



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**RAFAEL DOMINGOS ACIOLY NUNES**

**A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL DE DOUGLASS NORTH E SEUS  
REFLEXOS NO PANORAMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS BRASILEIROS**

**FORTALEZA**

**2015**

**RAFAEL DOMINGOS ACIOLY NUNES**

**A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL DE DOUGLASS NORTH E SEUS  
REFLEXOS NO PANORAMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS BRASILEIROS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito. Área de concentração: Ordem jurídica constitucional.

Orientador: Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias.

**FORTALEZA**

**2015**

---

Página reservada para ficha catalográfica que deve ser confeccionada após apresentação e alterações sugeridas pela banca examinadora.

Para solicitar a ficha catalográfica de seu trabalho, acesse o site: [www.biblioteca.ufc.br](http://www.biblioteca.ufc.br), clique no banner Catalogação na Publicação (Solicitação de ficha catalográfica)

---

**RAFAEL DOMINGOS ACIOLY NUNES**

**A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL DE DOUGLASS NORTH E SEUS  
REFLEXOS NO PANORAMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS BRASILEIROS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito. Área de concentração: Ordem jurídica constitucional.

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias (Orientador)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral

Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Profª. Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça

Universidade de Fortaleza (Unifor)

*À Sabrina.*

## AGRADECIMENTO

Os agradecimentos nomeados aqui em nenhuma hipótese excluem aqueles indivíduos que deram vazão, de algum modo, às curiosidades que me levaram a pesquisar este trabalho. Em primeiro lugar, registro a gratidão aos meus pais, pela, de certa forma, participação perene e constante instigação na formação de minha efêmera história. Sem eles, muito provavelmente, o caminho seria menos esclarecido.

O agradecimento à minha esposa ultrapassa os limites do que é possível de se dizer e se registrar em palavras. Reitero meus votos de nosso momento mais solene e mais “público” e declaro: sua compreensão nos momentos mais aflitos alimentou os melhores momentos deste trabalho. Aos amigos, próximos e distantes, a cada palavra aqui redigida, um fragmento do DNA de nossas relações. Agradeço às energias enviadas e, principalmente, a capacidade de entenderem a desídia e distância do escritor destes esforços. Muito obrigado.

Imediatamente, devo lembrar a boa tenacidade e vigilância de meu orientador em fomentar a disciplina, pôr à prova os argumentos e pela motivação em não deixar a “peteca cair”. Principalmente, agradeço a paciência e a compreensão de minhas limitações e dificuldades. Professor Dr. João Luis Matias, obrigado pela condução, tanto do magistral estágio à docência quanto aos infalíveis “porquês” que me mantiveram firme.

O ambiente dos colegas de pós-graduação entra com contribuições extraordinários, principalmente por fomentar minhas curiosidades: Rafael Rocha, Victor Hugo de Moraes Júnior, Camila Moura, Anny Grangeiro, Bernardo Carneiro, Bruno Barbosa, Debora Maia, Marianna Gomes, Romana Lima, Víctor de Paula. A Duilio Lima Rocha, Hugo Xerez, Jana Brito Silva, Janaina Rabelo, Leonardo Vieira, Daniele do Nascimento, Paulo Barros, Samira de Amorim, Talita Furtado Montezuna, Thales Eduardo e Fernando Lima, meus apontamentos também pelas contribuições específicas, sejam pessoais ou acadêmicas. À Evandro Alencar Correia, meu profundo registro de gratidão por me mostrar que certas indignações podem ser traduzidas não só academicamente, mas no cotidiano. Muito obrigado a todos.

Aos professores, Hugo Machado Segundo, um especial carinho por inspirar o ambiente acadêmico saudável e notável. Ao professor Marcelo Guerra, por me permitir sustentar a esperança que filósofos ainda olham para problemas reais, notadamente por apresentar Toulmin. À Gustavo Cabral, pela legitimidade de minha paixão pela história.

“Nossos ídolos ainda são os mesmos  
E as aparências, as aparências não enganam não  
Você diz que depois deles não apareceu mais  
ninguém  
Você pode até dizer que eu estou por fora ou  
então que eu estou enganando.  
Mas é você que ama o passado e que não vê  
É você que ama o passado e que não vê  
Que o novo sempre vem.”  
(Belchior)

## RESUMO

O toque ocorrido entre ciência econômica e “ciência do direito”: assim a Nova Economia Institucional (NEI) pode ser tratada. A justificativa desse argumento é vista em duas partes adiante organizadas. A primeira parcela trata da relação direta entre juristas e economistas. Enaltece os antagonismos e rivalidades dos seus respectivos conhecimentos, as suas participações nas estruturações do Brasil e a construção de um pódio cujo ponto mais alto é momentaneamente prestigiado pelo conhecimento econômico. A segunda tranche narra os detalhes e fases de um programa de pesquisa específico da ciência econômica e que, basicamente, além de fornecer pressupostos teóricos às recentes reformas de instituições jurídicas, avoca o conhecimento sobre ambientes exclusiva e historicamente manejados por juristas. Nesse sentido, justamente por esse programa – a NEI – tocar em nuances e nichos próprios do ambiente jurídico, é que fornece, também e de maneira secundária, a possibilidade ao jurista de dividir o lugar mais alto da “premiação”. Dessa heterodoxa divisão formal do trabalho, é possível verificar as finalidades precisas quanto à necessidade de reformulação do conhecimento jurídico. Deseja-se formar um campo para aperfeiçoamentos dos pressupostos teóricos, explanar complexidades e embates do mundo globalizado, revocar a competência técnica do jurista ante seu nicho primordial e ao Estado como um todo. Como ferramenta para tais finalidades, usa-se a metodologia explanatório-bibliográfica, mesclando o quadro-teórico de Douglass North – um dos bastiões da NEI – e o resgate de esforços de alguns juristas do passado e do presente. Tenta-se demonstrar que, além dos impactos da legitimidade da NEI na eficácia de direitos fundamentais e na condição do jurista perante a sociedade brasileira – através de organismos multilaterais –, revela-se desta sinergia uma porta aberta para a eficácia daqueles direitos e da retomada de suas legitimidades. A conclusão cunha o argumento de que a NEI, principalmente após as tratativas com temas relacionados ao Estado de Direito e às instituições informais, serve muito mais como incentivo aos juristas para retomada de sua legitimidade do que propriamente um obstáculo para tanto.

**Palavras-chave:** Nova Economia Institucional. Globalização. Circulação de modelos jurídicos. Estado de Direito. Direitos fundamentais.

## ABSTRACT

The combination between two sciences; economics and law: then the New Institutional Economics appeared. The justification of this argument will be explained in two different parts. The first one explains the relation between jurists and economists. This part also highlights the differences and rivalries of its knowledge, participation in the Brazilian laws' structure as well as the construction of a stage that is, currently, prestigious by the economic knowledge. The second part deals with the details and phases of a specific economics science research. It also supports with theory, the recent reform in the legal institutions and brings back the knowledge that one day was manipulated only by jurists. In this sense, by the program above mentioned (NIE), lawyers can also take place in the highest positions in the economics market. From this heterodox formal division of the labor, it is possible to verify the aim of the law's knowledge regarding to the need of its reformulation. So, it is wished to create a field for the theoretical assumptions improvements, explain the globalised world complexities, revoke the lawyer's technical competences in its field and in the State as a whole. As a tool for those proposals, the bibliographic methodology of Douglass North as well as the contribution of some jurists, have been used. The present study tries to demonstrate that NIE's legitimacy impacts in the fundamental laws and in the jurists' conditions to the Brazilian society – through multilateral organizations. From the synergy of those two aspects, it can be revealed a great opportunity to improve those laws' effectiveness as well as their legitimacies. The conclusion forms an argument that NIE, specially after the negotiations related to the Rule of Law and the informal institutions, serves more as an incentive to the jurists bring back their legitimacies than as a barrier for them.

**Keywords:** New Institutional Economics. Globalization. Circulation of legal models. Rule of law. Fundamental rights.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
1.1 Problemas, objetivos e hipóteses .....	14
1.2 Por que juristas devem estudar Douglass North? .....	17
1.3 Desenho da dissertação .....	18
2 ECONOMISTAS E O DIREITO .....	20
2.1 Da ascensão da ciência econômica como linguagem chave das decisões mundiais ....	23
2.1.1 <i>Globalização, internacionalização dos campos jurídicos e disseminações de padrões</i> .....	28
2.1.2 <i>Análise econômica do direito: inspirações e limites</i> .....	33
2.1.2.1 Dimensões da análise econômica do direito.....	36
2.1.2.2 Versões e escolas símbolos do pensamento .....	38
2.2 Nova Economia Institucional e ciência econômica .....	43
2.3 Nova Economia Institucional e o direito .....	47
2.3.1 <i>A herança de Ronald Coase e suas facetas</i> .....	52
2.3.2 <i>Análise econômica do direito, das organizações e das instituições</i> .....	55
2.4 Economistas vs. juristas: custos vs. conquistas?.....	58
2.4.1 <i>Juristas no Brasil: formação e participação na sociedade</i> .....	61
2.4.2 <i>A legitimidade dos “juristas de negócios” no Brasil</i> .....	77
2.4.3 <i>Elites de profissão jurídica e o futuro das carreiras</i> .....	81
2.5 Sedimentação internacional da busca da efetividade do Estado de Direito.....	83
2.5.1 <i>Direito e desenvolvimento: primeira geração no Brasil</i> .....	85
2.5.2 <i>Direito e desenvolvimento: segunda geração no Brasil</i> .....	87
2.5.3 <i>Nexos entre Estado de Direito, disseminação de modelos e instituições jurídicas brasileiras</i> .....	92
3 NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL DE DOUGLASS NORTH E OS IMPACTOS DE SEUS USOS E SUA LEGITIMIDADE PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	95
3.1 Douglass North: conceitos chave para um modelo de desenvolvimento econômico ..	97
3.1.1 <i>A trajetória intelectual e a divisão de seus trabalhos</i> .....	107
3.1.2 <i>Os “enigmas” do desenvolvimento em Douglass North</i> .....	109

<b>3.2 Instituições jurídicas e o desempenho econômico através do tempo</b> .....	112
<b>3.2.1 Reforma do Judiciário e demais estruturas como internacionalização dos campos jurídicos e a Nova Economia Institucional</b> .....	114
<b>3.2.2 Capitalismo brasileiro, cultura, autoritarismo e intervenção estatal</b> .....	118
<b>3.2.3 Instituições informais do povo-massa: cabem restrições formais? Microfundamentos do Estado de Direito em Oliveira Vianna</b> .....	122
3.2.3.1 Nova Economia Institucional, história e a crítica da “cópia” .....	132
<b>3.3 O problema do acesso à ordem social brasileira</b> .....	134
<b>3.3.1 Os problemas da violência</b> .....	136
<b>3.3.2 As multifacetadas ordens sociais: direito, política e economia</b> .....	140
<b>3.3.3 Há receita para a transição no Brasil de uma ordem de acesso limitado madura para uma ordem social de acesso aberto?</b> .....	141
<b>3.4 Direitos fundamentais como instituições formais e as supressões da eficácia de “gerações”: a <i>path dependence</i> e os direitos fundamentais</b> .....	143
<b>3.4.1 Direitos fundamentais, eficácia normativa e Nova Economia Institucional</b> .....	145
3.4.1.1 O problema dos direitos sociais: Estado de fluxo e a particularização das promessas universais .....	146
<b>3.4.2 Investigações do passado: ou quando os ditames políticos têm primazia sobre os direitos individuais</b> .....	150
<b>3.5 Qual o impacto dos direitos fundamentais no desenvolvimento econômico</b> .....	153
<b>4 CONCLUSÕES</b> .....	155
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	157

## 1 INTRODUÇÃO

Em um primeiro momento, pode-se dizer que este trabalho está preparado a responder parcialmente a seguinte pergunta: por que os juristas<sup>1</sup> brasileiros não gozam mais, seja diretamente na sociedade ou perante os poderes de Estado, de um prestígio como o foi antigamente? Em um segundo momento, este trabalho se alimenta de três grandes pilares-justificativos. Pode-se dizer que se alicerça, portanto, em em tais pilares. Se se pode resumir, enumera-se: **(i)** atual cenário dos juristas na sociedade brasileira globalizada; **(ii)** legitimação cada vez mais agressiva do discurso economicista; **(iii)** incerteza de eficácia dos direitos fundamentais. O mapeamento dos nexos entre essas colunas é o grande esforço deste trabalho.

O primeiro alicerce, devidamente traduzido em todo o capítulo “Economistas e o direito”, será tratado com alguns diagnósticos relacionados à sociologia das profissões, ao modo como os juristas brasileiros têm se comportado diante de seu principal nicho de poder (Judiciário) e como outros atores jurídicos, caracterizados aqui como “elites”, legitimam-se e buscam diversos destaques e modos de atuação por um meio de maior afinidade com a linguagem econômica ou com os poderes de Estado. Antes desse manejo, será dado ênfase a como esses juristas de “elite” têm se afinado com tais discursos, momento em que se farão as necessárias digressões acerca das relações do direito com a economia e entre globalização e internacionalização dos campos jurídicos num primeiro plano, e entre as consequências desse panorama para os juristas “tradicionais” em um segundo plano.

Nesse ponto de toque entre direito e economia reside, portanto, a justificativa para a segunda e terceira coluna estrutural do trabalho. Por que os economistas têm cada vez mais “palpitado” em questões de políticas jurídico-institucionais? Por que os padrões de eficiência econômica se sobrepõem aos de “eficiência jurídica”? Em que momento um exclui, de fato, o outro? Dentro da trivialidade desses questionamentos, há pontos não triviais: qual o caminho dos juristas nessa jornada de sinergias entre conhecimentos? Como grande exemplo da ascensão do discurso econômico, elegeu-se a Nova Economia Institucional, notadamente representada por Douglass North, tomando-o assim como parâmetro teórico. Neste contexto, não há como

---

<sup>1</sup> Durante todo o trabalho será utilizado a nomenclatura “juristas”. Tal indicação não denota apenas os famosos jurisconsultos de outrora. Indica, primordialmente, todo e qualquer agente – profissional ou em outra dimensão – com formação acadêmica diretamente relacionada ao direito. Ilustra tais juristas atores capazes de, minimamente, transformarem o conhecimento adquirido na faculdade de direito ou mesmo em suas respectivas carreiras que envolvam a ampla gama do que se entende hoje por conhecimento jurídico. Corroborando ainda com os apontamentos de Almeida (2009, p. 3, itálico do autor), notadamente por proximidade deste trabalho com obras de inspiração para o brasileiro: “[...] o uso da palavra juristas, em seu sentido mais amplo, busca interlocução com o conceito genérico de *lawyers*, presente na literatura em língua inglesa sobre profissões jurídicas.”

afirmar causalmente que a Nova Economia Institucional deste autor e filiados é, de fato, utilizado como determinante e invariavelmente imperativa em reformas jurídico-institucionais. Entretanto, esses nexos entre o Douglass North, entre as reformas de instituições e direito é o cerne deste alicerce. As peculiaridades de North, principalmente no que tange aos seus diagnósticos históricos, serão abordadas como forma de se apontar um caminho de análise do direito em si e de como suas instituições tem sido prioridade na pauta da agenda econômica dos últimos quinze ou vinte anos. Ainda: as lentes teóricas desenvolvidas nas últimas obras publicadas de North darão suporte à problemas do direito – notadamente de eficácia de direitos fundamentais – a fim de demonstrar quão poderosa ferramenta descritiva a Nova Economia Institucional pode ser.

Imediatamente, com esse mapeamento já parcialmente elaborado, o trabalho será sustentado pelo terceiro alicerce também constante na segunda parte do trabalho. Como os direitos fundamentais, aqui principalmente representados pelos direitos sociais e as instituições e atores que os dá base, são vistos pelo acadêmicos e “usuários”<sup>2</sup> do novo institucionalismo econômico? Essa pergunta será o quadro teórico desse pilar. Sob a justificativa de “moldar as instituições para os mercados”, o discurso economicista geral – também representado pelos usos da Nova Economia Institucional – através de organismos multilaterais de fomento ao desenvolvimento, acaba por permitir a barganha com muitos direitos positivados. O que para os juristas são conquistas, para visão de alguns economistas se tratam de custos. Estado de fluxo, realocação industrial, primazia do capital “virtual” sobre o “real”; são somente alguns indícios de que formas e usos normativos da Nova Economia Institucional, de alguma forma, cuidaram de moldar e influenciar. Ainda nesse contexto, será perquirido adiante as possíveis consequências desses fatores sobre a dogmática e teoria dos direitos fundamentais no Brasil, elevando esse panorama como mais um desafio à completa efetividade deste paradigma do direito brasileiro.

Pode-se, portanto, emitir tais alicerces através de um quadro bastante simplório, trivial e reducionista que comporta, a grosso modo, ilustrativamente, a justificativa deste estudo, conforme Figura 1 abaixo. Diante desse conjunto de fatores, é possível dizer que as consequências advindas da legitimação e dos usos da Nova Economia Institucional, aqui ilustrada e capitaneada pelo pensamento de North, impacta diretamente no panorama dos

---

<sup>2</sup> Como será visto adiante, tais “usuários” serão representados por organismos multilaterais que absorvem a Nova Economia Institucional como parcela significativa de inspiração teórica para, normativamente, justificar algumas políticas internacionais de apoio e auxílio financeiro à instituições de países em desenvolvimento. O argumento ficará mais claro e justificado no decorrer do trabalho.

direitos fundamentais no Brasil. Quais consequências, reações ou mesmo planos para que o referido panorama normativo brasileiro, do qual juristas são arautos, alavanque sua eficácia para com a sociedade brasileira e fomente a retomada de legitimidade de juristas? Diante do exposto, devido aos imperativos enumerados, o trabalho tenderá a colidir o diálogo dessas três frentes, metodologicamente orientados para forjar uma conclusão que preste o mínimo de subsídios – paradoxalmente recheados com quadro teórico da própria Nova Economia Institucional – à tais aporias do direito contemporâneo.

Figura 1 – Quadro geral de interação de fatores do trabalho

<b>Neoinstitucionalismo e desenvolvimento</b>			
Sedimentação do Estado de Direito	Globalização econômica	Análise econômica do direito	<i>Path dependence:</i> Intervenção do Estado, direitos sociais, instituições informais
Juristas atuais	Legitimação economicista		Direitos fundamentais/sociais

Fonte: Elaborada pelo autor;

### 1.1 Problemas, objetivos e hipóteses

Os pontos envolvidos acima ficam agora mais evidentes de modo a emoldurarem a tônica do trabalho. Os pilares e alicerces antes destacados dão lugar aqui a tópicos em forma de problemas principais. A fim de dar sustentáculo teórico ao elenco a seguir, desde já se aproveita para relacionar as principais obras e teorias e, nesse sentido, localizá-las e justificá-las de modo a transparecer a inspiração que norteou as escolhas.

São cento e sessenta e três obras selecionadas, figurando aí desde livros completos, passando por artigos científicos e revistas de análises de dados que serviram ao escopo final do trabalho. Alguns dos esforços funcionarão como primordiais para se entender alguns tópicos<sup>3</sup>. No contexto da confecção dos problemas, sistematiza-se abaixo para que se melhor esclareça a tendência do texto, os questionamentos centrais e problemas capitais que levaram a este projeto:

**(i)** Como a globalização econômica impacta no direito brasileiro e em seus atores e quais as

<sup>3</sup> Por exemplo, de maneira a manter o diálogo sobre o papel dos juristas na sociedade brasileira especificamente e, na sociedade “global” como um todo, num contexto de hegemonia do pensamento economicista, figuram os eleitos Fabiano Engelmann, Frederico Almeida e Maria Bonelli naquele grupo e Yves Dezalay e Bryant Garth neste último. Além disso, contam-se com os dados da revista *Análise Advocacia* que ponderam gráficos e informações relevantes acerca dos “juristas de negócios”.

principais consequências para ambos? Como os juristas têm se “comportado” nessa arena em que se sobressaem os representantes da linguagem econômica? **(ii)** Como a análise econômica do direito, representada aqui por, dentre outros, Douglass North, e sua legitimidade encabeçada por projetos desenvolvimentistas disseminados ao Brasil influenciam no panorama de prioridade normativa e paradigmática de direitos fundamentais? **(iii)** Quais os pontos absorvidos da legitimidade econômica pelo panorama de direitos fundamentais? **(iv)** De que forma os juristas podem lidar com as inspirações northianas de “modelo” de desenvolvimento – como o do Estado de Direito – e quais as medidas eles podem tomar para manterem ou reformularem suas identidades na sociedade brasileira atual? **(v)** No contexto de forja de mudanças institucionais, é possível alguma reação das instituições jurídicas e, principalmente, quanto aos direitos fundamentais, visando o reerguimento de seus parâmetros normativos de promessas universais?

Por exemplo, do nexos entre juristas e manutenção, legitimidade e eficácia de direitos fundamentais, pode-se extrair as ligações na seguinte passagem de autores corriqueiros no trabalho:

O investimento nas instituições do Estado é de duplo interesse. Em primeiro lugar, a autoridade e violência do Estado são essenciais para a produção de crenças no direito e, portanto, a demanda por competência jurídica. Em segundo lugar, o investimento por juristas em atividades políticas lhes permitem acumular capital que é ao mesmo tempo institucional e relacional. Este capital então facilita o sucesso no *marketing* de paz social como conselheiros e mediadores de conflitos individuais e coletivos. Para ter sucesso nestas atividades, os profissionais devem desempenhar o duplo papel de estadistas-guardiões do interesse público e defensores (ou agentes) dos interesses particulares de grupos ou indivíduos.<sup>4</sup> (DEZALAY; GARTH, 2011, P. 54)

Ou seja, como sustentar o prestígio se seu próprio nicho-base, o Poder Judiciário, tem sofrido intervenções de níveis de conhecimento atrelados a outra base dimensão de descrições e prescrições? Como juristas podem manter seu padrão de “estadistas-guardiões” em meio a tais influências? Há de fato uma intervenção notória? Há o impacto que, aparentemente se restringe aos “bastidores” das reformas?

---

<sup>4</sup> Tradução livre de: “*The investment in the institutions of the state is of double interest. First, the authority and violence of the state are essential to produce belief in the law, and thus the demand for legal competence. Second, the investment by lawyers in political activities enables them to accumulate capital that is at the same time institutional and relational. This capital then facilitates success in marketing social peace as counsellors and mediators for individual and collective conflicts. To succeed in this double activity, professionals must play the double role of statespersons-guardians of the public interest and defenders (or agents) of the particular interests of groups or individuals.*”

Bem, proposta a justificativa, os problemas e a problematização, passa-se a sistematizar os objetivos, resumindo boa parte do que se argumentou até então. O objetivo colocado acima pode ser tomado como o mapeamento dos possíveis reflexos das ditas transformações no paradigma de direitos fundamentais e, principalmente, prestar subsídios mínimos a uma reação dos juristas brasileiros – em boa parte, subsídios fornecidos pela própria Nova Economia Institucional – a fim de despertar em tais atores a necessidade de prognósticos de natureza compatível ao ambiente globalizado, no nicho de legitimidade economicista. Pode-se sustentar, portanto que o objetivo geral do trabalho é apontar e mapear um quadro teórico que contemple as consequências diversas da ascensão e hegemonia da ciência econômica, aqui tomando como representante o legitimado novo institucionalismo de Douglass North, no panorama dos direitos fundamentais, principalmente a nível institucional, construindo nexos entre globalização econômica, discurso desenvolvimentista, disseminação de modelos jurídicos, reformas jurídico-institucionais e, não menos importante, história.

Especificamente, os objetivos se diluem em: **(i)** apontar os aspectos principais da globalização econômica na internacionalização dos campos jurídicos e seus vetores no Brasil; **(ii)** demonstrar a relevância de um estudo jurídico atento em torno da análise econômica do direito, principalmente da Nova Economia Institucional; **(iii)** registrar impactos do modelo de desenvolvimento econômico novo institucional nos agentes e nas instituições jurídicas brasileiras, principalmente naquelas que envolvem direitos fundamentais; **(iv)** mapear as relações entre o panorama de direitos fundamentais, seus atores tradicionais dos vários campos jurídicos, da história e a sedimentação do Estado de Direito novo institucional; **(v)** ilustrar as contribuições que o novo institucionalismo pode trazer à análise econômica e, também, ao próprio conhecimento jurídico; **(vi)** explanar e refletir sobre o modo como a ciência econômica tem legitimado o discurso do “poder existente” dos mercados em desfavor da “ordem desejada” dos ordenamentos<sup>5</sup>, mais precisamente dos direitos fundamentais.

Por fim, a hipótese central pode ser definida na seguinte vinheta<sup>6</sup>: a Nova Economia Institucional como expressão eleita da análise econômica do direito impacta no quadro geral de direitos fundamentais brasileiros.

---

<sup>5</sup> Tal dicotomia foi cautelosamente bem explanada por Faria (2012a) – e será devidamente explorado no contexto pertinente –.

<sup>6</sup> Sem a menor pretensão de se tornar extenso, sustenta-se essa como a hipótese principal justamente por sua simplicidade e amplitude. Porém, outras hipóteses subjacentes podem ser encontradas. Uma delas – e particularmente, na visão do autor, a de maior potencial – é: o arcabouço teórico da Nova Economia Institucional permite a virada de conhecimento e de colocação institucional que o jurista brasileiro necessita para retomada de sua legitimidade.

## 1.2 Por que juristas devem estudar Douglass North?

Às respostas que diminuem o interesse geral para a pergunta não se deveria caber atenção. Nesse caso em específico, bem além de interesses particulares de dado pesquisador quanto a suas eventuais necessidades intelectuais de se atualizar, a resposta mostra que Douglass North representa parte do motivo pelo qual juristas brasileiros cambaleiam sobre suas próprias instituições formais – e não entendem as informais.

Nada obstante, responder essa pergunta com o mal do “conceitualismo” – pretendendo dar um padrão enciclopédico à resposta e conduzir a amplitude da pergunta a uma insignificante questão – parece inevitável: estudar Douglass North é essencial por representar uma oportunidade. Essa oportunidade não só eventualmente ampliaria as competências de dado jurista. Ela, primordialmente, mostraria como seu próprio ambiente, como o Poder Judiciário, pode ser bem mais relevante para a sociedade do que o histórico mediador de conflitos.

Douglass North, primeiro através das contribuições dos “custos de transação” e posteriormente através da elevação do conceito de *rule of law*, atribui ao Poder Judiciário um papel que os próprios juristas olvidam em sua formação e atuação – ou, ao menos, tendem a não vislumbrar completamente –. Douglass North deposita no eficaz Estado de Direito uma precondição essencial para a transição de uma sociedade em desenvolvimento para uma sociedade desenvolvida. Aqui, ele amplia sua hipótese às instituições informais. Estas instituições, expressas em sua grande maioria através de dada cultura e cotidianamente verificada na ação de normas sociais, são a base<sup>7</sup> para a eficácia das demais instituições formais. Por isto mesmo é que este argumento possibilita dizer que desenvolvimento, nestes moldes, não é exclusivo escopo do economista: desenvolvimento nos termos northianos implicam em perfeita integridade e conformidade de um Estado de Direito que, em primeira instância, é prioridade dos juristas como defensores do panorama de direitos fundamentais. Ou seja, desenvolvimento é escopo de juristas e economistas e Douglass North permitiu, assim, a aproximação do alcance desta tarefa a ambas as carreiras. Se por um lado o desenvolvimento econômico fica a seus estudiosos como missão primordial, o desenvolvimento social – aqui acoplado com o panorama de transição de uma ordem sociais de acesso limitado para uma de acesso aberto –, resta patente, é escopo primordial do jurista. Ou seja, North converge as missões, enaltecendo – mesmo que indiretamente – o papel do jurista no *front* da tarefa de

---

<sup>7</sup> Ou, até certo ponto, parte da base, já que North não explicita exatamente qual o nível de influência de instituições informais na ineficácia das formais. O que ele deixa claro é que, de fato, instituições informais desentrosadas das formais podem provocar, como provocam, ineficácias das instituições formais.

aperfeiçoar uma sociedade, em todas as suas dimensões. Ora, se as “regras do jogo” (instituições) importam, então os guardiões dessas regras (juristas) também importam.

Nesse contexto, se pode neste momento, sem antecipar o quadro teórico (*framework*) da Nova Economia Institucional, deixar sustentado que Douglass North é tanto a causa imediata da queda de legitimidade dos juristas brasileiros quanto, paralelamente, a possibilidade mediata de recuperação daquela pelos próprios juristas. Douglass North justifica as alterações de instituições jurídicas formais com base em um conhecimento não-jurídico com uma mão e, com a outra presta valiosíssimos bálsamos teóricos para a eficácia das atuais instituições formais postas. Toda e qualquer outra descrição sobre seu papel e seu impacto na formação e na emancipação do jurista anteciparia a formação e a lógica deste trabalho.

### 1.3 Desenho da dissertação

Heterodoxo. Esse formato é fruto da natureza essencialmente crítica da dissertação. As explanações se fundem aos resgates, à história da formação e às críticas ao jurista. O desenho está apto a “cortar a própria carne” na primeira parte e, na segunda, demonstrar certo caminho da cicatrização menos desgastante. Enquanto a primeira parte prepara o terreno para a conclusão, a segunda vislumbra o caminho e as ferramentas para a escalada árdua a que é posta teoricamente aos juristas, aos seus capitais e conhecimentos.

A rivalidade entre economistas e agentes do direito é a viga que alicerça a primeira parte do trabalho. O passeio envolverá a história – e as estórias – da ascensão da ciência econômica global como a ciência “instrumental por excelência”. Nesse campo, desenvolver-se-á o modo como a globalização econômica é ao mesmo tempo ferramenta e objeto de propagação e legitimação de economia e seus conhecimentos. Desagua-se, portanto, nas fases, dimensões, pensadores e arautos da expressão da concentração entre direito e ciência da economia: a *law and economics*. Estes conjuntos de subseções prepararão o terreno para a mais recente “estrela” da ciência econômica: a Nova Economia Institucional.

Após breve esboço do que venha a ser tal programa de pesquisa, partirá o trabalho para a exploração da legitimidade e dos “usos” – normativos – desses estudos que são basicamente descritivos. Nessa estação há o toque primordial entre ciência econômica e o ambiente pelo qual o direito se expressa – mas não necessariamente onde o conhecimento jurídico mira –: as instituições jurídicas<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> E a questão cujo alvo tem passado distante do foco do conhecimento dos juristas brasileiros é justamente aquele que, apontado e justificado na conclusão, poderia ser seu grande trunfo: as instituições informais.

Esta primeira parte, ao tratar do primeiro pilar acima destacado, mostra, essencialmente, a pretensa prova da hipótese subjacente de que juristas brasileiros perderam sua legitimidade como *statemaker*, como planejador e legitimador do Estado. Ela é um apanhado geral sobre, na via contrária à dos juristas, como economistas, mesmo que paradoxalmente desprendendo seu conhecimento das dimensões do Estado – ao menos diretamente –, alcançaram patamares de legitimidade impensável para boa parte dos juristas atuais. Nesse ponto, ressalta a legitimidade e os “usos” da Nova Economia Institucional – aqui tomada denotativamente como um “ponto fora da curva” da ciência econômica – e como esse quadro teórico tem justificado normativamente a ascensão dos economistas sobre os juristas e seu ambiente-base.

A segunda parte do trabalho adentra no quadro teórico, no programa de estudos e nas ramificações que os conhecimentos advindos da Nova Economia Institucional permitem. Ao tratar de North, seu apego ao “histórico” e o fascinante uso das possibilidades daí derivadas, esta segunda parte demonstra como as lentes do dito quadro teórico permitiram normativamente aos economistas adentrarem no ambiente-base dos juristas e, na mesma mão, possibilita descritivamente que esses mesmos juristas ascendam novamente seus conhecimentos ao padrão institucional de produção. Ou seja, a Nova Economia Institucional e seus conceitos – os principais tratados como tópicos principais dessa segunda parte – são, ao mesmo tempo a causa e a solução para o problema da legitimidade dos juristas brasileiros e da eficácia dos direitos fundamentais. A conclusão arremata as hipóteses em sustentação final, ratificando as “provas” explanadas durante as seções e subseções.

O heterodoxo reside na forma de dois capítulos. Dois capítulos que tratam de micro alicerces para a sustentação da hipótese-mãe. As inúmeras outras facetas e detalhes, além de pontos que não se podem contabilizar e que foram ignorados no trabalho, devem-se em virtude da delimitação da metodologia destacada. Nessa missão, buscando a coerência, percebe-se que cada um dos autores destacados, com e além de North, entrelaçam seus diagnósticos e prognoses, e que, referidas conexões ditam a coerência mínima do modo como se aborda os problemas acima questionados.

## 2 ECONOMISTAS E O DIREITO

A relação entre grandes detentores de poder em certas relações nunca foi algo fácil. Em matéria de produção, divisão e manejo de conhecimento e seus reflexos não poderia ser diferente. “Difícil” talvez seja a forma mais usual de se referir à relação entre direito e economia, suas respectivas “ciências” e seus engajados atores. E tal dificuldade não vem de agora. Relatos dessa demanda reportam confrontos de muito tempo<sup>9</sup>. Hoje em dia esse embate criou configurações próprias e, mais especificamente, as novas facetas e evoluções dos economistas garantem a estes uma certa vantagem nessa “batalha” com os juristas.

A história desse ganho de legitimidade pode ser vista de várias formas e atribuídas a vários fatores. Mas, necessariamente, deve-se atribuir essa ascensão dos economistas a um fato em específico: o domínio da matemática e a credibilidade acadêmica acumulada. Enquanto estes se centraram em desenvolvimento de sofisticados padrões de leituras de problemas no mundo, com grandes interesses sempre financiando a inovação de referidos padrões, os juristas, no Brasil por exemplo, em sua grande maioria e com raras exceções, perderam-se em alguns caminhos de desenvolvimento de seu conhecimento. Seja elencando fatores “pessoalizados”, seja indicando vazios e fraquezas e falhas na expansão da educação e da cultura jurídicas, os juristas no Brasil se multiplicam na mesma proporção da queda de sua legitimidade na sociedade e poder estatal brasileiro. Quem nunca se questionou, mesmo que inconscientemente, da ausência geral de juristas nos bastidores de relevantes políticas públicas no país? Quem já notou a presença maciça e cada vez mais protagonista de outros setores de outras ciências sociais em noticiários sobre política e assuntos afins? Em verdade, com efeito, grandes nomes do passado vinculados ao direito, como Oliveira Vianna, Ruy Barbosa, Pontes de Miranda, Clóvis Beviláqua, Miguel Reale ou mesmo Celso Furtado – que era formado em direito – são

---

<sup>9</sup> Muitos desses diagnósticos se centram na seara do estudo em política, principalmente, em política econômica. “Em nenhum outro campo o efeito nocivo da divisão em especialidades é mais evidente do que nas mais antigas dessas disciplinas, a economia e o direito. Os pensadores do século XVIII a quem devemos as concepções básicas do constitucionalismo liberal [...], se interessavam ainda pelo que chamavam de ‘ciência da legislação’, ou seja, pelos princípios de política de governo, no sentido mais amplo da expressão.” (HAYEK, 1985, p. XLIII). Uma excelente contribuição sobre essa “rixa” é dada quando San Tiago Dantas preleciona em seu seminal trabalho que: “Ora, quem examina a cultura moderna, nos últimos decênios, não só entre nós, mas também entre outros povos, não pode deixar de reconhecer que o Direito, como técnica de controle da sociedade, vem perdendo terreno e prestígio para outras técnicas, menos dominadas pelo ético, e dotadas de grau mais elevado de eficiência. A ciência da administração, a ciência econômica, as ciências que procuram sistematizar as diferentes formas de controle social, fazem progressos que algumas vezes colocam os seus métodos e normas em conflito com as normas jurídicas. E o Direito assume, nesse conflito entre um critério ético e um critério puramente pragmático, o papel de força reacionária, de elemento resistente, que os órgãos de governo estimariam contornar para poderem promover por meios mais imediatos e diretos o que lhes parece ser o bem comum.” (1955, p. 450).

praticamente figuras folclóricas, além de vinculadas a uma imagem romântica de um jurista eloquente, “sábio” e, em certa medida, cosmopolita.

Hoje são aproximadamente 1157 cursos de direito em todo o país (GHIRARDI; CUNHA; FEFERBAUM, 2014, p. 18), formando uma massa de estudantes – estima-se uns quinhentos mil – que ainda serão submetidos à prova de certificação para exercer o exercício da advocacia e, em sua maioria, estar apto a prestar concursos para carreiras típicas vinculadas ao curso de direito. Enfim, a profissão, que até meados da década de 1980 era destacada como liberal – talvez a principal –, proletarizou-se.

Dentro dessa forçada rivalidade histórica, percebe-se que, ao menos no Brasil, não só a queda em termos de legitimidade do jurista foi essencial para o placar da disputa. Os economistas como um todo, em um ambiente global, passaram por inúmeras transformações e viradas em suas vertentes, sendo, desde Keynes, os atores que mais estão em voga em termos de política pública. E não só mais em macroeconomia. Não à toa, as recentes eleições presidenciais brasileiras guardavam um foco exclusivo para cada equipe econômica de cada candidato.

Mas o que de fato, portanto, explica essa ascensão da ciência econômica como a grande formadora de profissionais aptos a lerem o mundo de modo a forjar as principais decisões? O que torna os detentores do conhecimento econômico e suas decisões o grande centro das atenções em matéria governamental e, por reflexo, social? Pode-se dizer, ao menos no Brasil, que o vazio deixado no Estado pelo jurista fora preenchido pelos economistas<sup>10</sup>? Quando começa a ocorrer de fato referido processo de sucessão de *status* do jurista ao economista na sociedade brasileira?

Essas são só algumas questões postas em forma de perguntas para que se deixe mais clara a explanação central dessa seção. Em verdade, a própria eleição do economista Douglass North como o marco a ser explorado em seção própria é uma escolha fundamentada nas novas configurações da relação entre direito, economia, suas ciências, culturas e conhecimentos. O modo como os esforços deste vencedor de um Prêmio Nobel em Ciências Econômicas é abordado implica numa avocação de ditames e categorias antes alvos primordiais dos juristas diretamente para a análise econômica. No caso, uma análise econômica antes considerada não

---

<sup>10</sup> Todo o desenvolvimento dos economistas e sua ciência, sua legitimação e transformações com consequente sofisticação de sua linguagem os levaram, pelo menos deixará a se entender, a atribuir um papel ao Direito mais relevante que os próprios juristas no Brasil. E esse argumento é exclusivamente aplicado no contexto desse estudo. Porém, ele já pode ser visto em outros testemunhos, mais antigos, como no caso de um dos expoentes do movimento *law and economics* que diz que a ciência econômica havia explicado o direito com mais “sucesso” do que os próprios juristas imaginavam. Conferir trecho destacado por Bruno Salama (2008, p. 15).

ortodoxa, mas hoje plenamente vinculada a ampla sedimentação e legitimação das análises econômicas em termos de políticas públicas e de políticas governamentais como um todo, não só no Brasil, mas, principalmente, nas arenas mundiais de decisão.

Nesse sentido, se “[...] as transformações ocorridas no ‘*background*’ econômico determinam a modificação do instituto jurídico [...]” (GOMES, 1967, p. 14) e, se se pode contar com a sinergia desses conhecimentos também em sentido contrário, i.e. de influências do direito para a economia, – como já rechaçava a batida vulgata marxista de que o aquele é subproduto desta –, parece que somente a ciência econômica atual soube, de fato, utilizar-se sobremaneira desse quadro. Esse fator se deve primordialmente a relevância que os engajados atores das ciências econômicas acumularam perante a sociedade. Se assim não fosse, a ideia da neoinstitucionalismo<sup>11</sup>, já difundida há muito em outras ciências sociais como a ciência política, não ganharia tamanha relevância somente quando avocada por economistas<sup>12</sup>.

Tanto o contexto dessa ascensão e o histórico como o modo como a rivalidade economistas vs. juristas se dá no Brasil serão os objetos diretos desse capítulo, desembocando, assim, no principal autor que impulsiona decisivamente a legitimidade e sedimentação de assuntos governamentais, tradicionalmente mais próximos aos juristas, à nova ortodoxia<sup>13</sup> das ciências econômicas. Trata-se, portanto, da introdução ao *framework* de Douglass North e seus

---

<sup>11</sup> Justamente por focar nessa disseminação do termo neoinstitucionalismo e no fato de que já havia aperfeiçoamentos dentro da ciência econômica do antigo institucionalismo, Aguilar Filho (2009, p. 74-77) caracteriza o neoinstitucionalismo econômico como um programa diferente da Nova Economia Institucional de North e Williamson. Essas diferenças são muito mais com base em pequenos deslocamentos de prioridades. Devido a essas diferenças, aqui nesse trabalho será sempre chamada de Nova Economia Institucional aquele programa referente às categorias disseminadas por Douglass North. A pequena diferença não impacta diretamente na percepção de muitos autores que utilizam a nomenclatura “neoinstitucionalismo” ou “neo-institucionalismo” para se referir à Nova Economia Institucional. Assim, em citações que houver “neoinstitucionalismo” será sempre referente à Nova Economia Institucional. Caso se faça referência ao neoinstitucionalismo de John Hodson, Warren Samuels e Walter Neale, far-se-á a ressalva.

<sup>12</sup> Nesse sentido, para se ter um maior apanhado de quais são os tipos de neoinstitucionalismos nas diversas áreas das ciências sociais conferir trabalho de Hall e Taylor (2003, p. 193). Sobre a ideia de legitimidade do institucionalismo como fator relevante para justificar e fundamentar políticas públicas somente através de economistas, ver a destacada crítica: “*Aun cuando conocían perfectamente que diversos politólogos y sociólogos tenían en su haber trabajos sobre los mismos tópicos, sabían que los economistas no les responderían a especialistas que no fueran economistas.*” (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 267). Mesmo assim, percebe-se que ciências sociais como a Ciência Política conseguem de maneira razoável bons diálogos com economistas. Tanto que, recentemente, uma cientista política de formação recebeu o Prêmio Nobel em Ciência Econômicas; Elinor Ostrom foi laureada em 2009 por análises em governança e auto-regulamentação (DEQUECH F., 2011, p. 602).

<sup>13</sup> Vale ressaltar que a Nova Economia Institucional é vista como heterodoxa na sua origem. Porém, a sua legitimidade perante organismos multilaterais e sua possibilidade de convergência com o *mainstream* econômico quando da ascensão da Nova Economia Institucional, principalmente quanto a absorção da teoria dos jogos e da matemática avançada, marca a utilização do padrão institucionalista até para programas neoclássicos ou voltados para a econometria. Conferir a classificação de North como um economista *mainline* e não *mainstream* (BOETTKE; FINK; SMITH, 2012).

mais recentes contributos à Nova Economia Institucional e seus reflexos dos seus usos nos panoramas diversos – incluindo aqui prática e instituições – de direitos fundamentais no Brasil.

## 2.1 Da ascensão da ciência econômica como linguagem chave das decisões mundiais

Da ideia dessa ascensão do conhecimento econômico está inserida outra que nos aponta inúmeros fatores na história desse tipo conhecimento. Diante do paralelo efetuado para esse estudo entre o caráter global da ascensão de economistas e a perda de legitimidade dos juristas na esfera local, no Brasil, é possível que haja algumas dificuldades iniciais nesse sentido. Contudo, será dada atenção somente aos economistas cosmopolitas em um primeiro momento. A aproximação dessa linguagem para o Direito no Brasil se dá em dois sentidos: **(i)** através da globalização econômica e dos marcos de mundialização do capital após a década de 1980, **(ii)** bem como através da disseminação do conhecimento acadêmico-profissional em “advocacia dos negócios”<sup>14</sup>.

Retomando o cenário na economia, com efeito, remonta-se, sem excluir outros fatores, a traços históricos da academia norte-americana em ciências econômicas para explicar a ascensão dos economistas como atores-base para a tomada de decisões políticas mundiais. Sem dúvida, nessa perspectiva, a disputa interna entre os economistas tradicionais da *Ivy League*<sup>15</sup>, de caráter mais keynesiano, e os de Chicago, com Milton Friedman e outros, ilustra bem a vinheta acadêmica que divide as universidades norte-americanas em universidades “de água doce” e universidades “de água salgada”. Enquanto que as localizadas no litoral, as de água salgada, tomam posicionamentos mais abertos e flexíveis em termos de ideais políticos, as mais tradicionais, banhadas por “água doce”, ficam com o *status* de conservadoras e “puras” e neoclássicas nesse sentido<sup>16</sup>. É possível, portanto, sustentar que boa parte do grande *boom* dos

<sup>14</sup> O termo “advogados de negócios” será utilizado em clara alusão aos trabalhos de Yves Dezalay e Bryant Garth e da extensão dos trabalhos no Brasil, principalmente pelas leituras de Fabiano Engelmann. É possível ver também no sentido tratado por Ronald Gilson, citado por Williamson (2005, p. 47-51) como “advogados empresariais” (*business lawyers*). Esse tema será tratado detidamente na seção 2.4.2, apesar de ser um assunto ubíquo durante todo o escrito.

<sup>15</sup> *Ivy League* é como ficou conhecida a lista das universidades norte-americanas mais antigas do país. Estão concentradas no Nordeste e são, ao todo, oito universidades: Brown, Columbia, Cornell, Dartmouth, Harvard, Pensilvânia, Princeton e Yale.

<sup>16</sup> Seriam os liberais de “água doce” contra os “intervencionistas” de “água salgada”. Claro que se trata de uma forma reducionista de ilustrar o posicionamento histórico de organizações educacionais tão complexas e poderosas. A grosso modo, trata-se de uma facilidade de se enxergar o panorama e a disputa, entre revoluções e contrarrevoluções que tornaram a ciência econômica norte-americana uma das mais proeminentes e influentes formas de produzir conhecimento no mundo. Essa disputa, sempre próxima a governos e influenciando as políticas externas e o *establishment* norte-americano, é muito bem retratada na seguinte passagem: “*Así, resulta elocuente que la pugna entre los principios keynesianos y aquellos de la teoría neoclásica sea descrita*”

economistas em sofisticação e legitimidade perante os governos veio dessa disputa local nos Estados Unidos e do clima de constante competição entre economistas. Enquanto os representantes de Chicago se legitimaram pela avocação da matemática avançada como instrumento da “economia pura” e pelo apoio ao *establishment* norte-americano a época das campanhas internacionais anticomunismo, principalmente através dos *Chicago Boys* chilenos, os demais, representados pelo leste norte-americano, ou seja, *Ivy League*, legitimaram-se com a utilização de matemática e estatísticas em termos de economia financeira, a partir da crise da dívida na década de 1980 e com o constante crescimento qualitativo da presença do Estado na economia (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 123-126).

Talvez um dos maiores símbolos dessa espécie de hegemonia do conhecimento econômico e o modo como ele influencia a agenda política globalizada mundial pode ser vista no termo “hiperglobalização” e nos recentes fatos envolvendo as discussões do G20 ou mesmo dos Acordos de Basileia<sup>17</sup>. Sem contar com o prêmio Nobel em ciências econômicas que, através de estratégias bem delineadas que contam com ampla divulgação nos meios de comunicação, sempre gera expectativas em cima das produções e premiações anuais. Outro papel estratégico em termos de política econômica se dá através de organismos multilaterais como a Organização Mundial do Comércio (OMC), o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial (BM), entre outros.

Entretanto, como de fato se deu o nexos e a quase-fusão de decisões econômicas e decisões políticas no mundo hodierno? Como a ciência econômica, de fato, concedeu e sedimentou aos Estados nacionais essas estratégias que disfarçam, muitas vezes, critérios economicistas em vetores democráticos? A ascensão interna nas universidades norte-americanas não é o único motivo desse destaque e da influência atual em critérios governamentais de políticas públicas. Porém, seria leviano indicar causalmente que há razões absolutas e pontuais para apontar quais os fatores que determinaram essa ascensão. Mas, sem dúvida, os principais impactos da chamada “reestruturação do capitalismo” impõe: **(i)** a expansão da tecnologia e velocidade de sua criação em larga escala; **(ii)** o aumento da distância entre a

---

*usualmente como una batalla entre ‘universidades de agua salada’ y ‘universidades de agua dulce’. Es como si las afinidades teóricas terminarían siendo menos valoradas que las afiliaciones institucionales – las cuales, en los Estados Unidos, también representan indicadores determinantes de la estratificación social.”* (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 126).

<sup>17</sup> O cenário é muito bem ilustrado para a linguagem jurídico-política por Chacon Albuquerque (2009), a pretexto das reações políticas em ebulição logo após a grande crise financeira de 2007-2008. Ainda assim, há quem sustente que as configurações avançadas da atual economia mundial começam a ganhar corpo ainda no começo do século XX, a partir dos estudos de J. A. Hobson, em 1902, sobre o imperialismo britânico. Sobre essas e outras facetas, ver os detalhes em Chesnais (1996, p. 49-55).

riqueza abstrata – financeira – e riqueza real – produtiva – na economia global (TIMM, 2012); **(iii)** o fortalecimento das grandes corporações, organizações e empresas mundiais em face dos Estados nacionais de padrão westfaliano<sup>18</sup>; e **(iv)** a queda da autonomia estatal quanto à tomada de decisões de parâmetros técnico-monetários e em políticas cambiais internacionais. Tais causas possuem, de alguma forma, influência direta em muitas das configurações atuais do Estado e sua pretensa soberania. De maneira bastante ilustrativa, é como se essas transformações abarcassem o Estado e seus institutos e instituições de maneira geral, em menor ou maior grau a depender do ângulo de observação de tais fenômenos<sup>19</sup>.

Há, inclusive, novas facetas que demonstram que a ideia de “dolarização”<sup>20</sup> do conhecimento e de instituições motiva de maneira bastante incisiva o grau de autonomia dos Estados em decisões tanto econômicas em geral como, atualmente principalmente, em matéria político-governamental<sup>21</sup>. O esquema apontado por Marcus de Castro (2001, p. 44-45) descreve

<sup>18</sup> Para maiores detalhes acerca do sistema de “territorialização da política”, suas consequências e sobre a fundação do Estado nação nesses moldes, perceber destaque: “De fato, foi com a celebração da Paz de Westphalia, em 1648, que se consolidou a tendência, iniciada desde os séculos XII e XIII na Europa, de *territorialização* da política. Foi com a Paz de Westphalia que se cristalizou o sistema de estados territoriais, ou ‘ordem westphaliana’. Tal ordem é constituída pelas relações estabelecidas entre estados territoriais soberanos, isto é, entre organizações políticas, cada qual com autoridade suprema sobre um território”. Em maiores detalhes, o artigo citado analisa os principais traços de Westfalia até os protestos sociais contra a ausência de controle democrático no mercado financeiro mundial (CASTRO, 2001, p. 7, et seq., itálico do autor).

<sup>19</sup> No mesmo sentido, perceber a passagem que aponta ainda as seguintes consequências advindas da nova toada do capitalismo mundial: “mudanças dos padrões de produção [...]; união de mercados financeiros [...]; aumento da importância das empresas multinacionais [...]; aumento da importância do intercâmbio e crescimento de blocos regionais de comércio [...]; ajuste estrutural e privatização [...]; hegemonia de conceitos neo-liberais de relações econômicas [...]; uma tendência mundial à democratização, proteção dos direitos humanos e renovado interesse no ‘império do direito’ [...]; o surgimento de protagonistas supranacionais e transnacionais promovendo direitos humanos e democracia [...]”. (DEZALAY; TRUBEK, 1996, p. 29-30).

<sup>20</sup> A expressão é amplamente divulgada por autores da sociologia. Para um apanhado acerca dessa “dolarização do conhecimento” pelo mundo, como a internacionalização dos campos econômicos, acadêmicos e políticos, ver o modo como os “técnicos-políticos” foram aos poucos substituindo os “políticos-bacharéis” como representantes democráticos e chefes de governo e Estado. Especificamente quanto aos Chicago boys do Chile: “O paralelismo quase perfeito entre Chicago e a Universidade Católica [do Chile] criou uma formidável história de exportação e importação que ajudou a construir, naquele momento, a credibilidade do Consenso de Washington, além de fornecer as bases para os ajustamentos estruturais implementados depois da crise da dívida e da eleição de Reagan nos anos 1980.” (DEZALAY; GARTH, 2000, p. 167).

<sup>21</sup> Inclusive, os próprios economistas de “água doce”, conhecidos pela pureza da ciência econômica e por optarem por um modelo de diálogo político voltado para a menor intervenção do Estado na economia, graças à competição com o grupo de “água salgada”, cingem-se cada vez mais em assuntos governamentais. Para tal virada, ver descrição da história de James Buchanan, laureado com o Nobel em Ciências Econômicas de 1986, a pretexto da disputa das Universidades norte-americanas em termos de ciência econômica: “*James Buchanan, un discípulo de Chicago que recibió el Premio Nobel en 1986 por ser el 'padre' de la teoría de la elección pública, describió su posición de persona extraña, hostil frente al establecimiento [Ivy League], como la fuente de su aplicación de la economía neoclásica al análisis de las decisiones em el campo político*” (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 132). Há nesse período um casamento entre essa ideia de uma teoria pura em ciência econômica e a posição reacionária de grupos conservadores próximos aos centros de conhecimento. Portanto, os alvos políticos e acadêmicos passaram a ser a intervenção do Estado na economia, os monopólios e a regulação estatal propriamente dita. Outro grande exemplo de como arautos de Chicago, aos poucos se viraram à intervenção estatal, é de Richard Posner (2010), que será comentado em breve.

a transição que diagnosticou a teoria das relações internacionais. Segundo o autor, os movimentos sociais transnacionais, a partir da onda de protestos contra a “globalização”<sup>22</sup> encabeçada simbolicamente em Seattle, começa a perceber que “[...] a prática política impulsionada por atores não estatais não apenas transbordava das fronteiras territoriais, [...], mas também se contrapunha aos processos políticos institucionalizados ou de baixa institucionalização nos níveis nacional e internacional.” Ou seja, pode-se perceber que a ocorrência de uma espécie de produção normativa técnica para além dos Estados nacionais tende a tirar o privilégio de produção do direito destes; é como se a soberania fosse flexibilizada e normas internacionalmente reconhecidas como legítimas se fazem imperar em face das demais normas de abrangências nacionais (FARIA, 2000; 2008a; 2011).

A gênese de ditas novas facetas da economia mundial, desses novos “universais”<sup>23</sup>, tanto pode ser atribuída a fatores artificiais, causados por uma tendência de atores privados e multilaterais, como por consequências indesejadas. As configurações políticas para combater a crise de 1929, a superação da indexação monetário com lastro no ouro, a queda do muro de Berlim, as crises do petróleo na década de 1970, a crise da dívida latino-americana na década de 1980 e, finalmente, a crise de 2007-2008. Esses são só alguns dos acontecimentos históricos que impulsionaram e forjaram as novas formas do capitalismo mundial, da globalização econômica. Diante disso, onde a internacionalização das decisões econômicas – principalmente pelo fato de a tecnologia e a expansão da velocidade da comunicação permitir aos entes privados as negociações e operações em tempo real, *on line* – tem cada vez mais fugido dos ditames territoriais dos Estados, estes últimos se vêm com dificuldades em sedimentar por completo suas categorias democráticas e republicanas e “controlar” minimamente os imperativos dos mercados.

Com efeito, não se pretende aqui dissecar todos os detalhes que levaram decisões econômicas, muitas vezes ligadas a agentes não estatais, a influenciarem direta e indiretamente

---

<sup>22</sup> O termo globalização foi cunhado justamente para designar assuntos de natureza econômica e, aos poucos, ganhando utilidade para designar, também, assuntos relacionados à cultura, política e sociedade (CASTELLS, 2007). Dentro do direito, poucos brasileiros têm se enveredado a mapear as consequências desse cenário para o conhecimento nesse ramo. Por todos, conferir José Eduardo Faria (2000; 2008a). Com um teor específico em termos de direitos fundamentais positivados na constituição brasileira, ver Paulo Bonavides (2003). Para um panorama geral nas diversas ciências sociais, ver Octavio Ianni (1996).

<sup>23</sup> A ideia desses “universais” é veiculada na obra de Yves Dezalay e Byant Garth (2005, p. 101-109) para apontar a legitimação do movimento dos direitos humanos durante a Guerra Fria e da colocação dos juristas como os novos detentores do conhecimento nessa seara. Até então, com a ascensão dos economistas no contexto da legitimidade do Consenso de Washington, os juristas ocupavam posição de pouco destaque no cenário internacional. Com a ascensão dos direitos humanos, portanto, há também uma política econômica externa nos EUA que tende a evitar relacionamentos com países de política ditatorial, ao contrário do que acontecia até então. Utiliza-se, portanto, esses universais como termo geral para designar o período pós guerra fria.

as decisões políticas nacionais de hoje em dia. A intenção aqui é demonstrar que, de fato, há um nível de sinergia entre decisões de agentes e interessados não governamentais e questões público-políticas como um todo. Contudo, para pontuar de maneira a tornar mais claro o pano de fundo da explanação dessa dissertação, vale-se recapitular, portanto, três aspectos que mais são relevantes para as discussões aqui travadas e que se relacionam diretamente com os detalhes do capítulo 3: **(i)** a disputa no âmbito acadêmico da ciência econômica norte-americana e seus sucessivos episódios de prestígio sobre a política interna e externa nesse país; **(ii)** novos centro de poder normativo para além do Estado nacional democrático – “desestatização” na produção de direito, bem como a consequente porosidade entre público e privado (MATIAS, 2007); e **(iii)** a globalização econômica, incluindo aqui a interconexão de sistemas financeiros e de bolsas de valores e o grande avanço da tecnologia de comunicação – as decisões em termos de economia deixaram de ter guarida no setor industrial e passaram a ter vazão no sistema financeiro – “financeirização dos capitais” (DEZALAY; GARTH, 2005; FARIA, 2012; CASTRO, 2001).

