

Desdobramentos jurídicos contemporâneos na literatura institucionalista sobre desenvolvimento

Hugo Pena¹
Márcio Valadares²

Resumo

O artigo objetiva situar desdobramentos jurídicos contemporâneos no debate sobre desenvolvimento com duas vertentes da literatura institucionalista, caracterizadas como literatura dos ambientes institucionais e dos arranjos institucionais. Num primeiro momento, o texto diferencia análises “de mercado” e “institucionalistas” acerca do desenvolvimento. Em seguida, apresenta os principais contornos das abordagens dos ambientes institucionais, com foco nas ideias de Douglass North, e dos arranjos institucionais, voltando à atenção as contribuições de Ha-Joon Chang e de Peter Evans. Por fim, procede-se à descrição dos principais contornos da Análise Econômica do Direito, do Novo Direito e Desenvolvimento e da Análise Jurídica Econômica, que são perspectivas jurídicas interdisciplinares sobre instituições e desenvolvimento. Dado que o desenvolvimento é multifacetado, a contribuição que o artigo pretende apresentar é a aproximação de debates que se desenrolam em áreas diferentes, e em especial, promover contatos entre perspectivas econômicas e jurídicas acerca do papel das instituições no desenvolvimento.

Palavras-chave: Desenvolvimento; Instituições; Análise Econômica do Direito; Novo Direito e Desenvolvimento; Análise Jurídica da Política Econômica.

Introdução

Existe um debate a respeito do lugar e do formato das instituições jurídicas e sua relação com o funcionamento dos mercados e o desenvolvimento. No Brasil, atualmente, discussões do tipo envolvem literaturas como a Análise Econômica do Direito (AED), o Novo Direito e Desenvolvimento (NDD) e a Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE). Cada uma destas correntes tem pontos de contato e distanciamento com as demais.

A importância das instituições jurídicas para o desenvolvimento, no entanto, nem sempre foi objeto de maior atenção. Por um tempo, nem a

¹ Doutorando em Direito, Estado e Constituição na Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito, área de Relações Internacionais, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Foi professor e coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário do Cerrado Patrocínio (Unicerp), tendo lecionado também na Faculdade Pitágoras, Unidade Divinópolis, e na Universidade de Itaúna. Atualmente, é bolsista de doutorado da CAPES, em regime de dedicação exclusiva.

² Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília. Participou de curso de extensão sobre Direito e Regulação do Mercado Financeiro na London School of Economics and Political Science. Procurador do Banco Central do Brasil em Brasília.

literatura sobre desenvolvimento considerou “instituições” como variável relevante, nem a literatura jurídica dedicou-se ao problema do desenvolvimento.

Prevalecia, quanto a este, aquilo a que Ronaldo Fiani (2011) se refere como “abordagem dos mercados”. Tributária do “equilíbrio geral de mercado” de Léon Walras, esta visão ortodoxa depositava forte crença na capacidade de ajustes espontâneos dos atores nos mercados. As interações entre pessoas, nesse sentido, seriam coordenadas automaticamente por meio do mecanismo de preços. Nesta concepção, ainda que os agentes econômicos buscassem apenas seus próprios interesses, os resultados de suas interações nos mercados seriam socialmente benéficos. Com liberdade para trocas, haveria maior especialização, mais divisão social do trabalho, mais produtividade, e, portanto mais renda. O domínio econômico é encarado como essencialmente “privado”: a interferência do Estado é indevida e classificada como “distorção”. A receita para o desenvolvimento é, portanto, o funcionamento ótimo e desimpedido dos mercados.

É de se notar que mesmo a posição econômica mais ortodoxa pressupõe certos elementos jurídicos na base de seus raciocínios, como a segurança da propriedade e dos contratos. A diferença entre a “abordagem dos mercados” e as abordagens institucionalistas do desenvolvimento consiste em que as instituições não são pressupostas: são, elas mesmas, variáveis que afetam o desenvolvimento.

A abordagem institucionalista do desenvolvimento foi fortemente influenciada pelas contribuições de Douglass North. O foco de North esteve na influência do grau de proteção da propriedade privada sobre o desenvolvimento dos países. De modo simplificado, pode-se afirmar que sua principal recomendação para os países consiste em criarem-se políticas públicas que favoreçam a segurança e a previsibilidade dos negócios, via fortalecimento da propriedade privada e dos contratos. Sua abordagem é classificada por Fiani (2011) como perspectiva que enfatiza *ambientes institucionais* de forma mais geral.

Em contraste, há uma vertente da literatura institucionalista que se caracteriza pela atenção aos *arranjos institucionais*, mais específicos, e que

conta com autores como Peter Evans e Ha-Joon Chang. Em comum, estes autores rejeitam a ênfase excessiva nos direitos de propriedade, e depositam importância nas interações entre Estado e sociedade para fins de desenvolvimento, tendendo a rejeitar receitas uniformizadas para todos os países.

E o direito? Como ingressa neste debate? Responder a esta pergunta é o principal propósito deste artigo. Para tanto, o texto procede da seguinte maneira. Primeiro são sucintamente expostos os contornos das abordagens institucionalistas dos *ambientes* e dos *arranjos institucionais*. Isto se faz por meio de breve panorama das ideias centrais de Douglass North, Peter Evans e Ha-Joon Chang. Em seguida, são apresentadas as vertentes jurídicas que se ocupam do problema do desenvolvimento: a AED, o NDD e a AJPE. Busca-se, ao fazê-lo, compará-las entre si, e estabelecer pontos de contato com as literaturas dos ambientes e dos arranjos institucionais. Ou seja, busca-se identificar suas progenias.

A questão do desenvolvimento é multifacetada. É importante, neste sentido, conectar os debates que ocorrem em diferentes áreas. A contribuição que este artigo pretende apresentar é a aproximação dos debates sobre desenvolvimento que correm na economia e no direito, e que dão ênfase ao papel das instituições.

