

Novas perspectivas para a regulação jurídica dos mercados

O que temos a aprender com o livro *The code of capital. How law creates wealth and inequality* de Katharina Pistor

Parte XIII

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

Finalizo a presente série com o livro *The code of capital. How law creates wealth and inequality*, de Katharina Pistor (New Jersey: Princeton University, 2019), obra que não apenas salienta a centralidade do direito para a economia, como trata de várias das questões que permearam a presente série, tais como o papel do Estado para a economia e a relação entre o *mainstream* econômico, a desigualdade e os riscos para a democracia.

O ponto principal defendido pela autora é que o capital, mola propulsora do capitalismo, é codificado no direito e por meio do direito. Por séculos, advogados vêm moldando e adaptando “módulos jurídicos” para registrar determinados bens e, conseqüentemente, reforçar a riqueza dos seus clientes. Os estados, por sua vez, têm apoiado a codificação do capital, oferecendo poderes jurídicos coercitivos para reforçar os direitos jurídicos que foram atribuídos ao capital¹.

Segundo Pistor, o capital é formado por dois ingredientes: um bem (ou ativo) e um código jurídico². No que diz respeito ao primeiro, a lista de bens ou ativos que foram codificados pelo direito muda ao longo do tempo, sendo que vários independem do código jurídico para a sua existência em si (exemplo da terra) enquanto outros dependem totalmente do direito, como os instrumentos

¹ Op.cit., p. x.

² Op.cit., p. 2.

financeiros e a propriedade intelectual. Nestes últimos, o bem é o próprio código jurídico³.

Já o segundo ingrediente diz respeito aos módulos jurídicos por meio dos quais os bens são convertidos em capital: trata-se das instituições de direito privado fundamentais para a atividade econômica, como contratos, direitos reais, garantias, sociedades, falência e trustes. É por meio desses módulos que se atribui aos bens os atributos essenciais para que se tornem capital: (i) prioridade, a fim de reconhecer a superioridade dos interesses do seu titular sobre outros interesses que se projetem sobre o mesmo bem, (ii) durabilidade, que assegura os direitos sobre o bem ao longo do tempo, (iii) universalidade, que assegura os direitos sobre o bem no espaço e (iv) conversibilidade, que permite aos titulares transformar seus direitos em dinheiro e, com isso, proteger seu valor nominal⁴.

Somente após a codificação jurídica é que um bem torna-se capital, apto a gerar riqueza para o seu titular⁵. Tal processo (*the legal coding of capital*) é engenhoso e, apesar da sua importância, tem sido largamente escondido e pouco analisado. Daí a intenção da autora de, por meio do livro, colocar luzes sobre como o direito ajuda a criar tanto a riqueza como a desigualdade. Aliás, desde o início da obra, Pistor mostra a importância de traçar as causas da desigualdade, não só porque os crescentes níveis de desigualdade ameaçam o tecido social dos nossos sistemas democráticos, como também porque as formas tradicionais de redistribuição por meio de tributos têm se tornado ineficazes⁶.

Sob essa perspectiva, a autora mostra que estão no coração do capitalismo as questões de saber como bens são selecionados para serem juridicamente codificados como capital, assim como saber por quem e em benefício de quem o processo acontece. Longe se der um aspecto lateral, o direito é o mais importante⁷.

Afinal, por mais que a criação e a acumulação de riqueza possa normalmente demandar habilidades especiais, trabalho duro e sacrifício pessoal, nada disso seria suficiente sem a força que apenas um código oferecido pelos

³ Op.cit., p. 3.

⁴ Idem.

⁵ Idem.

⁶ Idem.

⁷ Op.cit., p. 4.

poderes coercitivos do estado pode oferecer⁸. Assim, o papel do direito na economia vai muito além de assegurar a proteção de contratos e direitos de propriedade: abrange assegurar o privilégio jurídico de alguns bens ou ativos, que conferem aos seus titulares uma vantagem competitiva para acumular riqueza sobre outros⁹.