Não é à toa que hoje em dia, cada vez mais se vê comum a retaliação a decisões democráticas de tribunais constitucionais que tentam manter juridicamente as conquistas constitucionais, mas esbarram em políticas econômicas austeras de cúpulas mistas entre entidades nacionais ou regionais e organismos multilaterais, como no caso da famigerada *troika*<sup>24</sup>.

A concorrência extrema, as transformações na indústria mundial e nas fases de produção de bens, as facilidades da realocização industrial, a velocidade com que países descartam tecnologias, as acirradas concorrências e estratégias de fusões e aquisições de empresas visando encerrá-las, enfim, esse estado de coisas schumpeteriano (FARIA, 2012b, p. 125) tem levado governos a abrirem mão ou flexibilizarem alguns desses compromissos<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> O noticiário português nos anos de 2011 a 2013 foi praticamente inundado com a disputa entre o seu Tribunal Constitucional de um lado e a política austera da *troika* do outro. Para tanto, ver reportagem apontando um episódio (SILVA; COSTA 2013).

<sup>25</sup> Não se entrará aqui na discussão filosófica se tais direitos são, de fato, “bons” ou “ruins”, nem muito menos se o Estado pode os manter do ponto de vista orçamentário. O que se espera, somente, é que os ditos direitos sejam reconhecidos como conquistas advindas, ou de uma acumulação cultural ou de um compromisso político do passado. O estado de coisas schumpeteriano, advindo diretamente do referido quadro abalado pelas três características da ascensão de critérios econômicos sobre o político-democráticos, torna, porém, tais ditames constitucionais uma espécie de barganha: como se não pode cumpri-los imediatamente, adia-se em nome de outros compromissos assumidos não necessariamente com o povo regido pela constituição, mas em nome de outros agentes transnacionais. O quadro, ilustrado por José Eduardo Faria (2012a), como o Estado sob a “espada de Dâmocles” subsiste nessa fase de transformações do direito. A ordem econômica constitucional, portanto, fundada em um período de transição em que a crise da dívida na América Latina ainda escondia seus reais impactos, impôs um princípio de solidariedade que hoje encontra enormes dificuldades para se tornar eficaz (MATIAS, 2009).

Nesse sentido, tem-se que a ascensão de ditames econômicos em face de características políticas e modo como os atores detentores daquele conhecimento – os economistas – se destacaram no cenário internacional, torna-se uma peça estrutural dessa perquirição para desaguar imediatamente na ideia do jurista na sociedade brasileira. Como representantes constitucionais e mantenedores das conquistas traçadas em 1988, seja por questões de atraso na formação acadêmica, seja por não conseguirem refletir minimamente seu real papel na sociedade contemporânea, hoje, os juristas brasileiros perderam lugar para os economistas.

A moldagem de instituições políticas e hoje, também, jurídicas, não mais são exclusividades de juristas, como o foi em épocas que remontam o fim do século XIX e início do XX. O próprio direito, com os contornos e respostas “eficientes” da *law and economics*, análise econômica do direito, tem sido avocado aos economistas. Hodiernamente, tanto a globalização, como as demais vinhetas tratadas nessa seção impactaram diretamente nos juristas como um todo. Essas novas configurações impõem uma circulação de campos jurídicos juntamente com os padrões globais de negócios e disseminam modelos de atuação que confundem juristas que persistem na formação acadêmica territorial, com base nos princípios estanques da legalidade e soberania. Com efeito, passa-se adiante a se tratar do modo pelo qual essa globalização tem afetado os campos jurídicos e disseminados modelos e padrões que andam a confundir o cenário dos juristas no Brasil e no mundo.

### ***2.1.1 Globalização, internacionalização dos campos jurídicos e disseminações de padrões***

O direito sempre esteve muito próximo à economia. Da sinergia que deu origem às configurações do direito de propriedade à modelagem de personalidades jurídicas e de tipos societários. Não seria diferente em ambientes atuais. Hoje, seguindo-se a anedota de Kelsen quando compara o direito ao Rei Midas, onde tudo que toca vira jurídico (2009, p. 307-308), o direito tenta regular e estabilizar as expectativas seja no cotidiano dos cidadãos, seja no tempo da empresa global. Contudo, atua numa espécie de tempo diferido, com etapas lógicas, formais e sucessivas. Criado pelos parlamentos, mas nem sempre motivado por eles. Preocupado com estas contendas já estava San Tiago Dantas (1942, p. 300), mesmo quando não se falava em globalização, tratando das relações entre direito, economia e política, onde se referindo ao papel do direito na sociedade de então, questionava: “[s]erá o seu papel histórico – resistir, e domesticar as inovações que surgem, ou procurar audaciosamente criar sôbre elas uma ordem

nova?”<sup>26</sup>. Parece que nem resistir, nem domesticar ilustram bem a real reação do direito às mudanças do mundo. Talvez, sob a perspectiva da dita reestruturação global do capitalismo já seria suficiente para aniquilar a capacidade que o direito teve, principalmente no Brasil, de acompanhar referidas mudanças. Pelo menos, não tão sensível assim às grandes massas de formados em direito já tratadas aqui em seção anterior. As mudanças nas políticas legislativas são claras. Mas a cultura jurídica, para se utilizar aqui de conceitos de Dantas, nem sequer reconhece tais novos traços no mundo, que dirá revigorar seus conceitos<sup>27</sup>. O certo é que a ascensão da linguagem econômica, a desestatização da produção do direito e as consequências da globalização econômica deixaram suas marcas no Direito e em tudo que o remonta.

Diante do cenário, por exemplo, José Eduardo Faria (2008a), dentro de um apontamento de tendências do direito na atualidade, identifica as mudanças do Estado nacional e do próprio direito a partir de nove facetas: **(i)** alargamento e “desformalização” nos procedimentos de elaboração e decisão legislativa; **(ii)** redução do grau de imperatividade do direito; **(iii)** reformulação paradigmática do direito processual tendente à efetivar o “ambiente” propício aos negócios; **(iv)** mundialização do capital financeiro e suas diretrizes e a Nova Economia Institucional, com a flexibilização do conceito de soberania e o crescimento do poder da firma; **(v)** alargamento do alcance das normas de livre contratação; **(vi)** enfraquecimento progressivo do direito do trabalho enquanto conjunto de princípios; **(vii)** transformação na fonte de legitimidade e no conteúdo programático do direito internacional; **(viii)** “aumento no ritmo de regressão tanto dos direitos sociais quanto dos direitos humanos consagrados ou tutelados pelo direito positivo” (2008a, p. 102); e **(ix)** prevalecimento do primado “lei e ordem” no âmbito do direito penal.

<sup>26</sup> As preocupações de San Tiago Dantas ecoam de modo bastante significativo. Seja pelos estudos de seus textos nos posteriores trabalhos do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito – CEPED (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 172), em 1966, seja pela clara inspiração dos esforços atuais em atribuir, no Brasil, papel relevante ao direito junto à ideia de desenvolvimento, o intelectual foi um dos primeiros a se preocupar com o importante protagonismo do direito na sociedade: “E é aí que cabe indagar o que pode a cultura jurídica, em face dos problemas sociais e políticos de hoje. O bem estar coletivo, a maior satisfação das necessidades humanas com as utilidades ilimitadas que a técnica moderna pode proporcionar, a igual repartição das riquezas, a justiça social, – em que medida podem ser promovidos e assegurados através de uma evolução jurídica, e em que medida exigirão a intervenção arbitrária do Estado ou o remédio descompressivo das revoluções? Por mim, creio que a cultura jurídica, renovada ao contato do mundo moderno, pode inspirar e realizar uma transformação do direito, em cujos quadros se atinja e se discipline a mais completa reforma da sociedade.” (1945, p. 426).

<sup>27</sup> Uma excepcional contribuição que enaltece o cambaleio dos conceitos jurídicos no mundo moderno pode ser vista nessa passagem: “Na propriedade contemporânea, a propriedade vira quota, ação, participação, [...]. A figura do ‘dono’ [...] se esvanece. [...] Será, então, que o sujeito não passa de um ponto que ganha significância a partir do analista de mercado, [...] o sujeito como invenção tecnológica, que existe apenas virtualmente? E, por consequência, o sujeito responsável não se tornaria um culpado sem responsabilidade ou um responsável sem culpa?” (FERRAZ JÚNIOR, 2012, p. 153).

Esta seção trata de um dos principais impactos das novas configurações globais causadas pela ascensão de critérios econômicos como linguagem chave para as decisões mundiais. Junto com a “desterritorialização” tratada anteriormente, houve a internacionalização dos campos jurídicos<sup>28</sup> e as disseminações de modelos de referidos campos mais adequados ao ambiente desse novo cenário.

Tratar-se-á do que se entende por modelos jurídicos e como mapear as suas circulações e transferências entre culturas jurídicas. Como conjectura, elegeu-se a texto explanatório de Otávio Yazbek, e seu artigo sobre considerações e a circulação e transferência de modelos jurídicos. Em outras palavras, seria a dolarização ou internacionalização do conhecimento jurídico<sup>29</sup>. Ao adotar o conceito de transferência, o autor sustenta se tratar da “[...] adoção, por uma dada população, de regras, práticas ou concepções jurídicas próprias de outro povo” (2003, p. 543). Considera que esse câmbio de formas genéricas de direito pode se dar de maneiras variadas. Chega a tratar da influência das migrações de estudiosos para o Brasil, como por exemplo, Tullio Ascarelli e Enrico Tullio Liebman (2003, p. 543). A tipologia adotada para essas transferências se classifica da seguinte forma: **(i)** diretas ou indiretas; **(ii)** convidadas ou impostas; **(iii)** por infusão; e **(iv)** por interação (2003, p. 544). O apego aqui será abranger, inclusive, aqueles modelos correspondentes e associados às doutrinas que tem sido hodiernamente conhecidas como “*law and ...*” ou “Direito e ...”<sup>30</sup>.

Porém, vale-se ressaltar que algumas dessas circulações de modelos jurídicos, justamente por serem estes de natureza porosa e fragmentada, com peculiaridades e diversos

<sup>28</sup> A ideia de “campos jurídicos” é tirada basicamente da inspiração de Dezalay e Garth em Pierre Bourdieu, servindo-se para descrever um lugar de disputa pelo monopólio entre agentes legítimos para “dizer” o direito. Basicamente, tais indícios podem ser encarados durante todo o estudo, mas a introdução da obra principal de Dezalay e Garth pode melhor situar a obra de Bourdieu neste trabalho (2005, p. 27-28).

<sup>29</sup> O conceito pode ser cunhado nas palavras dos principais exploradores do mesmo: “[...] *el proceso por el cual se ata el valor de las técnicas y los conocimientos especializados del Sur con el poder de capacidad de compra que ellos tengan en los Estados Unidos. El rasgo clave de las técnicas y los conocimientos especializados impulsados por y a través de los políticos tecnócratas, es el nexo que mantienen con lo que resulta aceptable en las universidades y en los centros de investigación más reconocidos de los Estados Unidos.*” (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 80).

<sup>30</sup> A nomenclatura é tipicamente manejada pela academia norte-americana. As de maior envergadura são as doutrinas da *law and economics*, com vasta literatura também em países de cultura franco-românica; *law and society*, esta última herdeira de uma sociologia crítica; *law and finance*, mais apegada aos ditames dos mercados financeiros – constantemente tem também, junto a NEI, influenciado a política de organismos multilaterais; conferir para tanto, Milhaupt e Pistor (2008, p. 20) e Schapiro (2011, p. 133-140) –; e *law and development*, sendo esta mais próxima à cultura jurídica brasileira e praticamente convergente com a *law and society*. As identificações de referidas doutrinas não são causalmente identificadas com modelos exportados ou importados, i.e., não são com tais mantras de “*law and ...*” que se dissemina a circulação de modelos jurídicos. Nos casos de maior transparência, sem dúvida, fica com o próprio movimento de *law and development* que, ao longo dos anos, adquiriu inúmeras facetas e foi angariando diversas formas de manifestação (YAZBEK, 2003; HERKELMANN, 1980; DEZALAY; GARTH, 2005; DAVIS; TREBILCOCK, 2009; TAMANAHA, 2009; PARGENDLER; SALAMA, 2013; TRUBEK, 2009).

“braços” – tanto na política econômica, quanto na manutenção de ordenamentos jurídicos específicos, ou mesmo como “mediação de modelos institucionais” (ENGELMANN, 2008b) –, são extremamente difíceis de encaixar em uma só dessas classificações. É o caso, por exemplo, das experiências advindas do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito – CEPED, que em plena década de 1960 e sob forte influência do realismo norte-americano, fixaram-se e se desenvolveram relativamente bem<sup>31</sup> no Brasil. Não à toa que se estabeleceu nos Estados membros do sudeste do país a concentração posterior dos principais escritórios de advocacia nos padrões da *common law*<sup>32</sup>.

Hoje, escolas como a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas tendem a disseminar as pesquisas em “*law and...*” no Brasil<sup>33</sup>. Portanto, as disseminações do CEPED, tendo como pano de fundo a doutrina do “Direito e Desenvolvimento” (YAZBEK, 2003, p. 544; TRUBEK; VIEIRA; SÁ, 2011, p. 41), enquadraram-se em uma transferência tanto indireta – seguindo a classificação de Yazbek, por adoção das práticas no cotidiano dos juristas brasileiros –, como também como “convidadas” – já que as práticas vêm justapostas a financiamentos estrangeiros –, por infusão – por mútua interação entre sociedade receptora e

<sup>31</sup> Esse parcial sucesso é sustentado aqui apenas como um modelo que, de fato, chegou a ser reconhecido minimamente no Brasil (HERKELMANN, 1980, p. 299-300). A maioria dos estudiosos sustentam que tais influências se tornaram um fracasso (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 365; DAVIS; TREBILCOCK, 2009, p. 233). Contudo, não se pode olvidar que esse sucesso se deveu unicamente ao público alvo imediato da reforma do ensino jurídico no Brasil através do CEPED e do movimento *law and development*. “A elite dos advogados no Brasil usou seu treinamento em direito e desenvolvimento e as conexões desse movimento para seguir caminhos relativamente tradicionais de acesso ao poder de Estado no cenário brasileiro” (DEZALAY; GARTH, 2000, p. 168).

<sup>32</sup> Aqui, os diagnósticos de Venâncio Filho ajudam apenas a entender essa sedimentação e fixação, além, é claro, dos próprios fatores de mercado de desenvolvimento econômico (VENÂNCIO FILHO, 1982, p. 325). Não à toa que advogados treinados pelo CEPED ainda hoje são bem vistos pelos editoriais que listam os advogados mais admirados no Brasil (ANÁLISE ADVOCACIA 500, 2013; WALD, 1967).

<sup>33</sup> Ver testemunho em David Trubek, para o qual: “*In a sense, the FGV experience shares some things with Ceped. Both took advantage of unique conditions to pioneer new approaches to education and promote new roles for lawyers. For Ceped, the opportunity was the relatively massive dose of external support made available by Ford and USAID. For FGV it was the new market opportunities created by economic and political transformation*”. (2011, p. 10). Para outros exemplos fora do Brasil de faculdades de direito que empregaram métodos norte-americanos no ensino do direito, ver: “*En Argentina, tres ejemplos destacados son la Universidad Torcuato di Tella, la Universidad Austral – en las que se dicta derecho – y la Facultad de Administración de Empresas y Negocios del CEMA, la cual vincula a abogados de negocios prestigiosos a su programa. Así, el portal electrónico en la red de la Universidad Torcuato di Tella –la cual nació como derivación del Instituto Torcuato di Tella, que empezó a incluir el programa de derecho en 1995 – anuncia como parte de sus contenidos la ambición ‘de producir un cambio trascendental en la enseñanza del derecho’ de la Argentina, basado ‘en el modelo empleado por las facultades de derecho más prestigiosas de los Estados Unidos’. Allí se enuncian nuevas áreas como ‘el análisis económico del derecho’, ‘teoría de juegos’, ‘teoría de la elección pública’, así como ‘diversas teorías modernas sobre justicia’.*” (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 313).

transmitente – e por interação – devido ao treinamento posterior que alguns advogados brasileiros possuem ao se formarem nos LLMs norte-americanos<sup>34</sup>.

Com efeito, fica claro que esse panorama força uma mudança, para mais ou para menos, de muitos dos campos jurídicos no Brasil, seja no sentido do passado, onde a maioria dos juristas tinham formação coimbrã, seja no período posterior de disseminações de parâmetros europeus ou, atualmente, uma vertente mais “dolarizada” em choque com a persistente formação europeia (VENÂNCIO FILHO, 1982; ENGELMANN, 2008b). As categorias antes ensinadas nas faculdades de direito, subsistem estanques<sup>35</sup>. Ainda mais quando, por exemplo, sobram centros de pretense ensino e falta tradicionalmente acadêmicos de dedicação em tempo integral<sup>36</sup> a pensar o ensino do direito (DEZALAY; GARTH, 2005; ENGELMANN, 2008b).

Pode-se argumentar, porém, que a realidade brasileira sempre foi a de um país importador de instituições. Basta remontar às inspirações das Constituições brasileiras, seja no primeiro período republicano, com clara alusão à constituição norte-americana, seja no período ditatorial, da polaca à italiana. Por consequência, a “crítica da cópia” também sempre esteve presente<sup>37</sup>. Portanto, o argumento persiste: que novidade haveria de estar presente nas

<sup>34</sup> Para uma maior percepção do fenômeno de transferência de modelos jurídicos norte-americanos através de interações da atuação do direito anglo-saxão na França e na Alemanha, ver excelente apanhado em Dezalay e Trubek (1996, p. 78-79). Ainda sobre essa questão, percebe-se que, no Brasil, os escritórios de advocacia com modelo de “negócios” ou formam seus profissionais cosmopolitas dentro do próprio escritório (ver nota 104 abaixo), já que poucas faculdades de direito no país têm essa capacidade e *know how*, ao menos dentro dos últimos vinte anos, ou financiam seus associados a concluírem LLMs nos Estados Unidos e Inglaterra. Nesse sentido, ver reiterados apontamentos de Faria (2008a), além das descrições de Engelmann (2008a). Além disso, para um panorama geral dos juristas brasileiros que estudam no exterior e potencializam as capacidades de mediação institucional por exportação de modelos, ver Engelmann (2008b).

<sup>35</sup> Parece atual e implicate os inúmeros e reiterados avisos de crise ou necessidade de reformulação no ensino do direito no Brasil. Por todos eles, uma passagem “marginal” (VIANNA, 1999, 355-356) e poeticamente bem costada, resume, já em 1922 – primeira edição –, esse quadro: “Sem disciplina racional, sem fundamento filosófico, desliza, escorrega, que mal se comprime entre os dedos, o barro das pesquisas no mundo jurídico. E quando as circunstâncias inspiram algo de novo, falta aos juristas a iniciação necessária ao trato científico da matéria. Apontam os fatos, opinam, discutem, criticam, propõem e refutam; mas não sabem, não são capazes de colher a folha do arbusto e explicar a família botânica, a razão do precoce amarelecimento ou da escassez de flores. São como os ligadores de correntes elétricas, que, somente pelas ligar, se creem eletricitistas.” (MIRANDA, 1972, v. 1, p. 96-97). Orlando Gomes (2005, p. 122), pouco tempo depois também insistiria na ideia de crise no direito e, particularmente, no jurista tomado por uma espécie de “esterilidade imaginativa” face as transformações do mundo de então.

<sup>36</sup> Quanto a relação entre dedicação integral como professor e pesquisador na academia e o desempenho das faculdades na reformulação do ensino do direito, conferir, no contexto das dificuldades de implementação do CEPED e sua proposta de fomento no ensino do direito: “*Uno de los miembros estadounidenses indicó que ninguno de los participantes brasileños ‘pensaba que la propuesta de profesores de tiempo completo tuviera sentido’*.” (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 173).

<sup>37</sup> Conferir Oliveira Vianna, que argumentava: “Porque as ciências sociais provam hoje – com absoluto rigor – que estes costumes, estes usos, estas tradições, estas ‘representações coletivas’, estes ‘complexos culturais’, já preexistentes na estrutura social do povo-massa, são forças imensas e incoercíveis, forças que influem decisivamente e determinam, o êxito ou o fracasso destas Cartas, destes Códigos, destas Constituições ‘importadas’, ‘emprestadas’ ou exóticas.” (VIANNA, 1999, p. 367).

importações do século XXI? O que as diferenciam das de antigamente? Disseminações de modelos e padrões, internacionalização de campos jurídicos? Tudo isso já não estava aí em autores que remontam o fim do século XIX? O argumento central deste trabalho explica justamente que há novas configurações, tanto no papel de atores recentes como nas configurações do cenário trabalhado neste século globalizado.

Nesse sentido, as próximas seções ficaram encarregadas dos estudos dos principais modelos disseminados e internacionalizados ao e no Brasil, sendo os tratados aqueles que primordialmente mais têm impactado para a formação e no cotidiano do jurista, como também influenciado naquelas instituições-arenas de seus conhecimentos e perícia. Principalmente através dos subsídios teóricos de Douglass North, que avocou de maneira pioneira matérias que antes eram de primazia do conhecimento do jurista, o impacto das novas disseminações nas carreiras e formação destes é de extrema urgência.

### ***2.1.2 Análise econômica do direito: inspirações e limites***

Como argumentado anteriormente, a análise econômica do direito, na linguagem franca acadêmica conhecida como *law and economics*, posta-se aos campos jurídicos no Brasil e no mundo como mais um modelo disseminado, dentro daquelas configurações mínimas tratadas anteriormente. Com efeito, trata-se de uma das formas que muitos economistas encontraram para: **(i)** analisar o direito sobre a ótica do ferramental teórico avançado da microeconomia, nos moldes ensinados na academia norte-americana; **(ii)** perquirir, dentro do próprio nicho jurídico um respaldo além da mera retórica, incrementando com instrumentos sofisticados de análises e descrições com base no primado das categorias da ciência econômica para o estudo do direito. Ou, na breve definição de Salama (2008, p. 9), trata-se de uma disciplina “[...] como um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas”. Os conceitos, porém, são abertos, indo desde a gênese vinculada às ideias de Ronald Coase, passando pela virada posneriana, até questões de custos de transação, aspectos organizacionais ou institucionais.

É preciso entender que quando se fala de análise econômica do direito se se refere a um movimento doutrinário que cresceu dentro da academia norte-americana como uma resposta ao histórico vácuo interno da disciplina do direito nesse país deixado pelo movimento

do realismo jurídico<sup>38</sup>. Embora alguns autores atribuam ao austríaco Victor Mataja, em 1888, a antecipação das ideias centrais da análise econômica do direito (GRECHENIG; GELTER, 2010, p. 368-369), é de comum acordo que o movimento *law and economics* começa a tomar corpo com as publicações dos artigos de Guido Calabresi e Ronald Coase<sup>39</sup>. A sedimentação por completa vem com os prêmios Nobel de economia dado a dois dos economistas que fundaram as premissas desse campo de pesquisa e perspectiva de análise<sup>40</sup>.

Não se pretende aqui, porém, reservar um raciocínio onde se dissecar o argumento em favor ou em desfavor, das origens à atualidade da *law and economics*. O manejo da matéria será apenas uma forma de demonstrar detalhes de como a relação entre economistas e juristas nos Estados Unidos é mais próspera e próxima<sup>41</sup> do que no Brasil, especificamente, graças a esse elo acadêmico, além de mostrar a leitura do conhecimento jurídico pela ciência econômica com maior sucesso. Daí, sustenta-se que a *law and economics* é parte e instrumento da estratégia de fortalecer o direito como uma ciência reconhecida de um parâmetro razoável para o mundo acadêmico e para a sociedade<sup>42</sup>, bem como para impulsionar a formação de juristas globais com

<sup>38</sup> Essa é a hipótese central na comparação entre o sucesso da *law and economics* nos Estados Unidos e seu relativo fracasso na academia alemã, neste caso tomando por base a obra de Victor Mataja. Com efeito, sustentando esse argumento se encontra a boa explicação de base “sociológica” em estudo de Kristoffel Grechenig e Martin Gelter (2010, p. 339): “Ao desconstruir o pensamento jurídico clássico nos Estados Unidos, o Realismo Jurídico criou um vácuo na academia jurídica e na jurisprudência que seria preenchido por uma discussão sobre política. Nas décadas que se seguiram, o movimento de Direito e Economia pode começar um trabalho de reconstrução para desenvolver novos princípios e critérios de decisão. Ao fazer isto, ele atingiu uma hegemonia vis-à-vis outros movimentos.”

<sup>39</sup> Os artigos são *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, de Guido Calabresi e publicado em 1961 e *The problem of social cost*, de Coase de 1960 (COOTER; ULEN, 2010, p. 23; SALAMA, 2008, p. 5; GRECHENIG; GELTER, 2010, p. 358 e seguintes). A obra de Mataja se intitulava *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*, algo como A responsabilidade da indenização de danos do ponto de vista da economia política (GRECHENIG; GELTER, 2010, p. 369).

<sup>40</sup> Ronald Coase e Gary Becker, respectivamente ganhadores do Prêmio do banco da Suécia em Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel, em 1991 e 1992 (COOTER; ULEN, 2010).

<sup>41</sup> É válido o argumento de Thomas Ulen e Robert Cooter (2010, p. 24) que sustentam: “A economia mudou a natureza da ciência jurídica, a compreensão comum de regras e instituições jurídicas e até a prática do direito. Como prova disso, veja os seguintes indicadores do impacto da economia sobre o direito. Em 1990, menos um economista fazia parte do corpo docente de cada uma das principais faculdades de direito na América do Norte e de algumas da Europa ocidental. Programas de pós-graduação em conjunto (Ph.D. em economia e J.D. em direito) existem em muitas universidades proeminentes. As revistas de direito publicam os artigos que usam a abordagem econômica e há diversas revistas científicas dedicadas exclusivamente a esse campo.” Apesar disso, sabe-se que essa relação só é mais próxima enquanto a interdisciplinaridade da *law and economics*. Os embates persistem em relação a outros campos de atuação.

<sup>42</sup> Esse argumento talvez seja mais presente da parte dos próprios juristas adeptos da disciplina. Nesse caso, alguns deles procuram no argumento da *law and economics* uma forma de, ao pegar carona com a ascensão da ciência econômica no mundo, legitimar-se perante a sociedade e instituições como atores de formação segura, instrumental e global. Nesse sentido, o estudo de Ulen (2002) é bem emblemático, apesar da ressalva posterior, ao sustentar que “parece haver muito mais a se investigar no conhecimento jurídico do que havia há vinte anos. Provavelmente, o culpado mais óbvio é a *law and economics*. O que quer que tenham feito, os estudiosos dessa perspectiva vêm explorando assiduamente o sistema jurídico para saber até que ponto o direito é eficiente.” Em tradução livre. No original, “[t]here seems to be much more of it in legal scholarship than was the case, say, twenty years ago. Probably the most obvious culprit in this regard is law and economics. Whatever else they

habilidades mais próximas ao padrão anglo-saxão de negociações em questões transnacionais, ou seja, como a disciplina que mais aproxima o *framework* da advocacia de negócios à linguagem chave de decisões econômicas no mundo<sup>43</sup>, além da formatação de políticas públicas que reconheça o *establishment* e o *mainstream* da ciência econômica mundial.

O uso desta perspectiva em disciplinas triviais do direito nos Estados Unidos, como a de direito societário, consta como comum nas principais faculdades. Porém, ao contrário de seu sistema jurídico de origem<sup>44</sup>, não se sabe ao certo qual o verdadeiro alcance da *law and economics* no direito e sistemas jurídicos de outros países que não os de cultura anglo-saxão. As consequências de sua sedimentação ainda lançam bases e estão cada vez mais angariando sofisticação à fusão desses dois ramos do conhecimento. Com efeito, o enfraquecimento parcial da ideia inicial da análise econômica do direito, ou “fundacional” como chamam alguns autores (SALAMA, 2008, p. 27), é de se exaltar por estar ligada especialmente um bastião dentro do próprio direito nos Estados Unidos. Trata-se de Richard Posner e suas recentes viradas epistemológica e ideológica – aquela relacionada a superação do direito como instrumento de maximização de riquezas e seu giro pragmático e, neste último caso, de sua pretensa ideia liberal à ideologia keynesiana<sup>45</sup> – que de certa forma balançaram a credibilidade da vertente normativa “fundacional”.

Todavia, como se pode deixar transparecer o contrário por alguns em argumentos ideológicos, quase cegos, a *law and economics* ainda impacta diretamente no direito e deixa seus rastros certos e persistentes perante a disciplina jurídica<sup>46</sup>. Não há que confundir, portanto,

---

*have done, scholars working from that perspective have assiduously explored the legal system to see the extent to which law is efficient.”* (2002, p. 909).

<sup>43</sup> Nesse sentido, ver as conclusões de Fabiano Engelmann (2008a, p. 13) quanto as estratégias acadêmicas brasileiras relacionadas a legitimidade da advocacia de negócios em padrões internacionais: “Nesse sentido, pode-se tomar o caso das iniciativas da FGV e do movimento ‘direito e economia’ como indicativo da importação de técnicas de direito empresarial e da fundamentação de modelos de instituições e arcabouços normativos vinculados às demandas do espaço da prática dos negócios.”

<sup>44</sup> Sobre a polêmica sobre a nacionalidade da origem da *law and economics*, ver que: “O movimento de *Law & Economics* sempre foi considerado um movimento americano; isto não é exatamente correto. Suas origens são mais internacionais. Economistas clássicos como Adam Smith e Jeremy Bentham, e mais tarde, Pigou, Hayek, Leoni e Coase tiveram uma participação dominante, assim como teve também participação doutrinária outros, como por exemplo, Max Weber (curiosamente também um advogado e economista!).” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 15).

<sup>45</sup> Nesse sentido, acerca de Richard Posner e suas viradas, ver, quanto ao aspecto epistemológico, Salama (2012) em sua queda de “eficientismo” e o próprio Posner (2007) quanto aos detalhes de seu pragmatismo analítico. Quanto ao aspecto ideológico, referida virada é patente após a crise de 2007-2008; para tanto, ver Posner (2009; 2010) desenvolvendo sua descrição da crise e se apegando a padrões keynesianos. Sobre esse aspecto da descontinuidade ideológica em Posner, ver Salama (2010, p. 437).

<sup>46</sup> Thomas Ulen (2002) mapeia os esforços teóricos em Bayes, Kuhn e Popper, conjecturando acerca de um Prêmio Nobel em Ciências Jurídicas, para afirmar que o aumento de estudos empíricos e de metodologia experimental é um sério sinal da “cientificização” do direito.

a queda da versão “fundacional” de Richard Posner ao enfraquecimento do movimento *law and economics* como um todo. Essa visão é minimamente parcial. A análise econômica do direito fortalece a própria linguagem jurídica no mundo como se o conhecimento exclusivamente jurídico não dependesse de princípios territoriais. É talvez a principal estratégia que encaminhe o direito e seu conhecimento para um pano de fundo único e reconhecido em qualquer lugar do planeta vinculado aos padrões ocidentais<sup>47</sup>.

Talvez não se trate aqui, de fato, de uma mudança paradigmática dentro do direito e sua pretensa ciência<sup>48</sup>, porém, é possível dizer que a análise econômica do direito trouxe tanto para os países da *common law* como, pela globalização<sup>49</sup>, para os demais sistemas jurídicos, uns para mais outros para menos, um impacto relevantíssimo no século XX e início do XXI.

Passa-se às classificações epistemológicas e as principais escolas que representam essa espécie de avocação de conhecimento dos economistas para com o direito e suas instituições.

#### 2.1.2.1 Dimensões da análise econômica do direito

Pode-se dizer que a perspectiva da análise econômica do direito é fatiada por uma análise que pode ser **(i)** positiva; e **(ii)** normativa. À elas estão associadas ideias descritivas ou prescritivas dos fenômenos do direito, respectivamente. A primeira seria a ciência econômica e seu instrumental aplicados ao direito, principalmente através da microeconomia e às categorias implícitas e explícitas em conceitos como escassez, equilíbrio, eficiência, maximização racional

<sup>47</sup> As observações de Ulen (2002, p. 911) quanto ao pretensio núcleo teórico “amplamente compartilhado entre os juristas de todos os países” – no original, “[c]ome the millennium of legal science, that theoretical core will be one that is widely shared among legal scholars of all countries.” – visa demonstrar um caminho para o reconhecimento do direito como uma ciência em padrões legítimos dentro da comunidade global. Antes destacando os avanços de estudos empíricos e comportamentais no direito e enaltecendo o movimento *law and economics* como um dos responsáveis dessa virada científica, resta claro que nesse argumento há bases para alicerçar uma forma transnacional de produzir conhecimento científico no direito e, de quebra, um campo para uma justiça transnacional. Solidificando este último argumento, ver estudo de Dezalay e Garth (2012, p. 2345) que conclui que os “advogados estão tentando construir um campo de uma justiça transnacional para tirar vantagens dele”, tanto na esfera econômica com os grandes escritórios de negócios, como politicamente com o movimento dos direitos humanos. Tradução livre de “[l]awyers are seeking to construct a field of transnational justice and to take advantage of this field.” Pode-se dizer, nesse sentido, principalmente quanto aos direitos humanos que o humanismo a que Dantas (1948, p. 8) se refere implica necessariamente em um apanhado unificador para a cultura jurídica global: “O humanismo, como quer que o conceituemos, significa a sujeição do direito a uma constante: o homem, e, segundo penso, o homem universal.”

<sup>48</sup> Sobre a noção da ideia de paradigma dentro do direito brasileiro, ver estudo de Faria (1988). A ideia geral, assim como em Ulen (2002), é tirada de Thomas Kuhn (2004) para definir as transições das ciências como um todo.

<sup>49</sup> Nesse sentido, ver Faria (2008a, p. 83-84) e Ulen (2002, p. 910-911) que argumentam em sentido sociológico e empírico, respectivamente, sobre detalhes de como a *law and economics* tem sido disseminada através de fenômenos observados na globalização.

e incentivos, descrevendo situações do fenômeno do direito. A dimensão normativa estaria ligada ao papel daquele que analisa o fenômeno em si, prescrevendo opiniões mais próximas à eficiência e buscando moldar categorias internas do próprio direito à racionalidade da ciência econômica. A grosso modo, as diferenças básicas das análises econômicas positiva e normativa do direito pode ser resumida conforme Tabela 1.

A dimensão positiva apresenta três ramos de análise que são mais ou menos úteis, a depender da perspectiva e dos fins que se deseja. São as capacidades de análise reducionista, explicativa e preditiva. A primeira não se mostra relevante para o estudo. Isso porque ela reduz, em sua análise, o direito e suas facetas e linguagem à economia. Esse reducionismo não auxilia outra dimensão que não a própria economia, se é que de fato o faz, colonizando e afastando toda a qualquer possibilidade de o direito possuir campos próprios, possuir autonomia funcional.

Tabela 1 – Diferenças entre dimensões positiva e normativa da análise econômica do direito

<b>Positiva</b>	<b>Normativa</b>
Ser	Dever ser
Fatos	Valores
Objetivo	Subjetivo
Descritivo	Prescritivo
Ciência	Arte
Verdadeiro/falso	Bom/ruim

Fonte: Adaptado de GICO JÚNIOR, 2012, p. 16.

Deste modo, serão frisadas do direito e economia positivo as capacidades de análise explicativa e preditiva. A primeira pelo seu alcance de usar o ferramental da microeconomia e demais facetas da linguagem da ciência econômica na busca por melhores e mais variáveis explicações sobre os fenômenos típicos do direito. A capacidade preditiva fica assim responsável por dar importância às consequências das regras jurídicas, seja no âmbito de políticas públicas, seja no âmbito interno da decisão judicial<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> Dentro dessa ideia de consequencialismo da decisão judicial, mesmo que aplicada mais adequadamente à dimensão normativa da análise econômica, conferir excelente exposição de Luis Fernando Schurtz (2008, p. 152-153) concernente aos identificados tipos de decisões judiciais que, olvidando da dogmática ou se apegando à “cantineira” dos princípios, usam o manto da *law and economics* para tentar convencer os destinatários da decisão de uma dada fundamentação. Seria o consequencialismo “festivo” que encarna tal nome tendo em vista o apego dos seus autores a uma suposta panaceia de argumentos “elitistas” – “[...] comandada por uma apropriação superficial e seletiva da literatura norte-americana da análise econômica do direito.” – que se desapegam do antigo formalismo jurídico. As principais características desse consequencialismo são vistas pelo “desdém” como encaram as doutrinas de interpretação racional e o modo como defendem uma “des-diferenciação” entre a formulação de políticas públicas e a aplicação tradicional do direito.

Na dimensão normativa, identificada mais próxima com questões minimamente ideológicas, pode ser classificada em fundacional, pragmática e regulatória (SALAMA, 2008). Por estarem mais próximas às escolas norte-americanas que fundaram a análise econômica do direito e, por isso mesmo, serem a característica que define os limites delas, restar-se-á para a próxima seção a análise dessas versões de dimensões normativas da *law and economics*.

### 2.1.2.2 Versões e escolas símbolos do pensamento

Diretamente relacionadas com as espécies normativas de análise da *law and economics* estão as versões que foram elencadas com em artigo de Bruno Salama (2008). A vertente fundacional é associada com o clamor de Richard Posner no início do movimento como um todo, quando estabelecia que o fundo ético do direito como um todo seria a maximização da riqueza<sup>51</sup>. Ou, para ser mais exato ainda, “[o] argumento central da teoria formulada por Posner é simples: o direito norte-americano não apenas tem evoluído historicamente no sentido da eficiência; o direito norte-americano deve evoluir (ou talvez, deve continuar evoluindo) no sentido da eficiência.” (SALAMA, 2010, p. 438). Embora não esteja associado diretamente à fundação do movimento *law and economics* – que remonta a década de 1960 com Coase e Calabresi – o livro de Posner que sustentou por muito anos essa premissa foi um dos responsáveis por tornar a análise econômica do direito tão conhecida como criticada<sup>52</sup>. Dessas reiteradas críticas surgiu a virada posneriana epistemológica de que já se comentou. Dentre os ataques, o mais famoso entre os países de cultura continental é a de Ronald Dworkin (2001, p. 351-398) questionando já na década de 1980 se a “riqueza é um valor” e se esse critério pode balizar o direito e suas decisões. Em sua crítica, republicada em um livro traduzido de grande circulação no Brasil (2001), o autor questiona, diferenciando a eficiência de Pareto do critério ético da maximização da riqueza, se esta última pode ser considerada um valor por si só. Dworkin usa de abstrações em filosofia moral para rebater a versão fundacional da análise econômica normativa de Posner, argumenta que “[...] a eficiência não é um valor, e a justiça

---

<sup>51</sup> Dworkin (2001, p. 351) atentou para o fato de que “[...] as falhas normativas da teoria [da análise econômica do direito fundacional] são tão grandes que lançam dúvidas sobre suas pretensões descritivas, a menos que essas pretensões possam ser incluídas numa teoria normativa muito diferente.”. Ou seja, ele vincula o caráter normativo ao descritivo da *law and economics*, sustentando que a vertente fundacional, associada no caso às primeiras obras de Richard Posner, compromete, inclusive, as proveitosas descrições da dimensão positiva da corrente.

<sup>52</sup> Ver nota 45 acima.

requer valores” (SALAMA, 2010, p. 476), e tira do próprio Posner uma dedicatória que aponta o filósofo do direito como o “culpado” da virada normativa fundacional para pragmática<sup>53</sup>.

Mas não cabe nesse trabalho os detalhes que fundamentam a virada normativa de Posner. O que se pode tirar de proveito dessa virada é a identificação da escola econômica de Chicago nas vertentes normativas fundacional e pragmática (ambas mais próximas à Richard Posner, professor de direito da Universidade de Chicago). Essa transição, embora não se possa argumentar causalmente, é visivelmente pareada com as mudanças teóricas da escola econômica de Chicago em face do prestígio do *establishment* das escolas do leste norte-americano perante a política. Se, em um primeiro momento – e aqui se associa ao conservadorismo do “primeiro” Posner – a escola econômica de Chicago estava interessada em propor uma teoria econômica pura através da matemática, posteriormente os membros dessa escola acabam enveredando para assuntos de tomadas de decisões e políticas públicas<sup>54</sup>. Ou seja, há uma espécie de quebra no “conservadorismo” que implicava na “pureza” científica, do lado econômico com a virada para assuntos de governo e, de outro, do lado do direito, uma flexibilidade no critério normativo da maximização da riqueza. Vale lembrar que o Posner conservador aparece no início da década de 1970<sup>55</sup> (SALAMA, 2010, p. 436), juntamente com a época em que Chicago e sua ciência econômica eram centro das atenções no mundo com o sucesso dos *Chicago Boys* chilenos (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 81-82).

A queda da eficiência como critério funcional prioritário e da maximização da riqueza como critério ético para o direito marca a gênese da formação do segundo ramo normativo da análise econômica. O modelo pragmático de análise desloca a função ética rígido da ideia de maximização da riqueza para um modelo “frouxo”, onde se usa esse critério como uma espécie de “praticalismo”. Posner “[...] passou a colocar a maximização de riqueza ao lado de diversos outros valores [...]” (SALAMA, 2010, p. 475), não mais como critério exclusivo de justiça. Em um bom resumo, Salama (2010, p. 477) enuncia:

---

<sup>53</sup> Nesse sentido, conferir Salama (2010, p. 475-476) e o próprio Posner (2007, p. 503) que aponta o trabalho de Dworkin como uma das principais críticas à maximização da riqueza como fundo ético-normativo para o direito e as decisões judiciais.

<sup>54</sup> Um dos indícios desse pareamento entre Posner e a escola econômica de Chicago pode ser testemunhada na seguinte passagem: “Dada a sua inspiração Hobbesiana e forte identificação com as teorias da chamada ‘escolha pública’ (*public choice*), a teoria de justiça eficientista de Posner pode ser vista tanto como uma quarta teoria de justiça de inspiração contratualista, quanto como uma variação das teorias de Buchanan.” (SALAMA, 2010, p. 447). Outro indício é a proximidade ideológica de Posner e Gary Becker, Nobel de Ciências Econômicas de 1992 que foi professor de economia da Universidade de Chicago – eles nutriam um *blog* ([www.becker-posner-blog.com](http://www.becker-posner-blog.com)) sobre assuntos diversos até a morte de Becker em 2014. Para maiores detalhes sobre a competição entre as faculdades de economia de Chicago e Ivy League, ver nota 21 acima. Mais nuances sobre os períodos em que Chicago desbanca os discípulos de Keynes, ascende e volta a se adaptar em termos de prestígio político, conferir Dezalay e Garth (2005, p. 121 e seguintes e 260 e seguintes).

<sup>55</sup> Seu livro mais referenciado dessa fase, *Economic Analysis of Law* que fora publicado em 1973.

O pragmatismo de Posner é uma espécie de ‘practicalismo’; uma ‘arte’ de aplicar e formular o direito sem fundações filosóficas. A missão do juiz pragmático é a de decidir de maneira razoável. Isso quer dizer que o juiz deve sopesar as prováveis conseqüências das diversas interpretações que o texto permite, mas a elas não deve se fiar cegamente. O juiz deve igualmente defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes. A eficiência é então uma consideração; uma, dentre diversas outras.

Essa flexibilizada em seu pensamento permite, ao nosso ver, amplificar o alcance das capacidades descritivas da *law and economics*. Nesse sentido, observando que os dois primeiros critérios normativos analisados, o fundacional e o pragmático, estão intrinsecamente ligados à escola de Chicago, resta apenas acrescentar que é desse berço de “água doce” onde nasce as principais análises em termos matemáticos e em estatísticas que fornece subsídios à transição de agentes de Estado “prestigiosos” – onde prevalecia a retórica e análises verbais – aos agentes “tecnocratas” (DEZALAY; GARTH, 2000; 2005). Não à toa, também, compartilhando essa gênese comum, associa-se nesse estudo a ideia de que a *law and economics* dissemina tanto uma disciplina com papel estratégico para aproximar atores histórica e funcionalmente treinados em fundamentos “territoriais” – vide juristas brasileiros, em sua maioria – de uma nova formação com bases transterritoriais, avocando análises mais “científicas” a partir de enxertos de empiria e experimentalismos dentro do direito, como também reforça o ambiente propício aos negócios legitimando análises técnicas em outras searas que não só os ramos estritos da economia.

É difícil constatar alguma prognose. O que se sabe, porém, é que a escola de Chicago, em termos de proximidade a *law and economics*, ainda continua a propagar modelos analíticos tidos como universais que tendem a influenciar searas do conhecimento tanto vinculados à economia quanto ao direito. Nesse contexto, pode-se dizer, sem dúvidas, que a Escola de Chicago da análise econômica do direito, seja pela força de seu principal arauto, Richard Posner, seja pela proximidade com uma certa ortodoxia na área de ciências econômicas, é a vertente mais conhecida da *law and economics*<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Uma crítica brasileira que deve ser lembrada é a realizada pela escola de direito de herança da hermenêutica gadameriana. Nesse sentido, conferir as contribuições de Julio Marcellino Jr., Alexandre da Rosa (2010; 2009) e Aroso Linhares (2010). Os ataques são desferidos desde a versão normativa fundacional, passando pela pragmática e englobando a regulatória. A principal premissa dos autores é a de que ou o Poder Judiciário garante os princípios democráticos de direitos fundamentais ou eles aplicam o “princípio” do “melhor interesse do mercado”, esse último sendo uma ideia dos autores para indicarem a dimensão normativa das escolas da *law and economics*.

A terceira versão normativa destacada por Salama se identifica imediatamente com a outra escola a ser destacada. A versão “regulatória” da análise econômica do direito é identificada pelos estudos de Guido Calabresi. Junto com a pragmática, representa a versão moderada da análise econômica normativa (2008, p. 31). Particularmente, esta vertente é associada com a chamada escola de New Haven, tendo como *alma mater* a faculdade de direito de Yale. Analisa de forma mais realista as categorias jurídicas e a burocracia gerada daí, além de definir uma justificativa econômica da ação Pública e discutir o papel dos tribunais nas formulações de políticas públicas<sup>57-58</sup>. Baliza-se primordialmente dentro da moderação já destacada das universidades de “água salgada” e condiz, sobretudo, com uma veia estabilizadora de congregar uma ética consequencialista da economia com a deontologia da discussão jurídica do que é justo. Oferece, portanto um *background* para fazer o jurista “[...] entender que sempre que um caso não pode ser decidido por meio de subsunção imediata dos fatos à lei, a tarefa do juiz é inescapavelmente normatizante, e os efeitos dessas normatizações vão além das partes envolvidas no caso *sub judice*.” (SALAMA, 2008, p. 36).

Como fora feito com a escola de Chicago, em New Haven também é possível parrear com o cenário político, como já se pôde adiantar. Entretanto, não há tanta relevância nessa associação – como se espera que haja no pareamento Posner-Chicago – a não ser a semelhança ideológica entre os membros fundadores da *law and economics* regulatória e o *establishment* dos economistas do leste acadêmico norte-americano. Ambos reconhecem uma característica “regulatória”<sup>59</sup> em seus respectivos nichos de conhecimento. Contudo, daí não se pode afirmar que o “sucesso” ou reconhecimento da escola de New Haven em termos de análise econômica do direito esteja implícita e explicitamente ligado ao sucesso do *establishment* norte-americano guiado pelo conhecimento em ciência econômica do leste.

O que tem de comum nas Escolas de Chicago e New Haven em termos de análise econômica do direito é que seus principais representantes, aqueles que deram legitimidade para que o assunto se espalhasse nas faculdades de direito, são todos juristas de formação. Não à toa

---

<sup>57</sup> Essas três características são de Susan Rose-Ackerman e foram bem destacadas por Bruno Salama (2008, p. 35).

<sup>58</sup> Vale frisar a importância, nos Estados Unidos, da relação entre Poder Judiciário e políticas públicas. Há muito Mangabeira Unger (1996) alertou, sob o contexto da superação do formalismo pelos juristas, para o fato de que “[o] que substitui essa idéia formalista no direito seria uma forma de entender e praticar o direito como repositório de princípios e políticas públicas. O jurista interpreta o direito teleologicamente à luz desses princípios e dessas políticas. E se torna como que um parceiro do poder público, na elaboração prática do direito. Ora, essa cultura jurídica pós-formalista está sediada hoje principalmente nos Estados Unidos.” (1996, p. 38).

<sup>59</sup> Como o próprio Salama (2008, p. 27) reconheceu, o termo “regulatório” não é o mais preciso para identificar a Escola de New Haven. Porém, por uma questão de proximidade a alcunha permanece na escola indicada.

que enveredaram para questões normativas a ponto de discutir ideais de justiça com base em suas teorias e fundos teóricos. Todavia, o argumento da *law and economics* não se restringe academicamente aos juristas. Pelo contrário. As próprias faculdades de economia norte-americanas reservam seus programas para o estudo do direito e suas instituições<sup>60</sup>.

E não só para questões antitruste, de direito da concorrência ou direito societário, disciplinas onde os conhecimentos em direito e economia são mais próximos<sup>61</sup>. As demais escolas tratadas, portanto, estarão dentro da *law and economics* como movimento amplo, reconhecidos pelos próprios líderes das respectivas escolas<sup>62</sup> ao alargar a análise econômica de diversas naturezas, origens e programas para categorias típicas do direito.

Nesse contexto, será tratada adiante das Escolas de análise descritiva vinculadas à Nova Economia Institucional, doravante NEI, e da Teoria das Organizações. Ambas são manejadas como movimentos convergentes com estratégias acadêmicas complementares<sup>63</sup>; afinal, “[a] conexão está no reconhecimento de que as organizações são arquitetadas de modo a buscar eficiência, e que sua arquitetura é pautada pelo ambiente institucional.” (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 13).

Ademais, é importante destacar os motivos pelo qual se denomina de virada o momento em que a NEI passa a valer como programa, destacando-se de análises mais ortodoxas e menos realistas e flexibilizando e alargando alguns conceitos e focos primordiais da escola neoclássica, não excluindo esta, mas a complementando.

<sup>60</sup> Um bom exemplo desse aparato e da ligação com a ideia a perspectiva da *law and economics* é a premiação de Vernon Smith como vencedor do Prêmio Nobel em Ciências Econômicas em 2002 a partir de sua metodologia experimental e de neuro-economia que foi suportada por um programa que, entre outros, possuía facetas de *law and economics* (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 8).

<sup>61</sup> Um excepcional artigo desenvolvido por Schuartz (2007) toca na ferida da autonomia do direito perante a economia e da política da concorrência.

<sup>62</sup> Conferir, nesse sentido, a justificativa de Oliver Williamson (2005) do motivo do estudo dos nexos entre direito, economia e organizações. Em sentido contrário, mas como ponto legitimador, muito mais envolvida na virada que “supera” a economia neoclássica em termos de legitimidade e pressupostos, ver resumo do embate entre Williamson e Posner em ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 8-11. Outra descrição que inclui a NEI dentre análises de *law and economics* pode ser vista em estudo introdutório de Salama (2008, p. 15).

<sup>63</sup> É como se epistemologicamente a NEI de North desse suporte à análise do Direito, da Economia e das Organizações. Nesse sentido: “É importante mencionar que trataremos a análise do Direito, Economia e Organizações com base no ferramental da Nova Economia Institucional, que rejeita a premissa neoclássica de escolhas hiper-rationais e comportamento maximizador, adotando o conceito de racionalidade limitada desenvolvido por Herbert Simon.” É com essa fusão de novas análises de agentes e estruturas fora do mercado que essa virada da economia ganha muita força nas academias norte-americanas. “Essa abordagem metodológica, juntamente com a inserção dos custos de transação, permite flexibilizar a hipótese neoclássica de que as instituições evoluem necessariamente de modo eficiente e explica por que surgem direitos de propriedade e formas de alocação de recursos econômicos que, não obstante serem ineficientes, persistem em determinado contexto social.” (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 2-3). A NEI, assim, segundo Williamson (2005, p. 42), “[...] opera em dois níveis relacionados: ambiente institucional (ou as regras do jogo) e as instituições de governança (ou os jogadores).”

## 2.2 Nova Economia Institucional e ciência econômica

Trata-se de uma mudança de foco. Um deslocamento de perspectiva. Um “programa de pesquisa” (AGUILAR F., 2009, p. 65 e 69) para notar que outros fatores, agentes e modalidades importam para análise do mercado. Uma virada (DEQUECH F., 2011). A ciência econômica, portanto, passa a relevar outros assuntos, sair de sua pretensa “pureza” dos neoclássicos de Chicago, de uma ortodoxia dos neokeynesianos do leste e adentrar em questões históricas, culturais, sociológicas e outras mais que ampliam o campo de pesquisa e visão do economista, avoca outras categorias e legitima o instrumentalismo típico das ciências econômicas a moldarem instituições formais e políticas públicas de países. As formas de legitimar essa nova ortodoxia passam por diversas estratégias. Vão desde de um foco interno de organizações e organismos multilaterais que absorvem o mantra de que “*institutions matter*”<sup>64</sup>, até estratégias econométricas de reconhecimento que, de todas as variáveis que influenciam e impactam no desenvolvimento econômico de países, a hipótese mais plausível a longo prazo é a hipótese institucional<sup>65</sup>.

Foi uma espécie de giro que permitiu aos economistas irem além do Consenso de Washington em termos de foco em ambientes saudáveis para os negócios, explorando questões que, até então, pertenciam a outros atores próximos ao Estado – no caso dos juristas – e demais acadêmicos – outras ciências sociais –. Não obstante, os economistas agora, a partir desse novo giro que avoca competências antes exclusivas de outros atores como o Estado e o direito, podem

<sup>64</sup> Aqui é a máxima de que “instituições importam”, somando-se ao reconhecimento da governança de agentes organizacionais e dos custos de transação. Na passagem a seguir Douglass North, tratando da herança de Ronald Coase em seus dois artigos seminais, sustenta que “[t]he most important message, one with profound implications for restructuring economic theory, is that when it is costly to transact, institutions matter.” (NORTH, 1990, p. 12). Em tradução livre: “A mensagem mais importante, com profundas implicações para a reestruturação da teoria econômica, é que quando se é custoso transacionar, as instituições importam”.

<sup>65</sup> Contra fatores como a geografia, Acemoğlu, Johnson e Robinson (2002) ofereceram uma explicação de países de colonização europeia e o modo como as interações de instituições geraram o paradoxo que leva tais nações a serem relativamente pobres hoje e relativamente prósperas na época da colonização europeia. Em tradução livre, “A versão mais simples da hipótese geográfica enfatiza os efeitos temporalmente invariantes de variáveis geográficas tais como o clima e as doenças no trabalho e a produtividade, e, portanto, prevê que as nações e áreas que eram relativamente ricas em 1500 também deveriam ser relativamente prósperas hoje. A inversão das rendas relativas pesa contra esta versão simples da hipótese geográfica.” No original, “[T]he simplest version of the geography hypothesis emphasizes the time-invariant effects of geographic variables, such as climate and disease, on work effort and productivity, and therefore predicts that nations and areas that were relatively rich in 1500 should also be relatively prosperous today. The reversal in relative incomes weighs against this simple version of the geography hypothesis.” (2002, p. 1233). Outra versão dessa conclusão, corroborando em parte e comentando Acemoğlu, Johnson e Robinson pode ser testemunhada no apanhado de Davis e Trebilcock (2009, p. 250).

dialogar com instituições formais e informais em virtude desse novo papel<sup>66</sup>. Ao contrário do “Consenso keynesiano” que vigorava antes dos *Chicago boys*, essa nova política econômica prepara o terreno com vistas ao mercado, ao invés de intervir diretamente no Estado: “[...] o Estado é caracterizado em North como fundamento das instituições econômicas em sociedades baseadas em trocas impessoais e complexas, isto é, das sociedades modernas.” (FIANI, 2002, p. 49).

Como a ciência econômica passa a lidar com esse tipo de discussão? Quais fatores impulsionaram essa nova ortodoxia a se sobressair e a configurar o novo parâmetro de análise do desenvolvimento? É possível identificar vários fatores. Os que se consideram aqui altamente relevantes podem ser definidos como: **(i)** sedimentação da NEI como hipótese segura e reconhecida através de premiação de ao menos quatro membros dessa escola pelo Prêmio Nobel em Ciências Econômicas nos últimos vinte e cinco anos<sup>67</sup>; **(ii)** propagação e legitimação de tais padrões por organismos multilaterais; **(iii)** legitimidade perante estruturas transnacionais de mercados financeiros juntamente com a já referida ascensão da ciência econômica como linguagem chave das decisões mundiais<sup>68</sup>; e **(iv)** manutenção do prestígio como ciência instrumental através dos avanços da matemática<sup>69</sup>.

Primeiramente, a aceitação acadêmica foi extremamente relevante. Nesse caso, os artigos de Ronald Coase, primeiro em 1937 com o *The nature of the firm* e, posteriormente, com o *The problem of social cost* em 1960, foram decisivos para que economistas abrissem as possibilidades e passassem a lidar com outros fatores que não somente aqueles vinculados aos mercados propriamente ditos (FARIA, 2008a, p. 83; NORTH, 1990, p. 27-35; AGUILAR F., 2009; GALA, 2003, p. 90). Nesse contexto, a explanação de Robert Lucas para questões desse

---

<sup>66</sup> Conferir autores que, analisando a estrutura da disputa pelo poder do Estado nos Estados Unidos, sustentam que enquanto os juristas focaram em novas práticas globais em termos de direitos humanos, caracterizando uma espécie de giro em suas competências tradicionais que eram mais ligadas ao Estado, os economistas se focaram em seu próprio giro metodológico de análises de sociedades. “*En otras palabras, dado que ahora los economistas se encuentran en el poder, se han permitido dar más importancia al Estado y al derecho.*” (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 254). Para eles, a conferência de Robert Lucas no Departamento de Economia da Universidade de Chicago em 1985, marca o início da referida virada no Consenso de Washington que antes buscava menos intervenção estatal e agora flexibiliza tal máxima. Robert Lucas, “[m]anteniendo una posición contraria al modelo de los mercados perfectos relacionados con el neoliberalismo y la Universidad de Chicago, resaltó la importancia de las interacciones entre los individuos, así como el papel potencialmente favorable de las instituciones y de los modelos de organización que facilitaban la concentración de los conocimientos y las técnicas especializadas.” (2005, p. 260).