Cumprе ressalvar, antes de passar à próxima seção, que as traduções de citações de obras em língua estrangeira foram feitas livremente para o português, tendo-se optado por manter o texto em um só idioma.

Duas linhagens institucionalistas sobre desenvolvimento: ambientes e arranjos institucionais

Esta seção tem como propósito abordar uma divisão existente na literatura institucionalista sobre desenvolvimento. De um lado, há a vertente dos *ambientes institucionais*. De outro, a dos *arranjos institucionais*. Para este fim, o texto faz breve panorama dos aspectos centrais das contribuições de Douglass North, associado à primeira vertente, e de Peter Evans e Ha-Joon Chang, cujas

ideias enquadram-se na segunda linhagem. É importante começar pela diferenciação entre ambientes e arranjos institucionais.

Segundo Fiani (2011), o plano mais geral e abstrato das instituições é o *ambiente institucional*: a Constituição, o direito de propriedade, os direitos fundamentais etc. Ele não é caracterizado por transações específicas. Já o plano mais local e concreto é o dos *arranjos institucionais*, que definem "a forma particular como um sistema econômico coordena um conjunto específico de atividades econômicas." (2011, p. 4) Assim, por exemplo, escolas de ensino técnico para capacitação profissional, linhas de crédito subsidiadas por incentivos governamentais e parcerias público-privadas são componentes dos *arranjos institucionais*.

Principais contornos da literatura dos ambientes institucionais

A literatura dos *ambientes institucionais* estabelece forte relação entre a definição e garantia dos direitos de propriedade e o desenvolvimento (Fiani, 2011, p. 63). Em essência, direitos de propriedade bem definidos e garantidos funcionariam como a base institucional para o mecanismo de mercado entrasse em operação: os indivíduos teriam estímulos para buscar a atividade econômica, certos de poderem manter a titularidade sobre os resultados obtidos. Há, aqui, uma sutileza nesta abordagem institucionalista: no fundo, a receita consiste em criar *ambientes institucionais* ancilares ao livre funcionamento do mercado. O verdadeiro motor do desenvolvimento continua a ser o mercado. Nisto, há certa proximidade entre a literatura dos ambientes institucionais e a abordagem dos mercados. A diferença consiste em que, ao passo que a primeira toma as instituições como variáveis relevantes para a análise (o formato das instituições importa para o desenvolvimento), a segunda pressupõe o bom funcionamento destas instituições.

Na perspectiva de Douglass North, as instituições fornecem a *estrutura de incentivos* em uma economia. A depender dos incentivos existentes, a economia pode crescer, estagnar-se ou declinar (1991, p. 97). Se os custos de transacionar forem baixos, haverá estímulo às trocas, mais especialização dos agentes econômicos, e, portanto mais produtividade (1991, p. 33) Ou seja,

haverá desenvolvimento. Pelo contrário, se as instituições impuserem altos custos de transação, a tendência será a de se causarem recessões. O problema do desenvolvimento passa a ser, em North, o de encontrar as causas dos custos de transação, e de fazer reformas para diminuí-los.

Em geral, a receita para reformas é a mesma, e independe do país ou do contexto em que se insere. Para North, uma das principais fontes de custos altos de transacionar está nas incertezas que a definição ou a proteção fraca dos direitos de propriedade privada gera. Sem a segurança de poder apropriar-se dos benefícios das transações econômicas, os indivíduos são desestimulados a interagir nos mercados. Por que investir, se não se tem a previsibilidade de lançar mão dos frutos do investimento? Por que vender, se não se sabe se será pago pela mercadoria entregue?

Outra fonte de custos de transação está nas incertezas relacionadas aos contratos. Se os contratos forem bem protegidos, os custos para conseguir o seu cumprimento serão menores. Os credores, neste sentido, terão mais segurança e facilidade para forçar o cumprimento por parte de seus devedores. Se o cumprimento dos contratos for incerto ou mais dificultoso, haverá menos estímulos à atividade econômica (1991, p. 54). Em decorrência disto, North vê como necessária a existência de uma autoridade forte – o Estado – que centralize a coerção e garanta o cumprimento dos contratos (1991, p. 59).

A abordagem de North não pode ser interpretada, no entanto, como sendo favorecedora do ativismo estatal na promoção do desenvolvimento. O papel do Estado é prover o ambiente institucional favorável às transações comerciais, ao livre mercado, e não interferir diretamente no domínio econômico. Como Fiani critica, a proposta de North pressupõe que, havendo forte definição e garantia da propriedade e dos contratos, “tudo estará resolvido” (Fiani, 2011, p. 195). Ou seja, deposita-se crença de que, dado o ambiente institucional “correto”, os custos de transação serão reduzidos, o mercado funcionará de maneira ótima, e se encarregará de operar a “mágica do desenvolvimento”.

Um exemplo contemporâneo de literatura desenvolvimentista associada aos ambientes institucionais está nas contribuições de Daron Acemoglu e James Robinson (2012). Por meio da identificação e classificação de instituições

econômicas e políticas extrativas e inclusivas, os autores identificam ambientes institucionais propícios aos círculos virtuosos ou viciosos de desenvolvimento. De modo geral, a obra destes autores associa o caráter benéfico das instituições para a promoção do desenvolvimento a sua capacidade de favorecer o livre funcionamento dos mercados. Assim como em North, as instituições “corretas”, a serem adotadas pelos países, são aquelas que permitem a atuação desimpedida dos agentes nos mercados.

Principais contornos da literatura dos arranjos institucionais

Em contraste com a perspectiva de North, autores da linhagem dos *arranjos institucionais* associam o problema do desenvolvimento à dificuldade de superar problemas de *divisão do trabalho* na sociedade. Cabe explicar o ponto. A produção de bens e serviços, numa economia de mercado, está dividida em diferentes etapas produtivas, envolvendo diversas empresas e indivíduos. A transação, neste contexto, envolve “a passagem de um ativo através da fronteira que separa duas atividades econômicas distintas”, mas economicamente conectadas (Fiani, 2011, p. 65). Assim, por exemplo, a produção moveleira envolve, ao menos, a extração de madeira, seu beneficiamento, montagem e venda para o consumidor final. Todas estas etapas são ainda intermediadas por serviços de transportes. Os custos de transação residiriam nas dificuldades de as diferentes atividades produtivas interdependentes interagirem.