Daí por que perceber a centralidade e o poder do direito na codificação do capital tem implicações importantes para entender a economia política do capitalismo. Tal perspectiva desvia a atenção da luta de classes para a questão de quem tem acesso ao código e quem tem controle sobre o código, assim como quem são os mestres do código¹⁰.

O capitalismo, portanto, é mais do que a troca de bens em uma economia de mercado: é a economia de mercado em que alguns ativos - e a depender do caso até mesmo seres humanos - são transformados em capital pelo direito¹¹. A escolha dos ativos que devem ser privilegiados com os atributos da prioridade, durabilidade, universalidade e conversibilidade implica o controle das alavancas para a distribuição de riqueza na sociedade¹².

O fato de o capital ter se tornado global não refuta o argumento de que o poder estatal é central para o capitalismo, já que, para a mobilidade global do capital, é necessária uma função de suporte jurídico que é feita pelos estados conectados. Alguns estados o fazem com base em seu direito doméstico, outros com base em tratados internacionais, mas todos precisam reconhecer os direitos de prioridade que são criados sob leis estrangeiras¹³. O que a globalização faz é tornar mais complexo e fugidio o processo, na medida em que possibilita até mesmo a escolha do sistema jurídico (*shopping for law*) que deve ser utilização para a codificação ou para o *enforcement* do capital¹⁴.

Diante da importância do direito para a existência do capital, não é correto o argumento de que as economias capitalistas são definidas por livres mercados que alocam recursos escassos eficientemente e cujos preços refletem o valor fundamental dos ativos. Além das situações em que as instituições jurídicas

⁸ Idem.

⁹ Idem.

¹⁰ Op.cit., p. 8.

¹¹ Op.cit., p. 11.

¹² Op.cit., p. 19.

¹³ Op.cit., p. 18.

¹⁴ Op.cit., p. 219.

são responsáveis pela própria descoberta do preço, é o código jurídico que determina o valor dos ativos e conseqüentemente a criação da riqueza e a sua distribuição¹⁵.

Conseqüentemente, Estados e direito estatal são centrais para o processo de codificação do capital. Estados não apenas desmantelaram direitos existentes e privilégios para abrir espaço para as forças de mercado, como Polanyi já havia observado, mas utilizaram fortemente o seu poder coercitivo para que o capital e o capitalismo pudessem existir¹⁶. Embora os Estados não controlem o processo de codificação jurídica em si, que é realizado por advogados, provêm os instrumentos jurídicos de que se utilizam os advogados e oferecem o aparato de *enforcement* para assegurar o capital que os advogados construiram¹⁷.

Assim, são os advogados os verdadeiros mestres da codificação do capital, por meio de estratégias muitas vezes insuscetíveis de qualquer escrutínio. A construção do direito, em decorrência, é feita mais em escritórios de advocacia e menos em parlamentos ou cortes de justiça¹⁸, por meio de processo muito mais descentralizado do que os marxistas poderiam supor, pois basta que os advogados certos possam codificar determinados bens no direito¹⁹.

A partir dessas premissas centrais, todas contidas no prefácio e no capítulo 1 (*Empire of Law*), Pistor dedica-se, nos capítulos seguintes da obra, a abordar várias formas de codificação jurídica, que, pela riqueza das discussões, não poderiam ser examinadas nesse breve texto de forma consistente. Todavia, dentre as inúmeras questões relevantes, merece registro a proposta no capítulo 8 (*A New Code?*), em que a autora não se furta a ingressar na atualíssima discussão sobre se a tecnologia poderá substituir o direito como um novo código. A autora reconhece-se cética em relação a tal possibilidade, sob o argumento de que alguém tem que escrever e monitorar o código, consertar seus problemas e encontrar respostas para que interesses o código serve ou deve servir²⁰. Daí a sua opinião de que o código digital não é imune aos poderes que controlaram o código jurídico²¹.

¹⁵ Op.cit., p. 19.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Op.cit., p. 20.

¹⁹ Op.cit., p. 22.

²⁰ Op.cit., p. 185.

²¹ Op.cit., p. 186.