<sup>67</sup> Aqui é considerado além de North em 1993, Williamson e Elinor Ostrom compartilhando em 2009, e Ronald Coase em 1991 como o fundador do programa.

<sup>68</sup> Sobre a “qualidade institucional” exigida por fundos de pensão, conferir Faria (2008a, p. 20-21).

<sup>69</sup> “Dito de outra forma, a retomada do estudo das instituições no meio da economia *mainstream* em boa medida foi facilitada pelo aumento do prestígio de um aparato formal considerado propício a isso (ou, em vários casos, mais propício que a teoria do equilíbrio geral): a teoria dos jogos.” (DEQUECH F., 2011, p. 602-603).

tipo em 1985, na Universidade de Chicago, como afirmado, também consta no rol de motivações para o reconhecimento acadêmico de assuntos novo institucionalista. Pois essa adaptação não fora fácil<sup>70</sup>. O contexto da época, durante e logo imediatamente após a crise da dívida na América Latina, é propício também a influenciar essa virada. Pode-se afirmar, com Dezalay e Garth (2005, p. 84) que a concentração de capital intelectual em Chicago, junto à política externa norte-americana e a constante ascensão de instituições financeiras internacionais radicadas em Washington impulsionaram os economistas a tratarem de assuntos antes tidos como heterodoxos<sup>71</sup>. Ademais, havia uma espécie de “insatisfação” para com os caminhos trilhados pela escola neoclássica e o modo como esta “ignorava” as instituições e o funcionamento interno das organizações<sup>72</sup>. Essa insatisfação residia principalmente em assuntos que envolvem a racionalidade limitada, a incerteza e os custos de transação; todas categorias não tratadas tão detidamente, segundo os novos institucionalistas, pelos membros da escola neoclássica<sup>73</sup>. Isso sem contar com o foco na ideia de modelos e representações mentais<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> Somente a título ilustrativo, ver nota 62 acima.

<sup>71</sup> Na íntegra, conferir que: *“Una vez que los economistas formados con el modelo de Chicago accedieron a posiciones de poder en el Norte y en el Sur, ambas partes – junto con organizaciones financieras internacionales radicadas en Washington – se desplazaron, sin obstáculo alguno, hacia el nuevo enfoque de las instituciones y el Estado: el así llamado giro para ir más allá del Consenso de Washington. Los economistas se hallaron simultáneamente imbuidos en las estructuras del poder del Estado – aún más cuando hijos e hijas talentosos de la élite invertían sus esfuerzos y recursos en la economía estadounidense – y en el mercado internacional de las técnicas y los conocimientos especializados. El campo transnacional por sí mismo empezó a legitimar y a conservar el poder así conquistado. Y los economistas ahora ven el derecho como un medio para legitimar y preservar las políticas que fueron asentadas en las décadas de los años 70 y 80, así como sus lugares en el poder.”*

<sup>72</sup> O argumento pode ser encontrado em tese de Hélio Aguilar Filho (2009, p. 78-79). Segundo o autor, os conceitos de custos de transação e incerteza, esse com base no trabalho de Herbert Simon, e a consequente evolução de tais vetores implicaram numa análise então heterodoxa que proporcionou à ciência econômica a abertura do leque de descrições para as instituições e organizações. Conferir também conclusão de Williamson (2005, p. 16) na qual indica que a não análise das organizações pela teoria neoclássica teria ocasionado erros de absorção da realidade e, por conseguinte, “[...] erros de políticas públicas”. Outros argumentos sobre a distância a que a ciência econômica se encontrava da realidade, ver compilação do apontamento de Faria (2008a, p. 116) e o fechamento dos modelos econométricos em um “mundo imaginário” próprio. Em outras palavras, “[s]ão os atuais métodos utilizados pelos economistas neoclássicos que têm ditado o assunto e pesado contra o desenvolvimento [então em 1993]. Essa teoria, em sua forma original que lhe garantiu precisão matemática e elegância, modelou um mundo estático e sem atrito.” (NORTH, 2010, p. 15).

<sup>73</sup> Segundo Douglass North (2010, p. 14) “[a] teoria neoclássica é simplesmente um instrumento inadequado para analisar e prever as políticas que induzirão o desenvolvimento. Ela está preocupada com o funcionamento dos mercados, não com a forma como os mercados se desenvolvem. Como prescrever políticas, quando não se compreende como as economias se desenvolvem?”

<sup>74</sup> Ver trabalho de North e Denzau (1994, p. 4), segundo qual modelos mentais, pareados com o conceito de instituição northiano, são “representações internas do sistema cognitivo individual criado para interpretar o ambiente [...]. No original, “[t]he mental models are the internal representations that individual cognitive systems create to interpret the environment and the institutions are the external (to the mind) mechanisms individuals create to structure and order the environment.” Nesse sentido, conferir descrições de Ricardo Abramovay (2001, p. 166).

Em um segundo momento, entra a legitimação de assuntos acadêmicos em matérias governamentais através de organismos multilaterais. A NEI, nesse contexto, exerce papel teórico crucial para aproximar os ortodoxos que balizavam o Consenso de Washington a tratar de ideias que impactassem em matérias governamentais, além das tradicionais. Inclusive quanto aos organismos multilaterais, houve tensões quanto aos seus respectivos estatutos internos que vetavam qualquer intromissão em matéria de governo.

*Esta nueva orientación [institucional] confirma el papel de los nuevos análisis que convergen en el tópico de la importancia de las instituciones en el éxito o el fracaso de las políticas sobre desarrollo. Ya que la exportación de instituciones o de formas jurídicas no garantiza que las mismas lleguen a funcionar adecuadamente en los nuevos mercados emergentes, el Banco debe invertir sus cometidos en un nuevo terreno (el de la política), en el cual se encuentra fuertemente impedido conforme a sus estatutos fundadores. (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 296-297).*

Mas o que de fato caracteriza as fronteiras e especificações do movimento da NEI? O que o faz desse movimento intelectual, fora esse caráter de viragem e aperfeiçoamento do manejo de categorias neoclássicas, tão potente e reconhecido como modelo de análise relevante para o desenvolvimento econômico<sup>75</sup>? Sem dúvida, boa parte dessas perguntas tem sua gênese nas primeiras preocupações esboçadas por um dos bastiões do movimento. Douglass North é um dos mais ilustres representantes da NEI e deve principalmente seus *insights*<sup>76</sup> ao fato de ser ele um historiador da economia. Suas análises iniciais são todas uma espécie de mapa descritivo e histórico de épocas de grandes marcos e transições nas sociedades do oeste europeu e norte-americana. O resultado, em um segundo momento, foi desenvolver um modelo teórico baseado em tais acúmulos de dados e diagnósticos históricos para desenvolver de vez as bases e conceitos da NEI. Enfim, ele “[u]sa o histórico como alavanca para seus vôos teóricos.” (GALA, 2003, p. 93). Por isso, North é considerado um dos pais desse tipo de análise<sup>77</sup>.

Nesse sentido, têm-se que a NEI cuida de aspectos intrinsecamente ligados ao complemento ou – para não entrar em critérios qualitativos e ideológicos – ao incremento de

<sup>75</sup> Essa força da perspectiva neoinstitucionalista é legitimada pela adoção de tais critérios de análise como a fonte acadêmica que baliza organismos multilaterais em suas formulações de políticas econômicas e também no auxílio de gestores de fundos de pensões e soberanos que são responsáveis pela alocação de recursos de capitais a nível global. Nesse sentido, é possível conferir os indícios em relatórios do Banco Mundial (WORLD BANK, 2001, p. 3 e notas de fim constantes a partir da p. 197).

<sup>76</sup> Ver, nesse caso que a referência se trata muito mais de um *insight* do que propriamente uma virada teórica forjada propositalmente por North. Segundo o estudo, o autor teria sido levado a perceber que seu método inicial (neoclássico) já não era o suficiente para encarar os problemas surgidos ao longo da história do desenvolvimento econômico. Conferir, Gala (2003, p. 90).

<sup>77</sup> Ver Przeworski (2005, p. 59). As descrições sobre os marcos na obra de Douglass North serão tratadas na seção 3.1.1 abaixo. Para maiores detalhes, ver capítulo 3.

categorias da economia neoclássica, impulsionando e forjando referidos vetores à análise histórica – com a absorção da teoria da *path dependence* – de instituições e organizações.

As características mais importantes dessa perspectiva, sem excluir outras como já ressaltado, podem ser elencadas da seguinte forma: **(i)** “instituições importam” e “governança importa”, como chaves para indicar que os dois objetos eram antes ignorados pela economia neoclássica, e de que aquelas são a causa primordial do crescimento econômico; **(ii)** a teoria da firma considerada como estrutura de governança, como nexos de contratos e não mais com as limitações de função de produção dos neoclássicos (WILLIAMSON, 2005; NORTH, 2010); **(iii)** superação do pressuposto da hiper-racionalidade, embutindo na análise a ideia de racionalidade limitada e de que indivíduos possuem limitações cognitivas<sup>78</sup>; **(iv)** insere a ideia de cooperação na análise da interação humana, resgatando e ampliando Adam Smith (NORTH, 1990, p. 11), como escopo das instituições e condicionante da eficiência entre relações; e, não menos importante, **(v)** considera uma primazia das transações, aqui ancorado nos trabalhos de Coase, sobre a ideia neoclássica de produção.

Assim, dentre outros, North lança as bases para uma “complementação” (WILLIAMSON, 2005) da teoria neoclássica e, por abrir as possibilidades em face da avocação de categorias antes exploradas e perquiridas apenas por outras ciências sociais, alça em maior força ainda a legitimidade da ciência econômica como uma das mais próximas ao poder de Estado (DEZALAY; GARTH, 2005). A próxima seção cuidará das interligações dessas categorias avocadas pelos economistas e pertencentes, até pouco tempo atrás, aos juristas, primordialmente dentro de suas relações na história recente do Brasil. Tratará também da gênese dessa aproximação ao direito a partir do problema do custo social coaseano e suas consequências com a racionalidade organizacional também avocando categorias jurídicas como fundamentais.

### 2.3 Nova Economia Institucional e o direito

O argumento central dessa seção sustenta que a Nova Economia Institucional (NEI), envolvida no quadro de ascensão da ciência econômica como linguagem chave de decisões políticas nacionais e transnacionais, foi uma das principais responsáveis por avocar e

---

<sup>78</sup> Conferir David Dequech (2011, p. 603) que argumenta em um contexto de comentário do novo *mainstream* institucional: “[...] ressurgiu o interesse dos economistas por questões cognitivas, referentes em especial a certos tipos de incerteza e de possíveis limitações mentais e computacionais dos agentes econômicos.”

legitimar aos economistas um papel que antes pertencia aos juristas<sup>79</sup>. Esse argumento cinge-se perante a realidade brasileira, mesmo sendo a gênese desse movimento vinculada às escolas norte-americanas. Ora, mas como a ciência econômica, até aqui demonstrada uma ciência instrumental sem fronteiras quanto a formação acadêmica, como é o caso do direito por exemplo<sup>80</sup>, tornou seus agentes sucedâneos dos juristas de prestígio perante o Estado? Será que, de fato, há um indício do que já preconizava San Tiago Dantas tempos atrás<sup>81</sup>? Essa mudança de nível de influência na política legislativa é um indício da transição apontada? E qual o nível de “culpa” da NEI nesse processo de viragem de referência no poder do Estado?

Na parte do trabalho que buscou demonstrar os principais fatores da ascensão da ciência econômica como linguagem chave de decisões já ficou apontado que o processo de tomada da importância dos economistas em face dos juristas no Estado brasileiro antecede a NEI. Portanto, sabendo-se que o processo de forja de instituições para o mercado é fenômeno mais recente – pelo menos de 1993 até o início do século XXI –, a NEI entra como um mecanismo de sedimentação da política como campo para trânsito de economistas. Os fluxos de conhecimento gerado por economistas que agora se importam com instituições deixam o processo de intromissão de categorias do direito muito mais claro. Esse fenômeno pode ser visualizado quando de reformas em instituições jurídicas impulsionadas pela secretaria de reforma do judiciário brasileiro, financiada por organismos multilaterais, como será visto em seguida. A seção, portanto, buscará responder a todas essas questões, principalmente apontando o nível de envolvimento de questões novo institucionais nessa virada.

---

<sup>79</sup> Esse argumento já há muito é presente no trabalho. O *insight* é sustentado sobretudo por reconhecimentos semelhantes como o de Devid Dequech (2011, p. 603): “A virada institucional levou a uma aproximação com outras disciplinas, sobretudo o direito e a história.” Além disso, no contexto sobre a ascensão dos economistas como ministros de fazendas ou gestores organizacionais treinados em ciência econômica já de parâmetro da nova ortodoxia, conferir: “*Este conjunto de relaciones aseguró que las inversiones de esfuerzos y recursos de los grupos financieros en el Estado, con el objeto de promover regulaciones ‘favorables al sector financiero’, rindieran sus frutos. De forma interesante, la ocupación de estas múltiples plazas evoca aquellas que habían sido antes ejercidas por los juristas de poder tradicionales, quienes usualmente eran los padres o los abuelos de los nuevos economistas. Por lo tanto, no resulta sorprendente que sus enfoques de poder hubieran coincidido, como en últimas convergieron sus intereses.*” (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 273).

<sup>80</sup> Ulen (2002) verificou que um dos requisitos para que a ciência jurídica chegasse a concorrer a um prêmio Nobel, i.e. a ser considerada ciência de prestígio e reconhecimento na sociedade ocidental, era necessário que se fizesse em torno de um pano de fundo comum no mundo inteiro e não somente em torno de fronteiras, como se cada país tivesse sua ciência. Nesse sentido, ver nota 47 acima.

<sup>81</sup> San Tiago Dantas (1945, p. 426) tratou do papel do direito na “política legislativa”; segundo ele, quanto mais a “ciência do direito”, através da cultura jurídica, influencia a “política legislativa”, mais inovadora e sofisticada ela transparecerá; ainda assim, já destaca ele a época, ser comum que a ciência econômica deixe mais sua marca nessa “política legislativa” do que o próprio direito.

Sem dúvida que o Prêmio Nobel em Ciências Econômicas dado a Douglass North em 1993<sup>82</sup> foi um grande chamado para que cada vez mais economistas se interessem por teorias antes vinculadas às outras ciências sociais, como no caso da teoria do *path dependece*. Em verdade, com o *establishment* acadêmico neokeynesiano do leste americano sendo acusado de “tráfico de influências” (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 260-262) dentro do governo, logo a crise da dívida na América Latina na década de 1980 permitiu aos neoliberais de Chicago avocarem referidas teorias que permitissem a análise da intervenção do Estado “[c]on el objeto de consolidar los beneficios tácticos de la revolución neoliberal.” Assim, “[...] lejos de ser obstáculos para la efectividad del mercado, el derecho y otras instituciones de soporte se convirtieron entonces en condiciones necesarias para su funcionamiento.” Era como se o direito e seus atores fossem “[...] un aliado potencial que podía servir para la construcción de un mercado internacional de bienes y capital.” (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 263-265). Fixava-se, portanto, uma aliança entre economistas e juristas, pelo menos nos Estados Unidos<sup>83</sup>.

Junto com essa virada, vem os assuntos relacionados ao desenvolvimento. Passa a ser uma grande prioridade de vários economistas a questão do desenvolvimentista. Fazem páreo às outras tentativas de outros momentos que se esforçaram em criar um modelo de desenvolvimento para os países da América Latina, principalmente, e focam nas instituições e na matemática a fim de proporcionar melhores leituras que dessem aos novos mercados em desenvolvimento uma receita para o crescimento. Assim, juntamente com a crescente absorção da NEI como parâmetro teórico, os organismos multilaterais começam uma enxurrada de programas que visam moldar instituições para o mercado.

*Este enfoque en el Gobierno y en las reformas institucionales incluía una atención especial a la necesidad de ‘crear nuevas estructuras jurídicas para el desarrollo del sector privado’ [...], introduciendo temas como los derechos de propiedad, contratos, derecho empresarial y de inversión extranjera, derecho de concordatos y bancarrotas, derecho de la competencia, así como a la necesidad de un sistema judicial confiable y competente, y un ejercicio privado próspero de la profesión jurídica. (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 265).*

---

<sup>82</sup> “Al respecto, una dosis de legitimidad fue generada en 1993, cuando Douglass North recibió el Premio Nobel de economía: ‘desde entonces la economía institucional tomó vuelo’.” (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 267).

<sup>83</sup> Sobre essa aliança e os nexos entre a ascensão da *law and economics* e dos juristas de negócios, ver Dezalay e Garth (2005, p. 264-265) em capítulo destinado às denúncias de tráfico de influências de Chicago para com o Leste Americano na disputa de poder entre os economistas dessas escolas.

As estratégias desses organismos multilaterais atrelados a Bretton Woods ajudam a consolidar a legitimidade da NEI como uma nova ortodoxia. Logo outros economistas começam a estudar questões que ultrapassam os temas tradicionais, como a macroeconomia, e adentram, inclusive, em aspectos que tão pouco havia despertado o interesse dos próprios juristas<sup>84</sup>. Nesse sentido, nomes do novo institucionalismo começam a destacar estudos para sistemas judiciais e arbitragem, alargam o alcance dos direitos de propriedade e se debruçam sobre processos de adjudicação judicial e *enforcement*. Ao tratar do poder judiciário, inclusive, economistas da NEI apontam que se trata de uma variável definitivamente importante. As instituições jurídicas, desde então, passaram a frequentar a pauta de outros agentes que não os juristas. Uma assertiva de North (1990, p. 59) é muito clara nesse sentido:

*In developed countries, effective judicial systems include well-specified bodies of law and agents such as lawyers, arbitrators, and mediators, and one has some confidence that the merits of a case rather than private payoffs will influence outcomes. In contrast, enforcement in Third World economies is uncertain not only because of ambiguity of legal doctrine (a measurement cost), but because of uncertainty with respect to behavior of the agent.*<sup>85</sup>

Do dizer de alguns autores, é como se as descrições de Douglass North houvessem atualizado o racionalismo jurídico weberiano<sup>86</sup> e, daí leituras normativas houvessem impulsionado reformas em instituições que alimentassem um cenário propício aos negócios do mercado<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> É o caso dos inúmeros estudos sobre normas sociais e apontamentos de como as convenções e cooperações em forma de normas informais alteram o comportamento de agentes, mesmo, às vezes, quando eles vão de encontro ao sistema formal de resolução de conflitos, i.e., quando eles próprios “aplicam” o Teorema de Coase e resolvem seus conflitos fora do Poder Judiciário. Outras questões envolvendo, por exemplo, a persistência dos duelos armados mesmo após proibição legal, podem ser vistas em Acemoğlu e Jackson (2014a; 2014b) que concluem que normas jurídicas formais mais severas podem ter efeito contrário ao esperado quando em choque com normas sociais. Conferir também Bénabou e Tirole (2011). Chama a atenção o modo como Acemoğlu e Jackson (2014a; 2014b) mesclam padrões de análise da história, suas normas sociais e outros com modelos e variáveis matemáticas sofisticadas. Em uma resposta da própria academia norte-americana de direito, no mesmo sentido, ver o trabalho de Ellickson (1986), citado inclusive pelo próprio North (1990, p. 39-40).

<sup>85</sup> Em tradução livre, “[n]os países desenvolvidos, sistemas judiciais eficientes incluem corpos bem especificados de direitos e agentes, tais como advogados, árbitros e mediadores, e se tem alguma confiança de que os méritos de um caso em vez de compensações privadas irão influenciar os resultados. Em contrapartida, o *enforcement* em economias do Terceiro Mundo é incerto, não só por causa da ambiguidade da doutrina jurídica (um custo de mensuração), mas por causa da incerteza em relação ao comportamento do agente.”

<sup>86</sup> Nas palavras de Milhaupt e Pistor (2008, p. 18), em alusão a David Trubek, “[...] *North sees institutions as playing a role in economic development similar to that of Weber’s rational legal system.*” Isto é, “North vê as instituições como tendo um papel no desenvolvimento econômico semelhante ao do sistema jurídico racional de Weber.”

<sup>87</sup> Os usos normativos da NEI se separam em certa medida das descrições-positivas de North. Ao contrário do que pode parecer com as informações manejadas até então, o próprio North trata de seus estudos como um conjunto de descrições históricas que podem ou não impactar como solução de políticas públicas. Ele então adverte que não pretende propor políticas públicas ou agendas para o desenvolvimento, mas dar novas abordagens para os

Com efeito, como maneira a transparecer os limites do argumento inicial desta seção – o de que a NEI contribui decisivamente para a retomada de posição de economistas em face de juristas perante o Estado –, far-se-á breve histórico da principal influência dos seguidores da NEI, tratando de como o estudo de Ronald Coase sobre custo social e custos de transação implicou no *insight* que levava Douglass North e Oliver Williamson<sup>88</sup> a sustentarem o programa de pesquisa que complementa os neoclássicos em suas pretensões de ler o mundo como ele de fato o é<sup>89</sup> e, por conseguinte, tomam o direito e suas instituições como dotações (*endowments*)<sup>90</sup>, uma espécie de pré-condição do desenvolvimento de países, ao menos descritivamente<sup>91</sup>.

Como corolário será abordado abaixo o modo como as organizações também passaram a transitar na constante intercomunicação entre direito e instituições e como economistas do porte de Oliver Williamson enxergam o direito. Assim, pretende-se expor que os argumentos da NEI exploram tanto dimensões micro como macroeconômicas de análise no enfrentamento do direito, suas instituições e restrições formais para os agentes. É esse o mapa que concede aos demais estudiosos na NEI um amplo campo de pesquisa que não só amplia as oportunidades e sedimenta os economistas como atores de credibilidade para transitar nas esferas de poder do Estado; ele também dilacera as estruturas tradicionais e, de certa forma, majoritária na formação e atuação do jurista na sociedade brasileira hodierna.

Nesse contexto, entender quais *insights* originários inspiraram North e Williamson é essencial. Entra, portanto, a obra de Coase e o modo como esse economista tratou de lidar com categorias neoclássicas antes tidas como dogmas e hoje relativizadas e complementadas graças ao próprio Coase e aos alargamentos proporcionados pela NEI. É uma introdução para a seção seguinte que enfrentará diretamente as relações, sob diversos pontos de vista, entre juristas e economistas no Brasil, dissecando a formação e um breve histórico de facetas importantes para entender como o direito e seus agentes tem se adaptado à hipótese novo institucional dos economistas e seus respectivos usos forjando os arcabouços jurídicos.

---

problemas (NORTH, 2005, p. 67; NORTH; WEINGAST; WALLIS, 2009, p. XII; NORTH et al, 2007, p. 3-5). Para outros apontamentos nesse sentido sobre os usos normativos da NEI, ver advertências de Salama (2011, p. 33-34), Schapiro e Trubek (2012, p. 39) e Prado e Trebilcock (2009).

<sup>88</sup> Enquanto Douglass North cuida de aspectos ao longo do tempo que impactam em instituições e políticas públicas em ambientes macro, Oliver Williamson trata de facetas das organizações, ampliando e aperfeiçoando as nuances da firma de Coase centradas em aspectos microeconômicos da NEI (AGUILAR F.; FONSECA, 2011, p. 555). Ver também nota 63 acima.

<sup>89</sup> Para a crítica nesse sentido, conferir críticas sobre o “mundo imaginário” e estático dos economistas neoclássicos, conforme nota 72 acima.

<sup>90</sup> Nesse sentido, conferir trabalho de Schapiro e Trubek (2012, p. 39) e de Milhaupt e Pistor (2008, p. 17-19).

<sup>91</sup> Ver nota 87 acima.

### 2.3.1 A herança de Ronald Coase e suas facetas

Um sistema em que os direitos dos indivíduos fossem ilimitados seria um sistema em que não haveria direitos a serem adquiridos. (COASE, 2010, p. 111).

Ronald Coase, sem dúvida, foi um dos economistas que mais mexeu nas estruturas epistemológicas da economia – permitindo o alargamento da economia neoclássica e a avocação de outras categorias antes ignoradas pelo *mainstream* – e também do direito em si. Nesse sentido, de suas lições veio o embrião da NEI e da *law and economics* tradicional, respectivamente. Sua contribuição para este último movimento no direito é assaz forte e implica em um verdadeiro *insight* de que seria necessário às cortes, hipoteticamente, analisar as consequências de suas decisões<sup>92</sup>.

Uma das maiores heranças de Coase para a NEI está no conceito de custos de transação e o corolário fruto das situações ideais propostas pela economia neoclássica. Custos de transação seriam os custos de comunicação entre agentes em uma negociação, das trocas ou comércio, de transferir, capturar e proteger direitos de propriedade (*property rights*)<sup>93</sup>; seriam os custos da busca para a realização de uma negociação, mais os custos da negociação em si, mais aqueles custos advindos do cumprimento do que fora negociado – *enforcement* (COOTER; ULEN, 2010, p. 104-105). Como corolário do conceito de custos de transação, autores extraíram uma implicação lógica que aperfeiçoa os padrões neoclássicos de análise;

---

<sup>92</sup> Em verdade, o nível desse poder simbólico é indicado já que as transformações causadas por Coase na ciência econômica são de tal forma impactantes a ponto de flexibilizar o paradigma neoclássico, permitindo aos economistas ampliar o escopo de seus esforços. Já no direito, as contribuições vieram de maneira mais forte para a versão fundacional da *law and economics* e as especificidades das questões sobre eficiência. Nesse sentido, conferir Salama (2008, p. 28): “A idéia central desta hipótese ‘fundacional’ é a de que as instituições jurídico-políticas (inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas) devam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. O direito, visto como um sistema de incentivos indutor de condutas, deve promover a maximização da riqueza. Dessa ótica, a pedra de toque para a avaliação das regras jurídicas é a sua capacidade de contribuir (ou não) para a maximização da riqueza na sociedade.” Além disso, algumas passagens, principalmente atreladas à seção 7 do artigo de Coase que mais parece um estudo de casos de decisões judiciais, descrevem, mesmo implícita e parcialmente, a ideia fundacional de Posner: “As cortes nem sempre se referem, de forma clara, ao problema econômico trazido pelos casos com os quais se deparam, mas parece provável que na interpretação de algumas palavras e frases, tais como, 'razoável' ou 'uso comum ou ordinário', reconheça-se – talvez, inconscientemente e, certamente, de forma não muito explícita – o aspecto econômico das questões sob análise.” (COASE, 2010, p. 84). Para casos em que os usos do Teorema de Coase são extremamente importantes para o direito, não só na versão fundacional da *law and economics*, conferir Cooter e Ulen (2010, p. 99 e seguintes) e Zylbersztajn e Sztajn (2005).

<sup>93</sup> Encarados aqui não só como a propriedade do direito franco-românico tradicional, mas alargando como liberdades de iniciativa e comercial.

segundo o Teorema de Coase, os agentes em uma negociação irão tratar dos direitos envolvidos de modo a chegarem em uma alocação eficiente, independentemente da sua distribuição inicial pelo sistema jurídico<sup>94</sup>. Porém, trata-se de um mundo hipotético, “ideal”, pois hodiernamente os custos de transação são positivos; há dificuldades (custos) para se buscar uma negociação, para se negociar e para fazer cumprir essa transação. De fato, há custos de transação; “[t]anto os mercados quanto as firmas funcionam com custos positivos.” (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 5). Nesse contexto, os próprios ensinamentos de Coase já apontam para a importância das cortes, os tribunais, i.e., os mecanismos formais de resolução de conflitos – o que depois seria chamado de instituição formal por North – importam (COASE, 2010, p. 81). São organismos como esses e suas qualidades que diminuem os custos de transação. Mas não só das cortes dependem os custos de transação: a Tabela 2 pode melhor ilustrar os alcances do conceito.

Ademais, é relevante mostrar que os avanços advindos da NEI aperfeiçoaram e alargaram o *framework* coaseano. As instituições de North servem, com efeito, para reduzir os a incerteza e os custos de transação em negociações<sup>95</sup>. Além disso, no cenário organizacional, pode-se dizer que firmas e outras organizações (no sentido de Williamson) também procuram baixos custos de transação para incentivos a tomarem riscos e propagarem inovações. Não à toa a relação de Faria (2012b, p. 125 e seguintes) entre a “destruição criadora” schumpeteriana e as assertivas da NEI quanto a instituições, organizações e os custos de transação.

Tabela 2 – Fatores que podem afetar e influenciam os custos de transação

<b>Custos de transação mais baixos</b>	<b>Custos de transação mais altos</b>
Bem ou serviço padronizado	Bem ou serviço único
Direitos claros e simples	Direitos incertos e complexos
Poucas partes	Muitas partes
Partes amistosas	Partes hostis
Partes que se conhecem	Partes que não se conhecem
Comportamento sensato	Comportamento insensato
Intercâmbio instantâneo	Intercâmbio retardado
Baixos custos de monitoramento	Altos custos de monitoramento
Penalidades baratas	Penalidades dispendiosas

Fonte: Adaptado de COOTER; ULEN, 2010, p. 107.

<sup>94</sup> “Contudo, como vimos, a situação é muito diferente quando as transações no mercado são tão custosas a ponto de tornar difícil mudar a alocação de direitos estabelecida pelo sistema jurídico. Nesses casos, as cortes influenciam de maneira direta a atividade econômica.” (COASE, 2010, p. 81).

<sup>95</sup> “*In transaction cost terms, institutions reduce transaction and production costs per exchange so that the potential gains from trade are realizable.*” (NORTH, 1991, p. 98). Em tradução livre, “[e]m termos de custos de transação, as instituições reduzem os custos de transação e de produção por trocas para que os ganhos potenciais do mercado sejam realizáveis.” Ver também outro estudo de North (1992) que relaciona diretamente os custos da transação, as instituições e a performance econômica. No geral, ver obra clássica (NORTH, 1990, p. 27-35).

Outra perspectiva que amplia o leque, principalmente no cenário microeconômico e na interseção entre este e o ambiente macro institucional é a ampliação da ideia da firma. Para a escola neoclássica, a firma é um fator de produção. Essa assertiva já foi tratada anteriormente, o que impõe que aqui seja tratada de maneira mais direcionada ao escopo da seção. O trabalho de Coase de 1937, *The nature of the firm* muda as lentes com que os economistas descrevem a firma. Ao invés de um fator de produção estático<sup>96</sup>, um mecanismo de coordenação, de governança<sup>97</sup>. Importa então registrar que se trata de um “nexo de contratos”. É a “firma contratual”. “Não uma função de produção autista, mas umnexo de contratos inteligentes.” (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 7). Por isso Williamson suga todo o aparato que o levará a criar a teoria dos custos de transação e a inserir a teoria das organizações na análise da firma.

Assim, falar sobre custos de transação, instituições jurídicas, adjudicação judiciária e suas consequências econômicas foi o grande mérito de Coase. Sua herança, portanto, consiste na prestação de subsídios e *insights* que permitiram North, Williamson e os demais novo institucionalistas a forjarem as categorias que permitem hoje aos economistas o livre trânsito nas esferas do poder do Estado, moldando as instituições formais e alargando a pesquisa sobre as informais; tangendo as firmas e demais organizações em uma espécie de “engenharia de custos de transação”<sup>98</sup>, cujo o objetivo tem sido cada vez mais convergente e influente na tomada de decisões em termos de políticas públicas.

Fortalecer o combate a corrupção, enaltecer a eficácia e eficiência de padrões de peritagem em termos nomotéticos, exigir de instituições estatais um panorama de maior segurança nos contratos, estabelecimento de códigos e padrões financeiros internacionais, fortalecimento e sedimentação de mecanismos de *compliance*, expansão da arbitragem, etc. Essas são só algumas das agendas de grandes legitimadores de política pública, os quais atrelam essas medidas à qualidade institucional de países e suas respectivas capacidades de lidarem com o mercado.

Com efeito, cabe portanto uma digressão específica nos termos dos avanços da Teoria das Organizações e o modo como, aos poucos, primordialmente através do trabalho de

---

<sup>96</sup> Williamson (2005, p. 18) afirma: “A Teoria Neoclássica da Firma vista como função de produção é um construto tecnológico segundo o qual o funcionamento interno da firma (e de outros modos de organização) é negligenciado.”

<sup>97</sup> Daí a posterior absorção por organismos multilaterais do mantra *governance matters* (PRADO, 2013, p. 73 e seguintes).

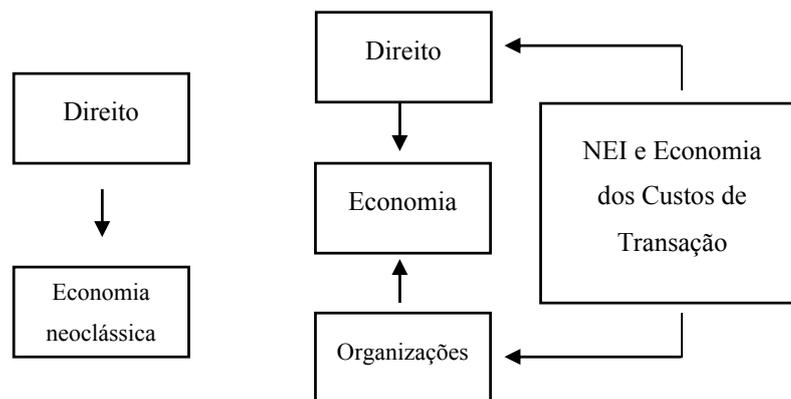
<sup>98</sup> O termo é usado no estudo de Williamson (2005) e se refere ao trabalho de Ronald Gilson, *Value creation by business lawyers: legal skills and asset pricing*. Yale Law Journal, 94, p. 239-313, dec. 1984.

Williamson, esse tema tão explorado na prática da administração, aos poucos, passou a ser mirado também pela ciência econômica através da NEI. Nesse sentido, convergirá a próxima seção os avanços da teoria das organizações em conjunto com a formulação da teoria dos custos de transação e demonstrará também a preocupação de Williamson com a educação jurídica e sua pretensa formação de “engenheiros de custos de transação” em uma “perspectiva economizadora” (2005, p. 47)<sup>99</sup>.

### 2.3.2 Análise econômica do direito, das organizações e das instituições

Como já tratado, a firma, para a NEI, representa uma estrutura de governança; não uma mera função de produção, como afirma a economia neoclássica. Dentro de um organograma claro apontado na Figura 2 abaixo, a análise econômica do direito (*law and economics*) tradicional, amparada nos ensinamentos tais como os de Richard Posner e Guido Calabresi apontam para uma proximidade da firma como essa função de produção. Contudo, as influências, legitimidades e usos da NEI como disciplina em termos de organizações e instituições enaltecem o papel dos custos de transação e acrescentam “realidade” à análise do direito<sup>100</sup>.

Figura 2 – Comparando Análise econômica do direito com Direito, economia e organizações



Fonte: Adaptado de ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 12

<sup>99</sup> Vide nota 14 acima.

<sup>100</sup> Sobre o crucial papel das organizações na “modelagem” das instituições, ver Douglass North (1990, p. 3-5), principalmente a passagem: “*Organizations are created with purposive intent in consequence of the opportunity set resulting from the existing set of constraints (institutional ones as well as the traditional ones of economic theory) and in the course of attempts to accomplish their objectives are a major agent of institutional change.*” Em tradução, pode-se concluir que: “Organizações são criadas com intenção proposital e em consequência do conjunto de oportunidades resultante do conjunto existente de restrições (institucionais, bem como tradicionais da teoria econômica) e, no curso de tentativas para alcançar seus objetivos são os principais agentes de mudança institucional.” (1990, p. 5).

Nesse sentido, agregar outras dimensões à análise do direito não é só uma questão de capricho. O papel que a análise da firma (organizações), das instituições (com a NEI) e dos custos de transação desempenha nesse cenário amplifica as capacidades de descrição e impõe ao direito e seus atores a possibilidade de transitar entre a Teoria das Organizações do modo como Williamson (2005, p. 19-20) concede, como “engenheiros de custos de transação”. Ou seja, permite alargar as possibilidades de atuação do profissional do direito para além da prática forense, além de o impulsionar a enxergar o mundo não só como conflito, mas como a possibilidade de o evitar; prever e mapear altos custos de transação e orientar os afetados em relação a isso; transitar no “ordenamento privado” (WILLIAMSON, 2005, p. 48)<sup>101</sup>, além de falar uma língua cosmopolita, para além da territorialidade da formação legalista tradicional. Talvez assim, muito dos problemas relacionados à eficácia de normas que “não pegam” poderiam ter as lentes que hoje inspiram juristas e economistas a estudarem, por exemplo, as normas ou regras sociais, ou, como diria através de outras referências e época, Oliveira Vianna, o direito dos povos-massa (VIANNA, 1999, p. 145 e seguintes)<sup>102</sup>.

Das análises de Coase, North e Williamson se conclui que as transações entre organizações tendem a ser internalizadas, i.e., mantê-las nos mercados representam altos custos de transação. Nesse sentido, “[a]s mais recorrentes [estratégias de governança] são as transações de mercado e a internalização das transações, por meio da integração horizontal ou da integração vertical. Quase todas essas estratégias podem levar à expansão da empresa industrial.” (FARIA, 2012b, p. 127). Nessa toada, fica patente que o papel das firmas e organizações de que trata a NEI através de Williamson também tem inúmeras consequências reais para o direito e seus atores. Infelizmente, parte das faculdades de direito – e esse argumento parece não estar restrito ao Brasil<sup>103</sup> – não formam juristas atentos a tais questões.

---

<sup>101</sup> Nesse sentido, Williamson chega inclusive a citar Marc Galanter e sua crítica quanto ao pressuposto das faculdades de direito no ensino do direito contratual. Segundo ele, pressupor a resolução de um suposto conflito contratual através do Estado (Judiciário) é um pressuposto incompleto, falho. Os “ordenamentos privados”, portanto, seriam essa burocracia interna das organizações que tendem a resolver os conflitos internamente.

<sup>102</sup> O argumento encontrado na seção 3.2.3 tenta mesclar a ideia de povo-massa de Oliveira Vianna (1999) e os microfundamentos do Estado de Direito que investigam Gillian Hadfield e Barry Weingast (2014). Tais esforços podem ser minimamente convergentes, o que demonstra que um dos três grandes fracassos das reformas institucionais já era batida há muito (desde 1949 – ano da primeira edição do livro de Vianna). Hoje, procuram um *enforcement* de qualidade, um ambiente de cooperação propício aos baixos custos de transação. Ontem, o objetivo era se livrar de homens “marginais” e impulsionar o direito e suas instituições em seus aspectos mais sociológicos, mais próximos da realidade. Mais detalhes quanto as divergências e convergências encontradas, vide, portanto, seção 3.2.3.

<sup>103</sup> O argumento que Williamson (2005, p. 51) usa é de Ronald Gilson – vide notas 14 e 98 acima –. Consta que nem mesmo as faculdades de direito norte-americanas, por mais que tenham enxertado e aprofundado

Estes são forjados dentro dos próprios escritórios de advocacia em modelo de “negócios”. Essa estrutura é clara ao se analisar os currículos dos principais sócios das principais bancas de advocacia brasileiras desse modelo. A despeito do aumento do número de advogados formados no padrão anglo-saxão (ENGELMANN, 2008a, p. 7-13) – o que, por si só, já o aproxima da linguagem de “negócios” e da economia, através da iniciação à análise econômica com a *law and economics* –, boa parte dos advogados ainda possuem formação acadêmica incompleta, quando não somente com graduação. A sua formação foi ampla e complexa, mas moldada longe das faculdades e mais próxima aos próprios negócios em prestação de consultorias sucessivas<sup>104</sup>.

Nesse sentido, para o direito seria a principal consequência o impulsionar de políticas públicas não só para a área de negócios ou corporativas, como afirma Williamson (2005, p. 37). Do mantra de que instituições e governança importam, pode-se concluir que o Poder Judiciário, aqui visto como uma instituição formal, e todas as regras atinentes às suas tomadas de decisão, são influenciados através das práticas e dos próprios discursos de refundação que pregam os organismos multilaterais, estes autênticos legitimadores novo institucionais.

Para os atores do direito, resta a apatia que, derivada de suas persistentes formações legalistas e formalistas, olvidando de todas essas lições e das sinergias e usos delas derivadas, acaba nutrindo e perpetuando uma majoritária prática forense. Referido quadro os afasta de uma posição de “engenheiro de custos de transação” e força-os a insistirem em bases de práticas territoriais, quando grande parte dos vetores da sociedade que está atrelado à economia, como que simetricamente, vê-se influenciado direta e indiretamente pelos novos alcances de análises *mainstream* e *mainline*<sup>105</sup> do pensamento da ciência econômica.

---

pioneiramente a proximidade entre direito e economia, ainda não ensinam a “ajudar as pessoas a arranjar as suas relações sem intervenção governamental.” Não facilitam o “ordenamento privado”.

<sup>104</sup> Não obstante a grande presença de estudos no exterior de “advogados de negócios”, inseridos nessa linguagem através de LLMs em faculdades norte-americanas e inglesas, conforme destacado por Engelmann (2008a; 2008b), ainda é pequena a circulação de juristas em relação à ciência da economia (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 87-88). Assim, seguindo o argumento de Dezalay e Trubek (1996, p. 55) no sentido de serem os escritórios de advocacia de padrão anglo-saxão os que mais inovam em termos de conhecimento jurídico como “escolas de aperfeiçoamento” de juristas, veicula-se aqui essa constatação de que a formação em LLMs é um grande fator de internacionalização e “*commonlização*” da advocacia no sudeste brasileiro, porém, não é o elemento decisivo. A formação nas próprias dependências desses escritórios é o que tem mais impactado para a preparação de “advogados de negócios”, com suas políticas internas que levam estagiários a se transformarem em sócios (ANÁLISE ADVOCACIA 500, 2013). Assim, concordando com Gilson em Williamson (2005, p. 51), conclui-se que as faculdades de direito, principalmente no Brasil, em sua maioria, ainda não atentaram para o papel que os próprios economistas parecem querer delegar aos juristas.

<sup>105</sup> Vide nota 13 acima.

Portanto, quando simetricamente as esferas sociais são influenciadas por agentes econômicos que se pautam na análise/teoria positiva da Economia dos Custos de Transação<sup>106</sup>, inerente serão as consequências diretas aos diversos agentes que transitam em referidas esferas e campos. Com os atores do direito não poderia ser diferente. Enfim, lidar com essas contribuições da análise econômica do direito, economia, organizações e instituições impõe estruturar sofisticadamente um ensino que absorva tais contribuições ao menos criticamente. Se poucas das 1157 escolas de direito no Brasil não possuem aparato para guardar a expertise necessária e veicular o ensinamento do tipo “engenharia de custos de transação”, que ao menos apresente o tema de forma crítica, ou através da sociologia jurídica, ou mesmo de disciplinas dogmáticas mais afins ao quadro – como, por exemplo, o direito empresarial<sup>107</sup> –. Nesse sentido, a despeito da intenção de muitos economistas<sup>108</sup> quanto aos avanços de suas análises, resta inevitável que o conflito de que se tratou inicialmente neste capítulo, entre economistas e juristas, crie novas configurações a ponto de suas descrições e criações se conflitarem e seus respectivos usos e legitimidades garantirem a maior e menor proximidade com a “política legislativa” (DANTAS, 1945) ou com os poderes do Estado. Afinal, a globalização tem dado excelentes oportunidades para revalorizar e fortalecer posições frente a tais campos de poder (DEZALAY; GARTH, 2011). Nesse campo de batalha, às vezes invisível sob determinadas análises, às vezes, “difícil” sob outras, será objeto das reflexões da próxima seção.

#### 2.4 Economistas vs. juristas: custos vs. conquistas?

Na linguagem comum e na grande percepção – ao menos do empresariado brasileiro – o direito, seus atores, instituições e categorias representam uma ideia geral de “incerteza

<sup>106</sup> “O conceito básico de ECT [Economia dos Custos de Transação] é que existem problemas futuros potenciais nos contratos, problemas esses que são antecipados pelos agentes que desenham os arranjos institucionais no presente.” (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 8). Para se ter melhor ideia do alcance e dos usos, no mercado, dessa Economia dos Custos de Transação criada por Oliver Williamson e como ela influencia a formulação de políticas públicas para os negócios e demais aplicações – por exemplo, no *marketing* –, ver estudo direcionado (WILLIAMSON; GHANI, 2011).

<sup>107</sup> Afinal, “um mercado legal ideal exige faculdades de direito, conhecimentos jurídicos e cortes que permitam aos advogados individuais operar com sucesso”. No original: “*A legal market ideally requires law schools, legal knowledge, and courts to enable individual lawyers to operate successfully.*” (DEZALAY; GARTH, 2011, p. 63).

<sup>108</sup> Importante notar que Williamson (2005, p. 37-38) tem pretensão, com sua análise, em abandonar o caráter “imperial” típico da primeira fase de Posner em termos de análise econômica do direito, e impulsionar uma natureza “curiosa” nos resultados normativos das descrições em direito, economia e organizações. Porém, o atraso da academia do direito, notadamente no Brasil, torna inevitável subserviência de grande parte da massa de juristas formados pelo excessivo dogmatismo e formalismo tradicional, como se ainda fosse possível manter os “prestígios” que outrora elevavam juristas ao patamar de maior proximidade nas esferas de poder do Estado.

jurisdicional” para o mercado e impõem um relativo obstáculo para os negócios e, conseqüentemente, para o desenvolvimento do país<sup>109</sup>. Independentemente desse tipo de percepção e de se saber qual o nível de influência da atuação das cortes e da prática dos vários atores do direito para a economia brasileira, sabe-se que o cenário mundial traz sua percepção geral de análises para questões normativas, i.e., tratam fenômenos como eles deveriam ser segundo suas descrições, prescrevendo modelos e condutas em muitas das áreas. Com a ascensão de que tratou o início deste trabalho, os economistas avocam muitas das categorias do direito para esse tipo de análise normativa. A versão fundacional da *law and economics* é só uma dessas avocações. Os usos constantes do aparato da NEI – que é descritiva em sua essência – por organismos internacionais também podem caracterizar esse cenário. Seja como for, a ideia do direito e suas instituições como dotações<sup>110</sup> para o mercado ainda é prevalente. Essa crença é alimentada pela NEI que, não obstante as várias ressalvas<sup>111</sup>, seja pela frente ideológica, seja pela frente mais politicamente costada, legitima economistas a intervirem acadêmica e politicamente em instituições formais e informais típicas do poder tradicional do jurista, ou seja, aquele poder mais próximo do Estado nacional<sup>112</sup>.

Toda a perspectiva relacionada à análise econômica do direito, das organizações e das instituições, sem uma necessária causalidade de que “essa” ou “aquela” corrente influencia mais ou menos, impõem aos agentes supranacionais como ONGs, empresas multinacionais,

<sup>109</sup> O estudo da “incerteza jurisdicional” é tema de um rebate e uma tentativa de reação do escrito de Joaquim Falcão, Luis Schuartz e Diego Argelhes (2006). Eles respondem ao artigo de economistas brasileiros intitulado *Credit, interest and jurisdictional uncertainty: conjectures on the case of Brazil*. Uma das principais conclusões dos juristas está na ideia de que a conjectura de percepção de incerteza é tirada de uma coleta de impressões (*surveys*) do empresário brasileiro sobre o Poder Judiciário que não se enquadra com a realidade de fato – pelo menos não em sua integralidade –. Infelizmente, essa relação agressiva do ponto de vista informal e quase indiferente do ponto de vista formal – pelo menos por boa parte dos juristas – entre juristas e as searas da economia brasileira, também pode ser perceptível em um pronunciamento da presidente da república brasileira dentro da sede do banco Goldman Sachs, em Nova York em 2013, em que afirmava para investidores que “advogado é custo” (TEIXEIRA JR., 2013). Nesse sentido, por se tratar de mais uma percepção, resta importante conferir comentário de Ronald Gilson (1992) analisando o impacto do número de advogados e de suas respectivas “microestruturas” de papéis na economia norte-americana. Em consonância com Falcão, Schuartz e Arguelhes (2006) em termos de afastar as percepções e/ou as variáveis matemáticas distantes da realidade, Gilson (1992, p. 642-643) proclama dever haver um certo cuidado ao vincular o número de advogados em uma sociedade ao crescimento econômico desta.

<sup>110</sup> Vide nota 90 acima. Nesse sentido, Milhaupt e Pistor (2008, p. 7) afirmam que, “no entanto, a visão predominante assume implicitamente que os sistemas jurídicos favoráveis à atividade econômica são dotações politicamente neutras”. No original, “[y]et the prevailing view implicitly assumes that legal systems that are conducive to economic activity are politically neutral endowments.” O direito como estrutura de incentivos comportamentais também pode ser verificado no estudo de Benabou e Tirole (2011, p. 22-23) que tentam explicar as dificuldades de a sociedade em aceitar “recomendações de políticas” de economistas.

<sup>111</sup> Conferir nota 87 acima.

<sup>112</sup> Engelmann (2012, p. 489) bem resume essa disputa: “O reconhecimento do modelo americano de gestão do Estado e da macroeconomia na América Latina nas décadas de 1980 e 1990 pode ser relacionado à disputa entre elites pelo controle de recursos estatais e do saber legítimo sobre a gestão pública, em especial entre juristas que mobilizam uma tradição humanística e economistas relacionados a um saber-fazer econômico calcado na modelização matemática.”

firmas de consultoria, grandes fundos de pensão, organismos multilaterais e toda essa complexa rede de relações a se comportarem dentro de um padrão reconhecível no ambiente criado por tais relações. Esse ambiente impulsiona aos poucos os Estados nacionais a “falarem” a linguagem implementada. Nesse sentido, através das formulações dos padrões é possível averiguar que o direito como uma dotação, um pressuposto para o desenvolvimento, é também retalhado através de condutas que os encaram como custos. E os direitos sociais, principalmente, acabam sendo alvo de erosões em virtude do cenário. Por exemplo, da clara percepção de Cooter e Ulen que direitos “claros e simples” representam baixos custos de transação, enquanto que os “incertos e complexos” representam altos – ver Tabela 2 –, é possível auferir a ideia da nova dinâmica da reorganização industrial (FARIA, 2008a, p. 25-28).

Ora, com os avanços internos à pretensa ciência jurídica e os aprimoramentos hodiernos do positivismo jurídico, cada vez mais o ensino do direito tenta se reverter de conhecimentos especializados, notadamente nos de interpretação de normas, seus alargamentos e consequente adjudicações de direitos (AMARAL, 2007; BONAVIDES, 2003; CANARIS, 2004). Nesse sentido, mesmo que ainda seja ausente uma “ciência do direito” propriamente dita (ARIDA, 2005; AVILA, 2009; ULEN, 2002; PARGENDLER; SALAMA, 2013), é possível enxergar em tais avanços uma forma de, segundo lentes de economistas, complicar e gerar incerteza jurisdicional. Dessa incerteza e da convergência acadêmica de que instituições importam é que muitos dos usos da NEI impõem reformas em instituições jurídicas. O que são conquistas para juristas, parecem custos para economistas.

Nesse contexto, mas não só causalmente pela análise dos custos de transação, mas principalmente pela precisão adquirida das ciências da administração e da própria economia, além da convergência do liberalismo individual e da NEI como vetores teóricos balizadores de decisões econômicas mundiais (FARIA, 2008a, p. 84), é possível hoje à grande indústria a “relocalização”, regional ou internacional, de fábricas, plantas e pátios produtivos. A consequente adaptação e flexibilização das legislações social, trabalhista e previdenciária dos Estados nacionais parece ser só uma ponta do *iceberg*. A indústria ganha força suficiente para competir em termos de “orçamento” com os próprios Estados, barganhando a posterior e conveniente “fuga” do direito<sup>113</sup>, i.e., negociando e “leiloando” com as nações melhores

---

<sup>113</sup> A expressão “fuga” do direito é creditada ao trabalho de José Rodriguez (2009) que relaciona questões que podem se vislumbradas a partir de um macro panorama político e que acabam por diagnosticar que a suposta “fraqueza” do Estado se deve, em verdade, não somente ao fenômeno aqui estudado, mas também às categorias que se entrelaçam com a teoria do poder. Já que o poder – seja ele político, econômico ou outro qualquer –

ambientes institucionais e de infra-estrutura para a instalação de suas plantas. Além das legislações, com efeito, a geração de empregos parece causalmente condicionada aos exclusivos interesses privados (FARIA, 2008a; 2012a; 2012b).

Eis que nesses cenários entra o poder de Estado. Mesmo sob a luta intelectual de muitos para que este último intervenha o quanto menos na economia e nos mercados<sup>114</sup>, é patente que as novas configurações de intervenção estatal na economia vão ganhando contornos cada vez mais poderosos (BONAVIDES, 2004). Nesse sentido, poderoso aqui significa a medida da capacidade de um determinado Estado nacional interferir direta ou indiretamente em políticas que influenciem um determinado mercado. Ou seja, paradoxalmente, é como se a busca dos mercados privados por “ambientes propícios aos negócios” tenha aumentado relativamente a importância do papel do Estado e de suas estruturas de Poder. Paradoxalmente, porque esse novo papel, ao mesmo tempo que muda o foco da atuação estatal na economia, esvazia a força e a capacidade dos parlamentos e de categorias antes consideradas como dogmas, como no caso da soberania (BONAVIDES, 2003; FARIA, 1993; 2010).

Percebe-se, portanto, que as hierarquias de dentro desse Estado, importante, mas sob a espada de Dâmocles dos mercados (FARIA, 2012a), são cada vez mais técnicas e menos “eloquentes”. E nesse contexto, a mudança de “políticos bacharéis” para “tecnocratas” inspira a uma melhor percepção de como as categorias e dimensões antes vinculadas ao direito hoje são de total apreço dos economistas. Não obstante, qual o real papel que o jurista exercia antes que não mais o apetece atualmente? Quais os desafios que obstaculizaram a participação do jurista na formulação de padrões do Estado hodierno? Por que, principalmente no Brasil, os juristas não mais exercem as funções antes veiculadas pelos grandes “prestigiosos” e “marginais” dos séculos XIX e início do XX? Tais respostas tentarão ser respondidas nas subseções a seguir, com ênfase na participação dos juristas na sociedade, bem como nas elites das profissões jurídicas que hoje ainda “lutam” com economistas para se sobressair na difícil missão de se reerguer nos poderes do Estado brasileiro.

#### **2.4.1 Juristas no Brasil: formação e participação na sociedade**

A linha de combate – o *front* – da luta pelo direito é historicamente móvel, e é para êle que se deve

---

tenderia a “fugir” do direito, há portanto uma espécie de enfraquecimento do Estado de Direito que tenta evoluir na direção do controle dessas “fugas”.

<sup>114</sup> Esta luta é mais clara principalmente com a ascensão dos *Chicago boys* no Chile e a consequente circulação de padrões de política econômica liberal no fim dos anos de 1970 e durante o de 1980. Ver, para tanto, o apanhado de Dezalay e Garth (2005, p. 121 e seguintes).

transportar o espírito dos juristas, em vez de contentar-se com as tarefas de mera manipulação técnica processadas na retaguarda. (DANTAS, 1958, p. 12).

Durante todo o trabalho a que se refere a juristas e do modo como estes foram substituídos por economistas nos poderes de Estado, quer-se referir especificamente ao modo como o conhecimento, cultura, capital social e intelectual e prestígio jurídicos perante o Estado foram criando novas configurações tais que, diante da comparação com o passado, apresentam claro declínio. Para que se demonstre, portanto, de maneira contundente o atual cenário em que economistas junto aos seus conhecimentos especializados se ergueram ao *locus* antes ocupado por juristas, vale fazer breve digressão dos pontos mais importantes dessa “batalha” pelo prestígio perante o Estado.

Inicialmente, é de se esclarecer que há um corte bem específico no modo de mensurar a queda de legitimidade dos juristas na sociedade ante o crescente crescimento do prestígio dos economistas. O trabalho é caudatário de diagnósticos e linhas específicas de uma bibliografia já antes destacada. Em nenhum momento se pretende ignorar que outros fatores são decisivos para consubstanciar a “impopularidade”, por assim dizer, dos juristas na sociedade brasileira. Não obstante, cabe aqui demonstrar que os argumentos veiculados ao longo do trabalho não dispensam tais outros fatores. Ao contrário. Trata-se de conduzir as questões de maneira especificamente a demonstrar que a queda de legitimidade não se deve unicamente a questões de percepção e sim em termos técnicos e de produção de conhecimento relevante<sup>115</sup> e minimamente seguro – como conhecimento reconhecido cientificamente –. Por exemplo, não se pretende, aqui, ignorar, principalmente no decorrer da transição democrática brasileira, o fato de os economistas serem encarregados de lidar com uma situação que, embora de natureza essencialmente econômica, estava ligada à estabilidade social. Ou seja, economistas brasileiros estavam dispostos a estabelecer metas e seguir cartilhas que eram muitas vezes taxadas de inconstitucionais. Nesses casos, cabiam aos juristas, ainda sobre o surto de legitimidade adquirido antes e depois da constituinte na década de 1980<sup>116</sup>, frearem os impulsos

<sup>115</sup> Ver descrição de Mota e Salinas (2010, p. 21): “Há, no entanto, outras causas que justificam a diminuição da presença de juristas na cúpula da máquina estatal: sob o pretexto de que não demonstrariam aptidão para formularem e implementarem reformas modernizantes, bacharéis opositores aos regimes autoritários instituídos ao longo do século XX acabaram sendo alijados da máquina estatal.”

