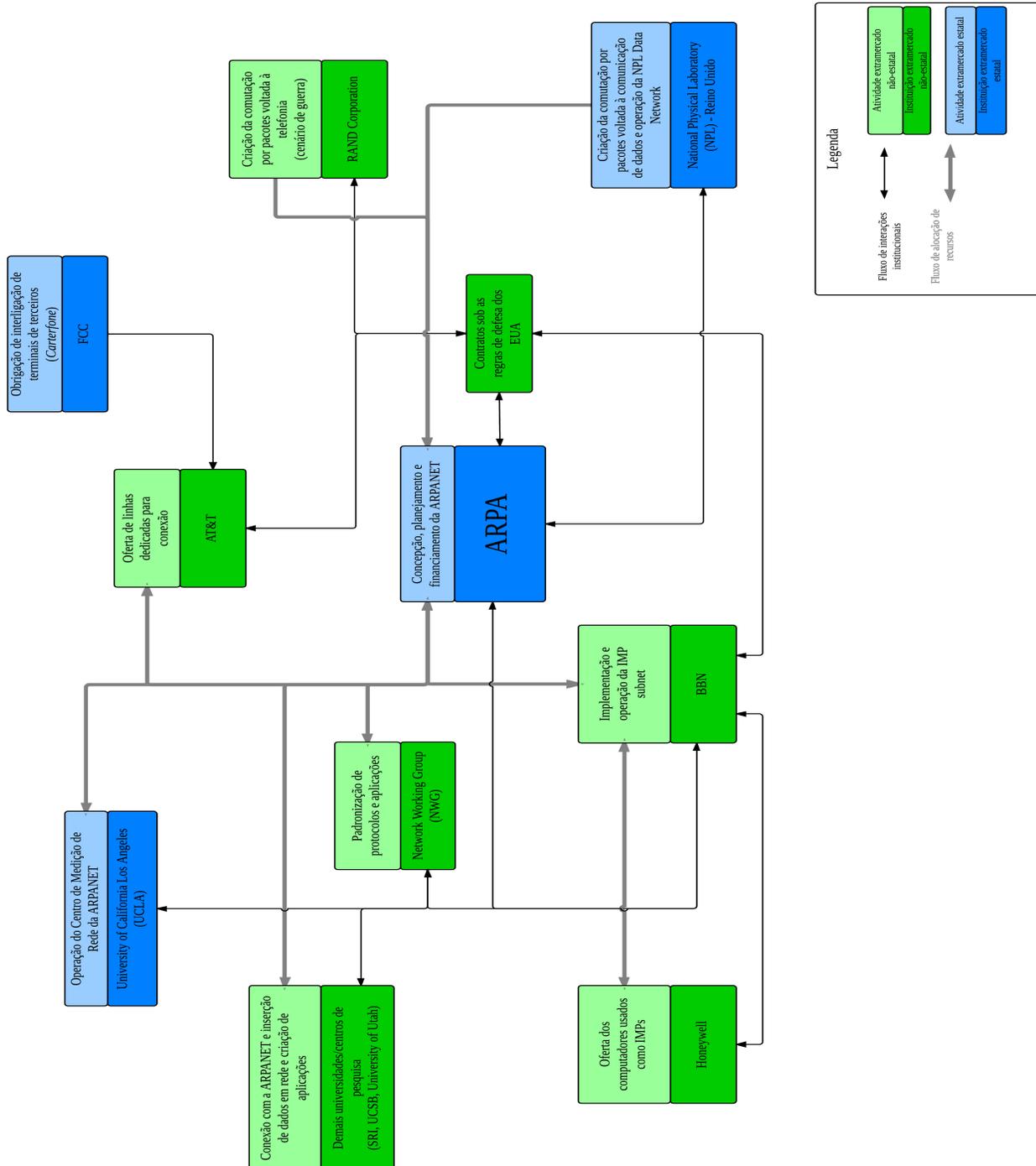
Em síntese, a implementação da subrede de IMPs e sua operação foram contratados pela ARPA junto à BBN, mas a operação em si da ARPANET dependeu também dos esforços do Network Working Group e das universidades e centros de pesquisa envolvidos - com destaque para UCLA. Fisicamente, todavia, a ARPANET era interligada por linhas dedicadas contratadas junto à AT&T - então monopolista de serviços de comunicação de longa distância. O uso das linhas da AT&T para o tráfego de informações geradas por equipamentos produzidos fora do Sistema Bell, porém, era também algo muito recente. Foi apenas em 1968, um ano antes da implementação da ARPANET, que a decisão da FCC no caso conhecido como *Carterfone* passou a obrigar a AT&T a aceitar que terminais produzidos por empresas de fora do Sistema Bell fossem conectados à rede de telefonia.⁴³⁷ Computadores não eram produzidos pelo Sistema Bell, e quando conectados às redes de telefonia passam a ser terminais dessas redes. Ao contrário do que se poderia

⁴³⁷ *Carterfone* era um dispositivo que conectava um rádio à linha telefônica, e seu uso foi autorizado pela FCC com base na justificativa de que deveria ser permitida a conexão de qualquer terminal do usuário (em inglês: *customer premises equipment*) se não se comprovasse que em resultado da conexão a rede telefônica sofresse impacto ou deterioração de sua qualidade. Antes da decisão em *Carterfone*, a AT&T e suas subsidiárias partiam de presunção oposta: todo terminal que não fosse produzido pelo Sistema Bell seria potencialmente danoso ao sistema de telefonia. Ver: HUBER et. al., 1998, pp. 667-673.

imaginar hoje em dia, a AT&T não via com entusiasmo a conexão de computadores em sua rede (e a comutação por pacotes, que dependia de computadores para ocorrer). Ao contrário, aquela empresa se opunha a qualquer possível ameaça a seu modelo de negócios, então baseado no completo monopólio de serviços e equipamentos de comunicação pela rede de telefonia.⁴³⁸

⁴³⁸ Cf. HAFNER e LYON, 1998, posição 713.

Figura 13 - Estrutura institucional envolvida na criação da ARPANET



Fonte: elaboração do autor.

A Figura 13 acima retrata as principais interações institucionais e atividades de produção e alocação de recursos envolvidas na criação e implementação da ARPANET. A primeira evidência é o papel relativamente limitado e pequeno de atividades mediadas por mecanismos de preços. As atividades que criaram a ARPANET não foram determinadas pela perspectiva de ganho individual. Não se quer com isso afirmar que foram decisões altruístas, mas sim que a ARPANET foi produto de um esforço coletivo de articulação e cooperação entre instituições estatais e instituições privadas. Além disso, as decisões centrais envolvidas na criação da rede não foram mediadas pela moeda. Não foi em razão da estimativa de utilidade, medida em moeda, que Licklider formou uma comunidade de pesquisadores para pensar no papel de computadores para computação, ou que Bob Taylor resolveu propor uma rede para conectar os diferentes computadores com que fazia *time-sharing*, ou que Larry Roberts decidiu utilizar o compartilhamento por pacotes no projeto da rede, ou que Crowther e os membros do NWG desenvolveram protocolos e aplicações *host-to-host*. Efetivamente, todos envolvidos atribuíam utilidade a uma rede de computadores, mas os recursos alocados (tais como dinheiro, tempo, esforço, etc.) para a criação e construção dessa rede não foram comensurados pela utilidade derivada da alocação desses recursos.