Assim, o aumento no grau de divisão do trabalho exige que mais bens e serviços sejam transferidos entre as diferentes etapas dos vários processos produtivos, e que essa transferência se dê de forma cooperativa e não conflituosa. O problema passa a ser então saber que tipo de arranjo institucional tem a capacidade de realizar essa transferência de forma adequada. (Fiani, 2011, p. 66)

A diferença de foco, passando dos *ambientes* para os *arranjos* institucionais, reflete-se diretamente numa mudança na concepção do papel do Estado na economia e na organização da própria sociedade. Ao passo que a literatura dos *ambientes* institucionais reserva papel de certa forma passivo ao Estado, que não deve intervir no domínio econômico, a literatura dos *arranjos*

institucionais atribuí-lhe protagonismo nas iniciativas para o desenvolvimento. Como resultado, a ênfase desta literatura não é a forte proteção dos direitos de propriedade ou dos contratos, mas a maneira como o Estado e a sociedade interagem na busca de arranjos institucionais adequados a promoção do desenvolvimento segundo cada contexto específico, tendendo a rejeitar soluções de aplicação universal.

Peter Evans é um dos autores que Fiani (2011) classifica como pertencentes à linhagem dos *arranjos* institucionais. Evans não despreza a importância da proteção dos direitos de propriedade para o desenvolvimento, mas discorda do peso que North atribuiu a este fator. Para Evans, não se pode dizer que um modelo de proteção da propriedade privada vá gerar desenvolvimento sem olhar para as especificidades de cada contexto. Tampouco seria adequado classificar os modelos de desenvolvimento como “melhores” ou “piores” a partir da forma como a propriedade é definida (Evans, 2007, p. 37).

Ao invés de focalizar direitos de propriedade, a abordagem de Evans é voltada à discussão de “casos concretos de intervenção do Estado no desenvolvimento industrial” (Fiani, 2011, p. 199), sem que haja a proposição de soluções institucionais universais (*one-size-fits-all*, ou “tamanho único”) para o desenvolvimento. Afastando-se da abordagem de mercados, Evans identifica três motivos para a necessidade de intervenção do Estado na economia: “(1) superação de falhas de mercado; (2) superação de resistências sociais ao processo de desenvolvimento econômico; (3) superação de resistências sociais à redistribuição de renda na sociedade.” (Fiani, 2011, p. 200) Evans, porém, não enxerga a intervenção do Estado como solução automática ao problema do desenvolvimento: “o fato de que a racionalidade administrativa do Estado se faz necessária não significa que ela será aplicada de forma adequada e eficaz.” (Fiani, 2011, p. 201).

Segundo Evans, muito da literatura institucionalista sobre o desenvolvimento pressupõe que as únicas instituições relevantes seriam aquelas diretamente envolvidas na facilitação das transações nos mercados. Evans apelida essa pressuposição de “*market as magic bullet*” (1997, p. 2), ou seja, de mercado como solução mágica. Passando a um nível de análise mais específico,

o autor propõe que instituições sociais, como o *capital social* (significando a reputação de uma pessoa ou organização) importam. Os negócios são facilitados quando as pessoas confiam umas nas outras. Ao lado dessas instituições, as iniciativas estatais tampouco podem ser desprezadas: partindo de exemplos de desenvolvimento acelerado no Leste Asiático nas últimas décadas do século XX, Evans confere importância ao ativismo estatal.

Na perspectiva do autor, não basta que o Estado seja forte. É necessário que ele tenha certo grau de autonomia em relação à classe governante. A autonomia é apresentada como condição necessária ao desenvolvimento, mas não é suficiente. A proposta do autor é a de que haja *sinergia* entre o público e o privado (1997, p. 3). A sinergia entre Estado e sociedade pode atuar como catalisadora do desenvolvimento.

Como Fiani ressalta, ao passo que o Estado detém grande poder de transformação das relações econômicas e sociais, “os agentes privados que são afetados pelas políticas de Estado conhecem melhor a sua realidade do que as agências do Estado” (Fiani, 2011, p. 208). Para a ortodoxia econômica, a constatação de que os particulares conhecem sua realidade melhor do que os formuladores de políticas é uma receita para que o Estado não interfira na economia. Já em Evans, esta constatação é usada como ressalva para que os arranjos institucionais construídos pelo Estado levem em conta as visões dos envolvidos em cada setor econômico específico.

A identificação da necessidade de interações entre Estado e sociedade para fins de desenvolvimento sugere que a *coordenação* dos interesses por mecanismos que não o dos *mercados* é necessária. Pode-se interpretar que a afirmação de Evans consiste em dizer que o mecanismo de preços nem sempre leva à superação espontânea dos custos de transação associados à divisão do trabalho na sociedade. Ou seja, nem sempre os empecilhos para as dificuldades de interação entre os diferentes setores econômicos são automaticamente superados. A saída são os arranjos institucionais específicos, estruturados por parcerias entre Estado e os diferentes setores econômicos ou sociais, como forma de superação dos custos de transação associados à divisão do trabalho. Nota-se, neste receituário, maior espaço para o protagonismo estatal na promoção do desenvolvimento do que na perspectiva de North.

Outro autor cuja produção se insere na literatura dos arranjos institucionais é Ha-Joon Chang. Em *Kicking away the ladder* – chutando a escada –, Chang (2003) dedica-se a desconstruir a ideia de que um conjunto de instituições voltado à diminuição dos custos de transação e ao incremento das trocas comerciais baste para o desenvolvimento econômico. Em sua visão, os países economicamente desenvolvidos recomendam para as demais instituições que eles mesmos não adotaram no seu processo de desenvolvimento. Baseado em evidências empíricas, demonstra que livre comércio, rígida proteção aos direitos de propriedade, tutela da propriedade intelectual e a própria democracia tal como hoje é concebida, entre outras instituições tidas como essenciais à prosperidade dos países, não estiveram presentes nas economias desenvolvidas até que elas passassem a merecer semelhante classificação. Estas instituições vieram *depois*.