<sup>116</sup> Ver sobre a comissão de notáveis composta no Brasil no período de transição democrática. Com mais detalhes: “*El debate político que tuvo lugar antes de la promulgación de la constitución brasileña en 1988 suministra un ejemplo clave de lo que fue visto, como lo señaló un abogado, como “el regreso de los abogados”. La Comisión de Notables conformada por el presidente Sarney en 1986 resulta de particular importancia. De sus 50 miembros, alrededor de 29 eran abogados. Este grupo incluía a varios que habían sido identificados con la*

técnicos que supostamente feririam a recém vigente Constituição. Há de se convir que tal papel, em um contexto de instabilidade econômica e social, notadamente em uma sociedade com dotes e vestígios de autoritarismo em sua cultura, soa, minimamente antipático<sup>117</sup>.

Nesse sentido, averiguar o histórico que ateste tal declínio dos juristas na sociedade brasileira em termos de legitimidade é essencial. As frentes desse argumento se subdividem em duas constatações: **(i)** o Poder Judiciário, nicho comum aos juristas, adquiriu um novo papel na sociedade atual e, embora socialmente seus altos cargos configurem a formação de elites com relevante prestígio (ENGELMANN, 2012, p. 493), sua influência em termos de confecção assídua de políticas públicas de sua própria instituição deixou de ser exclusividade do jurista<sup>118</sup> e permanece no limite da garantia constitucional<sup>119</sup>, e; **(ii)** o jurista não mais possui o capital

---

*oposición, entre ellos Plinio Sampaio, delegado de los asuntos relacionados con el poder judicial; Alberto Venâncio Filho, encargado del área de derechos de los negocios, y Hermann Assis Baeta, quien había sido presidente de la OAB. Muchos de los allí presentes se las habían arreglado para mantener distancia con el régimen militar a través de la OAB o de las Comisiones de Paz y de Justicia.”* (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 247-248).

<sup>117</sup> Nesse sentido, ver Faria (2013, p. 14-15) destacando e descrevendo a situação do embate entre os dois critérios de racionalidades que se chocaram na transição democrática entre juristas e economistas. Relembrando importante veículo de comunicação e os debates de economistas sobre a situação do país, professa: “Independentemente dos argumentos que, do ângulo de seus respectivos *loci* de ação profissional e de seus valores corporativos, economistas a serviço de nossos governos e juristas especializados na defesa dos ‘direitos dos contribuintes’ costumam utilizar para acusarem reciprocamente, assumindo-se cada uma dessas categorias profissionais como representante das forças do bem e imputando à adversário a representação das forças do mal, o que realmente pode ajudar a explicar esse tenso – e por vezes belicoso – relacionamento, sem o risco de maniqueísmo, são as diferenças existentes entre dois tipos específicos de ‘racionalidade’: a econômica, basicamente voltada a ‘resultados’; e a jurídica, essencialmente assentada em ‘princípios’ e ‘premissas’.”

<sup>118</sup> Segundo Engelman (2012, p. 492), “[n]o Brasil, a tradição de escolas de pensamento, a produção doutrinária e a legitimidade política do monopólio de enunciar a justiça desde o Império estão diretamente relacionadas à posição ocupada (permanente ou passageira) no âmbito do Estado e com os vínculos mantidos com a matriz europeia de sistema jurídico.” A hipótese aqui, portanto, indica que essa “legitimidade política” de dizer o direito adquiriu novas configurações tais que deixaram de ser exclusividade do jurista brasileiro. Nesse sentido, a Tabela 4 abaixo indica a influência da legitimidade da NEI perante organismos multilaterais e, com base nessas premissas do discurso econômico, os usos dos “mantras” de que instituições importam, inclusive as jurídicas. Assim, dizer o que é o direito e qual o seu papel na sociedade deixou de ser claramente exclusividade do jurista. Nesse sentido, ver também nota 79 acima.

<sup>119</sup> É importante notar também que o modo como o Supremo Tribunal de Federal (STF) tem se portado perante a sociedade como um todo, assumindo um papel de protagonismo ante os impasses políticos gerados no âmbito dos outros poderes e, principalmente, o modo como a opinião pública tem enaltecido e ampliado a cobertura a casos polêmicos acompanhando o dizer de importantes regras constitucionais é visto por muitos como uma “supremocracia” – ver destaques de Pargendler e Salama (2013, p. 117). O argumento constante nessa nota, portanto, não desdiz essa percepção. De fato, o STF parece ter se alçado a um potencial “poder moderador”. Apenas pontua-se que se trata de uma “nova” proeminência cujos limites estão mais ou menos delineados constitucionalmente, dogmaticamente. Entretanto, os capitais social e intelectual gerados por essas elites dos tribunais superiores, além de gerar pouco prestígio para a categoria e a massa de juristas no país como um todo, ainda se respaldam em grande parte apenas diante dos jurisdicionados atingidos diretamente. São questões “pontuais” (UNGER, 1996) forjadas em grandes proporções. “É como se o Judiciário tivesse sido empurrado — muitas vezes a contragosto, ocasionalmente com certo júbilo — para a posição de ator relevante, e diversas vezes decisivo, no grande quadro institucional de formulação da política pública.” (PARGENDLER; SALAMA, 2013, p. 116). Ainda nesse sentido, sobre a recente independência democrática e política do Poder, vide José Lima Lopes (2010a, p. 77-78).

intelectual e social que tanto influenciou os contornos da formação do Estado brasileiro no fim dos séculos XIX e começo do XX; seu prestígio vem decaindo em virtude, principalmente, da diminuição da influência que a cultura e práticas jurídicas exercem além do Poder Judiciário e em virtude também da ascensão de prestígio da ciência econômica; em termos de “política legislativa”<sup>120</sup> e no seu reflexo pela ciência do direito, percebe-se cada vez mais uma queda de grandes nomes que “imaginavam institucionalmente” a sociedade brasileira.

Ou seja, o argumento exige uma sistematização da seguinte forma: as configurações do capitalismo alteraram completamente os contornos da sociedade e, conseqüentemente, as estruturas de poder; o direito produzia, em um primeiro momento – no Brasil atrelado ao fim do século XIX e início do XX –, todo o arcabouço que moldava o Estado, seja por sua proeminência como formação universitária tradicional e mais intuitivamente preparada para atuar como engenharia de Estados recém formados, seja por sua praticamente exclusividade como detentor do conhecimento necessário ao funcionamento destes. Com as ditas mudanças na sociedade, exigiu-se desses atores que transitavam nos poderes de Estado novas habilidades e conhecimentos que transformassem as estruturas de coordenação da sociedade. Aí é que entra o cerne da queda da legitimidade do jurista: ele não soube reciclar e adaptar seu conhecimento a essas necessidades e fora tangido pelo novo conhecimento da ciência econômica com sua ascensão como linguagem chave de decisões nacionais e transnacionais. Enquanto que se ouvia nomes como Ruy Barbosa, Francisco Campos, Oliveira Vianna e Miguel Reale – o “último jurisconsulto” –, hoje se testemunha a presença de Pedro Malan, Persio Arida, Edmar Bacha, Joaquim Levy, etc. Como se verá adiante, essa transição se deve tanto pela transformação da economia e o fato de essa ser a nova pedra de toque do Estado, como pelo fato de que os juristas no Brasil declinaram em termos de produção de conhecimento relevante para um novo papel.

Como os juristas participaram da formação, planejamento e sedimentação do Estado brasileiro? Quais os níveis de influência da criação da respectiva cultura jurídica na modelagem das instituições? Claro que para responder satisfatoriamente a essas perguntas seriam necessárias uma vasta pesquisa explanatória e uma rica análise de anais de projetos de lei e de planos de governo, tudo para indicar quem foi quem, realmente, na implementação de modelo de Estado brasileiro. Não é a intenção deste trabalho. Se resumirá aqui a demonstração do nível de participação dos principais atores-juristas que, através de seus conhecimentos influenciaram para mais ou para menos a confecção institucional de organismos, planos e

---

<sup>120</sup> Sobre o uso da “política legislativa” como um indício da qualidade da cultura jurídica, ver nota 81 acima.

atuações de Estado na sociedade brasileira. A ideia, portanto, de elites, permeará as constatações.

Sabe-se, e aqui não se pretende olvidar, que a elite representa um importante papel na formulação e condução do poder pelo Estado. E esse fator não é só uníssono em literaturas vinculadas a ideologias de esquerda<sup>121</sup>. O próprio Douglass North, em seus últimos trabalhos utiliza explicitamente a nomenclatura para indicar mais ou menos o mesmo que, por exemplo, Dezalay e Garth – guardada, claro, as devidas proporções ideológicas e fronteiras teóricas<sup>122</sup>. Portanto, identificando que a referida legitimidade antes destacada aos juristas do passado se trata, em verdade, do destaque de uma elite dentro de uma elite, tentar-se-á enumerar aqueles que são mais relevantes para alicerçar o argumento central dessa seção.

Um período na história do Brasil que melhor começa a demonstrar papel dos juristas como atores que despontam em termos de produção de conhecimento para o Estado<sup>123</sup> é o advento da Era Getuliana<sup>124</sup>. Provavelmente, isso se deve ao parâmetro de Estado “desenvolvimentista” que adquiriu o período e que persiste até hoje<sup>125</sup>. Nesse sentido, o ano de 1930 é claramente um divisor de águas para o papel do jurista como legítimo engenheiro institucional. É aqui que ainda é claro seu alto status, mas que se inicia o seu declínio, em

<sup>121</sup> Aqui, as descrições de Dezalay e Garth são identificadas com essa vertente tendo em vista a manifesta utilização de Pierre Bourdieu como base teórica das constatações. Conferir, portanto, Dezalay e Garth (2005).

<sup>122</sup> A utilização da palavra “*elite*” em North começa a ser mais presente em seus últimos trabalhos, já no século XXI. Essa semelhança entre os usos da palavra “*elite*” em North e Dezalay e Garth são muito mais de cunho semântico que propriamente de escopo. Enquanto os herdeiros de Bourdieu – um neomarxista – o usa para critérios de identificação dentro de profissões jurídicas, North foca em determinados grupos que comanda a concentração e alocação de rendas em dada ordem social. Com efeito, sobre uma suposta influência de Marx em Douglass North, em termos de metodologia, ver conexões apontadas por Galípulo, Gala e Fernandes (2008) nas obras do novo institucionalista do início da década de 1990. A ressalva feita entre os pressupostos dos dois autores comparados são, porém, mais que claras: “Apesar de utilizar muitas formas da teoria marxista, o autor [North] remove completamente o conteúdo presente nos conceitos de materialismo e luta de classes.” (2008, p. 2010). Afinal, North ainda mantém o individualismo econômico e a primazia do mercado como pressupostos de seu quadro teórico (SCHAPIRO, 2011, p. 126-127).

<sup>123</sup> Não se pretende olvidar aqui de trabalhos do Império e da primeira República em que juristas de prestígio atuaram como *statemakers* e desenharam as instituições de modo a impulsionar as transformações do Estado. Porém, como Venâncio Filho (1982) bem assinala, tratar-se de um período em que as faculdades de direito serviam exclusivamente para preparar burocratas para moverem as engrenagens de um Estado ainda muito jovem. Mesmo que a Era Vargas seja marcada pelo autoritarismo, decide-se destacar os juristas a partir desse período por se tratar de uma época em que, de fato, começam a surgir os primeiros grupos geradores de conhecimento a tentar disputar o espaço do poder do Estado com os juristas. Alberto Torres, Teixeira de Freitas, Clóvis Beviláqua e Ruy Barbosa são talvez os nomes mais lembrados do período que antecede 1930.

<sup>124</sup> A Era Getuliana consiste de 1930 a 1964, sendo dividida em República Nova, de 1930 a 1937; Estado Novo, de 1937 a 1945 e as Repúblicas Populistas e Patrícia, de 1946 a 1964. Conferir, para tanto, Carlos Mota (2010, p. 29).

<sup>125</sup> Um apanhado que ilustra muito bem o período pode ser visto no trabalho de Gustavo Cabral (2011, p. 133), para quem “[d]epois de outubro de 1930, a ordem política foi alterada. Ainda que existam críticas quanto aos rumos políticos do País, não há como negar as mudanças provocadas pelos que assumiram o poder.”

consonância com Dezalay e Garth (2005, p. 68)<sup>126</sup>, primordialmente por causa dos contornos derivados da crise de 1929.

Neste cenário, o papel das faculdades de direito é decisivo em termos de formação. Era em tais antros que se modelavam os juristas, primeiro como *statemakers* para alimentar a burocracia necessária ao Estado brasileiro e, em um segundo momento, para criar conhecimento necessário à evolução desse Estado. Esse primeiro momento ficou conhecido como “bacharelismo” e atrelava a produção de conhecimento à retórica, à conciliação política e a importação quase cega de modelos Europeus, inclusive o próprio modelo de faculdade de direito, baseado no nicho coimbrã (ENGELMANN, 2008b, p. 148). Isso significava que a grande maioria de filhos da elite estudavam no exterior, primordialmente em Portugal, mas com influências diretas da França. O destino certo dos juristas formados em tal período, tendo lugares nos diversos setores da burocracia estatal, mais ou menos relevantes em comparação a outras estruturas universitárias, acaba afastando de tais agentes a necessidade de aprimoramento do ensino e, conseqüentemente, das faculdades (VENÂNCIO FILHO, 1982; ENGELMANN, 2008b; ALMEIDA, 2009).

No segundo momento em que o Estado começa a exigir de seus atores um maior aperfeiçoamento e a detenção de habilidades mais sofisticadas é que começa o declínio apontado. A partir de 1930, o Estado “desenvolvimentista” atinge a nuca dos juristas. Poucos restavam para ler conscientemente as necessidades urgentes. As faculdades de direito há muito necessitavam de ajustes; a maior das denúncias é vista por San Tiago Dantas (1955), mas não só por ele<sup>127</sup>. Os homens “marginais” já não eram suficientes (VIANNA, 1999, 355-356). Os diversos juristas que, por causa de sua formação humanista, leram o Brasil a partir de outras lentes que não aquelas exclusivas do conhecimento jurídico, começam a enveredar, de fato, para outros ambientes de produção de conhecimento<sup>128</sup>. Talvez, a última grande conquista

<sup>126</sup> Entre os trechos que narram o período e no contexto do início das confrontações de pequenos grupos contra a elite jurídica, conferir: “*La legitimidad y el papel de estos abogados reconocidos del Estado frecuentemente eran desafiados por grupos excluidos del poder. Uno de esos desafíos tuvo lugar en 1930 cuando la gran depresión estremeció al mundo. En particular, las economías legítimas internacionales – [...] – ganaron prestigio por encima del conocimiento docto de los abogados que controlaban el Estado y las instituciones alrededor del mismo.*”

<sup>127</sup> Reitere-se aqui, mas não só reduzidas a estes, os estudos de Pontes de Miranda em 1922 (1972) e de Orlando Gomes em 1955 (2005); vide nota 35 acima. É possível ver apontamentos secundários sobre a ideia de “crise” no direito e nas habilidades de seus agentes ante inúmeras transformações do mundo em Faria (2010) e Lopes (2010b).

<sup>128</sup> “*De hecho, muchos de los economistas más importantes de Latinoamérica fueron formados en facultades de derecho que también controlaban la enseñanza de la contaduría.*” (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 81). É o caso claro de Celso Furtado que tinha sua primeira formação em direito e enveredou para a ciência econômica (MOTA, 2010, p. 30). Mas pode-se citar também Raymundo Faoro, cuja obra principal é mais conhecida por cientistas políticos do que juristas atualmente. Sobre mais leituras weberianas do Brasil, daqueles formados em

institucional vinda do debate por juristas de alto nível pode ser vista na disputa travada entre Oliveira Vianna, então um técnico do Ministério do Trabalho do governo de Getúlio Vargas, e Waldemar Ferreira, jurista liberal que responde relatório sobre a criação da justiça do trabalho em um Brasil “desenvolvimentista” que migrava do campo para a cidade e iniciava a empreitada da substituição de importações<sup>129</sup>.

Assim, resta inevitável que as faculdades de direito, copiadas em um primeiro momento do modelo europeu e pulverizadas pelo território nacional em um segundo, herdaram seu escopo primário e reproduziram padrões que não acompanhavam as mudanças do mundo. Aquela que formava a classe dirigente, portanto os “políticos-bacharéis”, traçou seu caminho para se tornar um misto de produção de massas atuais autistas e elites com relativa expressão<sup>130</sup>. Logo as faculdades de direito, com raras exceções, passaram a servir somente aos desígnios da manutenção de privilégios opacos e *status* superficiais<sup>131</sup>.

Quanto a produção da “ciência do direito” em si, viu-se o reflexo do papel exercido pelas faculdades de direito. Pouco se avançou, principalmente durante esse período em que as cátedras cambaleavam em esterilidade imaginativa. “Mas o que ocorre com os juristas, em verdade, não é preguiça intelectual. Pertencem êles a uma camada social cuja concepção do mundo é conservadora e a ela pertencem, por afinidade ideológica, resultante das irradiações do próprio material que trabalham.” (GOMES, 2005, p. 132). A “ciência do direito”, reconhecida assim por poucos esforços de prestígio, como foi o de Hans Kelsen, e ainda propagada para autolegitimar a autonomia de disciplinas dentro do âmbito das próprias

---

direito, ver estudo de Aguilar Filho (2009) e Aguilar Filho e Fonseca (2011) que trata da ideia de cooperação em Viana Moog, Sérgio de Holanda e Raymundo Faoro, todos juristas de formação.

<sup>129</sup> Para tanto, ver trabalho sobre a disputa entre Vianna e Ferreira em estudo de Rafael Nunes (2015b, no prelo).

<sup>130</sup> A ideia de “classe dirigente” é utilizada por Dantas (1955, p. 451 e seguintes) para conceituar uma elite que comanda a sociedade. Ora, se na época do escrito, era dos juristas o cenário da perda da capacidade de resolver os problemas como “políticos-bacharéis”, restam poucas outras opções de interpretações senão afirmar que a perda de prestígio da universidade como formadora de *statemakers* como os juristas de então foi uma das culpadas pelos acontecimentos de 1964. “Perca, porém, a classe dirigente a virtuosidade para resolver problemas, deixe sem resposta os desafios que lhe lança o meio social ou o meio físico, e daí começam a fluir dois efeitos inelutáveis: para a sociedade, como um todo, rompido o equilíbrio entre os problemas e os meios de controle que os resolvem, se inicia a decadência; para a própria classe dirigente, começa o processo de insurreição da classe dirigida, gradualmente desligada de sua subordinação mimética, e a transformação, às vezes lenta, mas a partir daí inevitável, da autoridade em privilégio.”

<sup>131</sup> “*De hecho, las facultades de derecho tradicionales con frecuencia sirvieron de sedes temporales para aquellos que se encontraban transitoriamente afuera del poder del Estado o con la intención de recuperarlo [...]. Este fenómeno se ha mantenido vivo a través del tiempo en Brasil. Hoy día vemos ejemplos de cómo la práctica del derecho es considerada por muchos como un instrumento primordial para ejercer responsabilidades que están por encima de las del abogado, el juez o el profesor de tiempo completo. Un encuentro casual entre un abogado brasileño de cerca de 40 años con un compañero de curso de la Facultad de Derecho de São Paulo ilustra este punto: el compañero de clase, quien se dirigía a un evento político en Brasilia cuando el abogado se lo encontró en el avión, recalcó con sorpresa y algo de desdén: ‘¿Es usted todavía abogado?’.*” (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 46-47).

faculdades tradicionais, não avança de maneira satisfatória; pelo menos não a ponto de produzir algo grandioso para a sociedade<sup>132</sup>. As conquistas advindas das constituições econômicas e sociais do início do século XX, a legalidade e o *rule of law*, a sedimentação formal das sociedades anônimas e a própria legitimidade do direito de propriedade são as últimas grandes inovações em termos gerais na sociedade ocidental<sup>133</sup>. Os grandes códigos da cultura franco-românica, hoje ainda um profícuo terreno para a atuação direta dos juristas, quando não influenciados por critérios econômicos últimos, ainda tendem a sustentar o prestígio de poucos, às vezes até forçando a questionar os destinatários da lei a sua real necessidade.

Nada obstante, retornando ao momento em que ainda eram os reais e únicos *statemakers* da sociedade brasileira, far-se-á de modo a dar destaque desse *status* no período uma breve exposição de conquistas de dois grandes juristas que atuaram ao largo do Poder Judiciário e, nos bastidores ou não, influenciaram momentos decisivos do Estado brasileiro. Oliveira Vianna<sup>134</sup> e San Tiago Dantas são dois juristas de carreiras distintas; enquanto aquele rodeava o setor público moldando e desenhando instituições, este se concentrou entre a carreira política no parlamento, a advocacia corporativa, o magistério, a consultoria técnica ao público e a chancelaria. Mas ambos possuem um ponto em comum: foram reais impulsionadores de reformas e confeccionadores de mecanismos de coordenação da sociedade brasileira em seu tempo.

Oliveira Vianna foi além de um jurista, um ensaísta; um intérprete do Brasil. Tentava consolidar na prática política junto ao Poder Executivo os principais aspectos de sua vasta produção literária. Foi um autor polêmico. Não obstante sua proximidade com assuntos raciais e autoritários, a sua herança em termos de descrições da realidade brasileira e da sua própria atuação são marcas de sua imagem. Oliveira Vianna tem no seu alicerce teórico uma visão sociológica, transportando-a para suas lições sobre direito e política. Enaltece as aspirações realistas, sociológicas, mais próximas ao povo-massa<sup>135</sup>. Sempre conclui por uma

---

<sup>132</sup> Sobre alguns problemas pontuais advindos das criações das culturas jurídicas hodiernas, vê apontamentos de Humberto Ávila (2009) rebatendo os avanços apontados por Luis Barroso (2005). Sobre o panorama de reformas neoliberais sob a manta do *rule of law* e as dificuldades com a implementação do neoconstitucionalismo característico no ativismo das supremas cortes judiciais, conferir Rodriguez Garavito (2011, p. 260 e seguintes).

<sup>133</sup> Quanto a importância do jurista no advento da sociedade anônima, conferir San Tiago Dantas (1952).

<sup>134</sup> Parte dos trechos abaixo que tratam de Oliveira Vianna pode ser conferida no estudo de Rafael Nunes (2015b, no prelo) referido na nota 129 acima.

<sup>135</sup> Vide notas 37 e 102 acima. Oliveira Vianna (1999, p. 98) sempre rivalizava as elites que teciam o direito através de “cópias” de instituições de outros países e o povo-massa que, segundo ele, são aqueles que vivem a cultura e o comportamento do dia a dia e que forçam a criação do “direito-costume”, aquele que não está nos códigos, mas na vivência da população. Em última instância, ele queria que o direito saísse de uma estratégia de elites e fosse direcionada e moldada a esse “direito-costume”. “Porque o que vemos é sempre esta expressão

necessária forte presença do Estado nas diversas facetas da sociedade, a fim de empregar àquele uma unidade que superasse o suposto insucesso do *laissez-faire* e do Estado liberal, representados aqui pelo Código Civil de 1916 e demais legislações de inspirações oitocentista. Para Vianna, portanto, o desenvolvimento da sociedade pressupunha uma formação do Estado que impulsionaria o povo e a sociedade brasileira, então sem identidade e indigno de uma nação.

A principal ferramenta de fortalecimento do Estado, para Vianna, seria, além dessa pretensa mudança de paradigma do direito – do Estado Liberal ao corporativista, da interpretação jurídica formalista à sociológica –, a implementação do discurso dos direitos sociais. Independentemente de Vianna<sup>136</sup>, a época e o contexto de sua atuação no governo já eram frutos de uma toada conjuntural internacional. Tanto de aspectos político-institucionais – que tem gênese na superação do liberalismo oitocentista e no primeiro pós-guerra – como em facetas econômicas – advindas após a crise de 1929.

As muitas formas de expressão de direitos sociais, portanto, davam a plataforma jurídica que o governo varguista, do “provisório” ao Estado Novo, utilizou para seu fortalecimento, sedimentação e proliferação. É o caso da “representação classista”. Era parte de um quadro de fomento das forças sociais organizadas a se transformarem em peça chave de colaboração do governo Getuliano. E nessa base se instituiu o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, então futura pasta em que atuaria o técnico Vianna, além da Lei de Sindicalização. A questão social típica do período, portanto, com a abordagem institucionalizada através dos direitos sociais, foi ponto central para a Era Vargas; seja, malgrado a natureza paradoxal do período, através de fins políticos, seja através dos reais fins sociais alcançados<sup>137</sup>.

---

de antagonismo: de um lado – o povo-massa, preso às normas da sua cultura tradicional; de outro – a elite, querendo impor à massa os padrões de uma cultura estranha e desconhecida, com o fim de reformar a cultura da massa, que lhe parece inferior e atrasada. Esta reage, conscientemente às vezes, mas quase sempre subconscientemente, segundo a lei do menor esforço, utilizando-se justamente dessa capacidade de resistência própria aos complexos culturais, sempre de difícil desintegração, e tendendo, como vimos, espontaneamente à estabilidade e à permanência.”

<sup>136</sup> Concernente as origens e influências na concepção de Estado do período varguista, notadamente no que tange às influências de Alberto Torres, conferir Gustavo Cabral (2011, p. 137) e Carlos Mota (2010).

<sup>137</sup> Sob uma ótica geral e macro das questões sociais ante o Estado moderno, ver Bonavides (2004). Uma síntese assaz esclarecedora dos fins da questão social na Era Vargas é criticamente posta em Gustavo Cabral (2011, p. 144-145). Foi nesse contexto político que se instituiu a Justiça do Trabalho no país. Primeiramente, como estrutura institucional pulverizada a justificar as relações de emprego então reguladas – ou não reguladas – pela cultura liberal pós-escravagistas, e posteriormente amadurecida através dos debates jurídico-políticos nacionais entre 1936 e 1939, que desaguaram na Consolidação das Leis do Trabalho em 1943. A questão social, portanto, muito embora tivesse resquícios seus no ordenamento jurídico brasileiro antes mesmo do governo Vargas, somente neste que se deu sua legitimação a ponto de fazer “frente” ao então vigente Código Civil de 1916, notadamente quanto às mudanças no conceito de contrato de trabalho. Se viu, portanto, a possibilidade de fundação da instituição – conjunto de regras – que restringisse o princípio da autonomia da vontade nos contratos de locação de serviço. Para mais detalhes, ver Rafael Nunes (2015b, no prelo).

Para Vianna, entretanto, a questão social ia além. Desde a crítica da “cópia”<sup>138</sup>, passando pelo modo como os modelos liberais anglo-saxões, ao mesmo tempo que representavam unicamente os pressupostos sociais de seus criadores, mostravam-se incompatíveis com a realidade social brasileira, o autor visava uma legislação que pusesse mais próximo da prática o seu mecanismo teórico de parear os “povos-massa” das diversas formas de expressão do direito; ou seja, visava, além da superação da concepção tradicional de direito-lei, a efetiva criação de um direito-costume. Sobre a instituição da Justiça do Trabalho: “O mérito dos técnicos do Ministério, que presidiram as comissões elaboradoras dos anteprojetos, foi antes de sistematização de um direito já existente do que propriamente da criação de um direito novo.” (VIANNA, 1999, p. 46).

Além da criação de um novo quadro de tribunais no país, Vianna lutou pela sedimentação e estruturação da regulação do sindicalismo. E nesse sentido, talvez o mais próximo do que almejava a sua teoria – o da implementação do “solidarismo” no povo brasileiro –, o autor tentou fixar parâmetros que facilitassem o canal de comunicação entre as classes, possibilitando, tanto através das convenções coletivas como da instauração da cultura da associação pública, a inauguração de um arcabouço institucional que influenciaria direta e indiretamente todas as fases da industrialização e desenvolvimento brasileiro, desde a então incipiente Era Vargas, passando pelos planos de metas marcantes no período imediatamente posterior ao varguismo.

Infelizmente, o Estado Novo pareceu muito mais vincular a regulação do trabalhador a uma espécie de domesticação destes do que propriamente promover a questão social de fato. Isso se devia às vinculações à então toada de quebra das oligarquias vigentes desde a República Velha, bem como devido à conjuntura de industrialização que vinha se instaurando, mesmo que desorganizadamente e sem o mesmo arcabouço “teórico” que viria a ter o período de inspiração da CEPAL e o pós-1964<sup>139</sup>. E é exatamente nesse contexto de industrialização incipiente que se deu a implementação e os debates da Justiça do Trabalho e suas estruturas. Muito embora houvesse prevalecido o debate jurídico instrumental entre Vianna e Waldemar Ferreira, é possível extrair a preocupação de ambos com o impacto que

<sup>138</sup> Outro importante conceito amadurecido por Vianna (1999, p. 382) em 1949 é o de “direito vivo”. Segundo ele, tal “direito vivo” é a questão social, isto é, a forma com que se aborda “oficialmente” e se institucionaliza uma legislação que supera aquela originada das “elites”.

<sup>139</sup> Confirmando as inspirações na base da CEPAL (*Comisión Económica para América Latina*) durante o segundo governo Vargas e o período autoritário imediatamente posterior, conferir Gustavo César Cabral (2011, p. 143).

uma regulação dos trabalhadores viesse a ter na pretensão de crescimento industrial da Era Vargas, notadamente no Estado Novo.

Nada obstante, por mais que haja um verdadeiro impacto negativo em políticas públicas dos negócios com o alargamento da responsabilidade de sócios de sociedades por quotas de responsabilidade limitada<sup>140</sup>, bem como acusações de ordem política de ser a inspiração de Vianna uma “cópia” do modelo sindical-trabalhista fascista italiano, a instituição da Justiça do Trabalho no Brasil representou um avanço social que pesa num contexto de uma sociedade em trânsito da vida no campo para as cidades. Para Vianna, o fortalecimento da classe sindical representava a fortificação da cultura política em uma sociedade de herança clânica não democrática<sup>141</sup>, em que historicamente sempre houve o elitismo subjungando o público e cujos aspectos individuais na população parecem prevalecer sobre o coletivo<sup>142</sup>. Nesse sentido, mesmo que se sustente que o “autoritarismo instrumental” de Vianna, i.e. a visão normativa do ensaísta que dizia que o autoritarismo prepararia temporariamente a sociedade brasileira para um liberalismo verdadeiro (NUNES, 2015b), há que se destacar que suas descrições da realidade da sociedade brasileira envolvida a época destoa em termos de qualidade de muitas outras produções de juristas contemporâneos: estava no *front*. Seu destaque como técnico do governo e sua influência posterior em governos ditatoriais<sup>143</sup> mostra sua eloquência intelectual, para o bem ou para o mal, em termos de produção de conhecimento e capital válido a balizar determinadas políticas.

O outro jurista eleito é San Tiago Dantas para destacar o nível de produção de capitais social e intelectual influentes nas esferas do Estado brasileiro. Diferentemente de Oliveira Vianna que deixou um incontável número de obras e ensaios sobre a realidade do país, Dantas era um claro prático. Sua atuação foi o que moldou seu destaque. Em meio a sucessivas e recentes discussões acerca do papel do direito no desenvolvimento econômico e social do

<sup>140</sup> Um apanhado completo é tomado por Bruno Salama (2014) investigando a história e as relações entre direito e economia, tendo como pano de fundo o defendido fim da responsabilidade limitada da empresa com os sucessivos adventos de direitos que “quebram” a capa jurídica da empresa e afetam os sócios diretamente. Os impactos econômicos, em uma visão próxima a NEI, seriam, sem dúvidas, negativos. Porém, Vianna (1999, p. 466 e seguintes) via no *enforcement* da regra da responsabilidade da empresa por acidente de trabalho um avanço no direito formal.

<sup>141</sup> Veja os citados exemplos dos alvarás e ordens públicas no entre os séculos XVIII e XIX no Brasil em que as “relações de parentesco” atrasavam o desenvolvimento de instituições públicas (VIANNA, 1999, p. 246-247).

<sup>142</sup> Sobre esses aspectos, Oliveira Vianna (1999, p. 492) sustentava: “O que o nosso povo-massa pede aos governos – eleitos ou não eleitos, pouco importa – é que eles não o inquietem no seu viver particular. Equivale dizer: o que interessa ao nosso povo-massa é a liberdade civil e individual.”

<sup>143</sup> Nesse sentido, a observação de Antonio Paim apresentando a obra de Vianna (1999, p. 32) demonstra que a Escola Superior de Guerra usou o pensamento político deste jurista-ensaísta como pedra de toque para o regime autoritário. Conferir também Carlos Mota (2010, p. 47): “O ideário autoritário dos tenentes ganhou arcabouço teórico (e significação escrita) por meio de reflexões de intelectuais como Oliveira Vianna, Azevedo Amaral e Francisco Campos, em momento posterior à instalação do novo regime.”

Brasil, mostra-se relevante o resgate de uma figura que atuou peculiarmente nas potencialidades do direito e da política, no legislativo e executivo, e no ambiente privado. San Tiago Dantas era um jurista de diversas facetas – de um *corporate lawyer* (FARIA, 2008b, p. 27) de sucesso a um chanceler proativo, de um parecerista renomado nas áreas públicas e privadas a um professor universitário polêmico. Tais características foram decisivas em seus testemunhos acadêmicos, na grande maioria das vezes registrados em forma de discursos transcritos na Revista Forense, principalmente entre os anos de 1942 e 1959.

Em um dos pontos afetos a ele, San Tiago Dantas tocou com uma profundidade relevante na questão da educação e seu impacto no desenvolvimento do país, já destacando a importância que o capital humano ganharia para as ciências econômicas pós-1979, com o prêmio Nobel a Theodore Schultz e William Arthur Lewis –. Especificamente quanto ao direito, além do fartamente divulgado artigo sobre uma suposta crise naquela área (DANTAS, 1955), é possível colher indícios em seus escritos e discursos sobre como projetava um jurista preparado para pensar a sociedade, desde os bancos da graduação, passando pelo decorrer da formação, ao exercício da profissão específica eleita. Cultura jurídica, humanismo no direito, relações entre direito e política, papel da teoria no ensino e a relação da educação com o desenvolvimento – educação para o desenvolvimento –, relações internacionais, economia; são apenas alguns dos principais temas investigados a seu modo pelo autor. Enfim, tratam-se de indícios de uma personalidade interdisciplinar que aliava vastidão intelectual na busca e fomento a modernização e fortificação da cultura jurídica no Brasil. Seu diagnóstico de crise no direito refletia a então subsistente estagnação em que se afundavam as faculdades de direito mas que, mesmo após alguns ecos de sucesso, inclusive internacionais<sup>144</sup>, restou-se adormecido com poucos expressivos resultados associados ao seu trabalho como idealizador crítico de um novo direito.

Seus argumentos sobre a evolução do direito privado brasileiro de 1951, dividindo a análise dos períodos entre dois momentos no Brasil – até 1930 e deste ano em diante – é essencial para se entender a percepção da realidade e a preocupação da influência da economia e da política para com o direito. Aqui, notadamente, fica o exemplo de identidade de períodos com as atuações e sua respectiva enumeração dos juristas de respectivas épocas. Já se davam indícios de uma busca de diagnósticos no direito através da atuação de seus principais atores, os então profissionais, na sua maioria, a depender da época, advogados e publicistas. A

---

<sup>144</sup> Como no caso de um importante artigo de Henry Steiner, em 1971. O artigo se intitulava *Legal education and socio-economic change: brazilian perspectives*. Ainda sobre os usos de Dantas pelo projeto do CEPED, vide nota 26 acima.

preocupação de Dantas, portanto, em perceber a realidade social dos tempos, a sua patente influência de Arnold Toynbee no que tange à análise histórica geral das comunidades (1955, p. 449-450) e sua tendência a erguer e conceituar a questão do desenvolvimento são mais que relevantes para se entender como ele encarava o papel do direito na sociedade.

Em alguns momentos de sua carreira restam claros que o autor vincula, em certa medida, desenvolvimento econômico e social ao desempenho do direito. É o caso, por exemplo, das constantes prognoses efetivas em artigo sobre a evolução do direito contratual (1952) em que o autor eleva causas sociais – sentimento solidarista da política e crescente intervenção estatal – como vetores forjadores de uma transformação na teoria e prática do direito contratual, principalmente no que tange a novas modalidades de contrato – de empresas públicas e entre organismos internacionais –, bem como enfatiza o desenvolvimento do capitalismo, em duas fases – (i) estabelecimento e reconhecimentos gerais da segurança dos contratos, e (ii) da inauguração e sedimentação das sociedades anônimas. Para além das questões específicas da dogmática jurídica, o entendimento de Dantas passa por questões das relações internacionais do Brasil e trata de uma teoria fruto de seu fascínio pelo desenvolvimento social e democrático. Portanto, é essencial apontar uma releitura de San Tiago Dantas principalmente como jurista<sup>145</sup>.

Acima de tudo, Dantas pretendia um “[...] esforço para garantir a continuidade das instituições” (1942, p. 302). No início de sua carreira fora próximo e formalmente inscrito no movimento integralista. Posteriormente, no segundo governo constitucional da Era Vargas, chegou a atuar como assessor do presidente, inclusive participando em 1951 da elaboração do anteprojeto que constituía a Petrobrás. Além disso, no ano seguinte trabalhou no estudo do projeto relativo à reorganização legal e política da malha ferroviária de competência da União. Foi deputado federal pelo Partido Trabalhista Brasileiro em 1958. Em 1960, foi o autor do projeto que resultou na lei de criação do Estado da Guanabara. Além disso, como já destacado, foi Ministro das Relações Exteriores em 1961 e um ano depois assumiu o Ministério da

<sup>145</sup> Assim vê José Eduardo Faria (2008b, p. 29-30) que a atuação de Dantas como um crítico e conhecedor das configurações de negócios da época o ajudou a influenciar o tratamento dos sucessivos planos econômicos, inclusive o próprio Plano Trienal que Dantas ajudou a confeccionar: “Os planos econômicos que mencionei, juntamente com o tratamento crítico que Santiago Dantas dá à relação entre direito, política e planejamento, ganharão uma nova dimensão com o advento do II Plano Nacional de Desenvolvimento, que recentemente voltou ao noticiário por estar sendo recorrentemente mencionado pelo presidente Lula em seus discursos. Divulgado no segundo semestre de 1974, o II PND, de certo modo, recupera algumas questões sobre planejamento que já haviam sido discutidas por ocasião do Plano de Metas, do Plano Trienal e do Paeg, questões relativas aos limites da intervenção estatal, ao papel e ao alcance dos planos econômicos, à definição das fontes de financiamento para sua implementação e execução e ao impacto da conjuntura mundial nas decisões econômicas internas.” Ainda a respeito dos planos econômicos e de sua queda em termos de ideais para a política econômica do Brasil, ver Salama (2014, p. 224-231).

Fazenda, onde permaneceu até 1963 trabalhando no Plano Trienal (MOTA, 2010; FARIA, 2008b).

Diante das suas experiências próximas ao desenvolvimento econômico e aproveitando a ascensão do caráter “desenvolvimentista” dos governos, de Vargas a Goulart, San Tiago Dantas se destacou como um dos juristas que transitava muito bem em assuntos relacionados a então recente onda de apreços do Estado à economia. Assim também o eram Octavio Gouvêa de Bulhões e Celso Furtado<sup>146</sup>. Este último, inclusive, foi um dos grandes responsáveis pela influência da CEPAL na economia brasileira durante os anos em que o autoritarismo militar perpetuou o papel de Estado interventor na economia.

O perfil desses juristas-economistas<sup>147</sup>, já que os primeiros economistas latino-americanos eram em sua formação juristas, já era um sinal de uma nova elite que se formava, mas que fora, porém, desmanchada pela ditadura e a escolha de Delfim Netto como economista chefe a partir de 1968. “*El golpe militar de 1964 suscitó una interrupción en el surgimiento cadencioso de esta elite [de juristas-economistas], que consistía en economistas orientados hacia el escenario internacional y quienes habían logrado consolidar una suerte de desafío gentil a las élites jurídicas reinantes.*” (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 159-160). O olhar desses profissionais para o exterior, de certa forma, encaminhava bem a cultura jurídica brasileira da época a balancear o já sedimentado hábito dos juristas se apegaram aos “prestígios” que os paralisavam em termos de produção de capital intelectual relevante para o poder de Estado. A tendência após a subida de Delfim Netto foi que somente a ciência econômica impactasse diretamente nas “políticas legislativas” a que se referia Dantas. Os sucessivos e proeminentes planos de desenvolvimento, a influência e atuação da CEPAL, enfim, a cultura “desenvolvimentista” como um todo passou a fazer parte exclusivamente do *framework* economista brasileiro. A geração posterior de economistas, segundo Dezalay e Garth (2005, p.

---

<sup>146</sup> Ver nota 128 acima. Nesse sentido, conferir Dezalay e Garth (2005, p. 159): “*Varios de los economistas importantes del período inicial, incluyendo a Celso Furtado de la Cepal – ministro de Planeación en 1963 [...] – y a Octavio Gouvêa Bulhões – ministro de Hacienda de 1964 a 1967 –, fueron formados como abogados. San Thiago Dantas, un abogado bastante reconocido, intelectual y político asociado con ideas concernientes al desarrollismo, fue el ministro de Hacienda en 1963, antes del ‘giro populista’ que precipitó la rebelión militar. Es entendible que un economista de punta llegara a explicar el rol creciente de la economía en el Gobierno como ‘un fenómeno bastante natural, y no un cambio inusitado’. Así, los abogados fueron entrando con cautela a la posición de los economistas, legitimados por el enfoque en desarrollo económico en el contexto internacional. La variedad de posiciones en el derecho – incluyendo aquellas cercanas a la economía – hizo posible que los economistas se desplazaran gradualmente hacia la consecución de su autonomía sin mayores disrupciones.*”

<sup>147</sup> Não é tão exclusiva da América Latina referida mescla de carreiras. Dois grandes cientistas sociais, como o economista Joseph Schumpeter e o sociólogo e também influente para a economia, Max Weber, foram formados em direito inicialmente (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 15; FARIA, 2012a).

82) já com Pedro Malan, absorveu de vez a cultura anglo-saxã, então em ascensão e já ligou seu capital social e intelectual com o novo *establishment* brasileiro pós redemocratização.

Voltando ao direito, logo quando os juristas prestigiosos estavam a tentar consolidar uma prática mais próxima à economia, como no caso de San Tiago Dantas, o *establishment* militar ascendeu no país. A política desenvolvimentista passou, portanto, a ser guiada por Roberto Campos e Octavio Gouvêa Bulhões até 1967, com o ministério da fazenda, em parte por inspiração cepalina, e passou a partir daí ao economista Delfim Netto. Ele permaneceu na pasta até o início da crise da dívida, quando Mario Henrique Simonsen assume. Destarte até o momento atual a pasta da fazenda no Brasil foi assumida por outros dezoito com perfis diversos. Em 1995, assume Pedro Malan que ficaria até o fim do governo de Fernando Henrique Cardoso, dois tecnocratas. Antes disso, Dezalay e Garth (2005) não fazem maiores constatações sobre as carreiras dos agentes que manejaram a pasta da fazenda ou do desenvolvimento no Brasil. Muitos deles ainda eram juristas com formação em economia, contabilidade ou outra ciência social – como no caso de Marcílio Marques e Ernane Galvêas –. Outros, iniciaram a carreira em engenharia civil e seguiram posteriormente pela ciência econômica. O fato é que o salto do argumento de Dezalay e Garth quanto à transição Delfim Netto, um economista com perfil político, para Pedro Malan, um tecnocrata, é proposital. O vácuo representa justamente os fatores internos que tanto dificultam, por exemplo, o sucesso das exportações institucionais que vingaram a partir da década de 1990<sup>148</sup>. Do mesmo modo a eleição de Lula, um representante sindicalista, ao invés de um novo tecnocrata com o perfil semelhante ao de Fernando Henrique Cardoso<sup>149</sup>. Ou seja, a ascensão dos tecnocratas como mediadores e exportadores de instituições só se sedimenta em países como o Brasil quando as dificuldades internas assim o permitem ou se fragilizam o suficiente para abrir as portas para a disseminação de capital intelectual do norte.

<sup>148</sup> Outro fator que também pode ser considerado é o perfil do autoritarismo militar brasileiro. Diferentemente do que ocorrera com os *Chicago boys* que facilitaram deveras a abertura da academia no Chile para uma “dolarização” mais rápida, no Brasil, Delfim Netto persistiu num modelo de relacionamento político e não somente técnico. Corroborando, conferir: “*La nueva generación [de economistas, como Pedro Malan] utilizo la economía estadounidense y la credibilidad en las matemáticas en contra del Estado fuerte y de la inflación relativamente alta que caracterizaban las políticas de Delfim Netto en los 70. Luego, la crisis de la deuda consolidó su posición.*” (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 82).

<sup>149</sup> Sobre a constatação da ascensão dos políticos tecnocratas, conferir Faria (2012a). O trecho ainda de Dezalay e Garth (2000, p. 163) é claro: “Os principais exemplos desses técnico-políticos incluem Pedro Malan e Fernando Henrique Cardoso no Brasil, Domingo Cavallo na Argentina, Alejandro Foxley no Chile e Pedro Aspe no México [...]. Os economistas são os exemplos paradigmáticos.” Quanto ao específico treinamento e cosmopolitismo de Fernando Henrique, chegando ele a ser chamado de *friend of the Ford Foundation*, conferir Dezalay e Garth (2005, p. 246-247).

O extrato teórico de North e a NEI ajudam nessa missão de fortalecer e direcionar assuntos de governo para a ciência econômica<sup>150</sup>.

Junto a abertura democrática do Brasil, vieram novas configurações para os juristas que atuam próximos aos padrões sofisticados da economia. Tais juristas de negócios estão geralmente em atuações além do Poder Judiciário, utilizando este e seus entendimentos para fixação de riscos e para antever resultados. Quebram a barreira que define bem a prática jurídica, deixando clara que esta não se resume à prática forense. Aliás, parece bem típica que essa configuração consubstancie em mais uma elite dentro das carreiras jurídicas, juntamente com os altos cargos de tribunais e faculdades de direito (ENGELMANN, 2008b).

No Brasil com San Thiago Dantas, passando pelos famosos advogados da empresa Light no Rio de Janeiro<sup>151</sup>, esse tipo de atuação foi incitado em parte pela onda “desenvolvimentista” iniciada com a Era Getuliana, em parte pelos ganhos pessoais de advogados treinados pelo CEPED na década de 1960. Esses marcos da advocacia de negócios no Brasil – um tipo de atuação cosmopolita e que, embora menos “dolarizada” academicamente que outras carreiras, como a ciência econômica<sup>152</sup>, desempenha um papel relevante nas configurações de negócios e da cultura jurídica do país – prepara o terreno para a sedimentação em definitivo com a redemocratização e consequente abertura do país para demandas internacionais.

As privatizações e a entrada de multinacionais no mercado brasileiro turbinaram essa prática e forjaram a fundação ou crescimento de inúmeros escritórios de advocacia com semelhante padrão com as exitosas firmas de advogados anglo-saxões. Para demonstrar, portanto, a importância desse agente do direito na formação do jurista e seus impactos nas esferas de poder de Estado, passa-se adiante a tratar do modo como a legitimidade dos juristas de negócios é encarada e tenta se consolidar no Brasil.

<sup>150</sup> Os argumentos aqui inseridos serão melhor discutidos quando das seções 3.1.2 e 3.2.2, além da 3.3.4.

<sup>151</sup> Para saber mais sobre tais advogados da empresa canadense Light, no Rio de Janeiro, conferir passagem de Dezalay e Garth (2005, p. 172) sobre: “*Alberto Venâncio Filho, quien se convirtió en el coordinador del programa del Ceped, estableció conexiones con San Thiago Dantas como estudiante y trabajó para Rio Light desde 1957 hasta 1961, una compañía canadiense conocida por emplear los mejores abogados brasileños y prepararlos para afrontar asuntos económicos. El director del Ceped fue asesor jurídico de la empresa Light; y otro asesor jurídico de Light, quien había ayudado a redactar el Código de Comercio y Sociedades del Brasil en los años 50, fue también una de las figuras más preeminentes del Ceped.*”

<sup>152</sup> Conferir nota 104 acima para o apanhado sobre a comparação com a “dolarização” das ciências do direito e da economia.

### 2.4.2 A legitimidade dos “juristas de negócios” no Brasil

Em sintonia com os modelos de negócios que se irradiam na economia globalizada, tais juristas de negócios são advogados ou consultores governamentais que não caíram nas tentações de nutrir os litígios judiciais em troca de sua expertise no auxílio à suposta resolução. São juristas que manejam a linguagem das contingências empresarias<sup>153</sup>, dos custos de transação, dos muitos processos e “novas” demandas de desjudicialização<sup>154</sup>, que atentam a uma aparente desconstitucionalização de direitos sociais e chegam a influenciar a política legislativa a fim de unificar as tendências dos processos civis e penais de modo a dar maior segurança para seus clientes transnacionais. Costumam ser capazes de atuar, entender e agir junto a “[...] economistas, analistas de mercado, administradores, engenheiros de produção, engenheiros financeiros, especialistas em cálculos atuariais e auditores nas operações de compra, venda, fusões, incorporações, reestruturações, privatização, avaliações de risco, formulações de contratos e auditoria legal [...]” (FARIA, 2008, p. 78).

Como dito anteriormente, no Brasil, sua atuação quase sempre passa despercebida pelas faculdades de direito e demonstra o grande poder de geração de conhecimento que possuem as tais bancas, firmas ou boutiques de advocacia brasileira. Esses escritórios e juristas geralmente não estão na roda de produção de grandes e reconhecidas doutrinas usadas nas faculdades e tribunais<sup>155</sup> e costumam se distanciar de noticiários que envolvem casos populares

<sup>153</sup> Os modelos de contingências de chance de perda ou de ganho de determinada ação judicial ou administrativa que são mapeados por juristas são aqueles estabelecidos em empresas e contidos comumente em prospectos preliminares ou definitivos de aberturas de capitais em bolsa de valores, principalmente em altos níveis de governança corporativa. Definem as chances de perdas e de ganhos em remota, possível e provável e balizam os riscos de determinados negócios, servindo como um mapa de custos para futuros acionistas e investidores da empresa avaliada.

<sup>154</sup> De acordo com Dias e Pedrosa (2002, p. 13), “[a] desjudicialização surge no quadro do direito estadual e do sistema judicial como resposta à incapacidade de resposta dos tribunais à procura (aumento de pendências), ao excesso de formalismo, ao custo, à ‘irrazoável’ duração dos processos e ao difícil acesso à justiça [...]. Os processos de desjudicialização têm consistido essencialmente, por um lado, na simplificação processual e no recurso dos tribunais a meios informais e a ‘não-juristas’ para a resolução de alguns litígios. Por outro lado, desenvolve-se através de transferência de competência da resolução de um litígio do tribunal para instâncias não judiciais ou para o âmbito de acção das ‘velhas’ ou ‘novas’ profissões jurídicas, ou mesmo das novas profissões de gestão e de resolução de conflitos.” Na mesma toada, conferir a “terceira tendência” das nove novas formas e funções do direito elencadas por José Eduardo Faria (2008a, p. 76-79).

<sup>155</sup> Para se ter ideia da distância que as faculdades guardam desses escritórios em termos de afinidade de seus agentes às pós-graduações em direito, apenas 34% (trinta e quatro por cento) possuem mestrado – aqui incluído os LLMS em universidades do exterior – dentre os sócios dos escritórios mais “lembrados”, enquanto que apenas 9% (nove por cento) possuem doutorado. Dentre os advogados mais “admirados”, dos 57% (cinquenta e sete por cento) que possuem mestrado, mais de 40 % (quarenta por cento) concentram seus títulos nas duas maiores pós-graduações em direito de São Paulo. Desses mais “admirados”, somente 25% (vinte e cinco por cento) do total possuem doutorado. Confirmando o argumento da nota 104 acima de que o conhecimento produzido nessas firmas substitui o vácuo das faculdades quanto a formação no *know how* exigido para se tornar um jurista de negócios: 72% (setenta e dois por cento) dos mais “admirados” e 71% (setenta e um por

do STF e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Talvez, das elites apontadas por Engelmann (2012, p. 492-493) essa dos juristas de negócios seja a menos veiculada no mundo da cultura jurídica brasileira, talvez por causa da recente construção de seus caminhos no Brasil através da internacionalização, talvez pela persistente legitimação de juristas mais tradicionais de cultura estritamente forense.

As estratégias de legitimação dos juristas de negócios no Brasil passam por diversos fatores de internacionalização ou “dolarização” do conhecimento jurídico. A globalização impacta no modelo econômico que, conseqüentemente, gera conhecimento adequado para gestão e resolução de conflitos dentro das dimensões e categorias do direito. Essa relativamente nova elite se estruturou de maneira gradativa e seguiu basicamente os mesmos modelos das grandes firmas de advocacia de negócios norte-americanas<sup>156</sup>.

Com essa ascensão é possível verificar que, por exemplo, tais juristas de negócios apontados em análises editoriais sobre a carreira (ANÁLISE ADVOCACIA 500, 2013) são uma minoria absolutamente ínfima em relação aos 696.864 advogados ativos na Ordem dos Advogados do Brasil, doravante OAB<sup>157</sup>. “Nessa nova hierarquia, os escritórios solo e de pequeno porte fazem principalmente o atendimento de clientes individuais e as médias e grandes sociedades de advogados concentram os clientes empresariais e as corporações.” (BONELLI, 2013, p. 5); eis um claro indício da estratificação da advocacia no Brasil e um testemunho de que os espaços não-internacionalizados da advocacia ainda pairam ante a maioria dos profissionais. Nesse contexto, verifica-se que o conhecimento advindo das grandes sociedades de advogados possui forte justificativa no fato de ele representar uma elite absolutamente pequena diante do conhecimento tradicional, geralmente vinculada à prática forense e às carreiras.

---

cento) dos sócios das boutiques possuem entre dez e vinte e nove anos de profissão. O argumento ainda pode se balizar no perfil dos advogados mais “admirados” de 2013: dos vinte e cinco do elenco, onze possuem formação tradicional em faculdades do Brasil ou Europa, dez com LLM nos Estados Unidos e três outros tipos de pós-graduações norte-americanas – inclusive em outras disciplinas como ciência política e administração (ANÁLISE ADVOCACIA 500, 2013, p. 49-51). As fontes foram complementadas por visitas aos sites dos escritórios dos quais os mais “admirados” estão vinculados.

<sup>156</sup> Sobre a questão da estratificação da advocacia no Brasil e o modo como os advogados especificamente enfrentaram as dificuldades das carreiras advindas das mudanças na economia brasileira a partir da década de 1990, ver Maria Bonelli (2013, p. 4): “Tal expansão favoreceu um processo que encontrou resistência entre os advogados brasileiros até os anos 1990, que era o da estratificação da advocacia. Como decorrência, estabeleceu-se uma hierarquia do que vale mais e menos na profissão, tanto em relação ao tamanho do escritório e à posição que o advogado e a advogada ocupavam nele quanto ao tipo de clientela, à especialização e internacionalização.” Dentro da análise de escritórios de advocacia, ver dados e pesquisa sobre a estratificação ver estudo encomendado pelo Centro de Estudos das Sociedades de Advogados – CESA (CUNHA et al, 2007).

<sup>157</sup> Os dados podem ser conferidos em Bonelli (2013, p. 3).

Ao contrário do que vem acontecendo na Europa, onde os maiores escritórios de advocacia em termos de faturamento são os de matriz norte-americana ou britânica (DEZALAY; TRUBEK, 1996), a OAB tratou de fechar a atuação dessas firmas no Brasil. Esse argumento abriu portas para uma espécie de hibridismo entre o local, o regional e o global<sup>158</sup>. O resultado, tomando as firmas brasileiras de advogados de negócios, é que: **(i)** as elites que possuem maior predominância de reconhecimento no território brasileiro estão vinculadas às altas carreiras em torno do Poder Judiciário, como os ministros de tribunais superiores, o que reflete, conseqüentemente, a farta busca por concursos públicos de acesso a tais carreiras em âmbito nacional<sup>159</sup>; **(ii)** as elites vinculadas às faculdades de direito estão espalhadas pelo país, contudo devido às baixas remunerações e à cultura de o jurista encarar o cargo de professor como uma “renda adicional” mantêm a carreira em um patamar intermediário; **(iii)** as elites que possuem relevância regional e atuação global, como os juristas de negócios, vinculam-se às regiões sudeste e sul do país e abarcam uma minoria diante dos números de advogados que essas regiões possuem – a maioria dos advogados ativos no país.

Todavia, é possível sustentar que os juristas de negócios, vinculados à atuação em direito empresarial para além da legalidade estrita dos códigos e práticas das cortes nacionais, legitimam-se a partir da detenção de seu conhecimento, um *know how* relevante para a configuração jurídica das principais transações privadas no Brasil e, conseqüentemente, geram uma espécie de atuação nos bastidores da cultura jurídica tradicional. Sua proximidade com referidos negócios os tornam cosmopolitas, mais atinentes a atuações vinculadas à *law and economics* e a reboque de um conhecimento jurídico transnacional, forjado por atuações locais e globais e especializações acadêmicas em países de cultura jurídica anglo-saxã<sup>160</sup>. É, portanto,

<sup>158</sup> “Apesar da exportação e importação dos modelos anglo-americanos das sociedades de advogados, já diversificado nos países de origem, aqui eles se adaptaram à cultura jurídica local. Um exemplo do hibridismo entre os modelos globais e locais dessas organizações é que, recentemente, a OAB-SP preocupada com a preservação do mercado de trabalho da advocacia, estabeleceu o impedimento da associação entre advogado estrangeiro e advogado brasileiro, fechando brechas na legislação na qual estrangeiros atuavam como sócios de sociedades de advogados de forma travestida. Os consultores podem registrar Sociedades de Consultores em Direito Estrangeiro, junto à OAB, que fiscaliza a prática. Eles devem ser inscritos na OAB, ter sede no Brasil, seguir a legislação brasileira, o Estatuto e regimentos da Ordem e fornecer consultoria apenas sobre direito estrangeiro.” (BONELLI, 2013, p. 21). Ainda nesse sentido, conferir Engelmann (2010, p. 15).