A construção da ARPANET - e depois da Internet - foi a construção de um *bem comum* no sentido que lhe atribuí a Economia Neoclássica, isto é, um bem que pode ser usado igualmente por todos de uma comunidade, e cujo uso por uma pessoa não obsta a que outra o utilize. Esse caráter comunitário da construção da ARPANET deu o tom do longo processo que culminou com o surgimento da Internet nos moldes de hoje. Esse processo institucionalizou relações de cooperação e foi pautado por atividades em que a conduta dos

agentes envolvidos não era resultado da perspectiva de ganho em razão da utilidade atribuída. Por isso, a ARPANET exemplifica um caso em que, embora direcionada por um ente estatal, houve um processo desconcentrado de cooperação, mas em que as instituições que mediaram a cooperação não foram instituições de mercado.

3.3. Conclusões dos estudos de casos

O primeiro caso estudado foi a progressiva quebra do monopólio da AT&T (*American Telephone and Telegraph Corporation*) na telefonia de longa distância nos EUA, e que veio a culminar com a cisão daquela companhia e a implementação de um novo marco legal para as telecomunicações americanas. O segundo caso foi o processo de criação e implementação da ARPANET, a rede de computadores que daria ensejo à Internet. Ambos os casos ocorreram durante o mesmo período (final da década de 1960) e - essencialmente - no mesmo lugar (EUA). Sob os olhos da visão paradigmática, são casos que poderiam ser reduzidos à ideia de intervenção do Estado na economia, o que pode passar a impressão de que seriam dois exemplos de um fenômeno semelhante (a intervenção estatal).

No primeiro caso - telefonia de longa distância -, a visão paradigmática identificaria uma intervenção regulatória, em que o Estado comparece para limitar ou constranger a atuação do mercado. Vimos, porém, que a atuação do Estado resultou na criação de um novo mercado - o de serviços entre operadoras. No segundo caso - a criação da ARPANET -, a visão paradigmática enfatizaria o papel do Estado na construção dessa rede de computadores - qualificando-o como intervenção

direta ou como serviço público. Contudo, a ARPANET resultou de um emaranhado de relações entre instituições estatais e privadas que sequer pode ser descrito segundo a tipologia da visão paradigmática, e desse emaranhado surgiu uma forma peculiar de organização e alocação de recursos que, embora descentralizada, não pode ser qualificada como uma instituição de mercado, pois não assume um modo de coordenação da produção e consumo baseado em mecanismo de preços.

Tratou-se de dois casos serem contemporâneos e ocorridos no mesmo local (EUA), mas em que os resultados da ação estatal não apenas foram bastante diversos, mas também são disconformes ao paradigma. Em um caso, a regulação estatal não conteve, nem limitou um mercado, mas constrangeu e modificou instituições extramercado para criar um novo mercado. Em outro caso, a atuação do Estado foi indutora de uma teia de relações de cooperação baseadas na busca de um bem comum, relações essas que criaram instituições e modos de alocação de recursos até então inéditos - e que não foram alcançados pelas instituições de mercado existentes.

Essas constatações apontam para a fragilidade da ideia de que há um conjunto de instituições ótimo ou ideal, que a humanidade alcançaria por um processo de evolução baseado em tentativa e erro. Decerto, a ARPANET não teria surgido se a atuação estatal fosse a mesma da cisão da AT&T. A disciplina por regulamentos e a supervisão judicial, determinantes no caso da telefonia de longa distância, tiveram papel quase irrelevante na criação de uma rede de computadores baseada na comutação por pacotes, e menos ainda na implementação das instituições de cooperação que viabilizaram que aquela rede se convertesse na semente de uma futura rede mundial de comunicação - a Internet. Os casos ilustram, assim, um dos temas centrais desta tese: não há fórmula pré-

determinada para uma boa ou má atuação das instituições econômicas, e tampouco para disciplinar o papel do Estado. Aceita essa constatação, isto é, na ausência de uma solução universal para os problemas econômicos, o desafio do direito passa a ser buscar alternativas ao determinismo institucional na construção de múltiplos caminhos para a efetivação de direitos individuais e sociais.

Conclusão

Como visto nos capítulos anteriores, a visão paradigmática mantém a divisão público-privado com características que remontam ao Pensamento Jurídico Clássico. Neste, a divisão público-privado era estruturada segundo o que Duncan Kennedy chama de *teoria da vontade* - vontade pública absoluta no âmbito público, vontade privada absoluta no âmbito privado. No Pensamento Jurídico Contemporâneo, a *teoria da vontade* é substituída pelo *neoformalismo* e pela *policy analysis*, mas mantém-se a distinção entre público e privado. Identifica-se *privado* com *economia*, e toma-se economia como sinônimo de *mercado*. O público, por oposição a essa ideia de *privado*, seria o domínio do Estado, em que a política seria instrumental na contenção do privado, mediante *intervenção* neste. A caracterização de Estado e *mercado* se dá conforme o que Mangabeira Unger chama de *tese da convergência*⁴³⁹ - a ideia de que haveria um conjunto típico de instituições que traduziriam o melhor modelo de interação entre Estado e economia. Para tanto, a visão da Economia Neoclássica é determinante no paradigma, especificamente quanto a duas ideias: mercados surgem espontaneamente, e agentes econômicos agem racional e hedonisticamente na busca de seus interesses pessoais.

Em decorrência, a *tese da convergência* descamba em fetichismo institucional. Com base em Mangabeira Unger, afirmamos que do fetichismo institucional resulta a oportunidade perdida de construção institucional pelo direito.

⁴³⁹ Sobre a *tese da convergência*, ver item 2.1 supra.

Também com base em Mangabeira, defendemos que esse papel de construção institucional é fundamental para que o projeto de libertação social que representa a democracia contemporânea seja efetivado. Caso contrário, a reafirmação das instituições atuais manterá a sociedade no atual ciclo de *profecias autorrealizadas*.⁴⁴⁰ Acerca das relações econômicas, essa visão corresponde ao diagnóstico feito por Karl Polanyi quanto à influência das ideias de Adam Smith na formação da economia moderna:

Ninguém menos que um pensador do calibre de Adam Smith sugeriu que a divisão do trabalho na sociedade era dependente da existência de mercados, ou, como ele expôs, da "propensão para barganhar, trocar e fazer escambo de uma coisa por outra." Essa frase posteriormente resultaria no conceito do Homem Econômico. **Em retrospecto, pode-se dizer que nenhuma imprecisão sobre o passado se provou mais profética do futuro.**⁴⁴¹

Porque enxergaram o passado com os olhos de Adam Smith, economistas e juristas construíram um futuro em que as instituições econômicas são tais que a motivação de ganho individual é determinante na alocação de recursos. O fetichismo institucional obscureceu o caráter contingente das instituições e de suas *formulações jurídicas* - na expressão de Marcus Faro.⁴⁴² Porque se ignora o caráter contingente, outras instituições não são imaginadas. E porque outras instituições

⁴⁴⁰ Cf. item 2.1 supra.