Esta argumentação configura a crítica ao que Chang se refere como *Global Standard Institutions* (GSI), ou instituições de “tamanho único” (*one-size-fits-all*), que acarretam, segundo o autor, perigosa negação da diversidade institucional. Especificamente, a crítica de Chang é dirigida a instituições da cooperação econômica internacional, como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que articulam propostas de reformas domésticas nas instituições dos Estados (sobretudo periféricos) de forma a ocasionar a chamada “convergência” ou “harmonização” institucional. Segundo Chang, os proponentes de GSI acreditam que há certas formas de instituições que todos os países têm que adotar para sobreviver num mundo globalizado (2007, p. 20).

Entre os principais pontos enfatizados por instituições como o Banco Mundial, o FMI e a OCDE estão os direitos de propriedade privada. Chang faz uma crítica da limitação do discurso do desenvolvimento a este aspecto. Na compreensão do autor, não há por que afirmar que o modelo de propriedade *privada* seja superior aos que lhe são alternativos (2007, p. 23). Por exemplo, num contexto em que valores egoístas não imperam na cultura local, a proteção da propriedade *privada* pode não ser a melhor instituição. A investida não é contra a ideia de proteção da propriedade em si, mas contra a receita de

convergência institucional em torno de um só modelo. Formas comunais de propriedade podem ser mais adequadas a contextos específicos. O ponto central é a crítica à generalização de modelos únicos como receitas de desenvolvimento aplicáveis a todos os países (Chang, 2007, p. 11).

A desconfiança quanto a modelos únicos leva também a que Chang critique práticas de mimetismo institucional (2007, p. 29). Para ele, as instituições que funcionam em um contexto podem não funcionar em outro, dadas as especificidades políticas, econômicas, culturais e jurídicas de cada cenário.

Observa-se que as abordagens de Chang e de Evans trazem em comum a desconfiança a respeito de receitas que propõem ambientes institucionais meramente ancilares ao livre funcionamento do mercado. Não apenas enfatiza-se a necessidade de se buscarem arranjos institucionais adequados a cada contexto específico, como também se atribui papel de importância às iniciativas estatais na economia e na sociedade para fins de desenvolvimento. Estabelece-se no debate sobre o desenvolvimento, desta forma, forte contraste entre as literaturas dos ambientes e dos arranjos institucionais.

Estes desdobramentos ocorreram sobretudo no campo do conhecimento *econômico*. A próxima seção identifica perspectivas de orientação *jurídica* acerca do debate sobre desenvolvimento. Em comum, está o elemento da ênfase nas instituições. É evidente, como se verá, que estas perspectivas jurídicas valem-se de olhares interdisciplinares, conjugando elementos da economia, do direito, e de outras áreas do saber. Nisto, se diferenciam do discurso jurídico tradicional, de matizes conceitualistas e formalistas, e para o qual o desenvolvimento seria um problema *econômico*, "externo" ao direito.

Perspectivas jurídicas do debate institucionalista sobre desenvolvimento

O objetivo desta seção é apresentar os contornos gerais de correntes jurídicas que, desprendendo-se do formalismo e do conceitualismo do discurso jurídico tradicional, valeram-se da interdisciplinaridade para abordar relações entre instituições econômicas e jurídicas, e assim posicionar-se sobre o formato

de políticas públicas propícias ao desenvolvimento. São considerados os contornos principais da Análise Econômica do Direito (AED), o Novo Direito e Desenvolvimento (NDD) e a Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE).

Análise Econômica do Direito (AED)

A AED, também conhecida como *Direito e Economia* ou *Law & Economics*, tornou-se uma perspectiva bastante influente a respeito do formato de políticas públicas, com curso em espaços institucionais como o FMI e o Banco Mundial. A tradição desta literatura remete a ideias de expoentes como Ronald Coase, Richard Posner e mesmo Douglass North (Zylbersztajn, Sztajn, 2005, p. 1-2).

A principal característica da AED é o emprego de instrumentais econômicos para a avaliação e validação, rejeição ou reforma de instituições jurídicas. Estes instrumentais são derivados, sobretudo da microeconomia (Castro, 2012, p. 207). Especificamente, a AED procede a análises de custo-benefício a respeito das normas e decisões no direito. De matizes utilitaristas, consequentialistas e pragmáticos, a AED procura criticar e reformar instituições jurídicas em termos de seus resultados para o todo social. Se os efeitos forem benéficos para o bem-estar econômico, a instituição será validada. Caso contrário, precisará ser reformada.

Diferentemente do raciocínio jurídico tradicional, que tende a buscar a validade das instituições jurídicas em sua conformidade com as regras e princípios contidos em leis, decisões judiciais ou constituições, o critério de validação empregado pela AED, como em Posner, não se encontra no direito positivo, mas em suas consequências para a eficiência econômica. Assim, o critério do “bom”, do “justo” ou “desejável” é traduzido em termos de eficiência, de custo-benefício. Busca-se averiguar se a instituição jurídica contribui ou não para o emprego ótimo de recursos econômicos, de modo a maximizar a satisfação humana (Posner, 1973, p. 4). Neste sentido, pode-se afirmar que esta perspectiva enxerga os direitos *em função* de seu papel na eficiência econômica.

A AED volta a sua atenção à estrutura de estímulos e desestímulos que o direito pode prover. Assim, comportamentos economicamente “eficientes” podem ser estimulados por sistemas de prêmios e punições (Sztajn, 2005, p. 75). Um exemplo de análise focada em incentivos é dado por Guido Calabresi (1965), em seu artigo sobre a relação entre o direito e os acidentes de carro em que não há dolo do condutor. Nesse trabalho, o jurista afirma que o maior rigor punitivo acarretaria o aumento do preço relativo de certas atividades praticadas pelos condutores de veículos e tidas por arriscadas, e incentivaria a opção por substitutos dessas atividades, como o transporte público (Calabresi, 1965, p. 719-720).