<sup>159</sup> Vide Engelmann (2010, p. 06) e seus argumentos de prevalência da elite de juristas de Estado em resistência aos juristas de negócios: “A redefinição do espaço institucional dos juristas teve como centro a politização de instituições como o Ministério Público e, especialmente, a afirmação do Judiciário enquanto ator político relevante. Tal processo reafirmou a tradição de poder político do que se pode caracterizar como uma elite jurídica de Estado.” Conferir, em complementariedade de argumento, a disputa entre neoconstitucionalismo e os usos da NEI, Garavito (2011).

<sup>160</sup> Sobre o enlace entre as firmas de advocacia norte-americanas e as demais estabelecidas ainda de maneira incipiente no Sul, conferir Dezalay e Garth (2005, p. 312): “*La posición dominante de los Estados Unidos respecto a las pequeñas firmas familiares de abogados, hace que las firmas estadounidenses gocen de un rol*

um forte “[...] segmento capaz de influenciar a redefinição das práticas judiciais e a configuração de modelos de exercício da advocacia.” (ENGELMANN, 2008a, p. 2).

Não obstante já se tenha defendido a distância desse tipo de atuação das elites acadêmicas, é inevitável reconhecer que há hoje, no Brasil, um esforço em fundamentar os juristas de negócios academicamente. Os esforços vinculados às escolas de direito da Fundação Getúlio Vargas, tanto no Rio de Janeiro quanto em São Paulo são um claro exemplo dessa busca. A partir de muitos dos ensinamentos da *law and economics* nas vertentes organizacional e novo institucional, impulsionadas academicamente por obras vinculadas ao Centro de Estudos de Direito e Economia (CEDE), um grupo interdisciplinar fundado em faculdades da Universidade de São Paulo (USP), tomou corpo perante cientistas políticos, sociólogos, economistas e administradores<sup>161</sup> o mantra “*institutions matters*”. O direito como linguagem chave para a formulação de tais instituições, passou assim a ser recorrente nas agendas acadêmicas (ENGELMANN, 2008a, p. 5-6). Essa fundamentação acadêmica, embora concorrendo simbolicamente com a farta produção doutrinária da prática jurídica tradicional como os grandes manuais, tem tido relativo sucesso (TRUBEK, 2011).

Os espaços que os juristas de negócios trazem para os “novos” campos jurídicos é um denominador que representa bem uma luta simbólica. Seria a “cultura jurídica de mercado” em face da ampla e tradicionalmente sedimentada – e ainda prevalecente – “cultura jurídica de Estado”. Nessa batalha, porém, não pode haver confrontos leais se não se fala a mesma linguagem. Ao que se percebe, ao menos a um primeiro e rápido momento, os juristas tradicionais ainda estão a cambalear diante de tantas mudanças e, portanto, com a exceção das relações “pessoalizadas” que persistem pelo acúmulo de capital social – *know who* –, parece que esse destaque só remonta a uma falta de prestígio do conhecimento jurídico tradicional ante

---

*destacado en la reproducción de técnicas y conocimientos especializados para con las firmas de abogados de negocios del Sur. Así, ellas controlan el acceso hacia los conocimientos especializados más preciados y hacia los clientes más importantes. De esta forma, las firmas estadounidenses seleccionan a unos pocos prospectos para integrarlos a la élite mundial, construyendo y renovando continuamente su legitimidad. Las conexiones y las relaciones entre las firmas del Norte y del Sur, también permite a las firmas de abogados estadounidenses desarrollar vínculos con los que logran escoger a las firmas mejor dotadas y conectadas del Sur. En otras palabras, este modelo resulta bastante conveniente para las firmas estadounidenses.”*

<sup>161</sup> Nesse sentido do crescimento de outros interessados acadêmicos que não só os economistas a partir da virada institucional, conferir Engelmann (2008a, p. 7): “Interessa notar que o aparecimento de outros perfis de especialistas, como administradores e economistas dedicados a temas do direito e posicionados fora das faculdades de direito e da burocracia judiciária também é indicativo do esforço de legitimação da construção de instituições que pretendem se afirmar como locus de disputa do monopólio de resolução de conflitos econômicos com o sistema judicial estatal, como câmaras de arbitragem e diversas entidades ‘não-estatais’ relacionadas à regulação de conflitos econômicos. Tal fato se evidencia, também com as iniciativas que visam legitimar outros perfis de especialistas nas atividades de mediação de conflitos, tais como as iniciativas do Conselho Federal dos Profissionais de Administração que promove na década de 2000 cursos de ‘gestão de conflitos’, desafiando o monopólio dos juristas nesse domínio.”

os poderes de Estado. Enquanto que muito da política legislativa tem demonstrado que outros atores, como os economistas – e consequentemente os juristas de negócios<sup>162</sup> –, têm desenhado as instituições desses poderes de Estado e saído na frente com seus critérios “cientificizados”, os juristas tradicionais, representantes da grande maioria dos quase meio milhão de profissionais da advocacia, ainda parecem não notar sua “proletarização” e estratificação, e persistem em muitos dos conceitos abstratos que tornam os juristas cada vez mais distantes da realidade.

#### **2.4.3 Elites de profissão jurídica e o futuro das carreiras**

Oportunidades nas carreiras jurídicas há. Mas a paulatina estratificação apontada por Bonelli (2013), a internacionalização já indicada através de Dezalay e Garth (2005), de Dezalay e Trubek (1996) e por Faria (2008a; 2012a), além de fatores como o grande crescimento do número de faculdades de direito (GHIRARDI; CUNHA; FEFERBAUM, 2014) e a proeminência das elites de Estado (ENGELMANN, 2010) tem tonado o estado do jurista em uma recente e quase perene transição. De grandes protagonistas do monopólio do conhecimento dos poderes de Estado às massas estratificadas; de privilégios locais e provinciais – *know who* – ao apego às tecnologias jurídicas transnacionais – *know how*<sup>163</sup> –; de forjadores de instituições a espectadores alienados dessas novas mudanças. A busca por seu lugar em um mundo globalizado, principalmente no Brasil, está cada vez mais árdua e a educação do direito no país é causa e ao mesmo tempo reflexo disso. Causa por não ter as estruturas de ensino do direito seguido os mesmos passos das demais ciências sociais brasileiras; consequência pelo fato de a grande maioria ainda insistir em um modelo de conhecimento opaco, “autista” e

---

<sup>162</sup> Uma alteração visualizável nesse quadro analítico de influência do conhecimento dos juristas de negócios na política legislativa é a recém instituída Lei Anticorrupção. A lei ordinária de número 12.846, de 1º de agosto de 2013 absorveria como uma réplica das práticas corporativas de *compliance* que, por sua vez, foram replicadas na fundação de grandes comissões no combate à corrupção em empresas e governos pelo mundo (*UK Bribery Act* e o *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA), advindas da maturidade das práticas de divisão de responsabilidades nas grandes organizações. Quanto a essa influência do *compliance* – típica prática e conhecimento de juristas de negócios – e de comissões estrangeiras no combate à corrupção, na lei apontada, é possível conferir o artigo 7º, inciso VIII, que propaga: “Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.” Durante a elaboração e trâmite legislativo dessa lei, houve visitas técnicas e audiências no Congresso com cerca de três ou quatro advogados de negócios especialistas em *compliance*.

<sup>163</sup> O trocadilho é veiculado por Dezalay e Garth (2000, p. 169) para demonstrar o contraste entre capital cosmopolita e capital provinciano, entre conhecimento local de pessoas e conhecimento técnico transnacional, ou o conflito entre “*local know who and U.S. know-how.*”

distante da realidade, aproveitando a vulgata kelseniana de fechamento em um positivismo distante daquele pregado pelo grande jurista em sua teoria.

Resta, porém, não só cair na tentação de, como talvez esteja apontando Ulen (2002), buscar um Prêmio Nobel em Ciências Legais. Nem muito menos, empreender esforços de fusão ou cisão total entre direito e outras ciências sociais, seja pelo manto da autonomia do conhecimento seja pela justificativa de uma interdisciplinaridade, respectivamente. Já que o clamor de Unger (1996) não se concretizou e os juristas de Estado no Brasil, definitivamente, são protagonistas no tecer de políticas públicas<sup>164</sup> em adjudicações de direitos sociais contrários ou complementares a atuações do Poder Executivo ou do Legislativo, mais que necessário uma reformulação, mesmo que mínima, no conhecimento tradicional dos juristas brasileiros.

“Imaginação institucional” é o caminho de Unger (1996; 2011). Outros acreditam em um potencial “emancipatório” para o direito (SANTOS, 2003). São excelentes estratégias convergentes que tentam apontar para o caminho que virá<sup>165</sup>. Entretanto, salvo raras e louváveis exceções, parecem não ecoar ainda nos problemas do ensino jurídico tradicional. O reflexo se dá também nos campos tradicionais, como no Poder Judiciário e sua grande demanda por agentes que pensem também nas “consequências” de aplicação de normas (PARGENDLER; SALAMA, 2013). Enquanto que uma das três elites apontadas desponta como agente chave transnacional e mediador da entrada de grandes conglomerados em países como o Brasil, as outras elites tentam evoluir sob pressões internas e pressões externas. As internas vinculam a mudança do próprio Estado brasileiro; inclui a modernização e a absorção de um novo papel do Estado ante o cenário cada vez mais globalizado. As pressões externas ou exógenas se caracterizam pelo cerne deste trabalho: quais os níveis de interação entre o conhecimento jurídico tradicional produzido pelos agentes das elites de Estado e das faculdades de direito tradicionais e as importações de instituições, inclusive jurídicas, balizadas pela NEI? É possível a estas elites traduzir os processos dessas importações de modo a acoplar as consequências das mudanças institucionais em seus conhecimentos tradicionais? Como permanece a cultura jurídica periférica diante da sofisticação e dinâmicas das ditas elites, além do fato de que a educação jurídica tradicional não vem acompanhando referidas sinergias e movimentos?

---

<sup>164</sup> Vide notas 58 e 119 acima.

<sup>165</sup> Conforme reconhecimento de Faria (2008a, p. 117-118): “Preocupados em fazer uma crítica a um só tempo epistemológica e social, estes últimos procuram identificar o fenômeno jurídico a partir da totalidade do período histórico que o determinou, defendendo, inclusive, a ‘repolitização’ da educação jurídica com o objetivo de convertê-la num campo imaginativo, numa estratégia hermenêutica e numa prática social capazes de desenvolver possibilidades emancipatórias de cidadania e formas institucionais alternativas de pluralismo econômico, social e político.”

As respostas a esses questionamentos parecem apontar para um cenário minimamente impactante no modo como o jurista enxerga seu mundo e exerce sua função no Brasil. Como dizem Pargendler e Salama (2013, p. 135), agora para o jurista sua função não é somente treinamento para manter a ordem, “[...] mas também de impulsionar a melhora [...]”. E as influências para que a maioria enxergue isso vem tanto por “ofertas” como por “demandas”<sup>166</sup>. Talvez, alcançando esse estado, juristas possam de fato, estarem aptos às várias oportunidades aí presentes; talvez, consigam pensar, intermediar e confeccionar instituições – com a mesma qualidade dos economistas de hoje – graças a seus conhecimentos avançados e não às suas influências pessoais. Caso isso seja alcançado a prognose de Ronald Coase pode ser cumprida: a de que “[...] quando os operadores do direito dominarem conceitos econômicos, suplantarão os economistas na avaliação econômica dos efeitos das normas jurídicas, refinando o método de estudo do Direito.” (SZTAJN, 2005, p. 82).

## 2.5 Sedimentação internacional da busca da efetividade do Estado de Direito

Passando brevemente pela “batalha” entre juristas e economistas, pode-se argumentar que graças à NEI de Douglass North e demais novos institucionalistas a ciência econômica transita facilmente por assuntos que antes eram exclusividade dos juristas. As estratégias dos usos dessa fundamentação teórica é a completa legitimidade e sedimentação dos padrões da NEI pela política e economia do mundo. Adentrar na esfera política foi o grande desafio dos organismos multilaterais; flertar com os poderes judiciários dos vários países alvos dos investimentos foi o grande trunfo da estratégia dos economistas perante o direito. E o argumento chave para permitir o fortalecimento, segundo esses critérios, das instituições jurídicas nacionais foi o *rule of law*, o Estado de Direito. Essa estratégia se dá a reboque da absorção da NEI pelos economistas de Washington com a corrente novo institucionalista posteriormente também adotando o Estado de Direito como termômetro relevante para avaliar o ambiente de países e construir seu *framework* descritivo<sup>167</sup>.

<sup>166</sup> Como explicam Pargendler e Salama (2013, p. 136) em analogia a nomenclatura econômica: “É comum imaginar-se que evoluções deste tipo decorram apenas de desenvolvimentos internos à academia, mas não parece ser este o caso. Para ficarmos com uma metáfora cara aos economistas, aqui defendemos que a mudança no padrão de reflexão jurídica está ligada menos a fatores de ‘oferta’ (notadamente, a competição entre os ‘produtores’ de análise jurídica que buscam sofisticar suas análises de modo a torná-las mais aceitas ou influentes) e mais a fatores de ‘demanda’ (em particular, padrões ideológicos, políticos e jurídicos que geram ‘consumidores’ interessados por análise jurídica com viés consequencialista).”

<sup>167</sup> Os trabalhos de North só passam a tratar da *rule of law* de maneira relevante, como conceito fundamental para a formação do *framework* desse autor a partir das últimas obras, já no século XXI.

Para os organismos multilaterais o *rule of law* “[...] contempla um sistema jurídico caracterizado pela premência de regras universais e transparentes aplicadas com uniformidade, neutralidade e eficiência por uma pirâmide de jurisdições dotadas de quadros profissionalizados e protegidos de pressões políticas.” (ENGELMANN, 2010, p. 05). Ou ainda, resumidamente, “pode ser definido como um sistema em que os direitos são de conhecimento público, de significados claros e se aplicam igualmente a todos.”<sup>168</sup>. Essa é a premissa. Além disso, o Estado de Direito é central tanto para a democracia como para a economia de mercado (CAROTHERS, 1998, p. 97), o que facilita as estratégias de sedimentação e aceitação das reformas sob esses mantras.

Os limites exatos e os fenômenos que os economistas consideram compor o Estado de Direito não são exatamente bem delimitados (BOHRER, 2011, p. 171). Sabe-se, entretanto, que a **(i)** proteção dos direitos de propriedade é um dos principais vetores de sustentação de um Estado de Direito. Além disso, pode-se incluir, ao menos no arcabouço descritivo de North, outros vetores que o compõem: **(ii)** proteção à livre contratação privada; **(iii)** garantia ao cumprimento “impessoal” de tais contratos; e **(iv)** limitações dos poderes do soberano (SALAMA, 2011, p. 56). O que se sabe também é que a estratégia do *rule of law* abrange no mínimo três dimensões de atuação de sua promoção pelos organismos e agências multilaterais: uma estratégia política, outra jurídica e uma econômica. Nessa última, sem dúvida, resta integralmente a inspiração na NEI (SCHAPIRO, 2011).

Trata-se, portanto da mais impactante das intervenções dos economistas em face dos juristas em termos de criação de conhecimento e avocação do direito como matéria-objeto das *expertises* econômicas. Afinal, o Estado atua pelo direito. Juntamente com as análises e os usos da NEI, respectivamente através do complexo arcabouço criado por Douglass North e pela atuação dos organismos multilaterais, a estratégia do *rule of law* passa por inúmeros obstáculos e, todavia, não dá sinal de descanso ou arrefecimento<sup>169</sup>.

Inicia-se essa fase justamente quando da virada novo institucionalista dos organismos multilaterais, quando se passa a chamar de segunda geração de reformas

<sup>168</sup> Tradução livre para a passagem de Carothers (1998, p. 96): “*The rule of law can be defined as a system in which the laws are public knowledge, are clear in meaning, and apply equally to everyone.*”

<sup>169</sup> Dentre os muitos autores que analisam as estratégias envolvidas na promoção ao *rule of law*, é claro e quase unânime que o movimento passou por dificuldades, beirou o fracasso, mas continua como toada de investimentos para a promoção do desenvolvimento de países periféricos. Nesse sentido, conferir Mariana Prado (2013), Prado e Trebilcock (2009), Carothers (1998), Trubek (2009) e Schapiro e Trubek (2012), além de Milhaupt e Pistor (2008) e Tamanaha (2009).

estruturais<sup>170</sup>. Um excelente meio de mapear tais mudanças e a forma como a ideia de Estado de Direito ganha importância na convergência entre a centralidade de instituições e o fortalecimento das instituições jurídicas é perceber as leituras dessas transições a partir do movimento *law and development*. Nesse sentido, abaixo seguem as subseções que cuidarão de explicar as duas gerações de tentativa de reformar o direito para torná-lo instrumento de desenvolvimento e como a *rule of law* integra a segunda dessas estratégias.

### **2.5.1 Direito e desenvolvimento: primeira geração no Brasil**

A primeira geração de estudos que tentaram de alguma forma convergir o direito e suas categorias para dentro da agenda desenvolvimentista foi a ligada ao já comentado CEPED. Sua gênese remonta o cenário onde alguns juristas norte-americanos em uma das tratativas de negociação de empréstimos e negociações de dívidas entre o governo brasileiro e o norte-americano, principalmente através da USAID<sup>171</sup>, enxergavam nos juristas brasileiros um papel coadjuvante em tais transações<sup>172</sup>. A tentativa da mudança desse papel era – assim como de forma simétrica – tentativa de repetir os sucessos das empreitadas acadêmicas em ciências econômicas, que à época espalhavam as categorias do consenso keynesiano e se encaminhavam para a disputa com os então em formação *Chicago Boys* (TRUBEK, 2009, p. 186).

Trata-se de um esforço de reforma do ensino jurídico visando, em última instância, dar um golpe no bacharelismo então prevalecente nas faculdades de direito. Esse último, o bacharelismo, era visto com desconfiança pelos representantes do recente capital vindo dos Estados Unidos. Pretendiam com a criação do CEPED formar juristas que pudessem dialogar com a então crescente nova linguagem em ciências econômicas e, principalmente, no quadro

<sup>170</sup> Para se ter uma ideia dessa virada, conferir: “[...] há cerca de 30 anos, 58% dos desembolsos do Banco Mundial eram direcionados para projetos de infraestrutura, sendo que esse montante corresponde atualmente a apenas 22% de seus investimentos. Por sua vez, os programas de qualificação institucional passaram a representar 52% dos desembolsos do Banco Mundial.” (SCHAPIRO; TRUBEK, 2012, p. 39-40).

<sup>171</sup> Sigla em inglês da *United States Agency for International Development*. Esse organismo fora criado em 1961 a partir dos esforços norte-americanos de espalhar o consenso keynesiano e combater o comunismo. Nesse sentido, conferir Dezalay e Garth (2005, p. 81-82).

<sup>172</sup> Nesse sentido, sobre o diagnóstico desse tal papel coadjuvante do jurista, conferir: “[...] deu-se conta o Professor Trubek do papel secundário que desempenhavam os advogados brasileiros, seja de órgãos públicos, seja de órgãos privados, a negociação dos empréstimos internacionais e na formulação de suas cláusulas contratuais. Refletindo, a respeito, verificou, em consequência, que esta posição subalterna ocupada pelo advogado, no Brasil, decorria, em grande parte, da má formação haurida nas faculdades de Direito, que não habilitava o advogado para estas novas tarefas da vida econômica e para os esquemas de formulação dos negócios. Em consequência, procurou ele contatos nos meios universitários para o debate da matéria, surgindo, em consequência desse trabalho, a criação de um centro de estudos e pesquisas, que se converteu no CEPED.” (VENÂNCIO FILHO, 1982, p. 325).

de mudanças de atuação do Estado. O bacharelismo, portanto, criador do então quadro de dirigentes de Estado, era visto como um antro de juristas diletantes e apegados à mera retórica<sup>173</sup>.

Essa primeira geração, portanto, que tem seu marco referencial na criação do CEPED em 1966, inicia seus trabalhos de reforma do ensino jurídico no Brasil com o intuito secundário de alterar o panorama em todo o território nacional<sup>174</sup>. Pelo pouco que as faculdades de direito atuais ecoam esse esforço hoje – salvo raras exceções –, resta inevitável a conclusão de que essa primeira geração que tenta unir direito à onda desenvolvimentista foi um fracasso. As sementes plantadas, no máximo, nutriram em juristas treinados diretamente em *law and development* uma oportunidade para ascender seu capital social com as fontes cosmopolitas do direito. Passa-se, portanto, nessa fase, a se formar uma elite que deveria ter o papel de passar as lições adiante aos demais profissionais do direito. Em vez disso, aproveitaram-se do capital intelectual e internacional acumulados com o treinamento em benefício próprio, “pessoalizando” o *know how* aprendido<sup>175</sup>.

O conceito de *rule of law*, embora não veiculado diretamente como “mantra” ou *slogan* (SCHAPIRO, 2011, p. 123) dessa geração de direito e desenvolvimento, já estava ligado ao movimento de desenvolvimento político que ocorreu logo após a Segunda Guerra Mundial, atrelada às teorias da modernização típicas das décadas de 1950 e 1960, convergindo aqui com o *establishment* que influenciava a política externa norte-americana. Tratava-se de uma onda influenciada por economistas, cientistas políticos e sociólogos inspirada no funcionalismo estrutural de Talcott Parsons (TAMANAH, 2009, p. 189-190). Porém, a ideia de Estado de Direito como um fator convergente e importante para a política externa norte-americana só ganharia vigor posteriormente, com a segunda geração de *law and development*.

---

<sup>173</sup> “El Centro para el Estudio e Investigación de la Educación en el Derecho fue construido a partir de vínculos bastante estrechos con personas que ya habían intentado combinar el derecho y la economía en aras del desarrollo. Muchos de ellos, según uno de los miembros estadounidenses, habían convertido la crítica en contra del bacharelismo (el dominio del Estado por parte de los abogados) y de los abogados diletantes, en una acusación en contra del poderoso Estado brasileño que se había consolidado, en parte, sobre la base de críticas bastante similares.” (DEZALAY; GARTH, 2005, p. 172).

<sup>174</sup> O trecho a seguir explana e resume muito bem o escopo do movimento a partir do testemunho de um dos idealizadores do primeiro *law and economics*: “Nesse contexto, não surpreende que o pequeno grupo de advogados liberais que colocavam o foco na reforma jurídica como estratégia de desenvolvimento enfatizasse o papel econômico do direito e destacasse sua importância como instrumento com o qual os atores estatais poderiam moldar a economia. Isso significava um funcionamento mais eficaz das empresas estatais e abordagens ‘modernas’ da regulamentação do setor privado.” (TRUBEK, 2009, p. 187).

<sup>175</sup> Para maiores informações sobre o fracasso da primeira geração do movimento *law and development* no Brasil, ver Dezalay e Garth (2000, p. 168), Tamanaha (2009, p. 191), Trubek (2009, p. 191-195) e Herkelmann (1980, p. 300-301).

O que é essencial nesse sentido é identificar que o movimento *law and development* foi assim nomeado pelos próprios criadores a época e tentou influenciar o direito e suas estruturas não só no Brasil, mas também no Chile e em demais países em desenvolvimento. Trata-se, portanto, de uma tentativa de modernização das categorias do direito através do próprio direito e visando a melhoria, em primeiro plano ao menos, do funcionamento do direito e dos sistemas subjacentes.

Os laços dessa geração, do ponto de vista do contexto global, identificam-se com a era da industrialização dos países do “terceiro mundo”, do incentivo à substituição de importações, de um fomento a um papel ativo do Estado na economia através de planejamento, do desenho de políticas públicas industriais e da própria propriedade estatal. Como se disse anteriormente, tratava-se quase que simetricamente de uma síntese do consenso keynesiano na área do direito. Era, portanto, uma geração herdeira do quadro econômico e cultural do ocidente do fim do segundo pós-guerra.

Com a mudança do contexto global, ascensão dos *Chicago boys* e das mudanças estruturais do capitalismo (FARIA, 2008a), o quadro mudou e o modo como se enxerga o direito se reciclou. Somente a segunda geração do movimento *law and development* é que o *slogan* do Estado de Direito ganha efetiva e palpável força, balizando reformas institucionais no sentido de North, e impulsionando o conhecimento econômico a preencher diretamente o vácuo no conhecimento jurídico dos países em desenvolvimento.

### **2.5.2 Direito e desenvolvimento: segunda geração no Brasil**

O deslocamento do movimento *law and development* da periferia da estratégia reformista para o centro, com o *rule of law*, é a transição mais emblemática da ascensão do “mantra” Estado de Direito como objetivo e escopo da teoria econômica. Se antes, o *law and development* era associado aos ideais de dentro do próprio conhecimento jurídico, visando acoplar o direito ao *establishment* e *mainstream* que circulavam nas décadas de 1950 e 1960, agora esse novo *law and development* é produzido quase que exclusivamente por economistas, acopla o direito prática e teoricamente às ortodoxias acadêmicas e políticas e ganha vazão financeira e científica<sup>176</sup>.

---

<sup>176</sup> É importante notar que o primeiro movimento *law and development* é um esforço de alguns professores de direito e assessores de agências de investimento como a USAID. Visavam eles uma reforma pontual no ensino jurídico, com efeitos secundários sobre profissões jurídicas e conseqüentemente sobre instituições políticas, econômicas e sociais dos países alvos. Agora, os próprios membros dessa primeira geração se reciclam e, ao

Um claro exemplo das naturezas distintas da primeira para a segunda geração de *law and development* pode ser visto na Tabela 3. Não só a gênese acadêmica é que difere; os paradigmas do contexto econômico também são fatores que impulsionam os sucessos, fracassos e alcances incrustados em ambas as gerações.

Tabela 3 – Paradigmas influenciadores dos movimentos *law and development*

	1ª Paradigma desenvolvimentista	2ª Paradigma <i>rule of law</i>
Ideias econômicas	- Economia keynesiana; - Administração macroeconômica, gestão de agregados e primazia da regulação pública;	- Nova Economia Institucional; - Administração microeconômica; - Primazia do mercado como espaço de alocação dos recursos entre particulares;
Concepção de direito	- Prevalência do direito público; - Racionalidade substantiva – <i>goal-oriented</i> ;	- Apropriação do “legado weberiano”; - Veículo de garantia e segurança jurídica; - Racionalidade reflexiva – autorregulação, regulação indireta;
Papel do Estado	- Direção econômica, primazia do planejamento e do controle público sobre variáveis econômicas;	- Intervenção “moderada”, direcionada ao incremento do ambiente de negócios; - Preservação do sistema de preços;

Fonte: Adaptado de SCHAPIRO, 2011, p. 130.

Na concepção de direito que cada uma dessas gerações desenvolveu, sem dúvida, é onde reside uma das principais diferenças entre elas. Ao invés de um papel para o direito cujo objetivo é modelado e orientado para a intervenção direta do Estado na economia, o paradigma da ascensão do *rule of law* propõe uma racionalidade reflexiva com a primazia das “[...] iniciativas de autorregulação ou de regulação indireta.” (SCHAPIRO, 2011, p. 129). Isto é um reflexo claro do panorama econômico global: ao invés de uma economia planejada pelo Estado, a este cabe unicamente assegurar através do direito os instrumentos e instituições que permitam aos mercados um melhor desempenho e aos particulares o melhor ambiente de contratação e manutenção da propriedade<sup>177</sup>.

---

invés de criarem o conhecimento que influencia diretamente as reformas, descrevem o quadro e tentam encontrar as semelhanças com a primeira geração a fim de mapear esses esforços e as mudanças no raciocínio e no conhecimento jurídicos. Agora, ao invés de um conhecimento forjado pelo direito e para o direito, tem-se um movimento de origem político-econômica, da ciência econômica para o direito. Para maiores detalhes acerca da natureza dessas duas fases, ver Trubek (2009), Schapiro (2011) e Dezalay e Garth (2000; 2005).

<sup>177</sup> Interessante também notar que essa “intervenção moderada” é, em boa medida, herdeira das escolas econômicas de “água doce”. Ou seja, é uma espécie de “viragem” que permitiu aos arautos do livre mercado enxergar as variáveis externas relevantes que representam as instituições formais do Estado. Dezalay e Garth (2005, p. 260-261), inclusive, percebem que os novos papéis da velha rivalidade neoclássicos vs. keynesianos mudaram drasticamente. Enquanto que os novos keynesianos tendem agora a aconselhar a mão pesada do

Além disso, a questão do “legado weberiano”<sup>178</sup> persiste de modo a impulsionar o direito como um instrumento que assegure a propriedade e permita a livre contratação nos sofisticados padrões atuais. Ou seja, a visão do *rule of law* e sua corporificação em políticas públicas de reformas de instituições jurídicas, economicamente embasadas pelas descrições da NEI, atribui ao direito um papel que, embora externo ao mercado, tem características relevantes como uma variável econômica digna de estudos e esforços. Um bom direito levaria a bons resultados econômicos; ou, como resumiu Milhaupt e Pistor (2008, p. 5), essa visão simplista representa a seguinte equação: “bom direito + bom *enforcement* = bons resultados econômicos.”<sup>179</sup>

Essa segunda geração de movimento que atrela direito ao desenvolvimento – econômico e, hoje principalmente, social – passou por algumas fases durante seus tempos de sedimentação. Iniciou-se com as tentativas de superação da crise da dívida na América Latina e ganhou corpo principalmente a partir dos anos de 1990. Suas principais características advinham dos grandes problemas deixados por países recém-saídos de ditaduras da época e foram: (i) proteção de direitos econômicos individuais e (ii) controle do ativismo estatal. Visavam combater os vilões da elevada dívida pública, os excessivos controles macroeconômicos dos Estados e a elevada carga tributária adotada, além da participação indevida do Estado em atividades do mercado. A primazia do mercado era plenamente convergente com o famigerado Consenso de Washington (SCHAPIRO; TRUBEK, 2012, p. 34-36).

Logo as concepções sobre o desenvolvimento se mostraram “monolíticas” (TRUBEK, 2009) e impulsionaram os próprios agentes fomentadores das reformas de *rule of law* a reverem suas estratégias e a reciclar e atualizar suas inspirações teóricas, inclusive suas próprias leituras e usos normativos de arcabouços descritivos poderosos como a NEI. Afinal, os resultados não foram os esperados e os planejamentos desses organismos multilaterais pareciam ter o mesmo destino. Vale lembrar com Trubek (2009, p. 185-186) que cerca de US\$ 2,9 bilhões (dois bilhões e novecentos milhões de dólares) foram usados pelo Banco Mundial em mais de trezentos e trinta projetos envolvendo *rule of law* desde os anos de 1990. Um bom exemplo dessas reformas e o que visavam os organismos multilaterais para países como o Brasil é visto na Tabela 4 abaixo.

---

Estado fora do mercado, a nova ortodoxia herdeira dos neoclássicos reconhecem a posição ativa dos governos em trabalhar pela expansão e segurança dos mercados.

<sup>178</sup> Vide nota 86 acima. Para mais detalhes, ver início do capítulo intitulado “*From Weber to the World Bank, and beyond*”, em Milhaupt e Pistor (2008, p. 15-21).

<sup>179</sup> No original, a crítica se apresenta assim: “*good law + good enforcement = good economic outcomes*”.

Tabela 4 – Programas de apoio financeiro ao Judiciário no Brasil (1994/2002)

Descrição das prioridades de reformas
1) Infra-estrutura administrativa e tecnológica.
2) Melhoria das técnicas de investigação de delitos.
3) Criação de “conselhos superiores”: técnicas padronizadoras de gestão, avaliação, produtividade e critérios de promoção <sup>180</sup> .
4) Treinamento de juízes e funcionários <sup>181</sup> .
5) Acesso à Justiça: defensoria públicas, centros de mediação, conciliação extrajudicial <sup>182</sup> .
Ajuda financeira total por organismos
US\$ 536,3 milhões (Agência Internacional de Desenvolvimento – AID).
US\$ 325,1 milhões (Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID).
US\$ 120,6 milhões (Banco Mundial).
<b>Total:</b> US\$ 982,0 milhões

Fonte: Adaptado de FARIA, 2008a, p. 86.

Sedimentadas as culturas de um Estado institucionalmente forte, tecnicamente bem aparado – principalmente com a criação das agências reguladoras (*Comissions*) e com as privatizações de diversas empresas estatais<sup>183</sup> – e politicamente focado para a vasiação de mercado, a segunda fase das reformas estruturais dessa segunda geração identificada como *law and development* inicia-se no fim do século XX. Os anos 2000 fazem pesar a busca por resultados e programas como os de *rule of law* ganham novas configurações. Agora, não mais havia o

<sup>180</sup> Aqui percebe-se a identificação dessa prioridade com a criação do Conselho Nacional de Justiça, junto com a emenda constitucional 45 de 2004. Não à toa as semelhanças entre os padrões quantitativos eleitos por este órgão e a necessidade de “confiança” e segurança das instituições jurisdicionais no país exigidos pelo mercado. Conferir os diagnósticos e *insights* sobre a percepção geral da “incerteza jurisdicional” no Brasil de Joaquim Falcão, Luis Schuartz e Diego Arguelhes (2006). Em outra vertente, no diálogo entre o “ótimo” econômico e as nuances do devido processo legal, conferir Luis Fernando Schuartz (2007). Especificamente sobre a gênese e criação do Conselho Nacional de Justiça e a influência de padrões novo institucionalistas, ver trabalhos de Ivan Franco e Luciana Cunha (2013, p. 519), Cunha (2011, p. 234), Mariana Prado (2013), Fragale Filho (2013), entre outros.

<sup>181</sup> É possível ver ainda os resquícios do problema da educação jurídica e como esse ponto é agora encarado pelas reformas estruturais hodiernas, diferentemente da primazia deste vetor encarado pelo CEPED (TRUBEK, 2009, p. 190).

<sup>182</sup> Fica notório que os padrões de acesso à Justiça visam muito mais um fortalecimento e “desmonopolização” do *rule of law* do que propriamente uma questão altruísta. Não à toa que esse quesito vem junto da ideia de fomento a “conciliação extrajudicial”, representada pela famigerada “Semana da Conciliação”, anualmente amparada pelo Poder Judiciário brasileiro. Há um fomento a unificação, uniformização, concentração e facilitação de demandas judiciais em atores institucionais de “fácil” diálogo. Afinal, muito mais acessível a uma organização com vasta carteira de processos judiciais em que figuram como promovidos na primeira instância dialogar, sobre a demanda judicial, com atores que possuam uma maior concentração de demandas judiciais patrocinadas/assistidas (o caso das defensorias públicas) do que tentar catar diálogos com atores pulverizados (advogados diversos) que se espalham no vasto território brasileiro e barganham por incentivos de maiores custos (e.g., honorários advocatícios).

<sup>183</sup> Pode ser visto um quadro detalhado da criação de agências reguladoras e das progressivas privatizações no Brasil da década de 1990 ao início dos anos 2000 no trabalho de Schapiro e Trubek (2012, p. 36-37).

simples transplante de instituições jurídicas. Os reconhecimentos dos fracassos parciais das primeiras reformas da década de 1990 vêm à tona.

Essa segunda fase dessa segunda geração de *law and development* é, portanto, caracterizada pela postura dos organismos multilaterais em: **(i)** promover a organização e o escalonamento de grandes planos de reformas para as políticas de desenvolvimento em geral; **(ii)** tornar as ideias relacionadas ao *rule of law* mais complexas e atentas às realidades e peculiaridades dos países alvos, superando muito do formalismo incrustado nos transplantes institucionais da década de 1990; **(iii)** expandir a pauta reformista para questões sociais; e **(iv)** questionar criticamente as próprias bases de seus conhecimentos envolvidos em reformas institucionais, primordialmente acerca do papel do *rule of law* no desenvolvimento econômico e democrático, chegando-se, inclusive, a expandir o conceito de Estado de Direito para além dos sistemas de justiça, absorvendo a necessidade de aperfeiçoamento do capital intelectual dos atores deste, promovendo educação e fomento a instituições periféricas aos sistemas de justiça (TRUBEK, 2009, p. 209-214).

Indo além do que os próprios organismos multilaterais possam reconhecer, as variadas peculiaridades nacionais, regionais, locais; o modo como cada “povo-massa” – para ficar com a expressão de Vianna (1999) – reage a essas determinadas exportações, importações e transplantes de modelos institucionais<sup>184</sup>; as quase imperceptíveis consequências das instituições informais e regras/normas sociais – *social norms*, no sentido inspirado por Ellickson (1986) – e a maneira como isso afeta a cooperação entre a população dos países receptores; todas essas variáveis entram em pauta e se tornam relevantes para uma efetiva implementação de *rule of law* (SALAMA, 2011, p. 57).

Essa segunda geração de *law and development*, portanto, traz à tona as dificuldades que os formalismos e as visões normativas das burocracias internacionais têm ao apresentar soluções com rótulos pomposos e técnicos como o é o *rule of law*. A relevância de seu alcance, porém, é tamanha que os próprios novos institucionalistas absorvem o conceito de Estado de Direito como primordial para a superação do subdesenvolvimento. Nessa imbricada miríade de sinergias entre os usos de teorias como a NEI e o próprio desenvolvimento das descrições teóricas destas, acaba-se inevitavelmente se concluindo que os nexos entre fórmulas burocráticas e descrições acadêmicas geram novas demandas para ambas as situações: tanto para os práticos como para os acadêmicos. Daí a importância do papel dos juristas e o modo como eles enxergam os nexos entre *rule of law*, disseminações de modelos e instituições

---

<sup>184</sup> Sobre tais reações, ver, de maneira resumida e como exemplos os trabalhos de Dezalay e Garth (2005), de Mariana Prado (2013), César Garavito (2011) e Sztajn e Aguirre (2005, p. 239-243).

jurídicas e suas respectivas atuações em seus *mainstreams* – como no caso dos direitos fundamentais.

### ***2.5.3 Nexos entre Estado de Direito, disseminação de modelos e instituições jurídicas brasileiras***

O Estado e suas estruturas são, de fato, os alvos das inúmeras gerações de reformas institucionais. São as falhas de governo que devem ser consertadas em benefício dos mercados. Conceitos de *rule of law*, independentemente de suas variáveis e/ou polissemia conceituais, possuem alcances e limites comuns. Há, portanto, uma clara semelhança entre o *rule of law* de descrições recentes e aquele propagado pelos organismos multilaterais<sup>185</sup>. Inclusive quanto ao terceiro momento das reformas institucionais<sup>186</sup>, no pós-crise 2007/2008. Porém, diferentemente do que se tentou nas décadas de 1960 e 1970, não há uma união entre os atores acadêmicos responsáveis por “pensar” as reformas e, propriamente, as reformas na prática. Os mercados têm se utilizado da conjectura inicial de North de que as instituições são relevantes para o desenvolvimento econômico e insistem nesse ideal, aparentemente muito mais com base nos fracassos das substituições de importações e privatizações e fomentos à infraestrutura de outrora do que nas confirmações dos sofisticados cálculos de variáveis que confirmam a hipótese institucional. Como um claro exemplo de um alvo maduro dessas reformas, o Estado brasileiro é um dos alvos dessa miríade de incógnitas, seja através da globalização e da internacionalização dos campos jurídicos, seja através de reformas diretas dos organismos multilaterais.

O referido nexo entre a *rule of law*, as descrições e usos da NEI e as reformas nos setores estratégicos do Estado<sup>187</sup> – como no Poder Judiciário – é, por enquanto, desenhada e

<sup>185</sup> Para maiores detalhes sobre o alcance dos conceitos de *rule of law* para o Banco Mundial, ver trabalho de Carolina Bohrer (2011, p. 185-200), bem como o resumo criado por Hadfield e Weingast (2014, p. 26) em que, para o Banco Mundial, *rule of law* inclui: (i) aplicação de regras igualmente aos governos; (ii) tratamento igual a todas as pessoas de uma sociedade; (iii) dignidade humana reconhecida e protegida formalmente; e (iv) a Justiça deve ser acessível a todos.

<sup>186</sup> Aqui, não há ainda definido os critérios da “triangulação” entre uma concepção de desenvolvimento firmada, uma liderança para sua promoção fixada e um veículo de governança eleito. Porém, talvez esse fator seja uma característica da nova toada de reformas que se forma. O que se pode afirmar, é que o Estado continua fazendo parte da triangulação, seja como centro irradiador seja como catalizador de referidas reformas. Conferir, nesse sentido Schapiro e Trubek (2012, p. 42-43).

<sup>187</sup> Sobre a participação do Estado nessas reformas envolvendo o *rule of law*, conferir trecho a seguir de Carothers (1998, p. 103): “Most governments attempting rule-of-law reform are not doing so on their own. Assistance in this field has mushroomed in recent years, becoming a major category of international aid.” Em tradução livre: “A maioria dos governos que tentam reformas de Estado de Direito não estão fazendo isso por conta própria. A

emoldurada consistentemente em ramos acadêmicos, como *mainstreams* relevantes na circulação de conhecimentos. O jurista brasileiro, embora já enquadrado minoritariamente e parcialmente nos padrões de atuação globalizados<sup>188</sup>, ainda se prende em atuações e implicações de conhecimentos meramente forenses, confundindo assim essas com a mais ampla e alargada prática jurídica e reduzindo assim o alcance de seu papel essencial na luta pela eficácia de direitos fundamentais. As mudanças nas fontes do direito, os estudos complexos do pluralismo jurídico e o amadurecimento das razões da dogmática jurídica talvez sejam os principais aspectos ainda não completamente visualizados por aquela “massa” de advogados e juristas ainda presos no opaco mundo de “sacerdócio” forense (DEZALAY; TRUBEK, 1996, p. 78-79). O nexo possível entre os usos e legitimação da NEI para o conhecimento econômico e o quadro analítico sociológico das reformas recentes das instituições brasileiras é vista como um ponto comum em muitos dos diálogos de autores e doutrinadores até aqui apresentados. Como dito, as diferenças entre alguns conceitos da NEI e os empregados pelos organismos multilaterais fomentadores das referidas reformas é patente, notadamente quanto às ideologias constantes nesses últimos. O que de fato motiva um estudo mais atento a esses fatores é o desenvolvimento da teoria de North e a carência presente nos fatores determinantes da fixação e adaptação de instituições nos países destinatários. Agregando as críticas de Davis e Trebilcock (2009, p. 234-236), bem como a de diagnósticos como os dos “sete enigmas do desenvolvimento” em North (SALAMA, 2011) é possível imaginar parcialmente um futuro para o debate.

O direito, no Brasil, ainda engatinha em matéria de mapeamento de instituições. Sabendo-se disso, é possível prever os próximos passos das reformas institucionais? É possível aferir quais serão as próximas reformas nos institutos e instituições jurídicas e quais os impactos destas na ciência e na prática do direito brasileiro? Aliás, pode-se, de fato, eleger a “ciência” do direito como um ramo apto a ser tão prestigiada a ponto de concorrer a um Nobel (ULEN, 2002)? É isso que, de fato, almeja o direito? O estudo dos principais fatores que influenciam as instituições jurídicas brasileiras, seus respectivos ramos de atuação, ainda são uma incógnita. A ausência de estudos em sociologia do direito, nas relações entre economia e direito e,

---

ajuda neste campo cresceu rapidamente nos últimos anos, tornando-se uma importante categoria de auxílio financeiro internacional.”

<sup>188</sup> Para uma ideia do pequeno número de advogados enquadrados nesses padrões, em relação à massa dos demais, especificamente no Brasil, ver dados e estatísticas em revista já citada (ANÁLISE ADVOCACIA 500, 2013). Ver também nota 155 acima.

consequentemente em matéria empírica é a maior prova disso<sup>189</sup>. A sociologia jurídica e o mapeamento das relações entre direito e economia, em uma hipótese mais imaginária, pode dar aos juristas brasileiros um arcabouço cognitivo-epistemológico para se cobrir os vácuos previstos em sua ciência? Absorver a grande “descoberta” das instituições pode ser considerado um passo nesse processo. A conclusão pode tender a fundar um plano de estudos que auxilie a “ciência” jurídica a identificar suas pendências e hiatos e favorecer a retomada institucional do jurista na sociedade brasileira, por exemplo, no sentido que tratou a já citada passagem de Coase (SZTAJN, 2005, p. 82) sobre os juristas, por exemplo, como propagou Williamson (2005, p. 52), citando Edward Rubin: “[s]e a demanda existente por parte dos engenheiros dos custos de transação não puderem ser atendidas pelas escolas de Direito, as escolas de Administração vão acabar comendo o lanche.”

---

<sup>189</sup> Seria uma espécie de análise do “desempenho” jurídico através do tempo. Essa analogia é feita devido a aula magna de North a propósito de receber o Prêmio Nobel em Ciências Econômicas (NORTH, 2010). É possível ao jurista perceber a importância de fatores exógenos e endógenos que moldam e alicerçam a dogmática jurídica? Quão relevante é tal estudo?

### 3 NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL DE DOUGLASS NORTH E OS IMPACTOS DE SEUS USOS E SUA LEGITIMIDADE PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Douglass North é historiador da economia. Nascido no início do século XX, acompanhou as incontáveis reviravoltas da história do período. Viu fenômenos alterarem estruturas da sociedade e acompanhou e descreveu o que pôde da história da economia dos Estados Unidos, da Inglaterra e de países da Europa continental. Sua produção, portanto, está intrinsecamente relacionada às suas descrições da história das respectivas nações analisadas.

Pelas suas publicações iniciais de meados da década de 1950 e 1960, percebe-se a filiação ao movimento cliométrico norte-americano – que seria a abordagem econométrica e quantitativa aplicada à história econômica –, movimento conhecido como Nova História Econômica (*New Economic History*). Na década de 1970, contudo, North começa a aperfeiçoar seus métodos quantitativos de análise da história, criticando a indiferença dos neoclássicos quanto ao despreço à história e às instituições. Agregando as contribuições coaseanas dos custos de transação, como já dito anteriormente, North começa a desenvolver sua teoria do desenvolvimento e, ao longo de sua trajetória de publicações, vai concedendo aberturas a novos conceitos e, principalmente, tornando mais complexas as suas descrições (GALA, 2003, p. 89; SALAMA, 2011, p. 41-42).

O que faz de Douglass North um importante pensador da atualidade não é só sua ligação à NEI – e sua legitimidade pelos “usos” dos organismos multilaterais – e seu prêmio Nobel em ciências econômicas: crer-se que a sua notoriedade, além de mapear as falhas e facetas incompletas das análises neoclássicas, foi avocar o conhecimento de inúmeras outras ciências sociais<sup>190</sup> e, de certa forma indiretamente, perceber que a ciência econômica precisaria muito mais do que matemática para entender o processo de desenvolvimento das nações<sup>191</sup>.

<sup>190</sup> Afinal, “*Building a theory of institutions on the foundation of individual choices is a step toward reconciling differences between economics and the other social sciences.*” (NORTH, 1990, p. 5). Ou seja, “[a] construção de uma teoria das instituições sobre o fundamento das escolhas individuais é um passo para conciliar diferenças entre a economia e as outras ciências sociais.”

<sup>191</sup> Nesse sentido, em volta a inúmeras críticas ao arcabouço econômico como linguagem científica que tem dado o tom de políticas públicas no mundo, é importante perceber que não só as ciências sociais, como o direito e ciência política, têm atacado os supostos exageros do panorama. A filosofia, por exemplo, não se restringiu a filosofia política ao atacar os neoclássicos forjadores de *policies* – dentro do argumento trazido por esse trabalho, também uma crítica extensível às reformas institucionais de segunda geração –. Stephen Toulmin (2003), em seu *Return to reason*, dedica um capítulo inteiro à “física que nunca foi”, tradução livre de “*the physics that never was*”. Toulmin (2003, p. 47-66) presta subsídios filosóficos à ciência econômica ao construir o nexo e traçar a evolução do paralelo entre a física planetária de Newton, sua superação em partes na própria física e a sua persistente sedimentação e influência nos pais “dilettantes” – com Schumpeter – da economia neoclássica. Talvez, os exemplos citados por Toulmin – do Banco Grameen; da eficiência do binômio crença-produção agrícola em fazendas de arroz; e da contratação do antropólogo cultural pela empresa Nissan para

Este capítulo, além de traçar uma resenha da trajetória de North e de suas análises, procederá com uma mescla entre os usos normativos e a legitimidade de seus conceitos descritivos principais e o impacto das reformas às instituições jurídicas diretamente relacionadas aos direitos fundamentais. Nesse sentido, tanto as reformas diretas de instituições formais do direito brasileiro – ocasionadas pelas prescrições inspiradas na NEI – como o impacto da legitimidade das descrições da NEI ao quadro de juristas do país – influenciado pelo *framework* teórico-descritivo de North – serão abordados. Ou seja, tanto o quadro descritivo quanto o prescritivo relacionados à NEI de North influenciam o panorama de direitos fundamentais brasileiros, sendo aquele – descritivo – ocasionado pelas avocações de categorias teóricas de juristas por economistas, e este – normativos – aos usos de inspiração novo institucionalistas pelos organismos multilaterais.

Nada obstante, aproveitando das lições de North, far-se-á breve relato das relações entre história, direito e economia no Brasil a fim de fundamentar uma crítica às reformas institucionais provocadas pelos usos da NEI no país, principalmente em instituições formais do sistema jurídico brasileiro. As reflexões subjacentes a esse quadro conduzirão a explanação crítica para a análise das sinergias entre os direitos fundamentais como instituições formais e o modo como o heterogêneo e poroso comportamento do cidadão brasileiro tem mantido e fundado instituições informais desconectadas em parte de toda essa estrutura. A citação à Oliveira Vianna como um dos intérpretes do Brasil, embora cheia de determinismos e pessimismos típicos dessas leituras do país, ajudará a desenhar o difícil quadro percebido entre eficácia de instituições formais – normas jurídicas de direitos fundamentais –, da *path dependence* brasileira e a impossibilidade de mapeamento detalhado de tais instituições informais.

Os “usos” do *conceptual framework*, das lentes da NEI, portanto, auxiliará o trabalho a seguir o flerte entre a “ciência” jurídica que se tem no Brasil hoje e os rumos que ela, através dos juristas, poderá tomar. Nesse caso, o impacto da NEI no panorama de direitos fundamentais não só se resumirá as ajudas financeiras ao Estado de Direito, mas também será incorporado como lentes essenciais na vocação de um direito eficaz e, logo, de um jurista legítimo.

---

fazer “pesquisa de mercado” – sejam facilmente rebatíveis dentro de argumentos econômicos neoclássicos. Porém, em recente estudo novo institucionalista de Hadfield e Weingast (2014), percebe-se uma recente vocação de economistas em avocar certo grau de interdisciplinaridade para diagnosticar que as políticas internacionais de sedimentação de um Estado de Direito (*rule of law*), por exemplo, precisam atentar minimamente para padrões culturais, históricos e sociais daqueles países e comunidades destinatárias das políticas de assistências financeiras, sob pena de total fracasso.

### 3.1 Douglass North: conceitos chave para um modelo de desenvolvimento econômico

Dentro da formulação de seu quadro de análise do desenvolvimento, North cunha conceitos básicos para vazão de seu programa novo institucionalista. Nesse sentido, abaixo serão tratados dos principais conceitos, de conceitos chave da obra de North. Como se trata de uma obra vasta e, ainda, como o escopo do trabalho seria apenas aqueles conceitos e usos que impactam no direito como um todo, utilizar-se-á somente os conceitos que se acham estritamente relevantes para a hipótese e argumento principal do trabalho. Nesse sentido, avalia-se haver ao menos seis conceitos relevantes, ligados entre si ou não, e que impactam no conhecimento do direito, seja como mero alvo de um estudo de um economista seja através dos usos dessas categorias. São eles: **(i)** o próprio conceito de instituições, suas subdivisões em formais e informais e seu papel na ideia de desenvolvimento do North; **(ii)** a ideia de cooperação que surge em North para justificar sua concepção de desenvolvimento; relacionada diretamente **(iii)** aos critérios pessoais ou impessoais de interação entre agentes e todo o arcabouço em volta do desejável tipo de instituição formal impessoal e de instituições informais propícias à diminuição de custos de transação; **(iv)** ordens sociais e o modo como North, já na senectude, descreve as passagens entre ordens sociais tendentes a fomentarem o desenvolvimento; **(v)** Estado de Direito (*rule of law*) e o jogo de elites que tendem a implicar em seu monopólio e em uma eficácia focada em determinados públicos; e, finalmente, **(vi)** a *path dependence*, que seria uma nomenclatura-chave que justifica alguns fracassos de importações de instituições e alerta para a importância de se olhar para as nuances locais e regionais de países alvos de transplantes institucionais formais.

Inicialmente, para North, instituições são “[...] as regras do jogo em uma sociedade ou, mais formalmente, são as restrições humanamente concebidas que moldam a interação humana. Em consequência, elas estruturam incentivos nas trocas humanas [*human exchange*], sejam elas políticas, sociais ou econômicas.” (1990, p. 3)<sup>192</sup>. Elas definem e limitam o conjunto de escolhas individuais (1990, p. 4). Instituições fornecem, portanto, uma estrutura de incentivos para uma economia e, enquanto evoluem, vai forjando a direção da mudança econômica para o crescimento, estagnação ou declínio (1991, p. 97). Trata-se de um alargamento conceitual. Engloba tanto as “regras do jogo” formais ou criadas artificialmente

<sup>192</sup> Tradução livre do trecho: “*Institutions are the rules of the game in a society or, more formally, are the humanly devised constraints that shape human interaction. In consequence they structure incentives in human exchange, whether political, social, or economic.*”

até as regras sociais que evoluem do comportamento e da cultura. Comum a ambas há a importância das punições que existem caso sejam descumpridas tais regras. São, portanto, as instituições formais e informais.

As restrições informais são desde sanções de comportamento social, a tabus, costumes, tradições e códigos de conduta, tudo dentro de uma determinada cultura. Seu conceito engloba desde **(i)** extensões, elaborações e modificações de regras formais – aqui ele cita o exemplo das restrições informais constantes em comissões que funcionam essencialmente com base em instituições formais –; **(ii)** normas de comportamento socialmente sancionadas – cita o exemplo de um determinado duelo armado que, embora arriscasse a vida do agente, este seria publicamente sancionado caso não o aceitasse<sup>193</sup> –; até **(iii)** padrões de conduta aplicados (*enforced*) internamente aos agentes – que supera os padrões neoclássicos ao “forçar” determinado agente a optar por opções que não maximize sua riqueza (NORTH, 1990, p. 40). North segue explicando que o que mantém a persistência das instituições informais na sociedade atual são as convenções (*conventions*) que resolvem problemas de coordenação. O autor deposita seu foco nas instituições informais tão relevantemente quanto o faz para as instituições formais<sup>194</sup>. “Igualmente importante é o fato de que as restrições informais que são derivadas culturalmente não irão mudar imediatamente em reação a mudanças nas regras formais.” (1990, p. 45)<sup>195</sup>. Nesse sentido, é possível argumentar que instituições informais tanto facilitam a cooperação<sup>196</sup> e as crenças em instituições formais, como atrapalham restrições formais em seu papel de reduzir incertezas e coordenar pessoalmente a sociedade<sup>197</sup>.

Esse conceito de instituições informais será de auxílio nos capítulos seguintes ao se tentar convergir as descrições de Oliveira Vianna (1999) sobre a gênese da cooperação e do direito-costume dos povos-massa brasileiro. Como forma de se visualizar as dificuldades

<sup>193</sup> No original: “[...] *he felt that his effectiveness in the public arena would be significantly diminished by such a decision because dueling was the accepted way to settle disputes among gentlemen.*” (NORTH, 1990, p. 40).

Um apanhado já citado sobre a aplicação da teoria dos jogos às instituições informais envolvendo os duelos como exemplo foi traçada na citação da nota 84 acima.

<sup>194</sup> Além da clara passagem de North (1990, p. 43) destacando a importância das normas sociais como instituições informais, ver também destaque de Salama (2011, p. 57).

<sup>195</sup> Tradução livre do trecho: “*Equally important is the fact that the informal constraints that are culturally derived will not change immediately in reaction to changes in the formal rules.*”

<sup>196</sup> Como no caso da política da boa vizinhança da análise de Ellickson (1986). Afinal, “bons vizinhos, dizia a norma, não processam uns aos outros, eles se ajudam.” (ULEN, 2002, p. 908). Ainda dentro desse argumento, ver a seguinte passagem: “[...] *the formal rules will result in the creation of a variety of informal constraints that modify the formal rules and extend them to a variety of specific applications.*” (NORTH, 1990, p. 95). Em tradução literal: “[...] as regras formais irão resultar na criação de uma variedade de limitações informais que modificam as regras formais e estendem-nas para uma variedade de aplicações específicas.”

<sup>197</sup> Como no exemplo da estruturação de burocracias cujas instituições formais estão dissociadas da prática com bases em instituições informais anti-cooperativas e personalizadas (SALAMA, 2011, p. 35-36).

inerentes ao fechamento conceitual e alcance de como as instituições informais se manifestam, utilizar-se-á os subsídios de Oliveira Vianna com o intuito de minimamente mapear as dificuldades da cooperação – no sentido de North – brasileira e, malgrado as limitações teóricas espaciais das teses do “patrimonialismo” e da natureza normativa autoritária da obra de Vianna, buscar-se-á elementos que possam tornar eficazes instituições jurídicas impessoais<sup>198</sup>.