⁴⁴¹ "No less a thinker than Adam Smith suggested that the division of labor in society was dependent upon the existence of markets, or, as he put it, upon man's "propensity to barter, truck and exchange one thing for another." This phrase was later to yield the concept of the Economic Man. In retrospect it can be said that no misreading of the past ever proved more profetic of the future." (POLANYI, 2001, p. 45 - tradução livre, grifo ausente do original.)

⁴⁴² Ver item 2.5 supra.

não são imaginadas, as instituições que eram contingentes passam a ser percebidas como imutáveis e a perdurar no tempo. Esse círculo vicioso, em essência, é o que queremos nos referir com a ideia de profecia autorrealizada. Profecias autorrealizadas, hoje, tornam a sociedade prisioneira de um mundo em que as instituições foram construídas para privilegiar o comportamento autossuficiente (mais independente e egoísta), em detrimento do comportamento baseado em relações comunais (baseado na cooperação altruísta).⁴⁴³

Além de submeter o direito a um círculo vicioso de profecias autorrealizadas, o fetichismo institucional significou a desconsideração pela visão paradigmática de pelo menos duas características fundamentais do papel do direito na economia. A primeira é que o direito é instrumental tanto no que diz respeito à existência de mercados, quanto no que concerne à existência de instituições extramercados.⁴⁴⁴ A segunda é que instituições econômicas atuam não apenas na mediação das ações dos agentes econômicos, mas também na formação de preferências e interesses.⁴⁴⁵

Quanto à primeira característica, uma decorrência é a impossibilidade de se igualar economia - ou ordem econômica - a *mercado*. Não apenas porque o *mercado* é uma abstração que não guarda correspondência com a realidade, como já diversas vezes reiterado nesta tese. Mas porque há um sem número de atividades econômicas relevantes que são realizadas fora de mercados. Essas atividades extramercados servem de suporte a

⁴⁴³ Ver supra, item 2.4.5.

⁴⁴⁴ Ver supra, item 2.3 - firmas como instituições alternativas a mercados por Ronald Coase - e item 2.5 - para a análise de Marcus Faro de Castro sobre instituições extramercados e seu papel na estruturação de instituições intramercados.

⁴⁴⁵ Ver item 2.4 supra.

mercados, mas também são uma alternativa a mercados no que diz respeito à alocação de recursos (produção, troca e consumo de bens e serviços). Isso significa que mesmo o singular problema econômico da produção de riqueza não pode prescindir da análise de atividades extramercados, dado que riqueza é produzida e circulada também fora de instituições de mercado.⁴⁴⁶

Tendo em vista que a *formulação jurídica* é instrumental para a estruturação de mercados e para a *internalização* de atividades pelos mercados, o direito ordinariamente faz mais do que *intervir* na economia - tal como descreve a visão paradigmática. Esse papel adicional do direito na economia é largamente ignorado pela doutrina jurídica hoje dominante. Mas ignorá-lo não faz com que esse papel deixe de existir. O fetichismo institucional, logo, mais do que eclipsar a possibilidade de construção institucional da economia pelo direito, obscurece o papel que o direito necessariamente já tem na economia.

Quanto à segunda característica ignorada - o papel das instituições econômicas na formação de preferências e interesses - novamente, a deficiência da visão paradigmática está naquilo que é obscurecido. Os diversos *insights* fornecidos pelas diferentes perspectivas analisadas no capítulo 2 mostram que instituições não influenciam comportamentos apenas quando buscam explicitamente condenar ou recompensar determinadas atitudes. Por isso, o direito faz mais do que estabelecer incentivos para agentes racionais. As

⁴⁴⁶ Nesse sentido, por exemplo, caminha a proposta elaborada por uma comissão presidida pelos economistas Joseph Stiglitz, Amartya Sen e Jean-Paul Fitoussi, a pedido do então presidente da França Nicolas Sarkozy - STIGLITZ et. al., 2009.

escolhas individuais nas relações sociais em geral, e nas econômicas em particular, são mediadas pelas instituições. Como visto, essa mediação vai além da mera atribuição de incentivos em face de preferências individuais pré-fixadas.⁴⁴⁷ Ao contrário, as preferências individuais são também uma variável alterada pelas instituições econômicas. Ao se considerar que o direito é meio de prescrição e controle de comportamentos, a decorrência é que não apenas o direito afeta as instituições econômicas, mas as instituições econômicas afetam o direito.

Por conseguinte, a liberdade individual - compreendida como o exercício de direitos de escolha individuais⁴⁴⁸ - é constrangida institucionalmente. Esse constrangimento se dá de três formas. Primeiro, pela limitação das escolhas possíveis em razão das possibilidades abertas ou implicitamente obscurecidas pelas instituições. Por exemplo, um cidadão brasileiro de classe média pode optar entre investir suas economias em uma poupança em um banco brasileiro ou em ações na Bolsa de Valores de São Paulo, mas não pode optar por investir na Bolsa de Valores de Nova Iorque. Um cidadão brasileiro de classe alta, porém, pode também optar por investir na Bolsa de Nova Iorque, pois seu maior poder aquisitivo lhe dá acesso a instituições que o permitem fazê-lo. O exemplo mostra que a liberdade individual do brasileiro de classe média é constrangida, se comparada com a liberdade individual do brasileiro de classe alta, e esse constrangimento se dá pela limitação no acesso a instituições

⁴⁴⁷ Ver as contribuições da Economia Comportamental na análise da influência de fatores institucionais no comportamento - item 2.4 supra.

⁴⁴⁸ Sobre o papel do direito na proteção de direitos de escolha, ver item 2.1 supra.

- limitação essa que, no exemplo, está relacionada à renda, mas também a outros fatores como educação (conhecimento do idioma inglês), família (e.g., o filho de um brasileiro que já trabalhou nos EUA poderá aproveitar o acesso que seu pai já possui a instituições que viabilizem o investimento), etc.

Segundo, instituições podem sujeitar escolhas a diferentes *heurísticas* e *vieses* cognitivos.⁴⁴⁹ Instituições podem apresentar escolhas de modo a sistematicamente induzir agentes a erros decorrentes do modo como as funções cognitivas são exercidas pela mente. Isso significa que, nesses casos, as escolhas não revelam as reais preferências do agente. O modelo de agente racional - que sustenta a concepção do *privado* na visão paradigmática - ignora os erros cognitivos e presume que escolhas revelam as reais preferências.