Como desdobramento da AED na área de finanças, o movimento *Law & Finance* atrelou o bom desempenho dos mercados financeiros a dotações jurídicas “corretas”, de modo a gerar ambientes institucionais eficientes na atração de investidores. A literatura de *Law & Finance* faz duas vinculações fundamentais. A primeira delas é entre a dotação jurídica “correta” e a prosperidade dos mercados financeiros. Neste aspecto, “correto” tem o mesmo significado de *derivado do common law*. A segunda vinculação é entre a existência de mercados financeiros dinâmicos e o próprio desenvolvimento (La Porta et al, 1998). Juntas, estas vinculações formam a receita do *Law & Finance* para o desenvolvimento: universalizar instituições típicas do *common law* que, por serem mais favoráveis à liberdade financeira, têm maior eficiência para conduzir à prosperidade. Esta literatura é criticada por Mark Roe (2006), que nega, a partir de estudos empíricos, que instituições do *common law* resultem em mercados financeiros mais robustos.

A literatura da AED e do *Law & Finance* tende a privilegiar instituições jurídicas que contribuam para o funcionamento ótimo dos mercados. Neste sentido, a ênfase não está em como as instituições econômicas podem ser reformadas para favorecer a fruição de direitos fundamentais, mas como as estruturas jurídicas podem ser reformadas para favorecer o desempenho econômico. Não se trata de uma análise *jurídica* das instituições econômicas, mas de análise *econômica* das instituições jurídicas: estas últimas sendo encaradas como estando *em função* das primeiras. Em comum com a literatura dos *ambientes institucionais*, a AED favorece desenhos institucionais ancilares

ao livre mercado, além de compartilhar de receituários de forte proteção de direitos de propriedade e contratos como medidas imprescindíveis ao desenvolvimento.

Em outros termos, é possível associar a AED à sensibilidade econômica de contornos mais ortodoxos, conhecida como economia neoclássica ou neoliberal, contrária ao ativismo estatal e favorável a reformas pró-mercado nas instituições, como requisitos para o desenvolvimento.

Novo Direito e Desenvolvimento (NDD)

Ao longo da década de 1990, diversos países em desenvolvimento foram palco para a implementação de reformas relacionadas ao Consenso de Washington e voltadas à criação de ambientes institucionais mais homogêneos e supostamente favorecedores das transações. A circunstância de essas reformas não terem sido suficientes para reduzir substancialmente a pobreza e a desigualdade de renda, evitar crises ou gerar grande crescimento econômico encorajou o estudo de novas estratégias para a orientação da relação entre direito e desenvolvimento (Shapiro; Trubek, 2012, p. 42).

O NDD é uma das expressões dessas novas estratégias, correspondentes a um *novo ativismo estatal* (Castro, 2014, p. 33). O novo ativismo estatal distingue-se do *velho desenvolvimentismo* não só por propor a necessidade de conjugação das esferas pública e privada, como também por não reservar papel proeminente às soluções tecnocráticas para o desenvolvimento (Castro, 2014, p. 57), atribuindo maior espaço à deliberação política democrática. Os pensadores filiados a essa orientação demonstram preocupações com que a diminuição da pobreza e o acesso a direitos fundamentais não sejam considerados apenas decorrências naturais do crescimento econômico, e passem a ser encarados como fins em si mesmos. Ou seja, as instituições jurídicas não são encaradas como estando *em função* das instituições econômicas.

Ademais, recomendam a adoção de soluções pragmáticas para problemas concretos, em detrimento da crença no formalismo jurídico (Trubek, 2006, p. 93). Essa crença, focada na necessidade de garantia de previsibilidade e estabilidade de certas categorias – especialmente o direito de propriedade e a

liberdade de contratar – para que a interação humana seja próspera, pressupõe que o mercado é o ambiente ideal para a tomada de decisões sobre a alocação de recursos, em que o direito não deve interferir.

Castro (2014) identifica um ponto em comum às análises levadas a cabo por autores brasileiros filiados ao NDD. Trata-se da concepção de que as instituições jurídicas são elementos constitutivos, e não apenas instrumentais, da mudança e do desenvolvimento econômico. Não são variáveis neutras em processos decisórios. Daí a preocupação com as consequências econômicas e sociais da estrutura (juridicamente determinada) dos *fluxos financeiros* (Castro, 2014, p. 41). A base desta preocupação é a afirmação de que a baixa disponibilidade de crédito e a existência de altos *spreads* bancários figuram como obstáculos aos objetivos de indivíduos e grupos (Castro, 2014, p. 35). A ênfase do NDD na análise dos fluxos financeiros justifica a referência de Marcus Faro de Castro a esta vertente como literatura de *Public Capital Management* ou gerenciamento público do capital (2014, p. 36):

devido a sua influência tanto sobre o volume quanto sobre o preço do crédito oferecido por bancos comerciais no Brasil, a estrutura das regras e princípios jurídicos que apoiam a existência do mercado de crédito é vista como crucial para a realização das aspirações da sociedade. A reorganização do mercado de crédito, por meio de reformas das regras e princípios jurídicos sobre os quais ele se sustenta, é portanto encarada como premissa do bem-estar social e do desenvolvimento econômico. A regulação em geral deve incluir a preocupação com a estrutura e as características jurídicas do mercado de crédito. (Castro, 2014, p. 36)

Esta ênfase na análise de fluxos financeiros é verificada nos trabalhos de Emerson Fabiani, sobre o crédito de curto prazo ofertado por bancos comerciais; de Mario Schapiro, que trata de arranjos relacionados ao crédito industrial de longo prazo e à governança corporativa; e de Diogo Coutinho, acerca de políticas de transferência de renda para a redução da pobreza e da desigualdade (Castro, 2014). Para esses autores, nem todas as decisões sobre a alocação dos fatores de produção devem se dar nos mercados, espaço em que, de acordo com Streeck (2011), a produtividade marginal é o critério definidor para a aplicação dos recursos.