Além de reduzir incertezas e orientar a interação humana, instituições formais estruturam a sociedade de modo a garantir o desenvolvimento econômico e política de dado país. São, juntamente com as restrições informais, os pressupostos de outros fatores vinculados antes exclusivamente com a teoria do desenvolvimento neoclássica – capital humano e transformações tecnológicas.

As instituições formais em North são aquelas estabelecidas e aceitas parcialmente pelos homens que desejam criar regras de restrições formais. Diferem-se das informais em termos de grau (NORTH, 1990, p. 46). Podem ser desde constituições a direitos gerais ordinários ou mesmo direitos de propriedade e contratos individuais. São as regras do jogo expostas, formalizadas para facilitar o elo entre o individual e o coletivo ou suas interações em sociedade, neutralizando e controlando a ideia de violência<sup>199</sup>. Elas podem tanto ser criadas por um processo de continuidade da aceitação, fixação e legitimidade de instituições informais, bem como para modificar, revisar ou substituir estas últimas. Isto é, “[à]s vezes (mas nem sempre) é possível substituir as restrições informais existentes com novas regras formais.”<sup>200</sup> (NORTH, 1990, p. 47). Já se sustenta, igualmente, que essa substituição deve ser gradativa e que a implementação das normas formais deva respeitar as informais, sob pena de fomento à prática da ilegalidade (ACEMOĞLU; JACKSON, 2014b, p. 28). “[A]s instituições alteram o preço que os indivíduos pagam, alterando, por conseguinte, as escolhas que eles fazem.” (AGUILAR F., 2009, p. 88). Sobre as interações entre instituições, suas execuções e aplicações (*enforcement*), ver Figura 3.

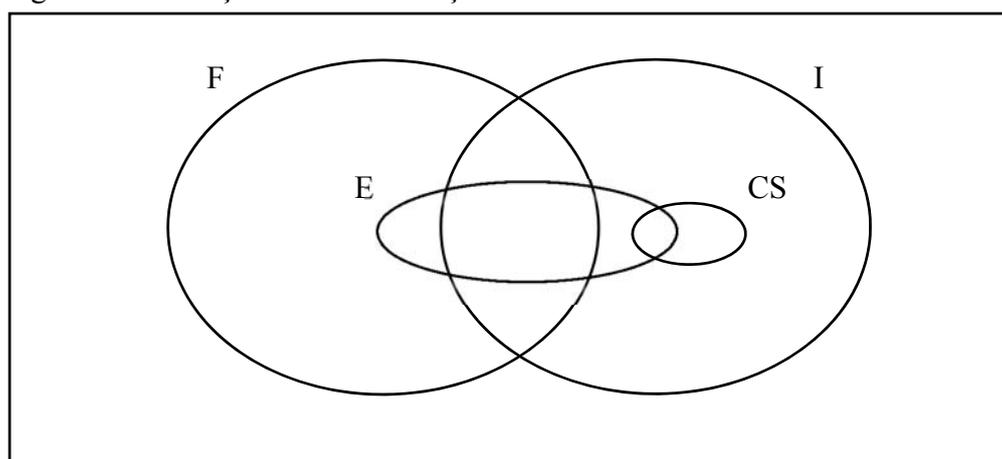
<sup>198</sup> Salama (2011, p. 35-36, itálicos do autor) já atesta as dificuldades de fixar parâmetros para se buscar neutralizar as normas sociais de cooperação pessoais, como no caso do “jeitinho brasileiro”, através de “substitutos informais para instituições formais”. Segundo ele, “[...] as instituições formais consagram a impessoalidade nos intercâmbios; as instituições informais a rejeitam. Esse quadro é perfeitamente bem refletido, por exemplo, em instituições sociais como o *jeitinho brasileiro*, o *guanchi* chinês ou o *blat* russo. Todas elas refletem a adaptação de cada cultura ao princípio de que *uma mão lava a outra*. Ou, dito de outra forma, todas elas refletem o princípio de que as relações são de fato pessoais, mesmo que o direito as discipline como sendo impessoais.”

<sup>199</sup> “*In other words, formal institutions control violence only in the presence of an organization capable of enforcing the rules impersonally.*” (NORTH; WEINGAST; WALLIS, 2009, p. 16). Em tradução livre, “[e]m outras palavras, as instituições formais controlam a violência só na presença de uma organização capaz de fazer cumprir as regras de forma impessoal.”

<sup>200</sup> No original: “*Sometimes (but not always) it is possible to supersede the existing informal constraints with new formal rules.*”

As facilidades advindas da mensuração de quais são as instituições formais que North indica são um dos principais responsáveis pela utilização desse vetor nos usos da NEI em reformas de instituições de países em desenvolvimento, como o *rule of law* de maneira geral e o Poder Judiciário especificamente (SALAMA, 2011). Esse fator é o sustentáculo do argumento de que economistas, e não somente os juristas, pensam em desenhos de instituições como o Poder Judiciário do ponto de vista de seu papel em uma determinada sociedade. É através dessa etiqueta, “instituições importam”, que juristas brasileiros veem – ou tentam ver – o crescente interesse de outros cientistas sociais na modelagem de categorias jurídicas. Ou seja, seu tradicional nicho é “invadido” tanto epistemológica – conhecimento não-jurídico sobre direito – quanto substantivamente – instituições formais jurídicas desenhadas por tais conhecimentos –<sup>201</sup>.

Figura 3 – Interações entre instituições



Nota: F = regras formais; I = restrições informais; E = *enforcement*; CS = capital social.

Fonte: adaptado de AGUILAR F., 2009, p 93.

Já na questão da cooperação, North alarga, retoma e flexibiliza o individualismo auto interessado dos esforços de Adam Smith e destaca o conceito como o escopo do quadro institucional. Isto é, são “[...] as instituições que asseguram os incentivos essenciais para a cooperação, garantindo a aceitação, por parte dos indivíduos, das decisões coletivas.” (AGUILAR F.; FONSECA, 2011, p. 552). Informações subjetivas incompletas e equivocadas dos agentes, a complexidade das relações humanas, as influências de restrições informais – como no exemplo do duelo citado *supra* –, os custos de transação, são só alguns dos acréscimos

<sup>201</sup> Tanto instituições formais como informais podem existir visando a diminuição dos custos de transação e a incerteza própria das relações humanas – aqui considerado o arcabouço de North que supera a racionalidade ilimitada neoclássica –.

de North ao ideal neoclássico-utilitário de cooperação. Nesse sentido, a cooperação social propícia ao cumprimento de mecanismos institucionais que salvaguardam a propriedade é uma espécie de quadro institucional que incentiva a cooperação ideal para o desenvolvimento econômico ao longo do tempo. Nesse contexto, a cooperação em North angaria um papel relevantíssimo no quadro de leitura do desenvolvimento econômico. Suas sinergias ante às instituições formais e as demais restrições informais, econômicas, sociais ou políticas, fornecem ferramentas essenciais para a NEI de Douglass North<sup>202</sup>. A cooperação tem papel central também quando dos seus diagnósticos concernente às sociedades desenvolvidas institucionalmente ou não: por exemplo, quando da descrição dos Estados pobres ou em desenvolvimento (*natural state*), o autor costuma situar a cooperação como fruto de uma manipulação política que visa a criação de privilégios a certos atores e não a todos<sup>203</sup>; ou quando da forma como se dá a cooperação dentro de determinados tipos de organizações<sup>204</sup>.

Intrinsecamente associada à ideia de cooperação está a análise de mecanismos pessoais ou impessoais. Para North, enquanto aquele está vinculado tipicamente a estruturas institucionais de países pobres ou em desenvolvimento (*natural state*), este último critério – impessoal – é imediatamente sugerido para estruturas de interações e instituições desenvolvidas. Em verdade, trata-se de um critério fruto do racionalismo ocidental moderno do capitalismo e que vincula tanto cooperação quanto os mecanismos de interação da sociedade como um todo, inclusive instituições, burocracias estatais, etc. Por isso, como notou alguns autores brasileiros do passado, a estrutura das instituições informais brasileiras possui maior proximidade com critérios pessoais, mais do que impessoais, o que justificaria parcialmente o “atraso” brasileiro<sup>205</sup>. Em sentido contrário, a criação, sedimentação e aperfeiçoamento das sociedades comerciais por ações na Inglaterra é o típico processo econômico de implementação

<sup>202</sup> Como resume bem North (2010, p. 25): “As pessoas geralmente acham que vale a pena cooperar com as outras nas trocas quando o jogo é repetido, quando possuem informações completas sobre o desempenho passado do outro jogador e quando há um número pequeno de jogadores. É difícil de sustentar a cooperação quando o jogo não se repete (ou é finito), quando falta informação sobre os outros jogadores e quando há um grande número de jogadores. Criar as instituições que alterarão a relação de custo/benefício em favor da cooperação em trocas impessoais é um processo complexo, porque implica não só a criação de instituições econômicas, mas exige que elas sejam sustentadas por instituições políticas adequadas.”

<sup>203</sup> Em um exemplo direto, a passagem a seguir deixa claro o papel manipulado que a cooperação pode exercer/sofrer em países com ordens sociais de acesso limitado, como o Brasil: “*Natural states use the political system to regulate economic competition and create economic rents; the rents order social relations, control violence, and establish social cooperation.*” (NORTH; WEINGAST; WALLIS, 2009, p. XII). No original: “Estados naturais usam o sistema político para regular a competição econômica e criar rendas econômicas; as rendas ordenam as relações sociais, o controle da violência e estabelecem cooperação social.”

<sup>204</sup> Vide descrições de North, Weingast e Wallis (2009, p. 16-21).

<sup>205</sup> Nesse sentido, ver as detalhadas análises de Aguilar Filho (2009) e dele e de Pedro Fonseca (2011) que exploram as descrições desse caráter “pessoal” brasileiro em Sérgio Buarque de Holanda, Vianna Moog e Raymundo Faoro e intercalam com as noções de impessoalidade ideal de Douglass North. Ver, igualmente, nota 198 acima.

de estruturas institucionais e organizacionais que propagam padrões impessoais de interações abertas às elites e aos cidadãos (*non-elites*). Esse tipo de fator, inclusive, está associado com o desenvolvimento de países que se conhecem hoje como países desenvolvidos (NORTH et al, 2007, p. 22-23; NORTH; WEINGAST; WALLIS, 2009, p. 216-219; SALAMA, 2011, p. 31-32). Isto é, enquanto que as raízes institucionais-informais brasileiras estão vinculadas intrinsecamente a processos e interações pessoalizadas em termos de cooperação – vide seção específica sobre a distribuição de propriedades (sesmarias) na história do Brasil em Oliveira Vianna –, o que supostamente estruturaram suas instituições formais e seus percalços de hoje, a Inglaterra já acomodava restrições formais frutos de uma cultura econômica aberta e de uma elite que fundou instituições formais eficientes e compatíveis com as informais.

A grosso modo, portanto, tem-se que estruturas ou interações pessoalizadas remontam a maiores custos de transação, visto que estas sinergias geram incertezas; já as estruturas, mecanismos ou interações com bases impessoais estão mais próxima da racionalidade capaz de prever ganhos e perdas, isto é, capaz de fornecer uma previsibilidade e estabilidade para as interações individuais, organizacionais ou institucionais. Inclusive, tais análises podem ser hodiernamente usadas como lentes ou *tags* capazes de fornecer alguns *insights* sobre o funcionamento substancial e procedimental de alguns tribunais e cortes brasileiras, bem como se adequar ao trocadilho usado em Dezalay e Garth sobre *know how* e *know who*<sup>206</sup>.

O próximo conceito chave do programa de pesquisa de North engloba as ordens sociais (*social orders*)<sup>207</sup>. Esse conceito já está bem mais apartado de sua produção do início de sua carreira e, apesar de utilizar conceitos construídos durante toda a carreira de North e de seus co-autores, não se trata de uma obra conceitual estrita e exclusivamente vinculada a NEI e sim uma expansão e uma tentativa de interpretar a história humana registrada (*recorded human*

<sup>206</sup> Vide nota 163 acima. As relações pessoalizadas exigiram o “conhecimento de alguém”, enquanto que instituições sofisticadas teriam em seu *background* o “conhecimento de algo” que seria mais ou menos certo e de conhecimento de todos.

<sup>207</sup> Ordem social, em resumo, seria o conjunto de instituições – formais e informais –, organizações e crenças de uma sociedade. Nas palavras de North: “Na maioria das sociedades, os poderes políticos, econômicos, religiosos e militares são criados através de instituições que estruturam as organizações humanas e os relacionamentos. Essas instituições simultaneamente dão aos indivíduos controle sobre os recursos e funções sociais e, ao fazerem isso, limitam o uso da violência por moldar os incentivos enfrentados por indivíduos e grupos que têm acesso a violência. Chamamos esses padrões de organização social de ordens sociais.” (NORTH; WEINGAST; WALLIS, 2009, p. XI). No original: “*In most societies, political, economic, religious, and military powers are created through institutions that structure human organizations and relationships. These institutions simultaneously give individuals control over resources and social functions and, by doing so, limit the use of violence by shaping the incentives faced by individuals and groups who have access to violence. We call these patterns of social organization social orders. Our aim is to understand how social orders structure social interactions.*”

*history*) e criar uma linguagem geral para as ciências sociais, e não só à ciência econômica, para o problema do desenvolvimento (NORTH; WEINGAST; WALLIS, 2009, p. 18)<sup>208</sup>. A estrutura teórica (*conceptual framework*) por traz das ordens sociais divide a análise em duas chaves que denotam o nível de desenvolvimento econômico, político e social das nações: são as ordens sociais de acesso limitado (*limited access orders*) e as ordens sociais de acesso aberto (*open access order*). Aquelas são *natural states* de que já se tratou, ou seja, países em desenvolvimento; e estes são os poucos países que atingiram um elevado nível de desenvolvimento. North e os outros autores concentram a ideia de desenvolvimento na transição de uma ordem de acesso limitado para uma ordem de acesso aberto<sup>209</sup>.

Segundo suas descrições, há duas grandes colunas que sustentam essa transição. Uma vinculada a **(i)** sedimentação de um ambiente institucional que favoreça intercâmbios impessoais entre as elites; e a outra **(ii)** fixada na ideia de expansão dos mecanismos impessoais para aqueles demais que não são da elite. Seria essa a tarefa essencial realizada pelos países em desenvolvimento que alcançaram o “acesso aberto”. Os passos para esse fim são dados por North em forma de caminhos gerais que ainda dependeriam de cada peculiaridade da referida ordem social de acesso limitado e que orientaria a sociedade a alcançar uma ordem aberta. Dentre o primeiro grupo – ambiente institucional impessoal para elites –, estão precondições (*doorstep condition*) como: (i.i) um Estado de Direito entre elites consolidado, fazendo com que a proteção aos direitos de propriedade favoreça a competição entre referidas elites; (i.ii) existência de organizações que não dependam de seus membros e se perpetue ao longo da história – uma espécie de prova de estabilidade institucional –; e (i.iii) controle político consolidado do corpo militar desse país (NORTH; WEINGAST; WALLIS, 2009, p. 154-180; NORTH et al, 2007, p. 21-24). Um cumprimento mais ou menos efetivo dessas três primeiras condições possibilitaram, segundo as descrições de North e demais, o ambiente institucional que fortaleceu a competição entre elites dos antigos *natural states* e que hoje são ordens abertas.

---

<sup>208</sup> A obra denomina-se *Violence and social orders: a conceptual framework for interpreting recorded human history* (2009). É escrito por Douglass North, John J. Wallis e Barry R. Weingast. Além dessa obra trabalhar as ordens sociais, ainda há também artigo publicado em uma série de *papers* do Banco Mundial, cujo artigo *Limited access orders in the developing world: a new approach to the problems of development* (2007) é escrito pelos mesmos autores, acrescentando-se Steven B. Webb, membro do *staff* do Banco Mundial que aplica a *tag* de North *limited access order* (ordem social de acesso limitado) em pesquisas internas no organismo multilateral.

<sup>209</sup> Há que se ressaltar que o conceito de Estado, segundo North, implica uma visão diferente das tradicionais. Segundo os autores, não se pode conceber que o Estado seja o único detentor da administração e monopólio da violência ou o exclusivo *ruler* de uma dada sociedade. “*Controlling violence depends on the structure and maintenance of relationships among powerful individuals.*” (NORTH; WEINGAST; WALLIS, 2009, p. 18). Em tradução livre, “[c]ontrolar a violência depende da estrutura e manutenção de relações entre indivíduos poderosos.” Esse alargamento do conceito de Estado implica em mais uma quebra das visões tradicionais das ciências sociais.

Somente em um segundo momento, dentro da perspectiva daquelas “colunas” citadas, é que referido *rule of law* e o ambiente institucional impessoal entre as elites seriam espalhados e afetariam as não-elites. Ou seja, somente após o amadurecimento e funcionamento de um Estado de Direito entre as forças que regem uma ordem social limitada é que as demais camadas seriam atingidas pela ordem social que, a partir desse momento, pode ser considerada uma “ordem social de acesso aberto”. Visualmente, essa transição está intrinsecamente ligada às relações das elites. Enquanto a coalizão para fechar as obtenções de renda somente entre elites que regem determinada ordem limitada persistir, o monopólio do *rule of law* impedirá a transição. Caso referida cooperação, através de um efetivo Estado de Direito entre elites seja forte o suficiente para estabelecer uma competição normal entre elas, segundo North, o ambiente institucional começa a criar categorias vinculadas ao *rule of law* que abarquem não só elites, mas também os demais agentes de uma sociedade. Salama (2011, p. 32) chamou esse efeito de movimento epifenomênico (secundariamente e não necessariamente planejado) da abertura de um Estado de Direito e cita como exemplo a sedimentação, fortalecimento e abertura das instituições envolvidas no mercado de ações ingleses, conforme citado anteriormente como exemplo de fomento a mecanismos impessoais. O outro exemplo que North cita na Inglaterra, além do fortalecimento das companhias por ações, é na seara política e envolve a abertura para o sufrágio na Inglaterra com o registro eleitoral do século XIX – o *Reform Act* de 1832 (NORTH; WEINGAST; WALLIS, 2009, p. 213-116).

A chave “ordens sociais” em North remonta não só a estrutura burocrática e social, a formação do Estado, da sociedade e do mercado brasileiro<sup>210</sup>, como também implica em uma série de *insights* para os juristas e, conseqüentemente, para o panorama de direitos fundamentais do país. Isso porque o conceito chave para North nas descritas transições de uma ordem limitada para uma aberta se concentra nas nuances do *rule of law*. Como já comentado em outra oportunidade, para North o Estado de Direito engloba além da proteção dos direitos de propriedade, a proteção à livre contratação privada, a garantia ao cumprimento “impessoal” de tais contratos e limitações dos poderes do soberano (SALAMA, 2011, p. 56). Como o conceito de North de instituições está subjacente a toda a análise, seria um equívoco vincular única e exclusivamente o conceito de *rule of law* ao Poder Judiciário e seus atores. Afinal, o “[e]stado

---

<sup>210</sup> North e os demais autores classificam as ordens sociais de acesso limitado em três subcategorias. Seriam elas ordens sociais limitadas (i) frágeis; (ii) básicas; e, no último nível antes de uma ordem de acesso aberto, (iii) maduras. O Brasil, nesse sentido, seria uma ordem social de acesso limitado madura.

de direito abrange um amplo espectro de arranjos sociais, legais e políticos que variam em muitas dimensões.”<sup>211</sup> (NORTH; WEINGAST; WALLIS, 2009, p. 154).

Nesse sentido, um *rule of law* bem costado, tendente à previsibilidade e a calculabilidade de decisões judiciais, econômicas e políticas, ou seja, a existência de todo o emaranhado de instituições, organizações e agentes com uma cultura jurídica mais ou menos forte, coerente e eficientemente bem sedimentadas, seria mais do que essencial para alcançar o desenvolvimento. Para North, essa ordem social limitada, como no caso da brasileira, somente superaria o “atraso” e efetivaria a transição para uma ordem social aberta caso o seu *rule of law*, bem como seus “microfundamentos”<sup>212</sup> estivessem maduras o suficiente para garantir a competição intraelites e fomentasse a criação de instituições que permitissem o acesso aberto às possibilidades de ganhos de renda para todos com condições mínimas de disputar os jogos econômicos, políticos ou jurídicos<sup>213</sup>.

Por último, fechando as chaves de conceitos eleitas neste trabalho, destaca-se o tratamento de North da ideia de *path dependence*. De forma resumida, a dependência da trajetória é um conjunto de ferramentas das ciências sociais – economia e ciência política – que mantêm a ideia de que instituições passadas influenciam no presente. Isto é, trata-se da “maneira pela qual as instituições e crenças derivadas do passado influenciam escolhas presentes.”<sup>214</sup> (NORTH, 2005, p. 21). É um conceito essencial para se entender a dinâmica institucional (GALA, 2003, p. 102). Usa-se essa nomenclatura como forma de se explicar os motivos da

<sup>211</sup> Ainda nesse sentido, apontando alguns motivos do fracasso das reformas em *rule of law*, Mariana Prado e Trebilcock (2009, p. 361) afirmam que as instituições jurídicas são interconectadas a um sistema jurídico muito além do que o Poder Judiciário englobando eventos que precedem e sucedem os procedimentos judiciais (“*A more general problem with judicial reforms, however, is that they do not account for relevant institutional interconnections in a legal system that link what happens inside the courtroom with a series of events that precede and succeed the courtroom proceedings.*”).

<sup>212</sup> Vide nota 102 acima.

<sup>213</sup> North faz a ressalva de que uma ordem social de acesso aberto não se trata de uma ordem social de acesso “universal”. Essa indicação proporciona a ideia de que nem mesmo as ordens abertas conseguem superar completamente as desigualdades econômicas, sociais e políticas. “*Open access does not require universal access, nor does it require complete elimination of all privileges; but it does require that a sufficiently large portion of the population be able to create political, economic, and other organizations at will. The extension of elite rights to larger groups in the population follows quickly once citizens’ rights are defined and enforced. Once the rights of citizens are impersonally defined, the logic of open access suggests that those rights will be easier to sustain under conditions of wider political and economic competition.*” (NORTH; WEINGAST; WALLIS, 2009, p. 191). Tradução literal: “O acesso aberto [da ordem social] não exige o acesso universal, nem exige a eliminação completa de todos os privilégios; mas exige que uma parte suficientemente grande da população seja capaz de criar organizações políticas, econômicas e outras à vontade. A extensão dos direitos de elite para grupos maiores na população segue rapidamente uma vez que os direitos dos cidadãos são definidos e aplicados. Uma vez que os direitos dos cidadãos são definidos de forma impessoal, a lógica do acesso aberto sugere que esses direitos serão mais fáceis de manter em condições de concorrência política e econômica mais ampla.”

<sup>214</sup> “[...] *path dependence* – the way by which institutions and beliefs derived in the past influence present choices [...]”

persistência de algumas ineficiências vinculadas às instituições. Em um outro momento, outros cientistas sociais aderiram a *path dependence* para explicar certos fracassos que advieram das reformas estruturais institucionais da última década do século XX<sup>215</sup>, inclusive, os próprios organismos multilaterais tentam reconhecer a incidência dessa ideia<sup>216</sup>. Com efeito, a dependência da trajetória seria a “chave para uma compreensão analítica da mudança econômica a longo prazo.”<sup>217</sup> (NORTH, 1990, p. 112). Um dos exemplos que North usa para explicar os limites de incidência da *path dependence* é da própria *common law* como uma instituição de precedentes. “Decisões anteriores tornam-se constitutivas na estrutura do direito, que muda marginalmente à medida que novos casos surgem envolvendo novas questões, ou pelo menos em termos de casos passados imprevistos; quando decididas estas tornam-se, por sua vez, uma parte do quadro jurídico.”<sup>218</sup> (NORTH, 1990, p. 96-97).

Segundo North, a dependência da trajetória influencia tanto os avanços tecnológicos como a mudança institucional. Porém, nesse último caso, a série de relações complexas advinda da interação entre instituições formais e informais acarreta uma maior complexidade. “A interação entre a comunidade política e da economia, os muitos atores que têm diferentes graus de força de barganha para influenciar a mudança institucional, bem como o papel da herança cultural que parece a base da persistência de muitas restrições informais, todos contribuem para essa complexidade.”<sup>219</sup> (NORTH, 1990, p. 104). Os procedimentos tratados por North em matéria de *path dependence* e as complexidades enfrentadas para se manter a eficiência de uma dada instituição – eficiência esse, por sinal, não necessariamente certa – foram resumidas por Fiani (2002, p. 51) em elucidativa passagem:

Dessa forma, instituições novas enfrentam elevados *set-up costs*, verificam-se efeitos de aprendizagem, derivados do conjunto de oportunidades oferecido

<sup>215</sup> Nesse contexto, ver Mariana Prado e Michael Trebilcock (2009, p. 350-359) que fazem uma descrição dos detalhes da ideia de *path dependence* para explicar fracassos institucionais e iluminar percursos de eventuais próximas reformas.

<sup>216</sup> Como exemplo desse reconhecimento da *path dependence* em termos de explicação da persistência no ideal quase religioso dos mercados livres, ver Dezalay e Garth (2005, p. 66 e 261-162) que, entre outros, citam depoimento sobre a ineficiência do modelo de mercados livres e sua necessidade de reformulação, no caso, com a abordagem da virada institucional.

<sup>217</sup> O trecho, no original, engloba a *path dependence* como uma espécie de chave para alargar e aperfeiçoar a análise neoclássica: “*Path dependence is the key to an analytical understanding of long-run economic change. [...] The result is an approach that offers the promise of connecting microlevel economic activity with the macrolevel incentives provided by the institutional framework.*”

<sup>218</sup> Tradução livre do trecho: “*Past decisions become embedded in the structure of law, which changes marginally as new cases arise involving new, or at least in terms of past cases unforeseen, issues; when decided these become, in turn, a part of the legal framework.*”

<sup>219</sup> No original: “*The interplay between the polity and the economy, the many actors who have varying degrees of bargaining strength in influencing institutional change, and the role of cultural inheritance that appears to underlie the persistence of many informal constraints all contribute to this complexity.*”

pelo quadro institucional estabelecido, juntamente com efeitos de coordenação através de contratos com outras instituições e investimentos induzidos em atividades complementares e, finalmente, expectativas adaptativas, na medida em que o aumento do número dos contratos baseados em uma determinada instituição reduz as incertezas quanto ao futuro daquela instituição.

Nesse sentido, embora haja um vasto quadro teórico ainda a ser explorado – o que não é intenção deste trabalho –, North e seus principais conceitos são expostos aqui como o cientista social que, ao acoplar categorias tradicionalmente jurídicas à seu grande *background* teórico, as instituições, vira o grande símbolo ascensão da ciência econômica como linguagem chave de decisões mundiais, conforme explanado no capítulo anterior. Assim, ao longo deste capítulo, será mesclada as influências que tais leituras exercem sobre os juristas no Brasil e, primordialmente, no panorama de direitos fundamentais.

### **3.1.1 A trajetória intelectual e a divisão de seus trabalhos**

Antes de perseguir os objetivos traçado, porém, é inevitável explorar o histórico de produção bibliográfica de Douglass North. Sabe-se que sua filiação inicial rendeu trabalhos com usos de matemática avançada para a leitura da história econômica de seus objetos escolhidos. A Tabela 5, por exemplo, traça um quadro explicativo em termos de usos entre análises históricas propriamente ditas e análises teóricas. Fica claro que North, em um movimento gradativo, vai transferindo o foco de suas descrições da análise histórica à teórica. Ou seja, “[a] partir da constatação e do entendimento do que foi o processo histórico do desenvolvimento econômico, procura formular uma teoria (institucional) do desenvolvimento econômico.” (GALA, 2003, p. 90).

Tabela 5 – Fases representadas por obras; entre análise histórica e teórica

Obra	Análise Teórica	Análise Histórica
<i>The Rise of the Western World</i> , 1973	Páginas 1 a 19 de um total de 158 - 12%	Páginas 19 a 157 de um total de 158 - 87%
<i>Structure and Change in Economic History</i> , 1981	Páginas 1 a 71 e 201 a 209 de um total de 209 - 37%	Páginas 71 a 201 de um total de 209 - 62%
<i>Institutions, Institutional Change and Economic Performance</i> , 1990	Páginas 1 a 140 de um total de 140 - 100%	Exemplos em 140 páginas sem espaço formalmente separado - 0%

Fonte: Adaptado de GALA, 2003, p. 91.

Percebe-se, portanto que, com o seu clássico do início da década de 1990, North efetiva a total transição da análise histórica para a teórica, conforme sustentado por Gala (2003, p. 98-99). A obra *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* seria então o início de uma nova fase, cujo principal objetivo estaria em entender o desenvolvimento econômico através do desenvolvimento institucional – seria agora seu foco estendido sobre a dinâmica institucional das sociedades –. É como se, após um longo período de arado das sementes das análises históricas, North sentisse a necessidade de criar seu próprio método além dos modelos neoclássicos, incrementando com a análise de Coase e focando no desenvolvimento econômico/institucional.

É nessa toada que Douglass North procura o foco no desenvolvimento como foco. Os questionamentos relacionados à ascensão da economia no ocidente e como a pobreza fora superada parcialmente nesses países. O clássico *slogan* de que a inovação tecnológica, as economias de escala, a educação e a acumulação de capital, não são causas do crescimento, sendo ela o próprio crescimento em si é o mote para que o autor centralize e determine essa “causa” como sendo os fatores institucionais (ABRAMOVAY, 2001, p. 166-167).

Essa transição da análise histórica para a teórica de que tratou Paulo Gala (2003) é só um dos pontos que reforçam o caráter meramente descritivo da obra de North. Ou seja, a toada até 1990 e dali em diante “salvaguarda” o autor do fracasso decorrentes das reformas institucionais frutos dos usos da NEI. O que North oferece é um poderoso panorama de conceitos e perspectivas teóricas para se encarar os complexos problemas aplicados relacionados ao desenvolvimento político e econômico de uma sociedade. Daí, restringir sua análise e legitimar seus usos não garante que o desenvolvimento será alcançado. Especificamente quanto aos problemas de instituições jurídicas, é fato que somente as reformas ao sistema formal da Justiça pouco garantiria sucesso da empreitada se se olvida dos eventos precedentes e posteriores ao formalismo dos sistemas de Justiça<sup>220</sup>.

Os esforços de Salama (2011) em mapear os “enigmas” do desenvolvimento em North já abrange as obras da senectude e já utiliza, além das obras relevantes anteriores, o

---

<sup>220</sup> Como será abordado adiante, esses “eventos” podem ser de variados graus e de extensas complexidades. Muitas vezes, o que é determinante para uma dada eficácia normativa é, além do aparato estatal garantidor do *enforcement* desta, um jogo de instituições informais que pulsam em formas de cooperações e comportamentos que influenciam, direta e/ou indiretamente na efetividade de dada norma jurídica. Esse fenômeno pode ser visualizado no fatídico dizer das “leis que não pegam”; isto é, um dado comportamento da sociedade que vincula e compromete a obediência dos destinatários de dada norma jurídica. Nesse sentido, é possível verificar um esforço relevante de Ferraz Júnior (2003), um jurista, em sua diferenciação conceitual entre vigor, vigência e eficácia, sendo o “vigor” uma qualidade da norma jurídica que diz respeito a sua força vinculante, isto é, à impossibilidade de os sujeitos subtraírem-se a seu império, independentemente da verificação de sua vigência ou de sua eficácia.

arcabouço teórico bem mais recente do autor. Nesse sentido, a próxima subseção ficará a cargo de mapear tais enigmas no sentido de traçar o quadro de problemas encontrados na transição de um arcabouço teórico para as questões de aplicação prática, isto é, de reformas institucionais, principalmente de instituições jurídicas.

### **3.1.2 Os “enigmas” do desenvolvimento em Douglass North**

Os enigmas de que trata Bruno Salama (2011, p. 49 e seguintes) são derivados da tentativa não óbvia de tradução do complexo quadro descritivo de North em termos de usos normativos e aplicabilidade em reformas ou fundações de estruturas institucionais. Atingem assim tais enigmas o cerne do argumento deste trabalho que trata justamente da legitimidade da NEI de North em termos de usos normativos desse arcabouço teórico em forma de práticas de reformas institucionais. Seriam, portanto, enigmas que, diretamente relacionando-os com o escopo do trabalho, implicam numa profunda e impactante alteração do quadro institucional brasileiro de direitos fundamentais, isto é, a relação entre reformas institucionais amparadas pela NEI e o panorama de direitos fundamentais não tem consequências causais e óbvias, muito menos pontuais e de pouca relevância. Pelo contrário, justamente pela própria teoria que pavimenta as reformas apresentarem “enigmas” é que se deve perquirir e mapear possíveis consequências.

Mas, se as descrições de North são traduzidas normativamente em “enigmas” de difícil resolução, pode-se afirmar que uma aplicação “incompleta” desse quadro por meio de fomento a reformas institucionais – primordialmente reformas em instituições jurídicas – alteram positiva ou negativamente o panorama de direitos fundamentais brasileiros? Caso a resposta a tal pergunta seja no sentido de prejuízo, é possível aferir quais os reais impactos e seus limites na tentativa de sedimentar padrões de conquistas jurídicas advindas de instituições informais e formais de longa data – como os direitos fundamentais? Pode-se dizer que enigmas não resolvidos de North podem se traduzir em reformas institucionais que comprometam futuras efetividades do quadro de direitos fundamentais? Usando do argumento de Mariana Prado (2013)<sup>221</sup>, identificando-se de maneira completa a *path dependence* de direitos fundamentais brasileiros – o que se argui hipoteticamente –, é possível fixar nexos entre as

---

<sup>221</sup> Pode-se resumir o argumento da autora na seguinte assertiva: reformas iniciais em instituições formais podem se tornar obstáculos para futuras reformas. Em suas palavras: “reformas iniciais causando efeitos indesejados, prejudicando os esforços de reforma mais amplos, e criando obstáculos para uma segunda geração de reformas (reformas-armadilha).” (PRADO, 2013, p. 87-88).

importações institucionais em reformas jurídicas e efetividade de direitos fundamentais? Qual o papel do jurista como assegurador deste quadro na “resolução” dos enigmas que tanto influenciam seus nichos de atuação e geração de capital?

Os enigmas do desenvolvimento apontados por Bruno Salama são sete: **(i)** como planejar o desenvolvimento? Através desse questionamento ele analisa as inconsistências que podem ser extraídas da ideia de North de que o desenvolvimento viria como fenômeno secundário. Já que secundário, segue Salama (2011, p. 50), “[...] então, por definição, não há como planejá-lo.” É nesse sentido que se argumenta sobre a essencialidade da natureza meramente descritiva dos trabalhos de North. É como se, de fato, haja o reconhecimento do autor que não existe panaceia quando a questão envolvida é o desenvolvimento; **(ii)** no segundo quadro o autor destaca as potencialidades das contradições que podem ser tiradas do olhar para a história, notadamente quanto às lentes usadas por North. Pressupondo a transição de uma ordem de acesso limitado para uma ordem de acesso aberto, ao mesmo tempo em que não se pode extrair causalmente uma política pública daqueles requisitos antes citados – as *doorstep condition* –, Salama vê em exemplos “idiossincráticos”<sup>222</sup> de transição para o desenvolvimento como um enigma a ser esclarecido; **(iii)** o terceiro enigma está diretamente relacionado ao papel efetivo do direito e suas instituições no desenvolvimento. Aqui entra o choque entre ordem jurídica estável para o controle da violência e, concomitantemente, uma possibilidade de flexibilidades de tal ordem para preparar as estruturas para a transição de ordem limitada para a aberta. A tensão aqui é a tradução desse terceiro enigma: tendo o direito como alvo principal, questiona-se o grau entre estabilidade e flexibilidade do ordenamento jurídico em termos novo institucionalistas; diretamente relacionado com o enigma anterior e ainda vinculado ao papel do direito, Salama trata do quarto item **(iv)** destacando especificamente os limites da capacidade do direito no desenvolvimento. Não se pode controlar plenamente as instituições informais e o Estado possui limitações de sua capacidade de fazer cumprir as instituições formais. “Esse quadro, portanto, sugere um limite bastante claro ao papel do direito nos projetos de mudança social: as instituições importam e o direito não é mera superestrutura, mas isso não quer dizer que o direito tudo possa.” (2011, p. 53); **(v)** aqui o autor põe em cheque uma dicotomia envolvendo a natureza do tema desenvolvimento. Afinal, estudar o desenvolvimento envolve técnica ou ideologia? Segundo Salama, North tanto deixa a entender que o estudo do

---

<sup>222</sup> Aqui Salama (2011, p. 50-51) cita a história dos tigres asiáticos e como eles tiveram inúmeras peculiaridades além da suposta receita das precondições northianas de transição de uma ordem social de acesso limitado para uma ordem de acesso aberto.

desenvolvimento é eminentemente técnico quanto revela que a finitude da capacidade cognitiva do ser humano depende de uma ideologia para estabilizar os escopos. “Se pudéssemos saber de tudo, bastaria o cálculo; como o conhecimento é limitado e fragmentário, as ideologias já não podem ser descartadas pelos seres humanos.” (SALAMA, 2011, p. 53)<sup>223</sup>; **(vi)** o sexto enigma volta ao papel do direito, desta vez para vislumbrar as possibilidades do direito estatal especificamente. Isso se dá no contexto em que as instituições jurídicas positivadas são apenas parte de todo o arcabouço institucional de uma dada sociedade, pelo fato de normas sociais e normas formais estarem em constante interação<sup>224</sup> e pela dependência desse processo ao fator crenças humanas (*beliefs*)<sup>225</sup> e da legitimidade do sistema político; **(vii)** por último Salama destaca os detalhes do *rule of law* de North como uma pré-condição ao desenvolvimento. Como em suas descrições do Estado de Direito o autor destaca um necessário quadro de efetividade do *rule of law* apenas entre elites, pode-se concluir que esse conceito pode, única e exclusivamente, estar atrelado à essas elites, sem fins de “espalhamento” para a não-elites. Já que o processo de transição de uma ordem limitada para uma ordem aberta é incerto, prescrever um mecanismo efetivo – uma política pública, por exemplo – de *rule of law* entre elites pode estar fadado ao beneficiamento de um grupo específico e com graves implicações à estagnação ou retrocesso institucional.

Outro vetor que, talvez, possa ser acrescentado em meio aos enigmas de Salama seria o fato de que as descrições de North pressupõem um período específico da história de suas sociedades analisadas. Sabe-se, entretanto, que a própria sociedade de hoje é extremamente influenciada por essa mesma história e que, instituições como as de direitos humanos, por exemplo, dificilmente “permitiriam” que um dado episódio coberto por eclosão de violência pudesse se repetir para salvaguardar um movimento institucional de transição – de uma ordem limitada para uma aberta – que nem se sabe ao certo se poderá ter sucesso<sup>226</sup>.

Tais enigmas elencados como frutos da tradução das descrições de North para as prescrições dos organismos multilaterais auxiliam os interessados nessas interações entre teoria e prática do desenvolvimento a entender que saltar de pesquisas descritivas à prática não é um processo simples, trivial e causal. As incertezas refletidas nos sete enigmas de Salama são

<sup>223</sup> Maiores detalhes sobre o papel da ideologia em North podem ser conferidos em Denzau e North (1994).

<sup>224</sup> Vide notas 198 e 201 acima.

<sup>225</sup> Um bom exemplo e bastante ilustrativo sobre o que North anota em termos de análise das crenças humanas pode ser visto em North, Weingast e Wallis (2009, p. 27-29).

<sup>226</sup> Essa questão será abordada pulverizadamente em outras subseções. Pode-se, em nome de uma aplicação normativa da NEI, fazer prevalecer direitos de propriedade como bem retratado em uma das *doorsteps conditions* de North em clara afronta a direitos fundamentais positivados na Constituição brasileira?

apenas um mapa para entender o quanto que uma reforma institucional formal pode ser complicada. Ainda mais quando se está sempre à mercê de uma “reforma-armadilha” (PRADO, 2013), ou seja, de sob o pretexto, por exemplo, de inaugurar um mecanismo de *rule of law* entre elites, acabar-se privilegiando um grupo específico e o auxiliando a manter um *status quo* sob seu comando<sup>227</sup>, isto é, frustrando reformas anteriores e dificultando posteriores. Claro que isso não é, de maneira alguma, um impedimento ou um motivo para se acabar com reformas institucionais. A única faceta que se destaca é que, de fato, não se pode esperar profunda reformulação no *enforcement* de alguns direitos somente por modificações formais e pouco reconhecimento das reações de instituições informais vinculadas a tais reformas.

### 3.2 Instituições jurídicas e o desempenho econômico através do tempo

Quais instituições jurídicas brasileiras se pode sustentar serem influenciadas, em suas respectivas reformas, direta e indiretamente, pela NEI de North? Sabe-se que o argumento de que o quadro teórico de North influencia essas reformas é praticamente unânime<sup>228</sup>. Sabe-se também que essa não é a única influência teórica nos organismos multilaterais<sup>229</sup>. Entretanto, como partiu da NEI, de North e colegas filiados, a maior força da legitimidade do *slogan institutions matters* dentro da ideologia de organismos multilaterais, foca-se nesse arcabouço teórico como um dos principais vetores de influência das últimas reformas institucionais no Brasil.

Instituições jurídicas, como já se disse, são apenas uma parte do grande leque de restrições que compõem o arcabouço de North. A partir de, em um primeiro momento, conceitos envolvendo especificamente a participação do Poder Judiciário na aplicação de

<sup>227</sup> Há um exemplo de fenômeno nesse mesmo sentido na história do Brasil e já fora aqui tratado. Sabe-se que o CEPED, sob o pretexto de intensificar o desenvolvimentismo na área do direito em plena década de 1960, acabou por beneficiar determinada elite de juristas que se envolveram no treinamento em *law and development*. Nesse sentido, pode-se citar o relativo fracasso da primeira geração de *law and development* em virtude dos benefícios pessoalizados que avocaram os juristas brasileiros treinados a partir da expertise norte-americana de então. Embora não houvesse dentro dessa onda de reformas, conforme visto acima, uma teoria-alicerce – como a NEI, por exemplo – ou mesmo o apego ao *rule of law* de hoje, é certo que esse episódio pode ilustrar o fenômeno de reforma institucional endereçada a uma determinada elite – no caso, a formação dos juristas brasileiros – que se esperava que o benefício – o treinamento em *law and development* – se espalhasse para os demais atores vinculados ao direito e suas instituições. Assim, vide nota 31 acima, bem como Tamanaha (2009, p. 194-197).

<sup>228</sup> Nesse sentido, dentre muitos, ver trabalhos de Luciana Cunha (2011, p. 234), Mario Schapiro (2011, p. 125-126), Mario Schapiro e Trubek (2012, p. 38-40), Davis e Trebilcock (2009, p. 237 e 246), Dezalay e Garth (2005, p. 267), Faria (2012b, p. 126-127), Franco e Luciana Cunha (2014, p. 531), Milhaupt e Pistor (2008, p. 18-21), Prado (2013, p. 73) e Prado e Trebilcock (2009, p. 342-348).

<sup>229</sup> A literatura em *law and finance* também povoa as inspirações dos organismos multilaterais como o Banco Mundial (2001). Ver também nota 30 acima.

normas de proteção à propriedade privada e ao cumprimento de contratos e, em um segundo momento, da inserção do *rule of law*<sup>230</sup> como palavra-chave para designar o conjunto de instituições jurídicas responsáveis por dar vazão ao jogo de instituições, formais e informais, de dada sociedade, é que North direciona parte de sua lente teórica para categorias jurídicas.

Principalmente a partir da avocação do *rule of law* como vetor chave e essencial para a transição de uma ordem social de acesso limitado para uma de acesso aberto, North concede ao Poder Judiciário e a todos os nichos nele envolvidos – inclusive a atuação e o papel de atores, agentes e organizações a ele atrelados – um papel primordial para o desenvolvimento social e político e, logo, econômico. Não há, portanto, nenhum exagero em sustentar que a principal influência teórica de organismos multilaterais em matéria de apoio financeiro ao desenvolvimento através de instituições jurídicas adveio da obra de North.

As reformas a instituições jurídicas, incluindo o Brasil e segundo Luciana Cunha (2011, p. 234), adquiriram três níveis de ocorrência: **(i)** reformas amplas, geralmente em níveis constitucionais; **(ii)** reformas no gerenciamento e coordenação de organizações formais, como no caso da administração e governança de tribunais, cortes e sistemas de justiça; e **(iii)** alterações nos procedimentos e regras periféricas que moldam o sistema processual judicial. Percebe-se que dentro desses três níveis há influências do arcabouço teórico de North. Enquanto que no primeiro dos níveis apontados se ilustra com maiores dificuldades os vetores da NEI, nos demais, por serem mais específicos e largos, as liberdades prescritivas dos organismos multilaterais envolvidos em tais reformas já estão mais presentes.

Com efeito e nesse contexto, é inevitável perceber que o conhecimento exclusivamente jurídico é, aos poucos, influenciado pelo pensamento, pela epistemologia e ideologia dos capitais advindos do ambiente econômico. Embora o núcleo das ditas reformas acima seja o ambiente estritamente identificado a um dos três poderes da república moderna que é histórica e intrinsecamente acoplado ao conhecimento jurídico, o Poder Judiciário, nota-se agora o parcial deslocamento da fonte que produz toda a essência de tais instituições: do conhecimento de juristas para o de economistas; ao invés de juristas forjarem reformas nos bastidores, passa-se aos economistas tal tarefa. É como se os objetivos de desenvolvimento econômico legitimassem economistas a produzir não só conhecimento de modelagem da instituição-nicho dos juristas, mas também avocassem a participação dos economistas como

---

<sup>230</sup> Não obstante as inúmeras e multifacetadas versões de significados, alcances e fronteiras do conceito de Estado de Direito, vincular-se-á aqui o *rule of law* pressuposto em North e suas obras, notadamente quanto às *doorsteps conditions*. Para os problemas encontrados na pulverização do conceito de Estado de Direito dentro dos organismos multilaterais, ver Carolina Bohrer (2011, p. 185-200) e nota 185 acima.

“mentores” totais do Estado, como *statemakers*, como aqueles que além de ditar o ritmo intercedem nas “regras do jogo”.

As subseções abaixo tratarão de mapear esse movimento historicamente; primeiro através do diagnóstico de quais as principais reformas institucionais no Poder Judiciário e seus nichos que podem ser identificados com a legitimação da NEI de North. Em um segundo momento, através de digressões sobre o capitalismo brasileiro e como as leituras de cientistas sociais do passado nacional podem auxiliar o jurista hodierno na percepção, adaptação e, em termos de produção de conhecimento, na “viragem” para garantir que seus valores – como a defesa de direitos fundamentais – possam ser devidamente assegurados por suas atuações. Ademais, será ainda tratado de aspectos dos “microfundamentos” do *rule of law* brasileiro, principalmente a partir do contexto elaborado por Oliveira Vianna, seu “povo-massa” e da emancipação pelo jurista do “marginalismo”.

### ***3.2.1 Reforma do Judiciário e demais estruturações como internacionalização dos campos jurídicos e a Nova Economia Institucional***

Importante organização na manutenção do Estado de Direito, da democracia, dos conceitos envoltos aos direitos fundamentais, o Poder Judiciário brasileiro tem se destacado recentemente na sociedade brasileira<sup>231</sup>. Porém, quase sempre esteve marcado, em termos de percepção, num “palácio” que sustentou uma elite durante a história do país.

Por mais que, como fora tratado no capítulo anterior, haja uma leve tendência hodierna de que juristas se tornem especialistas em “ordenamento privado”<sup>232</sup>, o Poder Judiciário continuará a ser o nicho-base de atuação e formação do conhecimento dos juristas. Isso porque, mesmo que a toada do “engenheiro de custos de transação” seja moldada para a sua atuação fora do ambiente forense, o Poder Judiciário, suas interpretações e poderes junto ao Estado sempre influenciarão as regras do jogo – as instituições – e, por conseguinte, os atores – organizações – como um todo. Ou seja, o Poder Judiciário e toda a carga de conhecimento gerada em torno dele – das faculdades de direito às atuações habilitadas em prol dessa organização – serão pressupostos até mesmo para juristas de negócios e outras carreiras mais

---

<sup>231</sup> Ver nota 119 acima sobre algumas colocações acerca do papel da suprema corte brasileira na sociedade.

<sup>232</sup> Acerca da questão do “ordenamento privado” como conceito e pressuposto para a atuação do jurista de negócios, vide notas 101 e 103 acima.

cosmopolitas<sup>233</sup>. O principal indício desse reconhecimento vem do fato de que o Estado de Direito, durante um bom tempo, teve seu conceito cunhado por organismos multilaterais atrelado exclusivamente ao Poder Judiciário<sup>234</sup> (BOHRER, 2011).

Porém, por mais que seus desenhos estruturais, internos e externos, e sua performance durante a história do Brasil tenha sido de e para juristas, sustentou-se no início do capítulo anterior – argumento este praticamente ubíquo e subjacente aos demais argumentos do trabalho – que essa exclusividade deixou de ser somente dos juristas. Por crer na “viragem” metodológica e ideológica de que instituições importam, economistas teóricos e práticos têm se voltado cada vez mais aos detalhes de funcionamento, instalação e história do Poder Judiciário<sup>235</sup>. Além disso, os próprios juristas, notadamente através da disseminação da *law and economics*, tem pensado, ainda que incipientemente, sua organização-base com lentes heterodoxas em comparação ao “bacharelismo” e ao *mainstream* hodierno<sup>236</sup>.

Ao contrário do que ocorreu na Argentina, cuja internacionalização dos campos jurídicos se deu de maneira mais intensa na formação “interna” dos juristas e menos a nível institucional<sup>237</sup>, no Brasil a principal forma com que a internacionalização se manifestou foi

---

<sup>233</sup> O alcance do Poder Judiciário como pressuposto da atuação do jurista, entretanto, não deveria limitar o alcance epistemológico e cognitivo tanto da formação do conhecimento – dogmatismos – como de sua prática – prática forense –. Os juristas de negócios, bem como os de direitos humanos (*human right*), têm estado na vanguarda de uma atuação para além de cortes e tribunais tradicionais. Todavia, seus isolamentos de ambientes acadêmicos do direito, como na maioria dos casos do Brasil, têm provocado o hiato que permite grande parte dos juristas do Brasil confundir prática forense com prática jurídica (FARIA, 2008a, p. 8).

<sup>234</sup> Ver nota 211 acima. Ver com detalhes, Bohrer (2011).

<sup>235</sup> Não bastasse as referências a esse quadro no decorrer deste trabalho, e sem medo de redundâncias, é inevitável citar os trabalhos que tem sido apresentado nos congressos e encontros da *ISNIE - International Society for New Institutional Economics* (que em breve será chamada *SIOE - The Society for Institutional and Organizational Economics*). Boa parte dos artigos e *papers*, além de aperfeiçoar, incrementar e explorar as fronteiras da NEI, tem como alvo matérias já relatadas aqui. Desde *social norms*, passando pela profunda investigação dos jogos envolvidos em *enforcement* ou mesmo sobre direitos de propriedade e consequências de decisões e comportamentos judiciais. Esses exemplos só reforçam o crescente interesse dos economistas por assuntos antes exclusivamente de juristas.

<sup>236</sup> Interessante notar, como bem descrito no capítulo anterior, a distância que o jurista brasileiro guardou e, ainda parcialmente guarda, de questões acadêmicas. Quando não acusados de academicismos, juristas com formação completa em termos de grau universitário possuem sua atuação deslocada para dentro da própria universidade. Tais preconceitos podem ser enxergados em percepções sobre a ainda pequena elite que representam os acadêmicos, conforme apontado em estudo de Engelmann (2012, p. 495-499) – “Até 1990, existiam no Brasil, 16 cursos de mestrado em Direito e quatro cursos de doutorado. Em 2006, são 58 cursos de mestrado e 16 cursos de doutorado, representando um exponencial aumento dos produtos intelectuais voltados ao espaço jurídico, assim como dos postos para os docentes com maior investimento acadêmico.” – Além disso, ainda sobre a formação do jurista no Brasil, com identidade relativamente distante da universidade, ver Venâncio Filho (1982), Engelmann (2008b) e Frederico Almeida (2009). Sobre trecho referenciado alhures, a respeito dos usos do “consequencialismo” como internacionalização e “economicização” do conhecimento jurídico no Brasil, ver Schuartz (2008) e Pargendler e Salama (2013) – vide, para tanto, notas 50 e 166 acima.

<sup>237</sup> O diagnóstico é de Dezalay e Garth (2005, p. 72): “*De acuerdo con esto, las estrategias cosmopolitas en México y en Argentina fueron dictaminadas por las élites relativamente más prósperas y privilegiadas que habían sido excluidas del poder del Estado. En cambio en Brasil y en Chile las élites más privilegiadas se*

através de reformas institucionais, seja sob o *slogan* do Estado de Direito, seja sob os demais níveis de que tratou Luciana Cunha (2011, p. 234), sem que necessariamente a formação “interna” tenha sido influenciada. A mais marcante ilustração desse diagnóstico pode ser vista na Tabela 4 acima.

A NEI, portanto, entra em cena ao dar legitimidade teórica para as estratégias internacionais da primazia dos mercados. Ao focar no Poder Judiciário e nos sistemas de justiça como um todo, referidos organismos multilaterais sustentam que o ambiente de *enforcement* de contratos e direitos de propriedade são o foco do *rule of law* e, logo, também o foco do Poder Judiciário (WORLD BANK, 2001, p. 117-132). Esse papel não se restringe somente aos juristas de negócios (GORDON, 2010)<sup>238</sup>, mas também aos demais âmbitos de atuação representados pelas elites de Estado referidas por Engelmann (2012). Com efeito, pode-se argumentar, portanto que a internacionalização dos campos jurídicos no Brasil se dá internamente na formação isolada de juristas de negócios e em uma estratégia de “cima para baixo” (*top-down*) pelas reformas institucionais. O nexos entre essas estratégias resulta em uma tentativa de uma já comentada *commonlização*<sup>239</sup>; mas nesse caso, bem além das inspirações de modelos de negócios jurídicos anglo-saxões. Trata-se de uma tentativa de implementação de um sistema tardio de precedentes no Brasil, principalmente a partir da reforma do Poder Judiciário com a Emenda Constitucional número 45 (quarenta e cinco) de 2004.

Luciana Cunha (2011), como já fora comentado acima, percebe bem quais as principais facetas da internacionalização dos campos jurídicos no Brasil. Porém, a NEI de North dedica um espaço peculiar para o papel do Poder Judiciário em comparação às reformas que tem acontecido ainda com foco neste poder de Estado. Nesse caso, identifica-se aqui dois papéis primordiais para os sistemas de justiça e cortes na NEI: **(i)** o papel econômico; e o **(ii)** papel

---

*mantuvieron bien conectadas con las instituciones del Estado, aun cuando en grados diversos, por lo cual tuvieron menos necesidad de acudir a estrategias cosmopolitas.”*

<sup>238</sup> Uma excelente passagem sobre o papel de advogados para a implementação do *rule of law* pode ser testemunhada na seguinte passagem: “O trabalho dos advogados é muitas vezes melhor entendido não apenas como instrumental para algum conjunto de interesses de clientes, ou interesses de alianças, ou mesmo para ‘mudar a realidade social’, mas para proteger e promover imagens de identidade (*images of identity*). Não se poderia esperar que oficiais de programas do Banco Mundial ou USAID se concentrassem detidamente sobre os papéis culturais e ideológicas de advogados; mas se alguém está à procura de potenciais fontes de influência social de longo prazo, [advogados] podem ser o melhor lugar para procurar.” (GORDON, 2010, p. 467). No original: “*Lawyers’ work is often best understood not simply as instrumental to some set of client interests, or guild interests, or even to ‘change social reality’, but to protect and promote images of identity. One would not expect program officers for the World Bank or USAID to focus very closely on the cultural and ideological roles of lawyers; but if one is looking for potential sources of long-term social influence, that may be the best place to look.*”

<sup>239</sup> Vide nota 104 acima.

político<sup>240</sup>. Enquanto que o papel econômico atribuído pela NEI ao Poder Judiciário é mais detalhadamente lidado nas obras constantes do início dos anos de 1990, o papel político é manifestado diretamente a partir das obras dos anos 2000. O primeiro permeia mais proximamente a “previsibilidade” direta, enquanto o segundo a “estabilidade” em um longo prazo.

Nesse contexto, analisando o quadro histórico do desempenho do Poder Judiciário no Brasil – e conseqüentemente dos juristas –, percebe-se que, ao menos diante do decorrer século XX e início do XXI, é patente que a oscilação em termos de legitimidade, bem como o nível de influência na sociedade podem ser divididos entre juristas e sua organização-base – o Poder Judiciário –. Como já comentado, enquanto que o Poder Judiciário como organização sofre intervenções cosmopolitas e expande sua influência, primeiro em termos de retórica política – bacharelismo de influência europeia – e segundo em termos de influência econômica – parte do *rule of law* de origem anglo-saxã –, os juristas se tornam cada vez mais reduzidos ao conhecimento gerado dentro de sua organização-base. Ou seja, é como se a organização Poder Judiciário emanasse através de sua internacionalização e cosmopolitismo formas e matérias aos seus atores-interessados, juristas de formação regional e bacharelesca. Dessa primeira interação, fica patente a atual cenário de choque entre a forçada e tardia tentativa de implementação de uma cultura jurídica da eficiência (econômica) com a prática pessoalizada e regionalizada dos juristas de formação tradicional franco-germânica.