Terceiro, instituições não mudam apenas comportamentos, mas mudam também as preferências que determinam esses comportamentos. Em outras palavras, instituições influenciam não apenas aquilo que é escolhido, mas também o que agentes querem escolher.

Cogitamos, desse modo, a possibilidade de que o direito atue de forma a dar às instituições formas que estimulam comportamentos não só por incentivos conscientemente assimilados - como propõem as abordagens tradicionais de Direito e Economia -, mas também pela influência que instituições têm na formação subconsciente de preferências. A perspectiva de que instituições jurídicas sejam usadas para estimular a formação de preferências em nível subconsciente pode parecer assustadora do ponto de vista da busca por

⁴⁴⁹ Ver item 2.4.4 supra.

autodeterminação. Todavia, a influência de instituições na formação de preferências se dá pela ação do Sistema 1 - que, como visto, não pode ser "desligado".⁴⁵⁰ Isso significa que *as atuais instituições já nos influenciam quanto à formação de nossas preferências, inclusive subconscientemente*. Portanto, ignorar o papel de instituições na formação de preferências é um atentado ainda pior à autodeterminação.

Diante dessas considerações, cuidar da liberdade individual não pode prescindir da apropriação analítica do papel de instituições na definição, constrangimento e influência das escolhas que são postas aos indivíduos. Instituições influenciam direitos de escolha, quer queiramos ou não.

É todavia possível mudar as instituições e, com isso, dar outra configuração a direitos de escolhas individuais. Mas instituições não resultam da vontade individual⁴⁵¹ - e portanto não podem ser modificadas unicamente por escolhas individuais. O que fazer se a preferência individual for por opções que não são contempladas pelas atuais instituições? Ou mesmo quando as condições institucionais de escolha não forem as mais adequadas para que as preferências individuais se manifestem?

Nessas condições, o fetichismo institucional pode fazer da autodeterminação um mero jogo de cena, em que as decisões que impliquem mudanças mais profundas são negadas aos próprios indivíduos cuja escolha, retoricamente, se buscaria

⁴⁵⁰ Ver item 2.4 supra.

⁴⁵¹ Ver a exposição feita na Introdução supra, em que identificamos que a ideia de instituição se refere a fatores exógenos à vontade individual, tal como argumenta GREIF, 2005.

privilegiar. Atrrelarmo-nos a um conjunto de instituições em decorrência do fetichismo institucional é assim obstaculizar a possibilidade de escolher o novo. É amarrar a humanidade às escolhas determinadas pelas instituições de seus antepassados. A alternativa, nesses casos, é a mudança institucional, o que só é possível pela ação política. Essa última conclusão vai ao encontro da tese de que a liberdade individual não pode ser descasada da liberdade coletiva, ou política. Essa tese é defendida, por exemplo, por Hannah Arendt:

A conversão do cidadão das revoluções no indivíduo privado da sociedade do século XIX tem muitas vezes sido descrita, e geralmente nos termos da Revolução Francesa, que falava de *citoyens* e *bourgeois*. Num plano mais elaborado, podemos considerar este desaparecimento do "gosto pela liberdade política" como a retirada do indivíduo para um "domínio interior de consciência" onde ele encontra a única "região apropriada da liberdade humana"; desta região, tal como de uma fortaleza que se desmorona, o indivíduo, tendo levado a melhor sobre o cidadão, defender-se-á contra uma sociedade que, por sua vez, "leva a melhor sobre a individualidade".⁴⁵²

A síntese feita por Arendt nos permite ver que a liberdade política - do *citoyen*, considerada como a possibilidade de escolha entre diferentes instituições sociais, atuais ou possíveis⁴⁵³ - não é apenas meio para realização de projetos sociais. É meio para viabilizar a própria liberdade individual - a do *bourgeois*. Reconhecer a autodeterminação implica não apenas dar ao homem o poder de fazer escolhas individuais, mas também conferir-lhe o poder de

⁴⁵² ARENDT, 2001, p. 172.

⁴⁵³ Essa definição se vale das ideias de Mangabeira Unger discutidas no item 2.1 supra.

mudar as escolhas que lhe são oferecidas e de superar suas próprias limitações. É o que afirma Mangabeira Unger:

É o nosso mundo particular - o mundo que criamos pela ação - o que podemos entender mais íntima e fielmente; o resto da realidade nós dominamos apenas pela extrapolação, que não podemos evitar e tampouco nela confiar. Tendo feito nosso próprio mundo, podemos refazê-lo. Podemos, como disse Marx, "fazer dançar as circunstâncias cantando para elas sua própria melodia."

[...]

Um dos serviços que a democracia presta à humanidade é criar um clima mais favorável a tal exploração. Ela faz isso tanto pelo ataque às formas extremas e entrincheiradas de desigualdade, quanto por afirmar a ideia da capacidade de homens e mulheres para transformação e autotransformação.⁴⁵⁴

A visão paradigmática, e o próprio Pensamento Jurídico Contemporâneo, se vinculam ao fetichismo de instituições que assumem que a liberdade individual e o exercício da política são necessariamente contrapostos. Essas ideias se vinculam, nas relações econômicas, à concepção de *mercado* como produto espontâneo da liberdade individual, e limitam a autodeterminação a objetivos hedonistas manifestados nas escolhas individuais que caracterizariam o *mercado*. Não reconhecem que mercados são eles próprios produtos de escolhas

⁴⁵⁴ "It is our own world - the world we create through action - that we can understand more intimately and confidently; the rest of reality we master only by an overreaching that we cannot avoid and cannot trust. Having made our own world, we can remake it. We can, as Marx said, "make the circumstances dance by singing to them their own melody." /\$/ [...] Not the least service that democracy renders to humanity is to create a climate more favorable to such exploration. It does so both by its assault on the extreme and entrenched forms of inequality and by its espousal of the idea of the capacity of ordinary men and women fo transformation and self-transformation." (UNGER, 2007a, p. 53 - tradução livre.)

humanas, e por isso sujeitos também à autodeterminação. E desconsideram que a autodeterminação implica também reconhecer aos indivíduos o direito a exercer escolhas que não sejam egoístas. Reconhecer a liberdade e afirmar a autodeterminação exige reconhecer o direito de escolher, por exemplo, instituições baseadas em relações comunitárias. Exige também afirmar o direito de que indivíduos manifestem escolhas baseadas no bem-estar dos outros - ainda que em detrimento de seu próprio bem-estar. Exige, enfim, abertura ao reconhecimento de outras manifestações institucionais que não sejam condizentes com as suposições de que indivíduos escolhem racionalmente segundo preferências hedonistas.