Com efeito, ao demonstrar certo ceticismo quanto à afirmação de que determinadas instituições gerariam desenvolvimento em qualquer lugar em que

fossem adotadas (*one-size-fits-all*), o NDD sugere a adoção de diferentes tipos de conciliação entre *Estado e sociedade* e *Estado e mercado* (Shapiro; Trubek, 2012, p. 51). De acordo com autores filiados ao NDD, as soluções para os problemas identificados devem ser construídas a partir dos contextos locais, embora a inspiração em modelos adotados por países com características semelhantes pareça-lhes desejável – o que definem como *diálogo horizontal*. As sociedades devem escolher desenhos institucionais satisfatórios aos seus contextos, e devem fazê-lo de forma democrática, e não delegando decisões à gestão tecnocrática (Shapiro; Trubek, 2012, p. 56).

O NDD defende a afirmação dos direitos como fins em si mesmos, a construção de soluções jurídicas a partir de contextos locais e uma abordagem experimentalista que condiciona a validade dessas soluções à sua efetiva capacidade de atender a demandas econômicas e sociais em contextos específicos. Entre suas características de destaque está a tentativa de destacar “a importância da estrutura de fluxos financeiros para a realização de finalidades jurídicas por grupos e indivíduos, assim promovendo tanto a liberdade quanto o desenvolvimento.” (Castro, 2014, p. 36)

Estes contornos aproximam o NDD da literatura dos *arranjos institucionais*, e estabelecem pontos de atrito com a AED, o que remete a outra vertente jurídica que se choca com a AED e com a literatura dos *ambientes institucionais*: a Análise Jurídica da Política Econômica.

Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE)

A AJPE propõe que se deva “conciliar a funcionalidade da economia, de um lado, e, de outro, a equânime proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos e grupos, promovendo assim a justiça econômica.” (Castro, 2009, p. 21) A ideia de *justiça econômica* na AJPE, apesar de evidente contato com categorias econômicas, como “produção” e “consumo”, é proposta em termos de *direitos*: trata-se de conciliar *direitos de produção* com *direitos de consumo*.

Direitos de produção estão associados à propriedade (em seu uso comercial) e à liberdade de contratar, ao passo que direitos de consumo estão associados ao que normalmente se refere como direitos sociais, embora os usos

não comerciais de direitos individuais, como o direito à propriedade de uma residência, também sejam categorizados como direitos de consumo (2009, p. 49-50).

Nesse sentido, o ponto central da proposta da AJPE é o de que a política econômica, entendida como “conjunto de regras politicamente instituídas que organizam a produção, a troca e o consumo na vida social” (2009, p. 22), deve promover a *efetividade de direitos fundamentais* (tanto de produção quanto de consumo), e não prejudicá-la. As instituições econômicas, em outros termos, são colocadas *em função* da fruição de direitos, e não o contrário.

No entanto, ao propor o balanço entre direitos de produção e consumo, a AJPE não fecha os olhos para o problema da escassez envolvido na expansão de direitos. Uma outra maneira de se apresentar a ideia de justiça econômica para a AJPE é, nesse sentido, a conciliação entre a eficácia e equidade econômicas, entre o crescimento e a distribuição. Ou seja, trata-se da “construção de uma ordem social que seja ao mesmo tempo dinâmica, do ponto de vista econômico, e justa” (2009, p. 22). Nisto está implicada uma concepção de desenvolvimento que não tem apenas matizes econômicos, mas também sociais e jurídicos.

A AJPE enfatiza como relevante a fruição empírica dos direitos de consumo e de produção, em contraste com a previsão ou existência formal destes direitos no ambiente institucional. Esta vertente propõe instrumentais analíticos para avaliar esta fruição. Trata-se da ferramenta da “análise posicional”. Por meio dela, o jurista pode avaliar, a partir de critérios jurídicos, se a política econômica, ou determinada política pública, “atende a requisitos de ‘concretização’ ou ‘efetividade’ de direitos fundamentais e direitos humanos.” (Castro, 2009, p. 40)

A análise posicional é feita em cinco etapas (Castro, 2014, p. 42-45). A primeira etapa envolve a identificação de uma política pública ou de um aspecto da política econômica sujeito a controvérsias, e a correspondente especificação do direito fundamental correlato. Nesse sentido, o primeiro passo cuida de estabelecer a ponte entre as políticas públicas e sua expressão jurídica (Castro, 2014, p. 43), de modo a identificar quais são os direitos fundamentais (sejam de consumo, sejam de produção), possivelmente atingidos pela

controvérsia no âmbito da política pública (Castro, 2009, p. 41). Assim, por exemplo, uma política pública de habitação pode ser versada em termos do *direito à moradia*.

A segunda etapa é a decomposição analítica dos direitos envolvidos:

o jurista passa então – com base na consideração de que as políticas públicas adquirem as formas de conteúdos de interesse público inseridos em contratos organizados em redes ou agregados contratuais – a analisar os componentes prestacionais decorrentes dos contratos. O entendimento aí é que tais componentes prestacionais em conjunto dão conteúdo ao fato empírico da fruição do direito em questão. O trabalho de identificação dos componentes prestacionais correspondentes à fruição empírica do direito tem o nome de ‘decomposição analítica de direitos’. (2009, p. 41)

Como exemplo, o direito à moradia – um direito de consumo – está situado num agregado contratual perpassado por prestações como segurança, fornecimento de água, luz e esgoto, pavimentação e transporte público, facilidade de acesso a serviços públicos como educação e saúde, e afetado por condições de financiamento para a construção civil, taxas de juros, incidência da tributação, custos cartoriais etc. Dessa forma, a decomposição analítica do direito à moradia envolveria a identificação dos componentes prestacionais necessários para possibilitar a fruição empírica deste direito.