Assim, dessa sinergia se pode concluir que a NEI, legitimada pela prática financeira dos organismos multilaterais, ao influenciar em um primeiro momento um Poder Judiciário que garantisse o *enforcement* de contratos e de direitos de propriedade, e em um segundo momento um *rule of law*, acaba por se distanciar de sua própria lição completa: ao se universalizar<sup>241</sup> e se formalizar através de um Judiciário reformado de maneira *top-down*, as lições da NEI – ou sua representação legitimada pelos organismos multilaterais – desentrosam-se das instituições informais que regem tanto as normas sociais da sociedade quanto as culturas e práticas dos

<sup>240</sup> A fonte dessa classificação é exclusiva do autor, estando, portanto, suas falhas, reduções e limitações de exclusiva responsabilidade deste. Essa divisão é muito mais identificada com os períodos de trajetória intelectual das obras de North do que propriamente uma divisão patente.

<sup>241</sup> Essa ideia de “universalismo” é tratada no contexto da *law and development* por Kevin Davis (2010, p. 3), que assenta: “*La esencia del argumento en contra del universalismo jurídico es la siguiente. Los argumentos universalistas acerca de derecho y desarrollo son aquellos que toman la siguiente forma: ‘La idea es que, em cierto sentido fundamental, la relación funcional entre derecho y desarrollo – es decir, la medida en la ciertas leyes promueven el desarrollo – no varía a lo largo de las sociedades. Para ponerlo de outra manera, las sociedades no varían de forma tal de causar variaciones en el impacto de las leyes en el desarrollo. Entonces, correlativamente, si las sociedades varían de forma tal de causar una variación en el impacto de una ley en particular, los argumentos universalistas acerca de esa ley no tienen sustento.’*”

juristas-bacharéis como um todo<sup>242</sup>, além de impor conceitos “prontos” para balizar o *background* da vivência em sociedade. Trata-se, por fim e resumidamente, de um quadro em tentativa de implementação da cultura de “liberdade” econômica – pelo cosmopolitismo advindo dos economistas através da dolarização – para um ambiente político e sociocultural historicamente controlador, autoritário e interventor.

A subseção seguinte abarca justamente referido histórico e como essas sinergias impactam no atual panorama de instituições jurídicas brasileiras, notadamente as de direitos fundamentais.

### 3.2.2 *Capitalismo brasileiro, cultura, autoritarismo e intervenção estatal*

Não só a história, mas grande parte dos estudiosos das peculiaridades políticas e econômicas do Brasil são praticamente unânimes em afirmar: há uma clara tradição autoritária enraizada na cultura brasileira<sup>243</sup>. De tais traços se espalham para outras questões da esfera da nação como política e economia. Referida raiz autoritária, cuja matriz pode ser verificada inclusive no novo papel que o Estado brasileiro tem desempenhado na economia, pode ser atestada por inúmeras doutrinas nacionais e internacionais<sup>244</sup>.

<sup>242</sup> Ou, como bem cita Gomes (2005, p. 123 e 133), uma cultura baseada em um “conservantismo” de herança europeia, e que resulta na crença de que os juristas são os especiais intérpretes do espírito do povo.

<sup>243</sup> Por autoritarismo usa-se aqui uma espécie de forma de atuar do Estado e da sociedade que quase sempre veio a reboque do ideário modernizador, cuja presença permeou os cinco séculos de tentativas de governos em explorar o país de maneira eficiente. Autoritarismo, portanto, é uma figura que não só está atrelado ao Estado, mas a toda representação de elites que possam, de alguma forma, ter poder sobre dada parcela da sociedade – como no caso dos traços “clânicos” que se refere Vianna (1999, p. 265 e seguintes) –. Inclusive nesse sentido, por autoritarismo pode-se ter as situações em que a sociedade brasileira reproduz o “patrimonialismo” tão bem representado por alguns intérpretes brasileiros, mesmo que reconhecendo as limitações que permeiam tal conceito, notadamente quanto a modernidade. Não se pretende fechar o conceito; apenas alargar suas fronteiras para possibilidades adequadas aos fatores e fatos sociais advindos da sociedade globalizada.

<sup>244</sup> Veja-se por exemplo: sobre o desenvolvimento, em colônias europeias de instituições extrativas (*extractive institutions*) Acemoglu, Johnson e Robinson (2002); no contexto de comparação entre crescimento e instituições latino-americanas e países de ascendência anglo-saxã, ver Aguilar Filho (2009); Bercovici (2008) e os detalhes do sindicalismo brasileiro como manobra autoritária dos trabalhadores durante o século XX; Bonavides (2004) e a narração da transição do tipo de papel do Estado como liberal e social e os detalhes de sua força no período; Gustavo Cabral (2011) e seu preciso apontamento de alinhamento entre desenvolvimento e Estado brasileiro forte e autoritário; Dezalay e Garth (2000; 2005) e seu conjunto de diagnósticos e descrições das consequências das ditaduras no século XX na América Latina; Faria (1996, 2008b, 2013) e o apontamento das dificuldades de transição para a democracia atual; Érica Gorga (2006) e as descrições das dificuldades do Estado formador do mercado de capitais e financeiros no Brasil; Carlos Mota (2010) com a descrição da participação ativa de juristas em regimes militares; Rafael Nunes (2015b, no prelo) para uma perspectiva autoritária no debate de Oliveira Vianna e Waldemar Ferreira; Bruno Salama (2014) com seus apontamentos sobre o início da desvirtuação da responsabilidade limitada societária no Brasil no período ditatorial da década de 1930; Trubek, Vieira e Sá (2011) sobre mercado financeiro em ambiente fomentado por um Estado intervencionista, dentre outros.

Esse traço serve como uma espécie de *background* de boa parte das descrições que as ciências sociais lograram fazer no Brasil – resumindo-se ou não ao “senso comum” –. Sem dúvida, para os fins a que este trabalho se destina, a principal dessas consequências advindas do histórico autoritarismo presente na cultura brasileira é a modelagem das instituições informais e como estas têm impactado no relacionamento entre sociedade e Direito formal. Notadamente, é dizer que dessa sinergia pretende-se extrair uma equação que demonstre o peso da cultura brasileira e seu histórico autoritário na ausência de ineficácia do Estado de Direito northiano. Usa-se, portanto, a partir dessa seção, do arcabouço conceitual-descritivo de North para ler as mazelas atreladas ao Estado de Direito brasileiro e, logo, o panorama de direitos fundamentais.

Nesse contexto, destacar o “autoritarismo instrumental” de Oliveira Viana é exaltar um dos grandes exemplos de como o autoritarismo brasileiro serve de instrumento para análises, descritivas e normativas, e para atestar sua presença, mesmo que bastante diluída, hodiernamente<sup>245</sup>. Ao mesmo tempo que o autor citado praticamente legitima teoricamente as “revoluções” varguista e, posteriormente, militar, desenvolve por outro lado uma larga e profunda descrição – caráter positivo de sua obra e que, por essa natureza descritiva, a que mais se aproveita – sobre as origens das instituições formais e informais do povo brasileiro<sup>246</sup>. Ou seja, assume-se neste trabalho a posição de que o caráter normativo da obra de Vianna – eugênico e autoritário – não dispensa a qualidade de suas descrições, principalmente para fins de identificação de dotes e vinhetas do que seria hoje uma determinada instituição informal ou norma social a interagir com o Estado de Direito.

As duas principais vertentes desse cenário resultante de aproximadamente quatro séculos de proximidade e entrosamento com o pensamento autoritário – principalmente a partir da obra de Vianna – seriam: **(i)** a força do Estado como presente impulsionador do capitalismo; e **(ii)** os vestígios das formas de autoritarismo na cultura e cooperação brasileira – aqui, abrindo terreno para as interações entre supostas normas sociais e normas de Direito formais –.

---

<sup>245</sup> Vide nota 143 sobre o conceito e a influência do autoritarismo instrumental de Vianna na modelagem e legitimação da permanência da ditadura militar após o ato de assunção do poder em 1964. Retomando a ideia, basicamente, tem-se por autoritarismo instrumental aquele cujo qual necessita ser implementado pelo Estado de maneira transitória até que a cultura do povo-massa se estabeleça de maneira propícia à democracia. Esse arremate normativo de Vianna legitimou não só o Estado Novo Varguista, como também o início da perpetuação do Estado militar pós-1964.

<sup>246</sup> Oliveira Vianna deixou inúmeras obras que trataram sobre as origens e características da cultura do povo brasileiro. Independentemente do número delas, restar-se-á preso ao seu Instituições políticas brasileiras (1999) principalmente pelo fato de nela se conter perfeita condição de maturidade e absorção de críticas ao autor.

Quanto à primeira tranche da herança indicada, a força e ubiquidade do Estado brasileiro na economia, há aqui uma clara identificação entre esse fator a já delineada primeira geração da *law and development*<sup>247</sup>. As características comuns vão desde um Estado impulsionador da economia através do esquema de substituição de importações através do sistema automotriz até o sistema político de transição do pós-1964. Nesse sentido, um elucidativo exemplo do histórico de herança do autoritarismo no Estado brasileiro é posto por Érica Gorga (2006, p. 88) no contexto da criação e desenvolvimento do mercado de ações e financeiro:

Historicamente, o mercado tem sido em grande parte controlado pelo Estado. O sistema financeiro foi criado oficialmente durante o século XIX para transformar a economia após o fim da escravidão. A infraestrutura de um complexo sistema de indústrias não poderia ser construída pela iniciativa privada. Foi o Estado, sob o regime autoritário e populista de Getúlio Vargas que orientou a criação da indústria pesada no Brasil. A promulgação da primeira Lei das Sociedades Anônimas do Brasil ocorreu em 1940 ao abrigo do citado regime. Tem havido uma evolução para o capitalismo monopolista desde os anos de 1950, uma política explicitamente promovida após o estabelecimento da ditadura militar em 1964.<sup>248</sup>

Outros fatores que caracterizam a força do autoritarismo na forma como o Estado brasileiro encarou e encara a economia – e, logo, molda o capitalismo – estão subjacentes a outras vinhetas expostas durante o trabalho, como no caso do debate entre Vianna e Ferreira (NUNES, 2015b), da ascensão do Varguismo (BERCOVICI, 2008; MOTA, 2010; CABRAL, 2011) e dos indícios do que veria a ser um novo *law and development* (TRUBEK, 2009; SCHAPIRO; TRUBEK, 2012) com o peso do Estado brasileiro sobre o financiamento privado.

Desses vestígios, encontram-se traços de autoritarismo, inclusive, na própria sedimentação da legitimidade do jurista perante a história. Desse argumento, há mais causas relacionadas ao fato de o Poder Judiciário, historicamente, estar próximo e permitir a

---

<sup>247</sup> Um bom exemplo dessas semelhanças entre Estado autoritário economicamente e *law and development* pode ser conferido no testemunho de Trubek, Vieira e Sá (2011) e a impulsão do direito fomentando o desenvolvimento do mercado financeiro sob a primeira onda da *law and development* no Brasil.

<sup>248</sup> No original: “Historically, the market has been largely controlled by the State. The financial system was officially established during the nineteenth century to transform the economy after the end of slavery. The infrastructure of a complex system of industry could not be built by private initiative. It was the State, under the authoritarian and populist regime of Getulio Vargas, which guided the creation of Brazil's heavy industry. The enactment of Brazil's first Corporations Law occurred in 1940 under this regime. There has been an evolution toward monopolistic capitalism since the Fifties, a policy explicitly promoted after the establishment of the military dictatorship in 1964.”

legitimação dos períodos autoritários<sup>249</sup> do que propriamente à formação acadêmica do jurista em si. Mas nesse caso, já se encaminha a análise para a segunda tranche indicada acima.

Como esses vestígios de autoritarismo influenciam na formação e modulação da cultura brasileira? Diante desse cenário, é possível identificar quais as principais normas sociais ou instituições informais que impulsionam o descasamento entre a cooperação do povo-massa e as instituições formais, ou, notadamente, o Estado de Direito? Será mesmo que há indícios suficientes para afirmar, com segurança, que o conjunto heterogêneo e “retalhado” de instituições informais brasileiras é culpada de boa parte da ineficácia de direitos fundamentais prescritos na Constituição? Será que o fato de os valores e culturas primordiais da população brasileira estar hoje sofrendo com tal descasamento – e, por conseguinte, suas normas sociais em conflito com as normas formais –, desde o início de sua história coagida e influenciada pela presença da elite e do Estado autoritário, indica um bom caminho a se seguir em busca das reformas corretas? Explica, portanto, no Brasil, o nexó entre a percepção de pouca fiscalização de irregularidades do cotidiano do povo pelo próprio povo – o *whistle-blowing* de Acemoğlu e Jackson (2014b) –, a ineficiência do Estado em uma sociedade globalizada<sup>250</sup>, e a dependência da trajetória das constantes cópias e reformas *top-down* acometidas e lideradas ou por “homens marginais” – no sentido de Vianna (1999) – ou por “tecnocratas” inspirados na frieza da matemática?

Tantas questões que dificilmente propor-se-ia uma solução fechada e simplificadora. Em verdade, não há simplicidade. A história importa. As instituições importam – no caso do Brasil, talvez mais as informais do que as formais –. As organizações importam. Se desses três últimos fatores destacados de importância, pudesse-se elaborar *tags* explicativas ou uma ementa reducionista de um guia para a busca da mínima eficácia dos direitos fundamentais, arriscar-se-ia: a história das instituições informais brasileiras e as sinergias daí advindas moldam as organizações atuais a reagirem de maneira não cooperativa às atuais instituições formais. Reduzindo mais ainda o raciocínio e, a grosso modo, tem-se que a história autoritária brasileira, tanto em termos de modelagem e “cópia” de instituições formais como em cooperação entre agentes e organizações é fator relevante na formação do atual panorama mínima e problematicamente eficaz dos direitos fundamentais.

---

<sup>249</sup> Conferir argumentos nesse sentido em Perez-Perdomo (2006) e Dezalay e Garth (2005). Em exceção, conferir nota 115 acima sobre juristas combatentes à governos autoritários que, justamente por estarem imbuídos em um “senso” de justiça, costumam estar mais aptos a defesa do Estado do Direito do que economistas, por exemplo.

<sup>250</sup> Sobre outras questões entre uma administração pública atual e as complexidades e riscos da sociedade globalizada, a legitimação e as organizações da política, conferir Giorgi (2011).

### ***3.2.3 Instituições informais do povo-massa: cabem restrições formais? Microfundamentos do Estado de Direito em Oliveira Vianna***

O incipiente mapa consubstanciado na subseção anterior pode ser semente de elaboração de indícios de como melhor elaborar, hodiernamente, instituições formais calibradas com instituições informais no Brasil. Mais uma vez, para melhor ilustrar essa tarefa, recorre-se a Oliveira Vianna e suas específicas descrições sobre a raiz das instituições informais do povo brasileiro, ou, para ser mais honroso ao arcabouço conceitual do brasileiro, do povo-massa.

A tarefa de Vianna em cunhar – ou minimamente legitimar – a Justiça do Trabalho no Brasil durante a década de 1930 e 1940 pode ser descrita, em termos northianos, em uma tentativa de transformar uma instituição informal em uma instituição formal. Ou, por Vianna, transformar um “direito-costume” em um “direito-lei”<sup>251-252</sup>.

Desde a crítica da ‘cópia’, passando pelo modo como os modelos liberais anglo-saxões, ao mesmo tempo que representavam unicamente os pressupostos sociais de seus criadores, mostravam-se incompatíveis com a realidade social brasileira, [Vianna] visava uma legislação que pusesse mais próximo da prática o seu mecanismo teórico de parear os ‘povos-massa’ das diversas formas de expressão do direito; ou seja, visava, além da superação da concepção tradicional de direito-lei, a efetiva criação de um direito-costume. (NUNES, 2015b, p. 124).

“Das normas da Constituição para a tradição popular: para os usos, para as praxes, as práticas, os modos de vida do povo; em suma: para a cultura.”, sustentava, “[...] desloca-se,

<sup>251</sup> A passagem a seguir narra exatamente como Vianna (1999, p. 47) via seu esforço em elaborar a legislação trabalhista, além de aproveitar e consolidar sua defesa histórica quanto ao argumento de ser referido conjunto de leis de inspiração fascista, justificando assim sua implementação por mero prol ao trabalhador brasileiro da época: “Por isto mesmo, não há maior injustiça do que a afirmação, que é costume fazer-se, de que esta legislação [do trabalho] é uma legislação plagiada, ou copiada, ou imitada das legislações estrangeiras. Contesto esta afirmação tendenciosa e disto dou o meu testemunho pessoal, com a autoridade de quem viu de perto e co-participou da elaboração da copiosa legislação social daquela época, agora codificada na Consolidação das Leis do Trabalho. Nem mesmo a legislação sindical, cujo impulso veio de fora, deixou de obedecer a esta metodologia objetiva – de sondagem direta às subcamadas de nossa vida social e jurídica, antes da sua transubstanciação na lei.”

<sup>252</sup> Como já citado em outras ocasiões desse trabalho, todo o arcabouço descritivo de Vianna resulta em uma virada normativa eugênica e autoritária. Ou seja, é inevitável perceber que resta certo “perigo” democrático à estratégia de Vianna. Porém, como já comentado na nota 51 acima, certos usos normativos de teorias descritivas – ou, no caso de Vianna, descrições em si – são valiosos justamente por mostrar como não esquecer de esforços científicos por “maus usos” quando o assunto é o apontar de um “dever-ser” que não parece tão preciso e construtivo. O outro perigo que merece ser lembrado se deve também quando da utilização do termo “costume” nos usos hermenêuticos no atual processo judicial positivista; mas aqui já se têm problemas de outra natureza.

[...] das atividades ou comportamentos das elites para as atividades ou comportamentos do povo-massa.” (VIANNA, 1999, p. 60). Ora, se não é algo semelhante a tais esforços aqueles em que pelegam juristas, economistas e cientistas sociais como um todo nos tempos atuais (PRADO; TREBILCOCK, 2009; TRUBEK, 2009; DAVIS; TREBILCOCK, 2009).

Mas para conseguir chegar à árdua tarefa de descrever e legitimar seus diagnósticos teóricos, Vianna discorre por exemplos que denotam características valiosíssimas da história das instituições informais brasileiras, desde a colônia aos primeiros momentos de contato com a legislação formal de ascendência franco-românica. Uma das principais dela e que acaba corroborando com o argumento do autoritarismo advindo da sociedade de que tratou a subseção anterior, é quando Vianna tece comentários à influência sobre a população e sobre o próprio Estado do “clã parental” brasileiro<sup>253</sup>. Usa, inclusive, eloquentes dados históricos registrados nos primórdios da história para demonstrar que havia certo hábito na forma de distribuição da propriedade no Brasil e como ela sedimentou normas sociais que resultavam num patente conflito entre estas instituições e as instituições formais<sup>254</sup> – muitas vezes aquelas sobrepujam o próprio Estado –<sup>255</sup>.

Como um outro relevante exemplo válido de restrições informais que, segundo Vianna, tangiam a sociedade a ignorar o direito-lei – ou as instituições formais de então –, cita o sociólogo uma vinheta que denota o modo como a cultura moldada pela propriedade privada fazia frente ao Estado da época – dotando-a de uma espécie de “imunidade”<sup>256</sup> – e,

<sup>253</sup> Segundo Vianna (1999, p. 219), “[o] clã parental é uma organização aristocrática. É uma espécie de Ordem da Cavalaria das grandes famílias dominicais. Foi enorme a sua influência no Período Colonial e, ainda maior, no Período Imperial e na República.”

<sup>254</sup> Ainda no início dos trabalhos Vianna (1999, p. 49) resume em pontos os problemas que levaram a motivação de seus estudos: “[...] Na vida política do nosso povo, há um direito público elaborado pelas elites e que se acha concretizado na Constituição. [...] Este direito público, elaborado pelas elites, está em divergência com o direito público elaborado pelo povo-massa e, no conflito aberto por esta divergência, é o direito do povo-massa que tem prevalecido, praticamente. [...] Toda a dramaticidade da nossa história política está no esforço improficuo das elites para obrigar o povo-massa a praticar este direito por elas elaborado, mas que povo-massa desconhece e a que se recusa obedecer.”

<sup>255</sup> Conferir, além da nota 141, também a íntegra da descrição a seguir: “[...] em São Paulo, já nos começos do século IV, pelo alvará de 13 de maio de 1813, o Príncipe Regente resolveu policiar melhor a cidade, que lhe parecia mal-administrada e em desordem. Para isto, criou-lhe um *juizado de fora*, substituindo o juiz eletivo, ordinário, da Câmara. Pois bem, entre as várias razões justificativas deste ato estava a alegação de que os ‘juizes ordinários eletivos, *pelas relações de parentesco e amizades de força*, contraídas no país da sua habitação, não praticavam os seus deveres e obrigações do cargo *com exatidão e imparcialidade que convêm à pública utilidade*’. E *deu àquela cidade então um juiz forâneo. Quer dizer: estranho à pressão dos clãs locais*.” (VIANNA, 1999, p. 246-247, itálicos do autor).

<sup>256</sup> Citava Vianna (1999, p. 213): “Esta aparelhagem defensiva e agressiva dos grandes domínios dava aos seus proprietários um formidável prestígio na região. Tão grande que fazia recuar até as próprias autoridades da Coroa. Como que as famosas ‘justiças de El-Rei’ se detinham à fronteira destes enormes latifúndios. Na verdade, praticamente, cada um deles estava coberto com uma espécie de imunidade à intervenção das autoridades.”

consequentemente, influenciava na economia de então. Prossegue Vianna (1999, p. 215, itálicos do autor):

As autoridades e a polícia respeitavam os engenhos [...] algumas vezes coitos de criminosos defendidos e inatingíveis como tabus sagrados. Certos senhores arrogantes não perdoavam a mais razoável visita da polícia às suas propriedades. Reputavam-na um ultraje, de que cuidavam desafrentar-se, *fosse como fosse*. Ainda hoje subsiste este prejuízo e, em verdade, as visitas da polícia aos engenhos valem, às vezes, por verdadeiros assaltos e trazem quase sempre inconvenientes.

Na formação do direito-costume, ou em termos northianos das instituições informais, Vianna ainda destaca uma espécie dessa ordem normativa de natureza pública. Esse direito público, segundo ele, seria aquele formado e executado no cotidiano da população como um todo e não os impostos *top-down*, as normas formais, muitas vezes copiadas e transferidas de outras nações. E nesses casos, devido a herança autoritária com que se estabeleceu tais instituições informais, muitas vezes também descendente da distribuição de propriedades do início da história do país, tal direito público se sobrepunha não só ao direito-lei – instituições formais – como também forjava o direito-costume. E Vianna (1999, p. 250) arremata que referidos costumes, em forma de “organizações parentais” herdeiras da violência “[...] atravessam os três séculos coloniais ostentando prestígio e poderio e influem perturbadamente na administração pública, na atividade dos partidos, no êxito das leis, mesmo nas revoluções, quando é caso disto.”

Não somente dessas descrições trata Vianna. Passeia, com detalhes, pelo histórico de partidos provinciais, pelos clãs eleitorais, pelo que ele chama de solidariedade parental, a vingança privada, os aspectos e consequências do fanatismo religioso e até mesmo aspectos das guerras e revoltas ocorridas, tudo desde o período colonial até a fase pré-autoritária de 1964. Conclui que a maioria das instituições sociais antiquadas às novas exigências democráticas do seu tempo estão em forma de herdeiras heterogêneas no interior do que ele chama de Norte, incluindo aqui a atual região Nordeste do país e que, com menos intensidade, se vê também nas regiões Sul e Sudeste (1999, p. 253).

A investigação de Vianna ainda percorre com o tema da cooperação<sup>257</sup>. O quadro é exposto com o mesmo nível de detalhes, apesar de ao largo de suas narrações destinar mais

---

<sup>257</sup> A cooperação de que trata Vianna não é no sentido novo institucionalista. Apesar de contextos e *frameworks* diferentes, utiliza-se como semelhança a ideia de “cooperação” no brasileiro e nos economistas da NEI justamente no toque da equação: norma social cooperativa influencia o desenvolvimento socioeconômico.

espaço ao contexto da solidariedade social advinda e arraigada dos traços de autoritarismo já citados, o que, invariavelmente explicaria, de certa forma, a suposta ausência de vocação do povo brasileiro ao público e às instituições formais<sup>258-259</sup>.

É claro que os laços de solidariedade social, os hábitos de cooperação e colaboração destas famílias na obra do bem público local não podiam formar-se. Com mais razão, não precisavam elas associar-se para a sua vida pública, para organizarem [...] os órgãos da administração da ‘região’, do ‘município’, da ‘freguesia’, do ‘distrito’. Em conseqüência, o espírito público não podia encontrar leira, nem húmus para germinar e florescer como tradição ou cultura. (VIANNA, 1999, p. 140).

Nesse ponto, há uma convergência ainda mais próxima à atual agenda novo institucional. Além da valorização da história, da cultura e de suas sinergias com instituições formais, Vianna também trata da influência que a inicial distribuição da propriedade no Brasil colônia exerceu na modelagem e formação das normas sociais. Ao tratar das sesmarias, Vianna (1999, p. 131 e seguintes) queria comprovar que a manifestação social de instituições informais “antiurbanizantes” brasileiras era fruto direto do modo como a propriedade privada fora distribuída nos primórdios “civilizatórios”. O principal ponto que convergiu para a norma social “antiurbanizante” e não cooperativa fora a distância que as sesmarias deveriam guardar da próxima vila, propriedade ou mesmo de seus próprios limites. A cultura “centrífuga” perdurou das sesmarias aos engenhos e acabou se fixando como uma instituição informal e influenciando as formais – ou o descumprimento destas –. “Basta notar que se tinha, por lei, que guardar a distância mínima de mil e quinhentas braças de engenho a engenho, ou de ‘meia légua’, segundo

---

Sobre essa mesma ideia, basicamente tornando “cooperação” como um só conceito entre economistas da NEI e demais cientistas sociais brasileiros, conferir Aguilar Filho (2009; 2011).

<sup>258</sup> Arremata Vianna (1999, p. 141): “No ponto de vista culturalístico, o nosso povo é, por isso, sob o aspecto de solidariedade social, absolutamente negativo.”

<sup>259</sup> Este trabalho não destina espaço ao polêmico tema do patrimonialismo e seus usos como a explicação-panaceia das dificuldades atuais de desenvolvimento econômico e social do Brasil. O que, sem temer redundância, explora-se é o fato de Vianna fugir de algumas explicações uniformes e aceitar as dificuldades em desenhar o quadro de maneira precisa, conceitual e causalmente fechada. Ao contrário. Para melhor ilustrar, percebe-se que Vianna rechaça diretamente Franz Boas – escola culturalista americana, inspiradora de Gilberto Freyre –. Logo, há uma divergência indireta, ideológica-acadêmica, entre Vianna e Freyre. Prossegue o autor (1999, p. 77): “O meu ponto de divergência com os antropologistas americanos da escola culturalista, Boas e seus seguidores, é que eles consideram a ‘cultura’ como um sistema social que encontra explicação em si mesmo, ao passo que eu, embora aceite a concepção central da etnologia americana – do regionalismo das ‘áreas de cultura’ – contudo, não aceito o panculturalismo desta escola, que quer tudo explicar em termos de ‘cultura’, até os fenômenos fisiológicos, e se recusa a fazer intervir, na formação e evolução das sociedades e da civilização, os fatores biológicos, negando qualquer influência ao indivíduo ou à raça e à sua poderosa hereditariedade.” Além disso, Vianna usa cita e invoca Malinowski diversas vezes, tanto para tratar das *Chartas* quanto dos “complexos culturais”. Todas essas citações vão de encontro ao que Vianna definia como panculturalismo. Em sentido atual, revigorando Malinowski, ver Hadfield e Weingast (2014, p. 27-28).

prescrevia uma provisão régia de 1681.” (VIANNA, 1999, p. 133). Ou seja, o isolamento criado por um direito-lei criou uma instituição informal tendente à não cooperação.

Ainda sobre tal isolamento, Vianna toma nota de um viajante estrangeiro da época e ilustra as distâncias de propriedades privadas em uma região altamente povoada no Brasil de então, conforme Tabela 6 abaixo.

Tabela 6 – Distâncias entre propriedades privadas entre Ubá e São João d’El-Rei

Do Alto da Serra a Sítio (fazenda)	4 léguas
De Sítio à Fazenda das Laranjeiras	4 léguas
Da fazenda das Laranjeiras à das Vertentes do Sardim	1 e 1/2 légua
Da fazenda do Sardim à de Chaves	4 e 1/2 légua
Da fazenda de Chaves ao Rancho do Rio das Mortes Pequeno	4 léguas
Do Rancho do rio das Mortes Pequeno	1 e 1/2 légua
<b>TOTAL</b>	<b>19 e 1/2 léguas</b>

Fonte: Adaptado de VIANNA, 1999, p. 134.

Esse exemplo de Vianna vem junto a mais um sem número de outros. Argumenta que o isolamento perdurou, dessa vez não mais por instituições formais, mas agora incrustado nas normas sociais. “E criou o *homo colonialis*, amante da solidão e do deserto, rústico e antiurbano, fragueiro e dentrófilo, que evita a cidade e tem o gosto do campo e da floresta.” (1999, p. 135, itálico do autor).

E esse é somente um dos traços que o autor identifica na cultura, nas normas sociais, nas instituições formais do brasileiro. Embora a heterogeneidade e o choque da globalização e da urbanização que o país sofrera no pós-morte de Vianna<sup>260</sup> tenha dado uma virada nas configurações de que trata, é inevitável perceber como essa ideia, por mais que esteja suscetível a percepções distorcidas e sentidos comuns de nosso cotidiano, ainda se faz relevante hodiernamente. As dificuldades inerentes ao real e ao diagnóstico “científico” de limites dessa influência é tarefa árdua que este trabalho não pretende responder. Prestar subsídios, sem dúvida, é a atitude mais sensata a se fazer, limitando-se então à explanação para fins de identificação de que, talvez, essa dificuldade que sentia Vianna e demais cientistas sociais seja

<sup>260</sup> Oliveira Vianna falecera em 1951.

de mesma natureza daquelas que não permitem até hoje que os burocratas encontrem a restrição formal certa para as normas informais adequadas<sup>261</sup>.

Na linha semelhante, o programa de pesquisa de Acemoğlu e Jackson (2014b, p. 27-28) sobre normas sociais – lastreado em um *framework* matemático mais sofisticado, além das colaborações novo institucionais e amadurecido que as observações de Vianna – aponta que ainda há muito a se fazer quando o assunto é a inter-relação entre normas sociais e direito. Olhar o passado, como parecia fazer Vianna e, concomitantemente, notar as prevalências no tempo de normas sociais sobre as instituições formais, mesmo que estas sejam de difíceis tipificações, parece estratégia correta para iniciar os alicerces do que Hadfield e Weingast (2014) chamam de microfundamentos do Estado de Direito.

O contexto agora pode impulsionar o argumento para os seguintes questionamentos: há bons subsídios em Vianna que permitem prever quais instituições formais podem se adaptar à conjuntura brasileira e se acoplar às instituições informais que pouco se conhece? Há possibilidade de se desviar e se evitar “reformas-armadilhas” (PRADO, 2013), propagar uma cooperação eficiente e permitir que o Estado de Direito tenha vazão e legitimidade razoável na sociedade? Pode-se dizer que Vianna concebe um esboço do que seria a base dos microfundamentos do *rule of law* brasileiro? Propriedades privadas sem sintonia com o desenvolvimento, cultura e cooperação “centrífugas”, laços e “solidarismos” inquinado de “pessoalimos”, desapego ao público, excesso de restrições formais ineficazes, crises de legitimidade de instituições formais, um turbilhão retalhado e heterogêneo de normas sociais em choque com a globalização. Parece que esses problemas, sejam demonstrados e descritos por Vianna sejam trabalhados por outros cientistas sociais<sup>262</sup>, direcionam as respostas para um labirinto carente de certezas e seguranças. Apontam bem mais para um cenário sem cores do que para um alvo coerente.

---

<sup>261</sup> E para que não reste dúvidas sobre a semelhança a que aqui se argumenta, percebe-se os pontos de convergência ao se parear Vianna e North (1990, p. 37) na seguinte passagem deste último, traduzida livremente: “De onde as restrições informais vêm? Elas vêm de informações transmitidas socialmente e são uma parte da herança a que chamamos de cultura. [...]. A cultura pode ser definida como a ‘transmissão de uma geração para a outra através do ensino e imitação, de conhecimentos, valores e outros fatores que influenciam os comportamentos [...]. A cultura fornece um quadro conceitual baseado na linguagem de codificação e interpretação das informações que os sentidos estão apresentando para o cérebro.” No original: “*Where do informal constraints come from? They come from socially transmitted information and are a part of the heritage that we call culture. [...]. Culture can be defined as the ‘transmission from one generation to the next, via teaching and imitation, of knowledge, values, and other factors that influence behavior’ [...]. Culture provides a language-based conceptual framework for encoding and interpreting the information that the senses are presenting to the brain.*”

<sup>262</sup> Como, por exemplo, o pareamento teórico criado por Aguilar Filho (2009) e Aguilar Filho e Fonseca (2011) entre North e três intérpretes brasileiros que tratam da cooperação social, quais são Raymundo Faoro, Sérgio de Holanda e Viana Moog.

Contudo, como bem destacaram Hadfield e Weingast (2014, p. 29) após análise de vasta literatura clássica de jusfilósofos<sup>263</sup>, os problemas com o conceito e alcance do que se entende por direito, por si só, já seriam um bom farol para legitimar as pesquisas em interações entre instituições informais e formais. Para eles, encarar as fronteiras do que se entende por direito<sup>264</sup> auxiliaria no esforço de reformar uma sociedade para uma ordem jurídica efetiva e, logo, mapeando bem os microfundamentos do Estado de Direito, impulsionaria as reformas para soluções mais eficazes.

O primeiro passo a se estabelecer no sentido de descrições microfundacionais do direito (*a microfoundational account of law*) seria separar o conceito de governo formal e seu exercício monopolizado da coerção da essência do que se entende por direito. “É evidente que o estado transforma a natureza do ordenamento jurídico, mas não é necessário.” (HADFIELD; WEINGAST, 2014, p. 31)<sup>265-266</sup>. O segundo passo é conceituar o direito em termos abertos, não necessariamente enciclopédicos; apenas como um guia, um farol. Os autores aproximam, portanto, a ordem jurídica daquela concepção de Vianna descrita acima, diagnosticando as diferenças entre fontes de direito diversas, não só estatais, e canalizando o esforço em definir o que viria a ser uma ordem jurídica. Para eles, trata-se o direito de uma ordem social normativa (2014, p. 32). Dessa ordem, eles supõem uma espécie de equilíbrio cunhado por condutas em dada comunidade relevante. Tais condutas são sistematicamente padronizadas em avaliações comunitárias normativas de comportamentos (*community-based normative evaluations of behavior*), sendo assim definidas as normas sociais. “Elas são sociais no sentido de que se

<sup>263</sup> Hadfiel e Weingast (2014, p. 28-30) retomam os esforços de filósofos do direito do quilate de Weber, Fuller, Raz e Hart. Nesse contexto, relevante notar como a ausência de Kelsen (1986; 2009) dentre filósofos do direito minimamente relevantes é assustadora. Ainda sobre tal insistente ignorância dos estudos de Kelsen, conferir Pargendler e Salama (2014, p. 107), cuja nota de rodapé critica Ulen (2002) por ignorar Kelsen como candidato a hipotético Nobel em Ciências Jurídicas. Como se verá adiante, muitos dos argumentos de Kelsen em focalizar o Direito em uma teoria “pura” são, por si só, fatores de acurácia na percepção de que esse esforço puro não consubstancia a atividade fim do jurista como um todo, apenas daquele que ele designa “jurista científico”. Ou seja, caberia à gama de profissionais e vocacionados no direito inúmeras outras tarefas, dentre elas, a análise do mínimo de eficácia normativa kelseniano que, em última instância, garante a validade de uma norma jurídica formal (NUNES, 2015a; SCHUARTZ, 2005).

<sup>264</sup> Hadfield e Weingast (2014, p. 30) aproximam a noção de direito à de instituições como um todo – direito como *distinctive attributes* –. Ao tratar da literatura novo institucional, eles apontam a carência de acurácia teórica do que tais acadêmicos possuem sobre direito, seu conceito e alcance. No original: “*Taken as a whole the institutional literatures continue to work with a highly abstract notion of law. At the extreme, they simply assume that a government that establishes a set of institutions characteristic of existing stable legal regimes — legal codes, well-trained judiciaries, enforcement agencies — will thereby institute the rule of law. But these accounts fail to explain why these institutions in many developing countries are hopelessly corrupt and ineffectual.*”

<sup>265</sup> No original: “*Clearly the state transforms the nature of legal order, but it is not necessary.*”

<sup>266</sup> Tanto Vianna (1999) como North e seus colegas (NORTH; WEINGAST; WALLIS, 2009) já estabeleceram essa cisão, em seus respectivos quadros, como uma forma clara de se enxergar algumas falhas nas concepções e nas fronteiras das teorias tradicionais em ciência política, direito e economia.

espera que qualquer membro representante da comunidade compartilhe a avaliação”. (HADFIELD; WEINGAST, p. 32)<sup>267</sup>.

Essas avaliações são articuladas por uma entidade – pessoa ou organização – que eles chamam de “instituições de classificação” (*classification institutions*)<sup>268</sup>. Tais instituições de classificação, segundo os autores seriam aquelas entidades que geririam dada comunidade relevante. “Instituições de classificação” que eles pressupõem ser dotadas de atributos legais o suficiente para justificar o reconhecimento de dada comunidade nela. É delas que emanam “rótulos normativos” (*normative labels*) para circunstâncias como a classificação em lícito/ilícito, punível/não punível. Nos modelos de Hadfield e Weingast (2014, p. 35), por exemplo, as implicações impulsionam os autores a fixar atributos legais para uma dada instituição de classificação. São esses atributos: **(i)** a publicidade; **(ii)** clareza, não-contradição e singularidade; **(iii)** estabilidade; **(iv)** congruência e capacidade de prospecção; **(v)** generalidade; **(vi)** racionalidade impessoal, neutra e independente; e **(vii)** racionalidade pública e processos abertos. A semelhança com demais classificações antes proferidas pelos próprios filósofos do direito citados por eles apenas reflete a capa do argumento de Hadfield e Weingast. Estes, ao contrário dos outros, não defendem um compromisso normativo a priori. Eles sustentam que criaram tais atributos legais primordialmente através das características que argumentam ser necessárias para que uma “instituição de classificação” seja capaz de estabelecer um equilíbrio da ordem jurídica em que o comportamento dos agentes é padronizado nas classificações e *labels* emanados da instituição<sup>269</sup>.

Ao fim, após trabalhar inúmeras possibilidades em um modelo simples entre hipotéticos dois compradores e um vendedor, os autores concluem que as reformas e assistências atuais ao *rule of law*, ou seja, a circulação de modelos<sup>270</sup> de instituições formais

<sup>267</sup> No original: “*They are social in the sense that any representative member of the community is expected to share the evaluation.*”

<sup>268</sup> Nos casos em que Vianna proclama a gênese da solidariedade do brasileiro, por exemplo, fica claro que a dita “instituição de classificação” seria, por exemplo, os sesmeiros e os senhores de engenho, porquanto partir dessas organizações a distribuição das “regras do jogo” e, logo, emanar os rótulos normativos, muitas vezes em choque com as instituições formais-oficiais. Nesse caso, os ambientes isolados, dotados de certa “imunidade”, sejam sesmarias, sejam casas de engenho, seriam as comunidades relevantes (*relevant community*) cuja ordem jurídica gozava de certa supremacia e dos próprios mecanismos (*enforcement mechanisms*) de aplicação de seus direitos-costumes. Porém, a toada “pessoalizada” e recheada de privilégios, além da legitimidade de instituições de classificação formais entrando em confronto direto, fossilizou ditas organizações, mas, ao menos segundo Vianna, fincaram rastros na cultura brasileira.

<sup>269</sup> No original, explicam: “*Unlike the philosophical literature, however, our list is not based on an intuitive assessment or on a priori normative commitments such as equality between persons or fairness. Instead, we derive the legal attributes from the characteristics we argue are necessary for a classification institution to be capable of establishing an equilibrium legal order in which behavior is patterned on the classifications emanating from the institution.*” (2014, p. 35).

<sup>270</sup> Conferir e recordar o estudo e as classificações, já citadas alhures, de Yazbek (2003).

impostas a países em desenvolvimento com instituições informais próprias – que possuem suas ordens sociais normativas e ordens jurídicas – acabam alterando as possibilidades de real sucesso do que se cogita ser um direito eficaz. Alargando a aplicação do conceito de Mariana Prado (2013), acabam gerando “reformas armadilhas”. “[...] [E]sta não é apenas uma questão de criação de instituições; ela requer a realização de uma mudança nos sistemas de crenças de conhecimento comum.” (HADFIELD; WEINGAST, 2014, p. 37)<sup>271</sup>.

Ainda nesse contexto, afere-se que outro contributo, que pode ser visto no direito brasileiro desde os apontamentos de Faria (2000, p. 150 e seguintes) ao discorrer sobre pluralismo jurídico, pode ser destacado em Hadfield e Weingast. Os microfundamentos do Estado de Direito pressupõem que as formas de aplicação-execução dos direitos (*enforcement*) não devem partir somente do Estado; devem ser descentralizadas. Ou seja, com Acemoğlu e Jackson (2014b, p. 2), “[...] a maioria das leis não podem apenas contar com policiamento ou outras formas de aplicação-execução públicas, mas precisam aproveitar a aplicação-execução privada, ou seja, a ‘denúncia’ de cidadãos particulares.”<sup>272</sup> Em Hadfield e Weingast (2014, p. 38) esse argumento se manifesta também no sentido de que “[...] os esforços para a construção do Estado de Direito precisam dar mais atenção ao papel das instituições legais na coordenação e incentivar a participação dos cidadãos comuns em esforços de aplicação-execução sociais.”<sup>273</sup>

Retomando os esforços de Vianna, fica claro que seus subsídios em termos de apontamentos e descrições da história brasileira, embora recheadas de ressalvas que direcionam normativamente para os perigos do autoritarismo instrumental, inicia uma boa forma de instigar a procura pelos microfundamentos do *rule of law* no Brasil. As dificuldades, além disso, está em mostrar que os juristas, analisando essa complexidade de informações históricas, seja ela atrelada ou não ao papel do direito, poderiam encarar seu real papel e contornar a “curva” de sua legitimidade. O *front* de que tratava San Tiago Dantas não pode se reduzir a meras questões forenses. A dogmática jurídica, aqui encarada como a pedra de toque da ciência jurídica (FERRAZ JÚNIOR, 2000; 2003), não pode reduzir a atuação do jurista e continuar a nos “marginalizar”, no sentido de Vianna. O simples fato de este autor ter descrito muitos episódios da história do país não faz desse material, por si só, a bula completa dos microfundamentos do

<sup>271</sup> Tradução livre de trecho: “*Moreover, this is not just a matter of building institutions; it requires the achievement of a shift in common-knowledge systems of beliefs.*”

<sup>272</sup> No original, com o argumento na íntegra, consta: “*We introduce a simple formalization of the idea that most laws cannot just rely on policing or other forms of public enforcement, but need to leverage private enforcement, that is, whistle-blowing" from private citizens.*”

<sup>273</sup> Traduzido livremente de: “*This account suggests that efforts to build the rule of law need to pay more attention to the role of legal institutions in coordinating and incentivizing the participation of ordinary citizens in social enforcement efforts.*”

Estado de Direito brasileiro. Ele, assim como os muitos outros intérpretes do Brasil, cada qual do seu modo e no seu *framework* teórico<sup>274</sup>, esforçou-se no sentido de legar um bálsamo de tranches relevantes. Tais parcelas de contribuições, sem dúvida, representam muito da ineficácia de nosso ordenamento jurídico, seja em termos de direitos básicos, seja em termos de legitimidade.

As dificuldades que tratou Salama (2011, p. 57) como justificativa a falta de investimentos em instituições informais tem dado indícios de que podem ser superadas; a um primeiro momento com a legitimidade matemática de estudos como os de Acemoğlu e demais novo institucionalistas e, em um outro passo, após amadurecimento e rigorosos testes teóricos, forçar que tais dificuldades sejam transformadas em pesquisas e soluções concretas a um Estado de Direito relativamente ineficiente como o brasileiro<sup>275</sup>. O quadro de erguer instituições informais a *tag* relevante no discurso do desenvolvimento já tem bons motivos para se legitimar no discurso da NEI. Afinal, “[o]s formuladores de políticas devem entender que as percepções subjetivas variam e podem estar no cerne do sucesso ou fracasso na implementação de políticas.” (GORGA, 2006, p. 903).

Agora, cabem às demais formas de conhecimento – como o direito – avocarem a responsabilidade de mapear precisamente e descobrir os próximos passos para que reformas institucionais possam dar vazão à eficácia de que o direito brasileiro tanto carece, além de blindar seu próprio objeto de conhecimento contra leituras normativas que só distorcem o caráter real do direito – este, bem além de uma mera dotação econômica.

Ora, se boas instituições são aquelas entrosadas às normas sociais de dada sociedade e, se para um sustentável desenvolvimento econômico essa mesma sociedade depende de boas instituições, talvez coubessem aos atores que melhor modelarem instituições a vocação do bom desenvolvimento econômico. Mesmo que os *fronts* de reformas institucionais relevantes permaneçam sob as competências de economistas por um bom tempo, parece que estes mesmos têm clamado auxílio aos juristas nessa árdua tarefa. Resta agora, a estes últimos, notadamente no caso brasileiro, o esforço de saber e conhecer o potencial e o peso de seu conhecimento e desempenho para o desenvolvimento – não só econômico, mas essencialmente social – da sociedade.

---

<sup>274</sup> Conferir nota 262 acima.

<sup>275</sup> O estudo de Acemoğlu e Jackson (2014b, p. 26-27) é extremamente honesto ao reconhecer que suas variáveis e jogos elaborados só levam em conta direitos “simples” que podem ser, de maneira relativamente fácil, bem distribuídos. Reconhecem que os casos em que os direitos possuem natureza social (*social welfare*) há maiores variáveis passíveis de análise. Voltando ao Estado de Direito northiano, fica claro que, no caso do conjunto de regras do jogo brasileiro que compõem o conceito de North, há muito mais variáveis do que o programa de Acemoğlu e Jackson podem abarcar.

### 3.2.3.1 *Nova Economia Institucional, história e a crítica da “cópia”*

Uma mesma experiência que fracasse é renovada indefinidamente, desde que seja considerada 'liberal' ou 'democrática'. Não se procura saber a causa do fracasso. (VIANNA, 1999, p. 56).

Um outro relevante ponto que pode ser destacado, já que há muito isso macula a legitimidade dos juristas brasileiros, é quanto a “cópia” de modelos jurídico-institucionais exteriores<sup>276</sup>. O fenômeno da “cópia” e circulação interna de modelos jurídicos já fora analisado no contexto da internacionalização dos campos jurídicos na seção 2.1.1 acima. Naquela ocasião, fora destacado principalmente a ferramenta que possibilitou – e, no caso, ainda possibilita – as “cópias” de modelos jurídicos e instituições. Agora, partindo de Vianna, é necessário adentrar no fato de que a própria NEI corrobora atualmente com o seguinte diagnóstico: copiar instituições jurídicas sem análises de compatibilidade entre estas e as instituições informais, ou mesmo entre elas e a cultura, é fadar os projetos ao fracasso.

A história brasileira, a partir de Vianna, já apontava tal obstáculo há muito. Então, questiona-se: por que ainda se insiste em modelos institucionais prontos que pressupõem sucesso em suas origens sem o mínimo de criticidade<sup>277</sup>? Os grandes valores avocados pela sociedade brasileira em sua assembleia constituinte de 1987, quais sejam, os direitos fundamentais – aqui incluídos não só os clássicos liberais e democráticos, mas também a gama de herdeiros de Weimar, os direitos sociais –, estavam mesmo “preparados” para se agruparem e se entrosarem às normas sociais da nação? Caso a resposta a esta última pergunta seja negativa, isso justifica o retrocesso de excluir institucionalmente tais garantias de nossa constituição, seja por uma dada prática econômica, seja por atitudes políticas e cidadãos de mero

<sup>276</sup> Sobre a “cópia” e os pontos problemáticos, insistentes, de reformas institucionais as quais Vianna analisou, ele frisa e protesta: “Insiste-se sempre, e indefinidamente, na tentativa, renovando Constituições ou sistemas sucessivamente, convencidos todos de que o fracasso ocorrido tem causa exclusivamente nos homens, ou melhor, em alguns homens – os do ‘partido de cima’, e que, se substituirmos estes homens, mediante uma eleição ou mesmo uma revolução, os ‘outros’ – os que os substituírem, mostrarão a ‘beleza do regime’... Não importa que uma experiência de mais de cem anos tenha mostrado, com rigor de uma lei, que estes ‘outros’, que sucederam aos do fracasso, falharam também e tanto quanto os outros. Este fracasso repetido não impede que os substitutos continuem a insistir na experiência – à maneira das moscas, quando tentam atravessar vidraças.” (VIANNA, 1999, p. 56-57).

<sup>277</sup> O autor ainda resume boa parte dos embates e sinergias que hoje se esforçam novo institucionalistas na seguinte passagem: “É o caso dos povos latino-americanos, que não têm feito outra coisa senão pedir – desde que se fizeram livres e soberanos – ou à Inglaterra, ou à França, ou aos Estados Unidos, parte ou mesmo o sistema inteiro de suas instituições políticas, cujos efeitos admiram nestes países de origem e esperam que, adotando-as nos seus, devam produzir os mesmos resultados.” (VIANNA, 1999, p. 97).

desprezo? A “cópia”, nesse caso, se já estava fadada ao fracasso desde de sua concepção, deve ser agora abandonada?

Sem dúvida a grande maioria desses questionamentos soam absurdos e não passam nem sequer a boa parte do crivo daqueles que foram formados para lutar por garantias constitucionais – os próprios juristas –. Deste modo, a “cópia” que representa nossa constituição forçou fadar os grandes articuladores e garantidores dela à atuação autista e hercúlea de tornar – ou garantir – a eficácia de direitos formais incompatíveis com as normas sociais. Nenhuma dessas hipotéticas questões podem ser afirmadas de maneira causal e tão certa. O que se sabe é que, embora a “questão social” tenha brindado a sociedade brasileira a quase oitenta anos antes da constituição de 1988<sup>278</sup>, parece ainda um mito institucional, uma “crença livresca” poder afirmar e garantir a mínima eficácia da mesma.

Além da realidade das instituições informais brasileiras, as “cópias” encontram outros problemas que, geral e invariavelmente também modelam a cultura. As desigualdades sociais, as dificultosas formas de acesso à ordem social – no sentido northiano –, o modo como o Estado é composto e administrado, as constantes atuações refratárias das elites<sup>279</sup> – aqui também no sentido northiano –. Todos esses fatores se mostram também profundos obstáculos para as reformas institucionais, notadamente no que tange ao Estado de Direito<sup>280</sup>.

Os primeiros questionamentos desta subseção apontam um ar tenebroso e jogam luz a uma possibilidade arbitrária e normativa das contribuições da NEI. Principalmente se se pretende usar dessas incompatibilidades entre norma formal e norma social para se dissolver regimes e dar vazão aos resquícios de autoritarismo brasileiro. Entretanto, recordado o próprio

<sup>278</sup> Ver descrição completa das origens e nuances da implementação da “questão social” na nota 137 acima.

<sup>279</sup> Sabe-se que boa parte desses obstáculos seriam resolvido no caso de um completo alcance do desenvolvimento. Já que instituições promovem referida melhoria, somente com boas instituições, compatíveis inclusive com as informais, com a cultura, é que boa parte desses problemas desapareceriam. Entretanto, o cenário indicado representa outro obstáculo na implementação ou solução de melhores instituições para o Brasil.

<sup>280</sup> Faria (2010, p. 111-112) levanta dados e usa argumentos, com auxílio de Wanderley dos Santos, para atestar que a desconfiança da população brasileira em suas instituições formais, inclusive no próprio Poder Judiciário, é questão arraigada. “[...] de todos os brasileiros que estiveram envolvidos em problemas cíveis, penais e trabalhistas, entre outubro de 1983 e setembro de 1988, 67% optaram por revolvê-los por vias extrajudiciais. Indagados sobre os motivos dessa opção, alegaram (a) não confiar nos órgãos policiais e judiciais, (b) temer represálias das outras partes envolvidas, (c) desconhecer seus direitos, (d) julgar as provas insuficientes e (e) ter contado com a intermediação de terceiros.” Ainda nesse sentido, em 2011 fora publicado o primeiro relatório no Brasil do Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJBrasil. Desde então a equipe responsável, composta por membros de uma renomada faculdade de direito nacional, retrata a percepção que a população possui em relação a sua confiança no Poder Judiciário. Por exemplo, na publicação dos dois últimos trimestres de 2014, o relatório demonstrou que: “Dentre as 11 instituições avaliadas, o Judiciário ficou atrás, em ordem decrescente, das Forças Armadas, da Igreja Católica, do Ministério Público, das Grandes Empresas, da Imprensa Escrita, da Polícia, das Emissoras de TV e do Governo Federal.” (CUNHA et al, 2015, p. 14).

North<sup>281</sup>, é altamente desencorajador em uma sociedade a ruptura de regimes; ao contrário, a perenidade é um atributo essencial para, não só um Estado de Direito eficaz, mas, principalmente, para uma sociedade próspera. Nesse sentido, a própria teoria bloqueia os limites dos usos normativas da cópia e do que pode ser denotado da equação das análises de sinergias entre normas formais e sociais em países como o Brasil.

Ademais, a cada “cópia” se é inaugurado um novo “ponto de recuperação”; uma nova meta para se mapear e se “recordar” quando de necessárias futuras reformas. Já que o retrocesso em alterar instituições fundadas no passado é vedado pela própria NEI em nome da perenidade das instituições (*perpetually lived institutions in the public spheres*), resta inevitável concluir que, mais do que relevante, é essencial marcar as reformas ao longo da história brasileira e perceber qual nova ordem jurídica informal fora fundada, fossilizada ou adaptada em nossa realidade e qual delas restou completamente boicotada, ignorada, a partir dos ditos marcos. A atual “cópia das cópias”, a Constituição de 1988, não pode representar somente uma norma incompatível em boa parte com nossa cultura. Ela deve, essencialmente, ser a instituição de classificação – pelo *framework* de Hadfield e Weingast – global do brasileiro. A mudança de postura dos cidadãos – e, para os fins específicos deste trabalho, dos juristas como um todo – deve ser o alvo a não se tirar de foco em qualquer reforma que queira manter a grande conquista institucional que houve em 1988<sup>282</sup>.

### 3.3 O problema do acesso à ordem social brasileira

A ordem social brasileira, segundo os conceitos da segunda fase da NEI de North<sup>283</sup>, pode ser classificada como uma ordem social de acesso limitada madura, ou seja, o último estágio antes do alcance à ordem social de acesso aberto. Para que esta alcance sua transição completa é teoricamente necessário que as elites trabalhem e garantam a qualidade e perenidade do Estado de Direito, além de manter o controle político de forças militares. Porém, parece que

---

<sup>281</sup> A referência deve encaminhar o leitor para a completa descrição da segunda condição para a transição entre ordens sociais de trata North e colegas. Trata-se da *perpetually lived organizations in the public and private spheres* (NORTH; WEINGAST; WALLIS, 2009, p. 158-166).

<sup>282</sup> Aqui pode-se argumentar que as quase três décadas de vigência da atual constituição descaracterizaria a sua natureza de cópia ante a obra de Vianna. Em verdade, tal argumento não deve prosperar. O que não significa, sob qualquer hipótese, que se deva boicotar o texto normativo. Ao contrário. O próprio Vianna confirma a possibilidade de se trabalhar em ambientes complexos e incompatíveis, mesmo que completamente. Nesse caso, ele atesta o “sucesso” da instituição advinda com a justiça do trabalho e, mesmo que sob a égide de uma então recém promulgada constituição, representou, segundo Viana, a fiel tradução de uma instituição informal para uma formal.

<sup>283</sup> A referência à segunda fase pode ser melhor explicada na seção 3.1.1, especificamente diante da Tabela 5 acima.

a concretização da transição, no caso do Brasil, não dependa somente desse quadro tal qual é lançado por North e colegas.

Caso, de fato, a primeira das precondições de que trata North seja cumprida no Brasil, irá se pressupor que o *rule of law* foi fortalecido entre elites e, conseqüente e “epifenomenicamente”, propagado para os demais cidadãos. Porém, apenas se se pudesse pressupor que dentro deste conceito de Estado de Direito estivesse incluído os microfundamentos de que tratou Hadfield e Weingast é que se conceberia uma ordem social aberta. Nesse caso, embora North, ao tratar da transição, faça menção direta às instituições informais (NORTH; WEINGAST; WALLIS, 2009, p. 151), não trava maiores detalhes sobre sua implementação. A dita propagação, ou a efetividade do caráter epifenomênico que tratou Salama, enfrentaria um duro obstáculo, porquanto a desigualdade social, política e econômica no país compromete uma efetiva “comunicação” dentre as camadas da estratificada sociedade brasileira. Aparentemente, talvez, essa comunicação seja incompatível com este caráter epifenomênico. O Estado de Direito entre elites, talvez, funcionasse como um *backfire*, uma necessária reforma armadilha, e permaneceria por um bom tempo maturando exclusivamente no nicho de elites. Basicamente, essa questão pode ser diluída tanto no terceiro e como no último dos enigmas do desenvolvimento tratado por Salama<sup>284</sup>.

Por outro lado, San Tiago Dantas descreveu situação semelhante, sob inspiração de Toynbee<sup>285</sup>. Propagava que era da classe dirigente – ou de uma *elite*, no conceito da NEI – boa parte de parcela na participação de crises na sociedade. Prossegue: “E é a sua capacidade de encontrar e de aplicar as respostas adequadas aos problemas, que permite a uma classe dirigente manter-se como dirigente, obtendo pela ação de um poderoso instinto social – o mimetismo – a adesão e a colaboração dos segmentos sociais restantes, que constituem a classe dirigida.”. A “insurreição” da classe dirigida, após a perda de controle pelas elites, é iminente. Afinal, “para a sociedade, como um todo, rompido o equilíbrio entre os problemas e os meios de controle que os resolvem, se inicia a decadência.” (DANTAS, 1955, p. 452-453).