Por isso, uma nova compreensão do papel do direito é necessária, para substituir a visão paradigmática e ampliar as possibilidades de efetivação de direitos de escolha individual e política. Para tanto, essa nova visão deve se desvincular do fetichismo institucional, o que significa abrir espaços para o reconhecimento de mudanças institucionais e para a criação de novas instituições, tanto como produto conjunto e espontâneo de ações individuais, como da ação política conscientemente mediada pelas instituições democráticas.

Essa nova visão sobre as relações entre direito e economia deve ainda contemplar o papel de instituições extramercados na alocação de recursos (produção, troca e consumo de bens e serviços) e no suporte de outras instituições extra e intramercados. Finalmente, deve também considerar a influência recíproca entre comportamento e instituições, abandonando a ideia de que seres humanos são dotados de racionalidade absoluta, justamente para que possam, por meio de instituições, superar suas limitações cognitivas e dar melhor vazão a projetos individuais e também a projetos comunitários.

Bibliografia

Livros, periódicos e artigos

ALBERT, Carla Estefanía; BAGOLIN, Izete Pengo Bagolin e QUADROS, Marcelo Pereira de. *Aportes da Economia Institucional e da Psicologia: hábitos e costumes na construção da escolha do agente econômico*. **Revista Cadernos de Economia**. Ano 12, n. 22, Chapecó, pp. 7-23, jan/jun 2008.

ANDERSON, Perry. **Afinidades seletivas**. São Paulo: Boitempo, 2002.

_____. *Balanço do neoliberalismo*. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). **Posneoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 9-23.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

_____. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

_____. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

ARANHA, Márcio Iorio. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo : Atlas, 2000.

_____. **Políticas Públicas Comparadas de Telecomunicações (Brasil-EUA)**. Tese de Doutorado. Brasília: CEPAC/UnB, setembro de 2005.

ARENDDT, Hannah. **Sobre a revolução**. Lisboa: RELOGIO D'AGUA, 2001.

ARIELY, Dan. **Predictably Irrational**. The Irrational Bundle - Kindle edition. [S.l.]: Harper Collins, 2013.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La liberalización de los servicios públicos en Europa: hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia*. In: CASSAGNE, Juan Carlos e ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Servicios públicos, regulación y renegociación**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 9-50.

_____. **Princípios de Derecho Público Económico**. Granada: Comares, 2004.

_____. **Economía y Estado: crisis y reforma del sector público**. Madrid: Marcial Pons, 1993.

ARPA (Advanced Research Projects Agency). Memorandum for: Members and Affiliates of the Intergalactic Computer Network. From: J.C.R. Lickliger. Subject: Topics for Discussion at the Forthcoming Meeting. 25 Apr. 1963. Disponível em: <http://www.dod.mil/pubs/foi/Science_and_Technology/DARPA/977.pdf>. Acesso em: 28 out. 2013.

AYRES, Ian e BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. New York: Oxford University Press, 1992.

BANDEIRA, Antonio Herculano de Souza. **A propriedade das minas: estudo de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1885.

BANNER, Stuart. **American Property: A History of How, Why, and What We Own**. Kindle ed. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

BARAN, Paul. **On Distributed Communications: I. Introduction to Distributed Communications Networks**. Memorandum RM-3420-PR, preparado para o *United States Air Force Project Rand*. Santa Monica: RAND Corporation, Aug. 1964. Disponível em: <http://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/research_memoranda/2006/RM3420.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2013.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Constituição Dirigente*. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques e BEDÊ, Fayga Silveira. **Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 219-251.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BERG, Roger Van den. *Introduction: The Impact of Guido Calabresi on Law and Economics Scholarship*. **Erasmus Law Review**, vol. 1, n. 4, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

BLAUG, Mark. **Economic Theory in Retrospect**. 5th. ed. New York: Cambridge University Press, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRAITHWAITE, John. **Regulatory Capitalism: How it Works, Ideas for Making it Work Better**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2008.

BRANDS, Henk e LEO, Evan T. **The Law and Regulation of Telecommunications Carriers**. Norwood : Artech House, 1999.

BRASIL. **Alvará de 1º de abril de 1808 [on-line]**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_22/alvara_2.4.htm>. Acesso em: 5 jun. 2012.

BRITO, Maurílio. **Subsídios para a história da telefonia no Brasil**. s.l.: NEC, 1976.

BUENO, Jose Antonio Pimenta. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve e C., 1857.

BYRNES, William J. *Telecommunications Regulation: Something Old and Something New*. In: PAGLIN, Max D. (ed.). **The Communications Act: a Legislative History of the Major Amendments, 1934-1996**. Silver Spring : Pike & Fischer, 1999, pp. 31-104.

CAMERER, Colin. *Behavioral Economics: Reunifying Psychology and Economics*. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, v. 96, 1999, pp. 10575-10577.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. [S.l.]: eBooksBrasil.com, 2006. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/chicocampos.html>>. Acesso em: 7 jun. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Brançosos" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional.** 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANTISANO, Pedro Jimenez. *Aspectos da crítica à suposição de racionalidade na análise econômica do direito.* **Law Review**, v. 50, n. 5, p. 1473, 1998.

CARVALHO, Carlos Augusto de. **Direito Civil Brasileiro Recopilado, Ou Nova Consolidação Das Leis Civis Vigentes Em 11 de Agosto de 1899.** Rio de Janeiro: Livraria de Francisco Alves, 1899.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de serviços públicos na perspectiva da Constituição Econômica brasileira.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, José Murilo de. *Fundamentos da política e da sociedade brasileiras.* In: AVELAR, Lúcia e CINTRA, Antônio Octávio. **Sistema político brasileiro: uma introdução.** Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004, pp. 21-36.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição e direito constitucional positivo.** 13ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, Vinicius Marques. *Regulação econômica e serviços públicos.* In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). **Direito Econômico Regulatório.** São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. **Estudos de Direito Público.** Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos editor, 1914. *Apud:* LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **A Evolução do Regime Jurídico da Indústria Elétrica no Brasil - 1879-1957.** Porto Alegre, 2007. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS.

CASTRO, Marcus Faro de Castro. *Análise Jurídica da Política Econômica.* **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 1, n. 1, p. 17-71, 2009.

_____. *Economic Development and the Legal Foundations of Regulation in Brazil.* **The Law and Development Review**. V. 6, n. 1, pp. 61-115, Jun. 2013.

_____. *Direitos Sociais, Econômicos e Culturais: uma abordagem pós-neo-clássica*. **Revista Jurídica da Presidência da República**, v. 7, n. 74, pp. 10-18, ago. 2005.

_____. *Instituições econômicas: evolução de seus elementos constitucionais na sociedade de mercado*. **Revista de Direito Empresarial**. Curitiba, n. 6, pp. 41-62, jul./dez. 2006.

_____. **Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direito, Tributação e Economia no Brasil: Aportes da Análise Jurídica da Política Econômica*. **Revista da PGFN**, Brasília, vol. 1, n. 2, pp. 1-32, 2011.