A terceira etapa é a quantificação empírica dos direitos analiticamente decompostos (Castro, 2014, p. 43-4), com correspondente obtenção de um *índice de fruição empírica* (IFE). “A reunião de todos os indicadores, correspondentes a todos os componentes prestacionais [...] produz um referencial de ordem mais geral, que pode servir para expressar quantitativamente [...] a fruição empírica do direito [...]. Este será o ‘índice de fruição empírica do direito em questão [...]’ (Castro, 2009, p. 43) Cada elemento prestacional que compõe um direito (como o direito à moradia, do exemplo anterior) precisa ser quantificado com base em referenciais empíricos.

Esse procedimento (quantificação) pode optar por utilizar dados e informações já produzidos por autoridades ou especialistas, ou pode produzir dados e informações novos. Há, evidentemente, também a possibilidade de utilização de dados já prontos, mas de maneira combinada com dados produzidos pelo próprio jurista pesquisador. De qualquer modo, o objetivo da quantificação é produzir índices quantitativos que possam dar precisão à caracterização da experiência empírica da fruição. (2009, p. 41-2)

A quarta etapa é a definição de um *padrão de validação jurídica* (PVJ), também versado quantitativamente. A elaboração do PVJ “consiste na identificação ou construção de um ‘padrão’ ou *benchmark* utilizado para caracterizar o que corresponderia em termos quantitativos, à efetividade empírica juridicamente validada do direito considerado.” (2009, p. 44)

Por fim, na quinta etapa, o PVJ e o IFE são contrastados. Verificando discrepância, ou seja, um IFE menor que o PVJ estabelecido, o jurista passa, como parte integrante desta etapa, à elaboração de propostas de reforma da política pública ou de aspectos da política econômica considerada (Castro, 2014, p. 45). Deste modo, busca-se a reorientação da política pública ou da política econômica para possibilitar a melhora da fruição empírica do direito fundamental em questão.

A AJPE pressupõe que as instituições e políticas devem servir a ordens compatíveis com a equânime fruição dos direitos humanos e fundamentais e que os indivíduos e grupos não devem ser escravizados a instituições cuja estrutura oponha obstáculos a tal fruição. Sendo plenamente convencionais, são as instituições (políticas públicas, políticas econômicas, mecanismos de cooperação internacional) que devem ser mudadas para se adaptarem ao exercício da fruição de direitos humanos e fundamentais, não o inverso. (Castro, 2009, p. 46)

Porém, como a AJPE define justiça econômica como equilíbrio empiricamente verificado entre direitos de consumo e de produção, não é o bastante identificar reformas que permitam a expansão da fruição empírica de um direito isoladamente considerado, sem verificar seus impactos sobre direitos correlatos.

As interconexões sociais e econômicas são traduzidas, nas categorias da AJPE, por meio da noção de redes ou agregados de contratos. A caracterização da economia e das políticas públicas como compostas por relações contratuais permite que o jurista analise as instituições envolvidas a partir de critérios jurídicos.

A principal preocupação dos juristas que empregam a perspectiva da AJPE será com as consequências econômicas e sociais da estrutura ou arquitetura dos agregados contratuais existentes, incluindo impactos que tendem a ‘congelar’ certos indivíduos ou grupos – ou, para este propósito, os habitantes de regiões inteiras – em certas ‘posições’ na economia nacional ou global. (Castro, 2014, p. 46)

A principal ferramenta para análise dos agregados contratuais na AJPE é a matriz da nova análise contratual, que classifica as cláusulas dos contratos como tendo elementos de interesse privado e público, bem como elementos monetários e de utilidade. As cláusulas privadas são livremente pactuáveis, mas as cláusulas de interesse público estão sujeitas aos pactos sociais expressos pela via legislativa, administrativa ou judicial. As políticas públicas e a política econômica afetam os conteúdos de interesse público (quer de utilidade, quer monetários) dos agregados contratuais, representando conteúdos de que as partes não podem dispor livremente. Em especial, a política monetária e a tributária determinam conteúdos das cláusulas monetárias de interesse público (Castro, 2011, p. 43), configurando componentes monetários estratégicos (Castro, 2014, p. 47) em razão da *transmissão intercontratual de valores monetários*. Nesse sentido, os contratos em uma economia (e mesmo numa escala global) encontram-se interligados, quer pelo compartilhamento de uma mesma moeda (e dos efeitos sobre todos os contratos em virtude da taxa de juros, de inflação ou deflação, por exemplo), quer pelos diferenciais de competitividade, a afetar direitos de produção, em decorrência das relações de câmbio e das diferentes taxas de juros praticadas pelo globo, quer ainda pelos múltiplos encadeamentos de contratos nos setores da economia real e financeira, e de um setor com o outro. *Nenhum contrato é uma ilha*, pode-se dizer. Até mesmo pela afirmação da transmissão intercontratual de valores monetários, a nova análise contratual da AJPE incorpora à argumentação jurídica aspectos dos agregados e dos fenômenos macroeconômicos.

No Brasil, os estudos de Albério Lima, Daniele Fontes e Paulo Sampaio são exemplos de aplicação da AJPE, com foco na interação entre instituições econômicas e jurídicas no desenvolvimento. Albério Lima (2014) realizou análise jurídica do incentivo ao microempreendedor individual. Daniele Fontes (2014) aplicou a AJPE ao Programa Nacional de Banga Larga. E Paulo Sampaio (2014), à política pública de microcrédito como forma de superação da pobreza.

Nota-se que a AJPE apresenta instrumentais *jurídicos* para a análise das instituições econômicas, como a análise posicional e a nova análise contratual. Pode-se, ainda, afirmar que as instituições econômicas são encaradas como estando *em função* da fruição de direitos. Mas esta afirmação é temperada por

uma concepção de desenvolvimento, ou de “justiça econômica”, que busca alcançar distribuição equânime sem fechar os olhos para as necessidades de eficiência econômica, o que, em termos jurídicos, se traduz na proposta de expandir de maneira conciliada a fruição de direitos de consumo e de produção.