Outro capítulo especialmente interessante é o 9 (*Capital rules by law*), no qual Pistor retoma as suas premissas iniciais para, a partir dos exemplos tratados ao longo do livro, reforçar a conclusão de que o capital governa o direito e é governado pelo direito. Conseqüentemente, é clara a relação entre poder econômico e poder político, razão pela qual a burguesia, desde que obteve o controle do estado e do processo de criação do direito, luta para entrincheirar o seu poder.

Outra conclusão importante é a de que a formação do capital e, conseqüentemente, a distribuição de riqueza ocorre como se fosse uma questão privada: “The key to understanding the basis of power and the resulting distribution of wealth lies instead in the process of bestowing legal protection on select assets and to do so as a matter of private, not public, choice”²².

Disso decorre a centralidade do direito privado para a codificação do capital e a importância de dois de seus atributos que, segundo Pistor, são fundamentais para esse processo: sua incompletude e indeterminação, por um lado, e sua maleabilidade, por outro. Enquanto o primeiro faz com que o direito privado seja “jogável” (*gameable*), o segundo torna o jogo mais fácil para quem tem acesso aos melhores recursos²³. Não é mera coincidência que medidas tomadas para aumentar direitos dos menos privilegiados são sempre vistas como violadoras dos direitos de propriedade dos privilegiados²⁴.

Todas essas circunstâncias demonstram efetivamente que o poder de controlar o código é a chave para a distribuição de riqueza na sociedade e é por meio desse controle que o capital goza de uma série incontável de subsídios, embora insista em defender que subsídios distorcem as economias de mercado²⁵. Pelo mesmo raciocínio, a desigualdade crescente é decorrência lógica de uma ordem jurídica que sistematicamente privilegia alguns titulares de bens sobre outros, o que torna necessário um novo contrato social entre o capital e a sociedade²⁶.

De acordo com Pistor, para que a democracia prevaleça em sistemas capitalistas, é fundamental que os políticos resgatem o seu controle sobre o

²² Op.cit., p. 208.

²³ Op.cit., p. 212.

²⁴ Op.cit., p. 219.

²⁵ Op.cit., p. 222.

²⁶ Op.cit., p. 223.

direito, a fim que possam governar o código do capital, inclusive para o fim de reduzirem inúmeros privilégios indevidos que foram conquistados pelo capital²⁷. Daí a autora aproveitar a parte final do livro para propor uma série de soluções para os problemas atuais, dentre as quais o endereçamento das sérias e graves externalidades negativas que podem resultar da proteção exagerada do capital.

Como se pode observar, a obra da autora não apenas dialoga com todas as obras econômicas já abordadas ao longo da presente série, como confere um certo fecho à sequência de autores e ideias examinados, conectando a discussão econômica diretamente com a questão jurídica.

Além de mostrar as falhas das premissas dos livres mercados, a autora ressalta a relação de dependência entre a atividade econômica e o direito, mostrando como este pode e deve assumir um papel relevante na estruturação da criação de riqueza que seja compatível com a igualdade e com outros importantes anseios sociais.

De forma geral, ficou claro que todos os autores, ainda que sob diferentes visões e perspectivas, destacaram (i) as insuficiências do *mainstream* econômico e da ideia de livres mercados, (ii) a relação entre o *mainstream* econômico e o aumento da desigualdade, (iii) a relação entre o *mainstream* econômico e a diminuição da concorrência, incluindo aí as repercussões sobre os trabalhadores, (iv) a importância do Estado e da regulação jurídica para a existência e o funcionamento regular dos mercados, e (v) as repercussões do atual modelo econômico e político para a democracia.

Trata-se de pauta séria e urgente, que deve ser enfrentada com responsabilidade por todos os economistas e também pelos juristas e demais cidadãos. Afinal, como lembraram vários dos autores citados ao longo da série, a economia é algo muito sério para ficar restrito apenas aos economistas. Precisamos todos nos engajar nesse debate.

Link https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/novas-perspectivas-para-a-regulacao-juridica-dos-mercados-parte-xiii-27052020

Publicado em 27/05/2020

²⁷ Op.cit., p. 224.