_____. *Jurisdição, Economia e Mudança Social*. In: KOERNER, Andrei; DUARTE, Fernanda. (orgs.). **Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito**. Rio de Janeiro, Revista do TRF da Segunda Região, 2010, pp. 143-174.

_____. *New Legal Approaches to Policy Reform in Brazil*. **Law and Society Association (LSA) 2013 Annual Meeting**, Boston, Massachusetts, May 30 - June 2, 2013. Session: Brazil: Development and Regulation.

CATEB, Alexandre Bueno e BALBINO, Otávio De Paoli. *Sociedades de Fato e Irregulares: Evolução Histórica e Critérios Diferenciadores*. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 34, n. 2, pp. 136-153, jul./dez. 2010.

CHANG, Ha-Joon. **Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica**. São Paulo: UNESP, 2004.

CHAVANCE, Bernard. **L'économie institutionnelle**. Paris: La Découverte, 2007.

CLARK, Margaret S. e MILLS, Judson. *Interpersonal Attraction in Exchange and Communal Relationships*. **Journal Of Personality And Social Psychology**, v. 37, n. 1, pp. 12-24, 1979.

COASE, Ronald H. *The New Institutional Economics*. **The American Economic Review**, v. 88, n. 2, p. 72-74, 1 mai. 1998.

_____. *The Problem of Social Cost*. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, Out. 1960.

_____. *The Nature of the Firm*. **Economica**, v. 4, n. 16, p. 386-405, Nov. 1937.

_____. *The Federal Communications Commission*. **Journal of Law and Economics**, v. 2, p. 1-40, Oct. 1959.

_____. *Comment on Thomas W. Hazlett: Assigning Property Rights to Radio Spectrum Users: Why Did FCC License Auctions Take 67 Years?* **Journal of Law and Economics**, v. 41, s. 2, p. 577-580, Oct. 1998.

_____. **The Firm, The Market and The Law**. Kindle edition. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

_____. **Essays on Economics and Economists**. Kindle edition. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. **Revista de Informação Legislativa**, n. 138, pp. 39-48, abr./jun. 1998.

CUSHMAN, Robert E. **The Independent Regulatory Commissions**. New York: Oxford University Press, 1941.

DEFENSE SUPPLY SERVICE (Department of the Army, United States of America). **Request for Quotation SADSS**, 29 Jul. 1968. Disponível em: <
http://www.cs.utexas.edu/users/chris/DIGITAL_ARCHIVE/ARPANET/RFQ-ARPA-IMP.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2013.

DEMSETZ, Harold. *Toward a Theory of Property Rights*. **The American Economic Review**, v. 57, n. 2, p. 347-359, maio 1967.

DEVLIN, Keith. **Introduction to Mathematical Thinking**. Kindle ed. Palo Alto: Keith Devlin, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

DUGUIT, Léon. **Les Transformations Du Droit Public**. Paris: Librairie Armand Colin, 1913.

DUMONT, Louis. **From Mandeville to Marx**. Chicago: University of Chicago Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Kindle ed. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

_____. *Is Wealth a Value?* **The Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, pp. 191-226, Mar. 1980.

ESTORNINHO, Maria João. **Fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1999.

EVANS, Peter. *The Challenges of the "Institutional Turn": New Interdisciplinary Opportunities in Development Theory*. In: NEE, Victor e SWEDBERG, Richard (eds.). **The Economic Sociology of Capitalism**. New Jersey: Princeton University Press, 2005, pp. 90-116.

FIUZA, Ricardo (org.). **Novo Código Civil comentado**. 5^a ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis**. Vol. 1, 5^a ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1945.

GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. **Principles and Methods of Law and Economics: Basic Tools for Normative Reasoning**. New York: Cambridge University Press, 2005.

GIDDENS, Anthony (org.). **O debate global sobre a terceira via**. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

_____. **Política, Sociologia e Teoria Social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo**. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

_____. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Ed. Unesp, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GREIF, Avner. *Institutions, Markets and Games*. In: NEE, Victor e SWEDBERG, Richard (eds.). **The Economic Sociology of Capitalism**. New Jersey: Princeton University Press, 2005, pp. ix a xxxi.

GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999.

HAFNER, Katie e LYON, Matthew. **Where Wizards Stay Up Late: the Origins of the Internet**. Kindle ed. New York: Touchstone, 1998.

HALL, Peter A. E TAYLOR, Rosemary C. R. *As três versões do neo-institucionalismo*, **Lua Nova-Revista de Cultura e Política**, n. 58, pp. 194-223, 2003.

HAURIUO, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public général à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences, politiques**. 4eme. ed. Paris: L. Larose, 1903.

HENCK, Fred W. e STRASSBURG, Bernard. **A Slippery Slope: The Long Road to the Breakup of AT&T**. Westport: Greenwood Press, 1988.

HERRERA, Alejandra. **Introdução ao estudo da lei geral de telecomunicações do Brasil**. São Paulo: Singular, 2001.

HUBER, Peter W., KELLOGG, Michael K. e THORNE, John. **Federal Telecommunications Law**. 2nd ed. New York: Aspen Publishers, 1999.

JÈZE, Gaston. **Cours de droit public (licence), professé à la Faculté de droit de Paris pendant le 2e semestre 1923-1924**. Paris: Marcel Giard, 1924.

JOHNSON, Eric e GOLDSTEIN, Daniel. *Do Defaults Save Lives?* **Science**, v. 302, pp. 1338-1339, 21 nov. 2003.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. 1998. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. **Stanford Law Review**, v. 50, 1998, pp. 1471-1550.

JONES, Eliot e BIGHAM, Truman C. **Principles of Public Utilities**. New York: The Macmillan Company, 1931.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KAHNEMAN, Daniel. *Maps of bounded rationality: Psychology for behavioral economics*. **The American Economic Review**, v. 93, n. 5, Dec. 2003, pp. 1449-1475.

_____. **Thinking, Fast and Slow**. Kindle ed. London: Penguin Books, 2011.

KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L. e THALER, Richard H. *Experimental tests of the endowment effect and the Coase theorem. Journal of Political Economy*, v. 98, n. 6, Dec. 1990, pp. 1325-1348.

KENNEDY, David. *The "Rule of Law", Political Choices, and Development Common Sense*. In: TRUBEK, David M.; SANTOS, Álvaro. (Eds.). **The New Law and Economic Development: a Critical Appraisal**. Kindle Ed. New York: Cambridge University Press, 2006, pp. 95-174.

KENNEDY, Duncan. *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*. In: TRUBEK, David M.; SANTOS, Álvaro. (Eds.). **The New Law and Economic Development: a Critical Appraisal**. Kindle Ed. New York: Cambridge University Press, 2006a, p. 19-73.

_____. *Thirty Years Later (Preface)*. In: KENNEDY, Duncan. **The Rise and Fall of Classical Legal Thought**. s.l.: Beard Books, 2006b. Disponível em:

<http://duncankennedy.net/legal_history/essays.html#R&F>.