De modo geral, os contornos da AJPE estabelecem diálogos com o NDD. Ambos, afinal, compartilham visões que atribuem maior espaço ao ativismo estatal na promoção do desenvolvimento, e trazem concepções de desenvolvimento que enfatizam a presença de elementos jurídicos, para além do crescimento econômico. Há, também, desconfiança em relação à capacidade de o livre mercado gerar, espontaneamente, resultados econômicos e sociais desejáveis e socialmente justos. Estes aspectos fazem com que a AJPE, tal qual o NDD, remeta à literatura dos *arranjos institucionais*, estabelecendo contatos com as ideias de Peter Evans e Ha-Joon Chang, aqui abordadas. Em contraste, estas correntes se opõem às prescrições da AED e da literatura dos *ambientes institucionais*, da progenia de North.

Considerações finais

A partir do panorama feito neste artigo, observou-se ser possível situar contribuições jurídicas sobre o desenvolvimento em um plano mais amplo, relacionando-as a literaturas institucionalistas na economia, que são a vertente dos ambientes institucionais e a dos arranjos institucionais.

De um lado, foi possível observar que as ideias de Douglass North, que pautaram a corrente dos ambientes institucionais, guardam relação com as propostas da Análise Econômica do Direito (AED). Há congruências nos receituários de forte proteção dos direitos de propriedade, de condenação do ativismo estatal na economia, e na preocupação com a criação de desenhos institucionais ancilares ao funcionamento do livre-mercado. A eficiência dos mercados é vista como o principal motor do desenvolvimento para os partidários deste alinhamento teórico, havendo afinidades com a economia ortodoxa, conhecida como neoclássica ou neoliberal.

De outro lado, as expressões jurídicas do Novo Direito e Desenvolvimento (NDD) e da Análise Jurídica da Política Econômica (AJPE)

guardam maior proximidade com a literatura dos *arranjos institucionais*, e com ideias de autores como Peter Evans e Ha-Joon Chang. Há maior abertura para o protagonismo estatal no desenvolvimento, além de desconfiança em relação a receitas padronizadas para todos os países, bem como outros pontos de contato.

Por fim, quanto à relação entre instituições econômicas e jurídicas, observou-se que ao passo que a AED coloca as instituições jurídicas em função do livre funcionamento dos mercados, o NDD e a AJPE invertem esta relação, focalizando a análise em reformas nas instituições econômicas com a finalidade de atender a fruição de direitos. No caso da AJPE, há ainda a preocupação com o balanço entre equidade e eficiência econômica.

Referências Bibliográficas

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. 2012. **Why nations fail: the origins of power, prosperity, and poverty**. New York: Crown Business.

CALABRESI, Guido. 1965. The Decision for Accidents: An Approach to Non Fault Allocation of Costs. **Harvard Law Review**, Vol. 78, N. 4, p. 713-745.

CASTRO, Marcus Faro de. 2009. Análise Jurídica da Política Econômica. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v.3, n.1, p. 17-70.

CASTRO, M. F.. 2012. **Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia**. São Paulo: Saraiva.

CASTRO, M. F... 2014. New legal approaches to policy reform in Brazil. **University of Brasília Law Journal**, v.1. n.1, p. 31-61.

CASTRO, M. F... 2011. Direito, Tributação e economia no Brasil: aportes da Análise Jurídica da Política Econômica. **Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**, v.1, n.2, p. 23-51.

CHANG, Ha-Joon. 2007. Institutional change and economic development: an introduction; Understanding the relationship between institutions and economic development: some key theoretical issues. In: CHANG, Ha-Joon (ed.) **Institutional change and development**. New York: United Nations University Press. p. 1-33.

CHANG, Ha-Joon. 2003. **Kicking away the ladder**. London: Anthem Press.

EVANS, Peter B. 2007. Extending the 'institutional' turn: Property, politics, and development trajectories. In: CHANG, Ha-Joon (ed.) **Institutional change and development**. New York: United Nations University Press. p. 35-52.

EVANS, Peter B. 1997. Introduction: development strategies across the public-private divide; Government action, social capital and development: reviewing the evidence on synergy. In: EVANS, Peter B. (org.) **State-society synergy: government and social capital in development**. Berkeley: University of California.

FIANI, Ronaldo. 2011. **Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier.

FONTES, Daniele K.. 2014. **Universalização da internet banda larga no Brasil: o plano nacional de banda larga sob a perspectiva da análise jurídica da política econômica - AJPE**. 2014. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília.

LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANEZ, Florencio; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. 1998. Law and finance. **The Journal of Political Economy**, Vol. 106, No. 6, p. 1113-1155.

LIMA, Albério Júnio R. de. 2014. **A efetividade do programa microempreendedor individual, com base na análise jurídica da política econômica, em relação ao direito de produção**. 2014. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília.

NORTH, Douglass C. , 1991. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge: Cambridge University Press.

POSNER, Richard A. 1973. **Economic Analysis of Law**. Boston. Little, Brown and Company.

ROE, Mark J. 2006. Legal origins, politics and modern stock markets. **Harvard Law Review**, Vol. 120, p. 460-527.

SAMPAIO, Paulo S. 2014. **Microcrédito, desenvolvimento e superação da pobreza: uma análise jurídica do programa nacional de microcrédito produtivo orientado**. 2014. 376 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília.

SCHAPIRO, Mário; TRUBEK, David. (org.) 2011. **Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os BRICS**. São Paulo: Saraiva, 2012.

STREECK, Wolfgang. 2011. The Crisis of Democratic Capitalism. **The New Left Review**, Vol. 71, p. 5-29.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. 2005. In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. (org.) **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 74-83.

TRUBEK, David. 2006. The "rule of law" in development assistance: past, present and future. *In*: TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (Orgs.). **The new law and economic development**. Cambridge: Cambridge University Press.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. 2005. Análise econômica do direito e das organizações. *In*: SZTAJN, R.; ZYLBERSZTAJN, D. (org) **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, p 1-15.

Recebido em: 03/09/2014

Aprovado em: 28/12/2014