Acesso em: 15 nov. 2012.

_____. *A Semiotics of Legal Argument*. In: Academy of European Law (ed.) **Collected Courses of the Academy of European Law**. Volume III. Book 2. The Hague: Kluwer Academic Publishers, 1994, pp. 309-365. Disponível em: <http://www.duncankennedy.net/documents/A%20Semiotics%20of%20Legal%20Argument_European%20Intro.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2012.

_____. **Legal History: Introduction.** [on-line] s.l., [2012]. Disponível em: <http://duncankennedy.net/legal_history/index.html#LC>. Acesso em: 14 nov. 2012.

_____. *The Structure of Blackstone's Commentaries.* **Buffalo Law Review**, vol. 28, pp. 209-382, 1979. Disponível em: <http://duncankennedy.net/legal_history/essays.html#R&F>. Acesso em: 15 nov. 2012.

_____. *Savigny's Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought.* **American Journal of Comparative Law**, vol. 58, 2010, pp. 811-842. Disponível em: <http://duncankennedy.net/legal_history/essays.html#R&F>. Acesso em: 15 nov. 2012.

_____. *The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought.* **Hastings Law Journal**, vol. 55, 2004, pp. 1031-1076. Disponível em: <http://duncankennedy.net/legal_history/essays.html#R&F>. Acesso em: 15 nov. 2012.

KUHN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions.** 3rd. ed. [Kindle ed.] Chicago: University of Chicago Press, 1996.

LAENDER, Gabriel Boavista. **A separação de poderes e o processo de institucionalização das agências reguladoras de telecomunicações nos EUA e no Brasil.** Brasília, 2009. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, UnB.

LICKLIDER, J. C. R. *Man-Computer Symbiosis.* **IRE Transactions on Human Factors in Electronics**, volume HFE-1, pp. 4-11, Mar. 1960.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **As bases históricas e institucionais do direito administrativo francês.** jul./dez. 2010. Apresentações em Powerpoint e textos de apoio. Disciplina ministrada no curso de doutorado em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília.

_____. **A Evolução do Regime Jurídico da Indústria Elétrica no Brasil - 1879-1957.** Porto Alegre, 2007. Tese de doutorado

apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS.

_____. "*Monopólio*" e "*serviço público*" nas *Constituições brasileiras (1891-1934)*. **Revista de Direito Administrativo**. vol. 256, jan./abr. 2011, pp. 47-93.

MAJONE, Giandomenico. *Do Estado positivo ao Estado regulador: causas da mudança do modo de governança*. In: MATOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate europeu**. São Paulo: Singular, 2006, pp. 53-87.

MANKIWI, Gregory. **Introdução à Economia**. 5ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARTIN, Áurea Roldán. **Derecho Administrativo Económico**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000.

MASHAW, Jerry L. MERRILL, Richard A. e SHANE, Peter M. **Administrative Law - the American Public Law System: cases and materials**. 4th ed. St. Paul: West Publishing Co., 1998.

MAZZUCATO, Mariana. **The Entrepreneurial State: Debunking Public vs. Private Myths**. London: Anthem Press, 2013a.

MEDEIROS, Gierck Guimarães. *Origem das agências reguladoras no Brasil*. In: ARANHA, Márcio Iorio. **Direito das Telecomunicações: estrutura institucional regulatória e infraestrutura das telecomunicações no Brasil**. Brasília: Getel-UnB, 2005, pp. 29-80.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MENEZES, Olindo. H. **Perfil da propriedade contemporânea: destaque da propriedade fundiária**. Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2009.

- MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond**. 2nd. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- MERRILL, Thomas W.; SMITH, Henry. E. **Property**. Kindle ed. New York: Oxford University Press, 2010.
- MORAN, Michael. *Crises of the Welfare State*. **British Journal of Political Science**, vol. 18, n. 3, jul. 1988, pp. 397-414.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.
- MURAMATSU, Roberta e FONSECA, Patrícia. Economia e psicologia na explicação da escolha intertemporal. **Revista de Economia Mackenzie**, v. 6, n. 1, 2009, pp. 87-112.
- NEE, Victor e SWEDBERG, Richard (eds.). **The Economic Sociology of Capitalism**. New Jersey: Princeton University Press, 2005.
- NORTH, D. C. *New Institutional Economics and Development*. **EconWPA**, 1993.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Agências Reguladoras e Concorrência*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- PERDIGÃO, Paulo. **Existência e liberdade: uma introdução à filosofia de Sartre**. Porto Alegre: L&PM, 1995.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser e SPINK, Peter Kevin (orgs.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1998.
- PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1941.
- POLANYI, Karl. **The great transformation: the political and economic origins of our time**. Kindle ed. Boston: Beacon Press, 2001.
- POSNER, Richard. A. *The Economic Approach to Law*. **Texas Law Review**, n. 53, 1975, pp. 757-782.

_____. *Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law*. Chicago: University of Chicago Law School, **Law & Economics Working Paper**, 2nd. series, n. 53, 1998a. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/lawecon/index.html>>. Acesso em: 27 jul. 2011.

_____. *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*. **Stanford Law Review**, v. 50, 1998b, pp. 1551-1575.

REIS, Aarão. **Direito Administrativo Brasileiro**. [S.l.]: Ed. do autor, 1923. Apud: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **A Evolução do Regime Jurídico da Indústria Elétrica no Brasil - 1879-1957**. Porto Alegre, 2007. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS.

ROBINSON, Glen. *The Federal Communications Act: An Essay on Origins and Regulatory Purpose*. In: PAGLIN, Max D. (ed.). **A Legislative History of the Communications Act of 1934**. New York: Oxford University Press, 1989, pp. 3-24.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROESLER Cláudia Rosane. **Saber jurídico, retórica e ciência: uma análise da obra de Theodor Viehweg**. São Paulo: USP, 2002. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ROLDÁN MARTIN, Áurea. *Los nuevos contornos del servicio público*. **Cuadernos de Derecho Judicial: Derecho Administrativo-Económico**. Madrid, n. XII, pp. 17-56, 2000.

ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direitos Reais**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SALAMA, Bruno M. *O que é pesquisa em direito e economia?* **Cadernos Direito GV**, vol. 5, n. 22, mar 2008.

_____. *A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner*. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). **Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2010 [on-line]. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35>. Acesso em: 2 nov. 2012.

SALGADO, Lúcia Helena. **Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional.** IPEA: Texto para discussão n° 941, p. 56, 31 mar. 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007a.

_____. **Direito Concorrencial: as condutas.** São Paulo: Malheiros, 2007b.

SANTOS, Alvaro. *The World Bank's Uses of "The Rule of Law" Promise in Economic Development.* In: TRUBEK, David M.; SANTOS, Álvaro. (Eds.). **The New Law and Economic Development: a Critical Appraisal.** Kindle Ed. New York: Cambridge University Press, 2006, pp. 253-300.

SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia: persistência e dinâmica na atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento.** São Paulo, 2009. Tese de doutorado apresentada no Departamento de Direito Econômico e Financeiro, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

_____. *Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma "rule of law" e a relevância das alternativas institucionais.* **Revista Direito GV**, vol. 6, n. 11, jan-jun 2010, pp. 213-252.

SCOTT, Colin. *Responsabilização no Estado Regulador.* In: MATOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate europeu.** São Paulo: Singular, 2006, pp. 87-118.

SINGER, Tania. **Beyond Homo Economicus [on-line].** Project Syndicate, 12 set. 2013. Disponível em: <<http://www.project-syndicate.org/commentary/a-new-model-of-human-behavior-by-tania-singer>>. Acesso em: 16 set. 2013.

SKOUSEN, Mark. **The Making of Modern Economics: The Lives and Ideas of the Great Thinkers.** 2nd. ed. [Kindle ed.]. New York: M. E. Sharpe, 2009.

SMITH, Adam. **An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of the Nations.** [S.l.]: Enciclopaedia Britannica, 1952.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da constituição econômica.** São Paulo: LTr, 2003.

SOUZA, José Soriano de. **Princípios Gerais de Direito Público e Constitucional**. Rio de Janeiro: A Província, 1893. Apud: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **A Evolução do Regime Jurídico da Indústria Elétrica no Brasil - 1879-1957**. Porto Alegre, 2007. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS.

STIGLITZ, Joseph E. *Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation*. In: BALLEISEN, Edward J. e MOSS, David A. **Governments and Markets: Toward a New Theory of Regulation**. Kindle edition. New York: Cambridge University Press, 2010, pp. 13-51.

STIGLITZ, Joseph E.; SEN, Amartya; FITOUSSI, Jean-Paul. **Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress**. [S.l.]: Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress, 2009. Disponível em: <http://www.stiglitz-sen-fitoussi.fr/en/index.htm>. Acesso em 2 mar. 2014.

STOPPINO, Mario. *Ideologia [verbete]*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Vol. 1. Brasília: Ed. UnB, 1995, pp. 585-597.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 3^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____.(org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000a.

_____. *Introdução às agências reguladoras*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000b, pp. 17-38.

_____. *Regulação - papel atual e tendências futuras*. In: PLAZA, Crisanto e WOHLERS, Márcio (orgs.). **Informe anual 2000: telecomunicações e tecnologias da informação**. São Paulo: CELAET/UNIEMP, 2000c.

SUNSTEIN, Cass. *The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism*. **Yale Law Journal**, v. 122, Jun. 2013, pp. 1826-1899.

SWEDIN, Eric G. e FERRO, David L. **Computers: the Life Story of a Technology**. Kindle ed. Westport, CT: Greenwood Press, 2005.

TEIXEIRA, Carlos Sávio. *Experimentalismo e democracia em Unger*. **Lua Nova**, vol. 80, pp. 45-69, 2010.

TETLOCK, Philip E. e MELLERS, Barbara A. *The great rationality debate*. **Psychological Science**, v. 13, 2002, pp. 94-99.

THALER, Richard. H. e SUNSTEIN, Cass. R. **Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness**. International Revised Edition. London: Penguin Books, 2009.

TRUBEK, David M.; SANTOS, Álvaro (eds.). **The New Law and Economic Development: a Critical Appraisal**. Kindle Ed. New York: Cambridge University Press, 2006.

TVERSKY, Amos e KAHNEMAN, Daniel. *Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases*. In: KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, Fast and Slow**. Kindle ed. London: Penguin Books, 2011, posições 7238-7650.

UNGER, Roberto Mangabeira. **What Should Legal Analysis Become?** London: Verso, 1996.

_____. **The Self Awakened: Pragmatism Unbound**. [S.l.]: Harvard University Press, 2007a.

_____. **Free Trade Reimagined: The World Division of Labor and The Method of Economics**. New Jersey: Princeton University Press, 2007b.

_____. **Legal Theory [on-line]**. Website do autor. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/legal.php#3>. Acesso em 19 mar. 2014.

UPHAM, Frank. K. *From Demsetz to Deng: Speculations on the Implications of Chinese Growth for Law and Development Theory*. **N. Y. U. Journal of International Law and Politics**, v. 41, 2009, p. 551-602.

VALADÃO, Alfredo. *Exposição de motivos apresentada pelo Prof.º Alfredo Valladão, justificando o anteprojeto que organizou para exame da subcomissão do Código de Águas*. In: BRASIL, MINISTÉRIO DAS MINAS E ENERGIA. **Código de Águas**. Vol. 1. Brasília, 1980, pp. 7-79.

VARELA, Laura. B. **Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico das Propriedades.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

VOHS, Kathleen D; MEAD, Nicole L. e GOODE, Miranda R. *The Psychological Consequences of Money.* **Science**, v. 314, pp. 1154-1156, 17 nov. 2006.

WALTENBERG, David A. M. *O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL.* In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros Editores, 2000, pp. 352-377.

WILLIAMSON, Oliver. *The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead.* **Journal of Economic Literature**, v. 38, n. 3, p. 595-613, 1 set. 2000.

WRIGHT, Joshua, e GINSBURG, Douglas. *Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty.* **Northwestern University Law Review**, v. 106, pp. 12-63, 2012.

ZAMAN, Asad. *The Normative Foundations of Scarcity.* **Real-World Economics Review**, n. 61, 2012, pp. 22-39.

Material audiovisual

ARIELY, Dan. **A Beginner's Guide to Irrational Behavior.** Curso de extensão à distância via plataforma Coursera.org. Duke University, Mar. 2013 [on-line]. Disponível em: <https://class.coursera.org/behavioralecon-001/class/index>. Acesso em: 31 ago. 2013.

COASE, Ronald. **Markets, firms and property rights.** Palestra proferida conferência "Markets, Firms and Property Rights: A Celebration of the Research of Ronald Coase". Chicago, University of Chicago Law School, Nov. 2009 [on-line].

Disponível em:
http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=ZAq06n79QIs. Acesso em: 17 jun. 2013.

_____. **On Economics**. Entrevista. Chicago, University of Chicago Law School, 2012 [on-line]. Disponível em:
<http://www.youtube.com/watch?v=04zFygmeCUA>. Acesso em: 23 jul. 2013.

MAZZUCATO, Mariana. **Government: Investor, Risk-Taker, Innovator**. Palestra proferida no evento: TED Global, Jun. 2013b [on-line]. Disponível em:
<http://www.ted.com/talks/mariana_mazzucato_government_investor_risk_taker_innovator.html>. Acesso em: 13 nov. 2013.

SEVERANCE, Charles. **Internet History, Technology and Security**. Curso de extensão à distância via plataforma Coursera.org. University of Michigan, June 2013 [on-line]. Disponível em:
<https://www.coursera.org>. Acesso em: 2 jun. 2013.