Além disso, dentre as precondições da transição (*doorsteps conditions*) descritas por North, Weingast e Wallis, percebe-se que, invocando as ressalvas já expostas tantas vezes,

<sup>284</sup> Conferir seção 3.1.2 acima, bem como, para um panorama geral, a obra de Salama (2011).

<sup>285</sup> Segundo Dantas (1955, p. 450-451), cultura e meios de controle são essenciais para a manutenção de uma ordem. O trecho a seguir pode revelar outro surpreendente pareamento entre o pensamento brasileiro e o da NEI. Os destaque a seguir apontam o acoplamento dos conceitos de Dantas no arcabouço novo institucionalista: “Hoje é lícito dizer-se que a causa imediata da expansão ou da decadência de uma civilização ou mesmo de um grupo social [instituição formal], como um Estado, ou uma entidade menor contida no Estado [organizações diversas], reside respectivamente no aumento da perda da eficácia de sua cultura [normas sociais], na capacidade ou incapacidade de criar e aplicar as técnicas diversas de controle do meio físico e social [normas formais legítimas].”

até o momento, tais condições foram elaboradas com base em descrições gerais de episódios inúmeros da história da humanidade. Em nenhuma dessas descrições é possível verificar a transição em um cenário tão complexo como o da hodierna sociedade brasileira: globalizada e tardiamente moderna. Ou seja, mesmo que exista a quebra efetiva do *rule of law*, mesmo que as instituições que ora vigem permaneçam tempo suficiente para permitir demais perpetuações estáveis de organizações, mesmo que o controle político sobre os mecanismos de violência se mantenha sobre controle do Estado, é bem provável que a cultura do país, tão bem e incipientemente tratada por Vianna, permaneça ainda sob a constante influência de suas normas sociais. Ou, em hipótese contrária, perder-se-ia toda a identidade do passado, iria se superar toda a gama de restrições informais citadas e a cultura brasileira adquiriria uma nova identidade. Nesse caso, há alguma contradição no argumento da NEI ao se perceber que as causas da ineficácia de normas formais hoje – como os direitos fundamentais – advêm justamente daquilo que se pretende mudar – instituições informais –, porém destas normas sociais se espera completo entrosamento com aquelas formais? Qual o nível de alteração para que se acoplem entre si, instituições formais e informais? Qual o nível de sacrifício uma ou outra deva sofrer para que a completa transição de fases de ordens sociais seja completa?

Como bem focado nas seções anteriores, o processo de importação de modelos jurídicos e institucionais, as sinergias entre instituições formais e informais e as consequências daí advindas proporcionam um *framework* excepcional para auxiliar numa necessária viragem do jurista e da própria sociedade. Entretanto, o dito cenário é bem mais complexo e traz bem mais nuances do que qualquer modelo até hoje fora capaz de explicar. O mapa das instituições e seus “pontos de recuperação” deve ser detalhado o máximo possível e a prática jurídica deve manter seus atores no mais forte processo de entrosamento com a realidade desenhada no mapa.

As subseções seguintes tentarão explorar as dificuldades inerentes aos problemas sociais brasileiros e que guardam estreita relação entre os pontos de incompatibilidades tratados no início desta seção. Ou seja, irá se trabalhar a frente uma série de resquícios identificáveis das atuais instituições formais e que guardam estreita relação com as informais destacadas em Vianna.

### **3.3.1 Os problemas da violência**

Que a violência na sociedade brasileira foge do controle, isso não se questiona (ARGUELHES; PARGENDLER, 2013). Dados inúmeros sugerem que essa fase endêmica de violência no país persistirá enquanto não se erradicar a grande diferença de renda e as

desigualdades sociais, econômicas e políticas. Isso impacta, inclusive, na legitimidade das instituições<sup>286</sup>. Referida violência não se condiz somente com o presente. Como já relatado em Vianna (1999), desde os primórdios da história “civilizatória” que o Brasil lida com problemas de violência. Hoje, principalmente, através de uma polícia de herança militarizada, do profundo descaso do público para com os problemas policiais e sociais, pelo déficit tecnológico de investigação da polícia civil, pelas notórias dificuldades do sistema carcerário, enfim, por uma lista de graves falhas institucionais, formais e informais.

Retomando o passado, tenta-se argumentar aqui que a violência tinha configurações tão parecidas, *mutatis mutandis*, com o que possui hodiernamente. Graças às coalizões entre elites, a violência, apesar de endêmica, era a pedra de toque do sistema econômico. A política e seus pactos garantiam o acúmulo de renda (NORTH; WEINGAST; WALLIS, 2009, p. 18-19). Confere-se trecho de Vianna (1999, p. 265):

Desde o período colonial, como vimos, os grandes proprietários latifundiários haviam sido levados a organizar um sistema de poderosas instituições defensivas: – o clã feudal; o clã parental; a imunidade do feudo, etc.; instituições estas que – com o novo regime eletivo – vieram a servir aos senhores rurais de garantia tutelar contra as violências dos outros chefes de clãs, quando se encontravam eventualmente no poder.

As elites de outrora – classes dirigentes de Dantas – eram claras e facilmente se identificavam, notadamente pela homogeneidade do Brasil colônia ou império, ou mesmo república<sup>287</sup>. Com o relativo fortalecimento do Estado brasileiro e sua estratégia de fomento presente em todos os campos e ordens sociais distintas, a violência ganhou novas formas e características. Os antigos “clãs” de que tratava Vianna se pulverizaram, a classe dirigente alternou no poder e os interesses destes se bloquearam ao ponto de não mais se vislumbrar qualquer possibilidade dada e concreta de auxiliar a classe dirigida. As normas sociais de “defesa e ataque”<sup>288</sup> se solidificaram nas micro-organizações dirigidas brasileiras. Classe

<sup>286</sup> Como bons exemplos, além do já citado trabalho de Cunha et al (2015), vale frisar pesquisa da Anistia Internacional (2014) onde esclarece que, em termos de percepção quase 80% (oitenta por cento) dos brasileiros não possuem certeza se serão ou não torturados caso detidos por autoridades policiais de seu país.

<sup>287</sup> Sobre a influência do aventureirismo bandeirante na cultura violenta brasileira, analisar as vinhetas sobre Viana Moog em Aguilar Filho (2009, p. 139-145).

<sup>288</sup> Ainda sobre os conceitos de Vianna (VIANNA, 1999, p. 238), ilustrando bem a questão da cultura “clânica” de ataque e defesa, conferir o trecho a seguir: “De norte a sul, os sesmeiros, senhores-de-engenheiros e de fazendas, em face deste perigo, foram obrigados, como vimos, a organizarem os seus clãs de defesa ou ataque. Organizados os clãs (que acabaram poderosamente estruturados), criou-se então esta tradição de união e solidariedade, de cooperação das famílias contíguas e aparentadas, em face do inimigo comum.”

dirigida e classe dirigente se viam e, de certa forma ainda veem, o Estado como inimigo. É essa a forma de controle e gestão da violência em uma ordem social de acesso limitado.

Hoje, o monopólio da violência não cabe somente ao Estado brasileiro. Organizações em formas de milícias – a *organized violence* de North, Weingast e Wallis (2009, p. 14) – comandam espaços cujo alcance dos direitos constitucionais não suportam; a polícia cria legitimidade forçada perante aqueles que possuem direitos garantidos – seja pelo Estado, seja por “dignidade pecuniária”, ou poder de consumo –; retrocessos sociais começam a entrar em pauta. As desigualdades criam configurações propícias à permanente ineficácia do Estado de Direito e, conseqüentemente, ao regresso do “aventureirismo” e às formas grotescas e primitivas – no sentido de North – de monopólio da violência<sup>289</sup>. “O quanto de desigualdade a sociedade suporta?”, questiona um autorizado sociólogo do direito (FARIA, 2012a).

Aos poucos, o próprio direito vai absorvendo os “custos” dessa violência, criando exceções e permitindo às ditas classes, sejam elites sejam as dirigidas, o convívio relativamente pacífico. Arguelhes e Pargendler (2013) desenvolveram análise dos custos colaterais da violência na elaboração de políticas e questionaram se estaria o direito rumo à modelagem pela insegurança. No caso, os autores põem na agenda a norma formal permissiva de se descumprir comandos de trânsito, como o semáforo indicando vermelho, após as dez horas da noite, ou o uso dos *insufilm*, além de outras questões como a remuneração de executivos e sua transparência. “De fato, a falta de segurança pública no país tem sido utilizada, com diferentes graus de sucesso, para moldar o desenvolvimento de instituições jurídicas em áreas aparentemente tão díspares como o direito comercial, o direito administrativo e até mesmo as regras de trânsito.” (2013, p. 271). A Tabela 7 abaixo resume o que os autores analisam. É a busca de pacificação entre classe dirigida e dirigentes.

De certa forma, tanto Políticas Combativas quanto as Adaptativas são maneiras de o Estado manifestar o controle de parte da violência. Nesse contexto, a partir do momento em que há um desequilíbrio entre as políticas adaptativas e combativas, percebe-se que as soluções parecem paliativas diante de um quadro institucional que não visa a gestão geral e ao longo do tempo da violência. O quadro institucional daí derivado não entra em sintonia com do que se considera a segunda precondição de transição entre ordens sociais. Ou seja, o legado “lei e

---

<sup>289</sup> Como Dantas (1955, p. 451) bem destaca: “Desacreditadas as classes dirigentes, as classes dirigidas apelam para o que Maquiavel já denominava a *virtù* dos homens que lhe sabem captar a confiança através de afinidades emocionais. E quando esses homens conseguem chegar ao poder supremo, cercar-se de uma burocracia civil ou militar por meio da qual restauram a eficiência perdida pela antiga classe dirigente, e criar um compromisso de sobrevivência para as classes dirigente e dirigida, então o cesarismo alcança a sua forma mais estável – o fascismo – suscetível de várias reapresentações históricas, mas definido invariavelmente por esses elementos constitutivos.”

ordem” não costuma ser a favor da “questão social”, sendo apenas uma arma para grupos específicos; limitando-se apenas ao alcance de pequenos destinatários, geralmente em situações limite. São políticas de fluxos condizentes apenas com ordens sociais de acesso limitado. De certa forma, os tipos de políticas destacadas por Arguelhes e Pargendler institucionalizam formalmente a resiliência da sociedade quanto à violência, permitindo assim que as crenças antes apenas incipientes em formas de normas sociais frágeis gerem expectativas formais. E o contexto de desigualdades no Brasil contribui para essa mazela.

Tabela 7 – Custos diretos e custos indiretos (via ordem jurídica) da violência<sup>290</sup>

	<b>Custos da violência</b>	<b>Custos de medidas preventivas e repressivas</b>
<b>Direitos ou fáticos</b>	Mortes; danos corporais; danos à propriedade; danos psicológicos; desincentivo a investimentos etc.	Gastos com os sistemas judicial, policial e penitenciário etc.
<b>Indiretos ou jurídicos</b>	“Políticas Adaptativas”	“Políticas Combativas”
	Fortalecimento de direitos individuais de segurança por parte de potenciais vítimas em detrimento de políticas públicas de efeitos coletivos.	Promoção de políticas de segurança pública em detrimento de direitos individuais de suspeitos e acusados criminais.
	Exemplos: menor transparência quanto aos salários de executivos de companhias abertas e funcionários públicos; distorções em regras de trânsito	Exemplos: fragilização do direito à ampla defesa, da presunção de inocência, da vedação à tortura, da proibição a penas cruéis etc.

Fonte: Adaptado de ARGUELHES; PARGENDLER, 2013, p. 272.

“As pessoas estão mais propensas a obedecer as regras, mesmo a um custo considerável para si mesmas, se elas acreditam que outras pessoas também vão obedecer as regras.” (NORTH; WEINGAST; WALLIS, 2009, p. 16)<sup>291</sup>. Como a população de uma ordem social de acesso limitado como a brasileira poderá ter incentivos a cumprir as regras paliativas de gestão da violência se, historicamente, como se viu em Vianna, o Estado ser forte não implica ser legítimo ou eficiente? Como cumprir tais “regras do jogo” se não se espera que os marginalizados do alcance do Estado brasileiro assim o façam? Neste contexto, é legítimo à

<sup>290</sup> Sendo Políticas Adaptativas aquelas “[...] que realizam um ajuste na ordem jurídica com o objetivo de proteger potenciais vítimas em face de um cenário de insegurança que é tomado como um dado inevitável da realidade na qual o ordenamento jurídico opera”, e Políticas Combativas aquelas “[...] que atuam direta e primariamente sobre os atores vistos como causadores da ameaça, por meio da criação de desincentivos para potenciais agressões” (ARGUELHES; PARGENDLER, 2013, p. 270).

<sup>291</sup> No original: “People are more likely to obey rules, even at considerable cost to themselves, if they believe that other people will also obey the rules.”

classe média brasileira exigir a quebra de cláusulas pétreas e pleitear retrocessos sociais a fim de se conseguir uma suposta diminuição da violência?

Ao fim, o problema da violência endêmica no país constitui não só objeto de gestão entre elites, mas realiza profundo impacto e possui decisiva parcela na conta da ineficácia de direitos fundamentais mais básicos. Como se explicará adiante, a sinergia de jogos entre normas sociais, implantes e “cópias” de formais, violência e história criam supressões e implementações de detalhes que exigem estratégias próprias na implementação das precondições (*doorsteps conditions*).

### 3.3.2 As multifacetadas ordens sociais: direito, política e economia

Ainda na toada de elencar alguns dos obstáculos da transição brasileira, seguir-se-á elencando específicos problemas em ambientes e nichos diferentes da sociedade no Brasil. Direito, traduzido aqui pela expressão *rule of law*; política, demonstrada aqui como as regras do jogo herdeiras do passado a que Vianna se refere e; economia, retratando as dificuldades de criação de renda. O acesso às ordens sociais brasileiras resta patentemente limitada. Esse é o conceito envolto no *framework* conceitual da NEI.

No que se refere ao direito, ao acesso da classe dirigida (*non-elites*) ao *rule of law*, tem-se tanto obstáculos culturais quanto formais. No que tange a ideia de cultura, sabe-se que os “pessoalimos” arraigados nas normas sociais brasileiras afeta o desempenho do cotidiano da justiça<sup>292</sup>. E ainda, não só exclusivamente quanto o acesso à justiça. Licenças, autorizações públicas, recolhimento de impostos; todas são características da burocracia brasileira que dificultam a transição<sup>293</sup>.

<sup>292</sup> Esse cenário é bem mais patente em termos de senso comum, de percepções. Salama (2011, p. 36) notou, inclusive, em relação às normas sociais características de países em desenvolvimento, que “[...] todas elas refletem o princípio de que as relações são de fato pessoais, mesmo que o direito as discipline como sendo impessoais.” Dá-se, assim, que o desapego ao público de que trata Vianna (1999) e Faria (2010), decorrentes de uma crise de legitimidade, impedem que o acesso ao *rule of law* seja por mecanismos impessoais.

<sup>293</sup> Nesse sentido, instituições informais brasileiras não derivam somente de nossa própria história. Já havia uma precondição formalista e centralizadora que adveio da cultura dos colonizadores das Américas e que, de fato, prolongaram essas condições nos sistemas estatais brasileiros: “A persistência do padrão institucional que havia sido imposto por Espanha e Portugal continuou a desempenhar um papel fundamental na evolução das políticas e percepções latino-americanas e para distinguir história desse continente, apesar da imposição após a independência de um conjunto de regras semelhantes à tradição institucional britânica que moldou o caminho da América do Norte.” (NORTH, 1990, p. 103). No original: “*The persistence of the institutional pattern that had been imposed by Spain and Portugal continued to play a fundamental role in the evolution of Latin American policies and perceptions and to distinguish that continent's history, despite the imposition after independence of a set of rules similar to the British institutional tradition that shaped the path of North America.*”

No que tange a política, o clientelismo advindo da persistente desigualdade social, os “pessoalimos”, o jeitinho<sup>294</sup>, todos esses fatores acabam consubstanciando problemas da população para acesso a tal ambiente. Seja pela cultura derivada dos ambientes do passado avaliados por Vianna, seja pela posterior persistente crise de legitimidade das instituições formais no Brasil recente, o acesso das não-elites à política reina ainda em termos meramente formais. Os casos de distribuição de “cargos” pelo Poder Executivo em face da grande quantidade de partidos políticos no Poder Legislativo assustam até os dias atuais a afastam a população do tema, dando vazão ao grotesco ditado de que “política não se discute”. Não por outro motivo, conclui Aguilar Filho (2009, p. 182) que “[...] existe a agravante de que estas mudanças lentas<sup>295</sup> serão sabotadas pela criação de ‘direitos de corrupção’ para a burocracia vigente. Por isso, toda mudança de alcance mais profundo necessitará ser acompanhada de reestruturação da burocracia.” Direitos de corrupção, portanto, acabem sendo pleiteados por elites para favorecer a perenidade de seu poder. Mesmo que a ordem constitucional obrigue tais elites a espalharem o *rule of law*, segundo North, a própria permanência de referidas elites consubstancia condição de fortalecimento daquele. É como se a segunda precondição de North, Weingast e Wallis encontrasse obstáculos da modernidade tardia brasileira.

Em outro patamar, a economia acaba tendo os efeitos ricocheteados sobre si. A burocracia corruptível e que sustenta privilégios pessoais barram as distribuições de renda, sendo esta, de outro modo, buscada através de políticas de focalização (FARIA, 2011; 2012a), conforme se verá adiante. Num conjunto e em consonância aos ditames da NEI, aparece tais saídas políticas como mais um paliativo, mais uma “reforma armadilha” para a estratégia de longo prazo de transição de ordens sociais.

### ***3.3.3 Há receita para a transição no Brasil de uma ordem de acesso limitado madura para uma ordem social de acesso aberto?***

Para o questionamento descrito no cabeçalho desta subseção, poder-se-ia a grosso modo ter uma resposta: tornar eficaz os direitos fundamentais. Como? Exatamente aqui reside

<sup>294</sup> Conferir nota 198 acima para o acoplamento do “jeitinho” como instituição informal brasileira.

<sup>295</sup> Tais “mudanças lentas” (*incremental institutional change*) podem ser vistas ao longo de todas as obras citadas por North. Por todas, conferir a argumentação: “A implicação de longo prazo do processamento de informação cultural que está subjacente às restrições informais é que ela desempenha um papel importante na maneira incremental que as instituições evoluem e, portanto, é uma fonte de dependência da trajetória.” (1990, p. 44). No original: “*The long-run implication of the cultural processing of information that underlies informal constraints is that it plays an important role in the incremental way by which institutions evolve and hence is a source of path dependence.*”

a principal dificuldade. Sem dúvida, manter um determinado governo sob a instituição de classificação base – a Constituição –, por si só, já adiantaria algumas condições northianas para a transição.

Entretanto, os outros obstáculos apontados, cuja expressão maior pode ser vista na ideia de desigualdade social, também representam problemas que correm paralelamente ao quadro conceitual da NEI. Se os acadêmicos novo institucionais creem que as boas instituições, entrosadas com normas sociais são, de fato, decisivas e pressupostas do desenvolvimento econômico – e que este último pressupõe também o desenvolvimento social –, então, nesse modelo de desenvolvimento da NEI, é pertinente afirmar que os direitos fundamentais brasileiros, positivados formalmente na Constituição de 1988, são um bom mapa para iniciar a transição. Todavia, permitir que a sociedade brasileira como um todo force as elites a aplicarem um Estado de Direito entre elas e que, quando dada a maturidade do sistema, haja a perfeita pulverização em toda a sociedade, é exigir que a história ainda seja feita a partir de 1988.

Tais problemas advindos da história e os mais de quinhentos anos de “cópias” institucionais revelam um quadro extremamente delicado para os adeptos da NEI. Talvez o ideal seja, ao invés de criar instituições formais que se adequem às informais, adotar uma estratégia causal baseada na NEI: esperar que as normas informais e formais entrem em sinergia plena; o que não quer dizer que esta ordem atual deva permanecer para se alcançar o sucesso da transição de ordens sociais no Brasil. O que se vislumbra em termos de receita aponta muito mais para a tentativa de forçar novas normas sociais da sociedade brasileira para que tal esforço se acople às já avançadas instituições formais.

Definitivamente, como já bem exposto anteriormente, tanto alterar as instituições formais para as informais como o contrário impõe um esforço gradual, incremental, não necessariamente preciso. Subjacente a isto o grande teste é saber o quanto de desigualdades a dita transição suportará: ou seja, até que ponto o custo da transição não superará a manutenção do poder militar e a necessária perenidade das instituições. Se, como sustentaram North, Weingast e Wallis (2009, p. 272), as mudanças que serviram de modelo para a construção de seu *framework* se inspiraram nas principais alterações das comunidades europeias e americanas nos séculos XVIII e XIX, como garantir, de fato, que as condições possam ser, de fato, satisfeitas no Brasil atual? Como os microfundamentos do Estado de Direito brasileiro podem se fortalecer e se mostrarem a ponto de forçar que elites espalhem os benefícios de maneira impessoal e permitam perenidade de instituições e controle eficiente da violência?

A receita para a transição, portanto, ainda está sendo gradualmente construída. O que, definitivamente, será essencial nessa missão atemporal será o despertar de juristas de seus

calabouços de privilégios ou ostracismos práticos nas retaguardas institucionais. Tal “viragem” auxiliaria em definitivo não só tais atores a superarem suas “crises”, mas também os ensinariam a não mais boicotar mudanças e alternâncias institucionais, bem como a saber dar vazão à completa eficácia de seus objetos de defesa: os direitos.

### 3.4 Direitos fundamentais como instituições formais e as supressões da eficácia de “gerações”: a *path dependence* e os direitos fundamentais

Na Europa [...] o domínio feudal possuía outra organização. Era uma ‘comunidade’, isto é, um todo social, juridicamente organizado – e não um homem exclusivo: representava [...] uma unidade coletiva, verdadeira pessoa jurídica, que exigia, para a sua inteira administração, a cooperação de todos os que a ela pertenciam. No Brasil, esta unidade jurídica nunca se constituiu nos costumes, nem foi jamais realizada, reconhecida ou imposta na legislação. O domínio senhorial – o ‘engenho’ ou a ‘fazenda’ pastoril ou cerealífera [...] – resumia-se num homem só: – o senhor do engenho’ ou o ‘patrão’ das fazendas de criação, única *personagem visível ali*. Para trás e por trás deste personagem visível, nada se via – nem a lei, nem *as autoridades públicas*. (VIANNA, 1999, p. 285, itálicos do autor).

Acoplando novamente os direitos fundamentais ao arcabouço teórico da NEI, pode-se concluir que toda a gama de direitos fundamentais brasileiros forma uma instituição formal. Porém, não se pode argumentar o mesmo quanto às instituições informais. Isso porque direitos fundamentais são mais uma “cópia”, uma forma ideológica e tardiamente imposta ao Brasil recém democrático. O povo-massa de que fala Vianna não vivenciou ou mesmo iniciou as bases desses direitos. Havia direitos sociais da forma como citado anteriormente, notadamente em épocas autoritárias (BERCOVICI, 2008; NUNES, 2015b). Mas não houve o amadurecimento da população brasileira nas fases incrementais das famosas gerações ou dimensões de direitos fundamentais. Liberdade, direitos sociais e difusos e coletivos. A previsão completa desses direitos só fora de fato deslumbrada formalmente no Brasil com a Constituição de 1988 (AMARAL, 2007, p. 22; SARLET, 2010; SARMENTO, 2010; BONAVIDES, 2004).

A incompatibilidade entre absorção ou criação de normas sociais voltadas aos direitos humanos ou fundamentais e o “direito-lei” imposto na Constituição de 1988 gera um problema se se analisado com as lentes da NEI. E a conclusão é: direitos fundamentais não nasceram como microfundamento do Estado de Direito brasileiro. Não se está a sugerir que as

normas de direitos fundamentais não possam ser absorvidas pelo povo brasileiro. Ao contrário. Referido sucesso já pode ser decretado mesmo que parcialmente (BARROSO, 2010; GARAVITO, 2011). O que de fato se exalta nesse momento, além da *path dependence* dos direitos injetados e “copiados” na sociedade brasileira ao longo dos anos, é que as dificuldades da eficácia dos direitos fundamentais a toda a sociedade brasileira não dependa somente da eficiência utópica do Estado. Depende também do descasamento entre instituições informais e formais de direitos fundamentais<sup>296</sup>. Referido cenário será chamado de supressões da eficácia de gerações de direitos fundamentais.

Quando a doutrina brasileira discute a ideia entre gerações ou dimensões de direitos fundamentais, opta por esta última nomenclatura por não querer atrelar os direitos ao tempo e, logo, de maneira subjacente, condicionar sua eficácia e implementação em períodos. Porém, “gerações” acaba por ser a nomenclatura mais adequada sob as lentes da NEI. Como dito, a ideia de liberdade, da questão social e dos direitos coletivos no Brasil ocorreram de forma completamente diferente da origem de tais direitos. “É que a norma legal, só e exclusiva, não representa o sistema idéio-afetivo que todo complexo indica: – e a conduta do indivíduo [...], conseqüentemente, não se perfaz de acordo com a orientação dada pela norma ou pela lei.” (VIANNA, 1999, p. 96). A sina da “cópia”, porém, permitiu ao povo-massa conhecer formalmente tais direitos através das ideias e das elites “marginalizadas” no fim do século XIX até o fim do século XX.

Ora, toda a inspiração weimariana que adentrou na Constituição de 1988 quase que de maneira forçada congelou os “pontos de recuperação” normativos, se recheou em dependência da trajetória e hoje gerou uma peculiaridade no mundo institucional – assim como também boa parte da América Latina –: instituições formais estão vigentes mesmo sem suas precondições conquistadas. Os direitos fundamentais são “direitos dos outros”; o tempo encarregou o povo-massa brasileiro de absorver suas proclamações, mas suas normas sociais ainda relutam e, certas vezes boicotam a eficácia de ditos direitos.

Como já questionado em outra ocasião, esse panorama representa motivo para questionar os direitos fundamentais? A resposta negativa persiste. Com efeito, o que deve ser posto em prática é justamente a “imaginação institucional” (UNGER, 1996) sob a forma dos “pontos de recuperação” que a *path dependence* de direitos deixou para a atualidade. Nesse contexto, superar as supressões das gerações de direitos fundamentais é aceitar a condição de anomalia institucional perante as precondições para a transição de que tratam North, Weingast

---

<sup>296</sup> O próprio Roberto Unger (1996, p. 38-39) já proclamou que o Brasil só atingirá os níveis de igualdade e liberdade de países desenvolvidos se o país parar de copiar as instituições daquelas sociedades.

e Wallis, pôr em prática uma “imaginação institucional” conjunta – entre elites e sociedade – e permitir que o Estado brasileiro e suas instituições, principalmente aquelas de direitos fundamentais, sobrevivam ao caráter essencialmente cadenciado e incremental das transformações e da transição final de uma ordem social de acesso limitado a uma de acesso aberto.

Trata-se, portanto, de uma mudança de cultura<sup>297</sup>. Como seria possível encarar a mudança de cultura brasileira para se acoplar à totalidade de suas instituições formais sem sacrificar os específicos pontos destas últimas; sem deixar que a cultura perca sua identidade como nação? Sabe-se que “[a]inda estamos muito longe de ter todos os modelos puros de evolução cultural [...], mas sabemos que os traços culturais têm capacidade de sobrevivência tenaz e que a maioria das mudanças culturais são progressivas. (NORTH, 1990, p. 44-45)<sup>298</sup>.

### ***3.4.1 Direitos fundamentais, eficácia normativa e Nova Economia Institucional***

Um dos pontos fundamentais no que tange o acoplamento entre direitos fundamentais na cultura brasileira, sem dúvida, é a questão da eficácia de direitos. Seja pela vocação da doutrina jurídica em ignorar o “mínimo de eficácia” kelseniano<sup>299</sup>, seja pela própria especificidade do tema, o fato é que a eficácia de direitos, encarada aqui como a qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos (FERRAZ JÚNIOR, 2013), é uma condição perfeita para traduzir juridicamente o entrosamento entre norma social e formal de que trata a NEI.

Ora, se há eficácia normativa – também tratada como efetividade em Ferraz Júnior (2013; 2000, p. 113) –, então há reconhecimento pela sociedade de que dada norma deva ser cumprida. Esse reconhecimento é a expressão da norma social que se acopla na norma formal-válida. Esses conceitos e sinergias são tratadas a nível filosófico e científico-social. Porém, o que se sustentará do debate específico entre Faria e Schuartz abaixo é que essa condição sirva de mapa específico para que o jurista acadêmico atue empiricamente.

Portanto, o toque, a linha tangente entre NEI e eficácia de direitos fundamentais é justamente a vazão do mínimo de eficácia kelseniano sendo tratado como tema empírico em

<sup>297</sup> Sobre uma notória condição de mudança de comportamento na história sobre um direito fundamental, conferir estudo de de João Luis Matias (2013) concernente a marcha do modo de encarar a propriedade privada rumo à “humanização”.

<sup>298</sup> Tradução livre de: “*We still are a long way from having any neat models of cultural evolution [...], but we do know that cultural traits have tenacious survival ability and that most cultural changes are incremental.*”

<sup>299</sup> Dois excelentes exemplos podem ser verificados, a nível da filosofia do direito, em Schuartz (2005; 2009) e em Ferraz Júnior (2000, p. 113-127).

observação do jurista. Embora a nível filosófico não se tenha a completa resolução ou mesmo entendimento fechado sobre qual o grau mínimo de eficácia uma norma jurídica formal deva obter para que seja considerada válida ou inválida, sustenta-se neste trabalho que o papel para referida análise deva imprescindivelmente pertencer ao jurista. Esse quadro infelizmente não é problema apenas no meio das profissões jurídicas. Em muitas das vezes, de certa forma – por meio de senso comum e a grosso modo –, a sociedade brasileira alimenta a cultura de que uma “boa” lei serve de panaceia aos problemas de desigualdade, violência e desempenho econômico. Porém, essa visão distorcida é fruto justamente do fato de a ideia de direito estar associada única e exclusivamente ao reforço, atuação e coerção do Estado (HADFIELD; WEINGAST, 2014, p. 32).

Será que a necessidade de se auto legitimar ante a sociedade, aliada ao receio de perda de prestígio e ao autismo acadêmico, impulsionou o jurista ao esforço em “retaguarda”, forçando-o a atuar pura e simplesmente de maneira formal e olvidando de seu papel na modelagem jurídica pré-conflito da sociedade – isto é, ignorando o mínimo de eficácia kelseniano? Ou será que, de fato, não cabe mesmo ao jurista a tradução das normas sociais em normas legais; a ele só restaria a real interpretação desta última?

#### *3.4.1.1 O problema dos direitos sociais: Estado de fluxo e a particularização das promessas universais*

Um excelente exemplo e que pode denotar boa parte da controvérsia acima destacada é o debate, no contexto da crise de 2007-2008, entre Faria e Schuartz<sup>300</sup>. Basicamente, Schuartz (2009) tenta responder a uma prognose de Faria quanto aos futuros dos direitos sociais. Este último proclama que o Estado de fluxo, a partir da crise financeira, tenderá a limitar a

---

<sup>300</sup> O debate pode ser visto na Rev. direito GV, n. 10 em artigos de ambos os autores destacados. Porém, optou-se por se utilizar a versão estendida do artigo de Faria, publicada em 2011. O artigo de Schuartz pode ser conferida na própria revista de 2009. Os detalhes da prognose de Faria (2011, p. 74) são vistos conforme o trecho: “A segunda linha é de caráter social e pressupõe a substituição da ideia de ‘direitos universais’ por estratégias de ‘focalização’, que concentram os gastos sociais num público-alvo bem definido e selecionado em situação-limite de sobrevivência, de forma a assegurar a maximização da eficiência alocativa de recursos escassos. Ou seja, são medidas compensatórias, algumas mais pontuais do que estruturais, sob a forma de programas ‘focalizados’ de assistência social aos setores pobres, excluídos e, em consequência, ‘disfuncionais’, uma vez que os riscos de determinadas iniciativas por parte de movimentos sociais (como invasão de terras, ocupação de imóveis urbanos por sem-teto, resistência a ordens de despejo, etc.), conjugados com aumento da violência criminal e insegurança policial, são considerados ‘dissuasivos da inversão financeira internacional’. Com isso, a ideia de universalização, pela qual o poder público oferece serviços essenciais e benefícios sociais financiados por impostos para toda a população indistintamente, cederia vez ao Bolsa Família, Bolsa Gás, Ação Jovem e Renda Cidadã e a outros programas de ‘renda mínima de integração’ e de ‘direitos sociais positivos’.”

eficácia dos direitos sociais por meio de políticas de focalização, como é o caso do “bolsa família” no Brasil. Segundo Schuartz, é possível que tais políticas de focalização não perdurem justamente por trazer certa crise de legitimidade na parcela da sociedade que não é alvo do fluxo. É como se direitos sociais fossem eficazes a partir do Estado somente para os que possuem a condição “limite de sobrevivência”.

Nesse contexto Schuartz invoca outro estudo seu (2005) para, a partir de uma aplicação não-kelseniana sobre Kelsen, refletir sobre a questão da eficácia de normas jurídicas formais. Percebe-se, portanto, um debate entre duas dimensões, mas sobre o mesmo tema. Uma sociológica, representada por Faria (2011) e outra filosófica representada por Schuartz (2005; 2008; 2009). Enquanto Faria utiliza de arcabouço sociológico, amparado por vasta literatura para enriquecer o terreno cujo fruto brota em forma de diagnósticos empíricos precisos, Schuartz abstrai em forma de resgate a Kelsen aproveitando um dos grandes – e infelizmente quase esquecidos – contributos do austríaco.

No caráter sociológico, pode-se, portanto, analisar que as acima referidas políticas de focalização são uma consequência das estratégias de disseminação de modelos-padrões, também identificadas como consequência da política internacional de padronização e internacionalização dos campos jurídicos. O fato é que as tendências institucionais que visam a eficiência dos mercados podem encontrar sérios problemas quando se faz nítida a ineficácia de alguns pressupostos culturais, no caso do Brasil, a ineficácia dos direitos sociais. Talvez, aliar tais estratégias de focalização em um ambiente institucionalmente “copiado” como o ordenamento jurídico pátrio seja uma mistura que redundará em patentes fracassos.

Do ponto de vista filosófico, vale lembrar que Hans Kelsen destaca seu mínimo de eficácia em termos de alcance dos afazeres do jurista cientista. O grau do mínimo de eficácia que condiciona a validade formal da norma, portanto, não caberia na análise desse cientista e sim, de certo modo, à sociologia do direito<sup>301</sup>. Entretanto, inevitável questionar: que cientista é esse que, muito embora descreva seu objeto (KELSEN, 2012, p. 82), não o possa acompanhar e mapear os motivos de sua invalidade? “A diferença dessa abordagem [,descritiva kelseniana,] relativamente à expressiva parcela da pesquisa empírica contemporânea refere-se à expansão

---

<sup>301</sup> No trecho a seguir fica clara a condição kelseniana: “A sociologia do Direito não põe os fatos da ordem do ser cujo conhecimento lhe compete em relação com normas válidas, mas põe-nos em relação com outros fatos da ordem do ser, como causas e efeitos. Ela pergunta, por exemplo, por que causas foi determinado um legislador a editar precisamente estas normas e não outras, e que efeitos tiveram os seus comandos. Pergunta por que forma os fatos econômicos e as representações religiosas influenciam, de fato, a atividade do legislador e dos tribunais, por que motivos os indivíduos adaptam ou não a sua conduta à ordem jurídica.” (KELSEN, 2012, p. 113). A parte final do trecho – “por que motivos os indivíduos adaptam ou não a sua conduta à ordem jurídica” – é precisa e denota justamente o cerne da questão relacionada acima entre a NEI e a eficácia da norma jurídica.

do universo jurídico objeto de estudo, assim como à crescente utilização de métodos quantitativos” (PARGENDLER; SALAMA, 2013, p. 101). Em nenhum momento Kelsen afasta a possibilidade de se trabalhar de maneira diferente; só afirma que, fazendo-o, estará em caminho diverso do científico; diverso da ciência social normativa, da teoria pura do direito. É justamente nesse sentido que Schuartz (2008, p. 143, *itálicos do autor*) destaca de maneira heterodoxa em outro estudo:

Se pensarmos no conceito de validade aplicável a situações sociais em que o sentido pragmático de um dever-ser<sub>obj</sub> [dever-ser objetivo] é *corretamente* atribuído a uma determinada decisão a partir de uma perspectiva socialmente generalizada, então poderemos enxergar no mínimo de eficácia kelseniano o estado de coisas que evidencia, complementarmente à existência de um ‘fundamento de validade’, a *justificativa* para a referida atribuição. [...] Kelsen estava certo ao estabelecer uma diferenciação entre essas duas distintas condições de sucesso pragmático, correspondente à diferenciação entre os significados que assumem, nesse contexto, as questões acerca do ‘fundamento de validade’ e da ‘condição de validade’.

Nesse contexto, eleva-se uma aporia: por que razões Kelsen não considera papel do jurista científico a investigação dos motivos da ineficácia/invalidade de uma norma? Seria uma conclusão, indireta, de que a ciência jurídica, em sentido puro-kelseniano, não poderia dar conta da realidade social? Seria assumir que o papel do jurista, em sentido amplo, é mais do que ser um “jurista científico”? Claro que há problemas, bem mais do que reflexões positivas, nesses questionamentos. Porém, o que se deseja apontar é que, embora as proposições jurídicas kelsenianas – assume este – pudessem ir além da mera descrição da norma, o criador da teoria pura do direito não leva em consideração aspectos da realidade efetiva para a sua norma<sup>302</sup>.

As tarefas “impuras”, necessariamente, pertenceriam a outras modalidades de juristas, não ao científico. Pode-se dizer, portanto, que a pureza kelseniana está para o direito assim como a economia neoclássica para a ciência econômica? Ou seja, dentro desses padrões, pode-se afirmar que o mínimo de eficácia kelseniano está para a profissões jurídicas assim como o teorema de Coase representou para os economistas, especificamente quanto aos subsídios da NEI? Evidente que, guardada as devidas proporções, se pode vislumbrar tais questionamentos em respostas positivas. Retomando o debate Faria-Schuartz, percebe-se que este último eleva as categorias kelsenianas ao extremo em seus complexos textos que tratam da questão. Segundo ele,

---

<sup>302</sup> Para um relato um pouco mais detalhado que esses escritos, conferir Nunes (2015a).

[u]m dos mais produtivos achados da Teoria Pura do Direito está na observação de que, para toda norma jurídica N, um ‘mínimo de eficácia’ é condição de sua validade. Há alguns anos, [...], sugeri que essa relação de condicionamento entre eficácia e validade podia ser naturalmente inferida de um conceito de norma que a descreve como situação social na qual a um determinado conteúdo semântico é associada, desde uma perspectiva socialmente generalizada, à força própria de um ‘dever-ser objetivo’. (SCHUARTZ, 2009, p. 365)

É como se Schuartz permitisse que o reconhecimento social, ou seja, a compatibilidade entre a norma social e a norma jurídica formal, fizesse parte intrínseca da própria norma jurídica formal. Nesse sentido, o autor aborda que questões normativamente universais – como no caso dos direitos fundamentais, ao menos formalmente –, caso particularizadas, como no caso das políticas de fluxo, poderiam gerar problemas de legitimidade para os demais cidadãos. Esses problemas, imediatamente, empurrariam a prognose de Faria, de que direitos sociais-fundamentais universais estão se tornando eficaz somente através de particularizações normativas, para uma posição duvidosa. Segundo Schuartz (2009), tais particularizações, levadas a seu patamar extremo e em última instância, acabariam por tanger a legitimidade da universalização e acionando novamente o caráter universal da normatividade<sup>303</sup>, dessa vez em sentido também cultural.

Ora, esses argumentos de Schuartz, justamente por seu grau de abstração filosófica, flerta constantemente com a ideia de reviravolta em “iniciativas políticas” que busque a concretização da universalização completa, formal e informal, dos direitos fundamentais. Nesse sentido, não há exagero em afirmar que, talvez, diante de dada crise de legitimidade dos direitos fundamentais, a simples busca reiterada por sua concretização universal faça dessa luta o ponto de entrosamento final entre normas sociais – adquiridas dessas eventuais “lutas” – e normas formais.

O fato é que Schuartz não consegue desfazer totalmente o argumento de Faria. Ele ataca muito mais a natureza prognóstica do arremate do que propriamente sua validade imediata. Ou seja, é fato que haja uma tendência de particularização da eficácia de direitos sociais, principalmente se analisado os fluxos assistenciais de governos como o brasileiro. Enfim, aproveitando a luz lançada quanto às dificuldades atreladas aos direitos fundamentais, sua natureza de “cópia” formal e desentrosamento histórico em face das normas sociais-

---

<sup>303</sup> Arremata Schuartz (2009, p. 374): “Feita essa suposição, a antecipação, pelos destinatários, dos efeitos empíricos e respectivas implicações normativas associados ao abandono do ideal dos direitos sociais universais, pode por em movimento iniciativas políticas que mire e, eventualmente, resultem na institucionalização jurídica do que, segundo a prognose [de Faria], viria a ser futuramente abandonado.”

instituições informais, principalmente a partir dos jogos de luta pela legitimidade da universalização destes em face do cenário de focalização atual esboçado por Faria (2011), use-se da “esperança” de Schuartz<sup>304</sup> para atentar que ditas possibilidades são filosoficamente palpáveis e socialmente receptoras de tais exigíveis transformações.

### ***3.4.2 Investigações do passado: ou quando os ditames políticos têm primazia sobre os direitos individuais***

Outra questão que poderia – e pode – forçar normas sociais a bloquear a eficácia dos direitos fundamentais, tidos aqui como instituição formal, é a questão do flerte e legitimidade entre direitos individuais e políticos. O diagnóstico de Vianna (1999) sobre essa questão servirá de base para a tratamento do problema. Segundo o autor, a cultura brasileira valoriza excessivamente o homem-político, os partidos e a política daí derivada. “Este prestígio da política e dos políticos é uma superstição que só domina na consciência de povos como o nosso – em que a vida política é menos serviço público do que meio de vida privada.” (1999, p. 474).

Vianna cria um quadro crítico e ataca diretamente a existência dos partidos políticos aos montes e, justamente ao modo como tais estão organizados. Trata-se de um contexto que divide o país entre “amigos do governo e inimigos do governo”, além de alimentar a circunstância “[...] em que o Estado ou a Administração é o meio de vida a serviço dos amigos.” (1999, p. 476). O autor separa o problema político do problema administrativo e encara parte do problema e dissintonia entre normas sociais e formais como uma causa de tais problemas.

Adiante, ainda nesse contexto político, Viana encara, assim como fora feito aqui nas seções acima, o problema da desigualdade. Segundo ele, não interessa a quão sofisticada for a instituição formal que organize a administração e a política brasileira; sempre será ineficaz “[...] enquanto persistirmos neste preconceito de igualdade a todo transe e tratarmos as nossas diversas unidades regionais e administrativas (*Municípios ou Estados*) sob um mesmo padrão teórico: – como se todas elas tivessem a mesma *cultura política* ou a mesma *estrutura social*.” (1999, p. 478, itálicos do autor). Culpa essa dissintonia entre regiões justamente na formação

---

<sup>304</sup> Assim arremata Luis Fernando Schuartz (2009, p. 374), deixando como um dos seus últimos textos – o autor viria a falecer precocemente no ano de publicação do artigo: “Espaço reservado para uma esperança pode ser pouco se comparado com o sentido literal dos textos normativos correspondentes, mas talvez seja tudo que possamos justificadamente – e precisemos – assumir para cobrarmos, uns dos outros, comprometimento e empenho para fazer cumprir esse sentido nos limites do que acreditarmos ser possível.”

histórica do povo-massa<sup>305</sup>. Só quando da completa análise e tomada de consciência das desigualdades e diversidades entre regiões, argumenta, é que uma descentralização federalista seria razoável. Aponta que as formas sociais informais das oligarquias de então fora fruto justamente dessa forçada descentralização “equânime” formalizada na Constituição de 1891 (1999, p. 478).

Com isso, Vianna prepara o terreno para um claro exemplo, em seu tempo, do que seria uma supressão de geração de direitos fundamentais. O autor passa a escoar um histórico de como a ideia de “liberdades políticas” faz parte das instituições informais – no sentido de North – inglesas e não das brasileiras (1999, p. 479-480), podendo-se concluir daí que a forçosa lição “catequista” implementadas pelas instituições formais “marginalizadas” e “copiadas” de outras nações com outros pressupostos históricos gerou uma supressão de geração de direitos fundamentais. Ou seja, muito antes de as normas sociais brasileiras aprenderem e absorverem as liberdades fundamentais, já se empurrava em sua estrutura as possibilidades políticas da segunda geração.

A carência de eficácia – aqui entendida no total reconhecimento por instituições informais e entrosamento às formais – de primeira geração de direitos fundamentais e a supressão desta pela apressada implementação da segunda geração chega a forçar Vianna no argumento matriz de sua obra: “*Garantir a liberdade civil ao povo-massa: eis o problema central da organização democrática do Brasil.*” E arremata: “Temo-nos, entretanto, descurado disto, temos relegado este problema para o segundo plano, preocupados, como vivemos – à maneira dos ingleses –, com a *liberdade política.*” E conclui que “[...] o aspecto mais urgente deste problema é assegurar estas liberdades contra o arbítrio das autoridades públicas – *principalmente as autoridades locais.*” (1999, p. 492)<sup>306</sup>. Nesse contexto, segundo o autor, a

<sup>305</sup> Mais um problema de complexidade na aferição de normas sociais. Como tratar um Brasil hodierno, tão heterogêneo e globalizado e, ao mesmo tempo, primitivo e carente de distribuições de riquezas? Eis que desse cenário e desse contexto já se serviu as ciências sociais para questionar o tão famoso “patriarcalismo” como conceito-mãe justificador do atraso brasileiro. Vianna, apesar de todas as ressalvas até aqui destacadas, parece atentar para tais aporias, para tais complexidades.

<sup>306</sup> Sobre as tentivas de eficácia desses direitos e liberdades individuais no Brasil colônia, Vianna chega a tocar, surpreendentemente, na questão do controle da violência. Esse ponto de toque entre Vianna e os trabalhos da NEI sobre controle eficiente da violência tornam a estratégia teórica do trabalho, junto a esses últimos argumentos dessa segunda parte, ainda mais legítimos. Segundo Vianna (1999, 493-494): “Os corregedores e os ouvidores-gerais tinham por missão – às vezes, missão especial – justamente punir os *órgãos locais* da administração e da justiça que se houvessem exercido em violência de qualquer gênero: – e as ‘correições’, ‘residências’, ‘devassas’, etc., por eles procedidas, eram sempre o vapor dos exorbitadores. Estes com receio do castigo se continham – tanto quanto possível – nos limites da prudência e do respeito aos direitos particulares.” No exemplo posterior, do Império, toca ainda na questão da *rule of law*: “No Império, a autoridade do imperador, a sua atenção vigilante de primeiro funcionário público do país, a sua jurisdição voluntária ou graciosa, o seu ‘poder pessoal’, em suma, conteve muitos excessos. Demais, com a revolução da nossa organização administrativa – da descentralização do Ato Adicional para a centralização da Lei de 3 de

descentralização consagrada pela Constituição de 1891 representara um retrocesso por permitir a impossibilidade de controle efetivo de tais liberdades individuais, delegando o Estado o controle da violência a outros grupos de interesses pessoalizados. “[A] descentralização republicana, [...] – estadualizando a magistratura e criando as oligarquias –, representou indiscutivelmente um passo atrás, um verdadeiro regresso neste sistema de garantias das liberdades privadas que o Império estava lentamente organizando.” (1999, p. 494)<sup>307</sup>.

Os riscos de levar à última instância referido argumento é tão alto que estremeceria qualquer reunião de defensores atuais de direitos humanos. Porém, trata-se de um mapeamento, de um “ponto de recuperação” institucional, de um esforço normativo, com fins transparentes, mas que fornece hoje um cenário de mapeamento de instituições informais do povo brasileiro. Além disso, mostra possíveis causas da ineficácia epidêmica e atual de direitos – melhor argumentando, de descasamento entre normas sociais e formais –, desenhando uma dependência da trajetória dos direitos fundamentais.

Melhor esboçando a ideia, é como se Vianna mostrasse um ponto essencial na história do país e que, longe de suas conclusões normativo-autoritárias, fornece uma afinada bússola para se trabalhar reformas institucionais atuais. Como a supressão de gerações de direitos fundamentais ajudaria nisso? A simples conjuntura de direitos “fora de ordem histórica” pode ser elevada a aporia-mor e principal razão do cambaleio da sociedade hodierna e, conseqüentemente, dos seus juristas-guardiões dos direitos fundamentais? A resposta positiva pode ser sustentada parcialmente se se assume a premissa teórica da NEI<sup>308</sup>. Porém, outros perigos iminentes trazem a ideia de “supressões de gerações” de direitos fundamentais.

Os prospectos recentes de regresso institucional não encorajam a retomada de lições autoritárias do passado. Talvez seja a “imaginação institucional” (UNGER, 1996) tão comentada a peça fundamental de calibração entre as possibilidades de reformas atuais

---

dezembro de 1841 e, finalmente, para a separação entre a Justiça e a política pela Reforma Judiciária de 1871 – a onipotência dos ‘coronéis’ e dos partidos locais, com a sua intolerância e violência, estavam sendo reduzidas e cortadas aos poucos nas suas praxes opressivas: e as lideranças civis do homem do povo estavam sendo, pouco a pouco, asseguradas.”

<sup>307</sup> Sobre o debate entre centralização e descentralização no Brasil, aproveitando-se o mote de Vianna como um legítimo defensor daquela forma de Estado – forte e, às “sutilmente”, autoritário –; e, encaixando na dicotomia histórica brasileira reiterada entre luzias (liberais) e saquaremas (conservadores), conferir Lynch (2011) e as jogos de acadêmicos brasileiros.

<sup>308</sup> Não se congita que a NEI seria a moderna autorizadora do autoritarismo instrumental de Vianna. Ao contrário; como bem já exposto em seções anteriores, o custo de um regresso institucional derruba de imediato a *doorstep condition* última e, conseqüentemente, seguir a tendência normativo-autoritária dessa descrição abre o caminho para que a ordem social de acesso limitado se feche mais ainda nas possibilidades de transição para uma ordem aberta.

institucionais efetivas e a “colcha de retalhos” de *path dependence* na formação dos direitos de hoje, estes devidamente entrosados com a cultura brasileira.

### **3.5 Qual o impacto dos direitos fundamentais no desenvolvimento econômico**

Aproveitando a inversão explanatória dessa segunda e última parte do trabalho, faz-se um essencial questionamento. Ao invés de requerer perquirir os motivos da legitimidade da NEI para os direitos fundamentais, questiona-se: qual o impacto dos direitos fundamentais para a NEI? Aliás, qual papel exerce os direitos fundamentais – parcial e fracamente reconhecidos como instituições informais do povo brasileiro, ao menos em termos de percepção – no crescimento ou desenvolvimento econômico do país?

Se se retoma a racionalidade esboçada na *law and economics* em suas versões mais conservadoras, as respostas dos questionamentos são guiadas no sentido de afirmar que os direitos fundamentais são um dos vários fatores que dificultam austeridades e planos econômicos audazes. Porém, caso se encare a NEI com uma forma de relação entre direito e economia – e assim ficou demonstrado acima – e se aplique suas lentes ao questionamento, poder-se-ia concluir que, quanto aos questionamentos introdutórios, direitos fundamentais eficazes são condição ao desenvolvimento. Essa afirmação está assentada na ideia de que direitos fundamentais hoje, caso se acoplassem nas instituições informais brasileiras, levaria à formação de pressupostos lógicos novos institucionais à transição final entre ordens sociais. Ora, pelos direitos fundamentais – seja propriedade privada, seja liberdades, sejam direitos sociais ou políticos – se alcançaria uma Justiça equânime à população heterogênea (primeira condição); sustentar-se-ia a perenidade nas relações e na sobrevivência de instituições e organizações (segunda condição) e; por fim, manter-se-ia sob controle, social e politicamente, as formas policiais e militares de coação.

Porém, o fato de a NEI ser legitimada através de organismos multilaterais em linguagens que ainda mantêm o individualismo econômico e a primazia do mercado como pressupostos primeiros de seu quadro teórico, poder-se-ia sustentar uma contradição no argumento anterior? O decorrer do trabalho mostra que não. A viragem de atenção da NEI para as instituições informais força o ponto de equilíbrio entre primazia de mercados, existência de normas estatais e desenvolvimento de capital humano. Assim, em uma sociedade como a brasileira, a luta por eficácia de direitos fundamentais, apesar de representar um custado alto “custo” para a racionalidade dos mercados (FARIA, 2008; 2011; 2012a 2012b), seria a única

forma de sintonizar instituições formais e informais e, logo, garantir que os pressupostos do desenvolvimento econômico novo institucionalistas deslanchassem de vez.

A hipótese contrária consubstanciaria em flexibilização de direitos fundamentais, o que, em última instância, representaria a ruptura de um sistema já traumatizado por outras inúmeras e recentes quebras de estabilidade institucional. Ou seja, muito mais “custoso” à racionalidade dos mercados pleitear o extermínio de instituições formais universalistas do que, propriamente, aceitar o constante e parcimonioso entrosamento entre tais “cópias” e as normas sociais. Isso porque somente esta última circunstância garantiria, em tese, a transição do Brasil de uma ordem social de acesso limitado para uma ordem social de acesso aberto. Afinal, uma transição de ordens sociais no sentido northiano que ocorra no século XXI não terá as mesmas configurações daquelas descritas pelo autor ocorridas no passado.

De outro modo, essa aporia não necessariamente implica que a eficácia geral de direitos fundamentais como instituições formais transformaria o país em um paraíso institucional, em um “herói glorioso”<sup>309</sup>. Como bem colocado anteriormente, a universalidade do alcance dessas instituições deve pressupor a profunda desigualdade e heterogeneidade da sociedade brasileira. Deve estar apta a formar as normas sociais e a retirar o atraso institucional provocado pelo que fora denominada de supressões de gerações de direitos fundamentais.

Encerrando-se o argumento, só assim, diante de todas essas complexas nuances, é que se vislumbraria uma esperança digna da luta pela emancipação e eficácia plena de um sonho copiado em 1988, mas que alimenta a sociedade brasileira há muito.

---

<sup>309</sup> Essa condição de “herói glorioso” é posta em oposição à reformulação de Canotilho – “herói do local” – quanto aos problemas das constituições herdeiras de Weimar, dirigentes formalmente e, na atualidade, condicionadas e dirigidas pela racionalidade da globalização: “[...] o direito constitucional é um «direito de restos». «Direito do resto do Estado», depois da transferência de competências e atribuições deste, a favor de organizações supranacionais (União Europeia, Mercosul). Direito do resto do «nacionalismo jurídico», depois das consistentes e persistentes internacionalização e globalização terem reduzido o Estado a um simples «herói do local». «Direito dos restos da auto-regulação», depois de os esquemas reguláticos haverem mostrado a eficácia superior da auto-regulação privada e corporativa relativamente à programática estatal. «Direito dos restos das regionalizações», depois de as várias manifestações dos «estados complexos» (federais, regionais) exigirem a inclusão de outros entes, quase soberano, nos espaços unitarizantes da soberania estatal.” (2008, p. 185).

## 4 CONCLUSÕES

Juristas, em sua grande parte presos em suas masmorras forenses; embaraçados e assustadiços pelas possibilidades hodiernas de retomada de legitimidade, enxergam, quase que no escuro, economistas intervirem e reformularem os seus nichos-base – seja através da viragem epistemológica que representou a NEI, seja pela força dos ditames econômicos da globalização –. Por sua vez, economistas, de conhecimento global e prestigiado, cambaleiam com as carências cognitivas quanto aos caminhos que a história os mostra; esforçam-se em seus complexos e sofisticados jogos e variáveis aplicados em longo prazo e, indiretamente, clamam que alguém – ou algum representante de outro conhecimento – avoque a responsabilidade de padronizar as necessidades de instituições informais<sup>310</sup>.

Ambas as profissões, historicamente se relacionando mais próximas do ponto de vista formal do que material, aparentam tomar caminhos convergentes no que tange a seus objetos de conhecimento. Enquanto que economistas desenvolveram grande parte de seus esforços concernente aos mercados e ao indivíduo, juristas o fizeram historicamente mais atrelados ao Estado. Hoje, é possível identificar fagulhas de economistas que modelam Estados – pela NEI, por exemplo – e de juristas, em menor escala, que modelam o mercado<sup>311</sup>.

Porém, a questão da formação de ambos, antagonizadas pelas nomenclaturas “global”, representando o economista, e “nacional” condicionando o jurista, dá àquele uma maior amplitude e o garante a frente dessa hipotética batalha pelo conhecimento. As condições de os juristas brasileiros acompanharem tal mudança, talvez, já estejam plantadas<sup>312</sup>. Porém, ainda os restam lutar pela realocação de sua legitimidade perante o Estado brasileiro e, dessa vez, não mais por carência de concorrentes ou por relações pessoalizadas, mas por uma autêntica representação de um conhecimento que valha não só para a manutenção da ordem sóciojurídica, mas, principalmente, que prepare o Estado para o desenvolvimento.

Como se viu durante todo o trabalho, no momento em que a legitimidade da NEI, através dos usos incompletos de organismos multilaterais, atesta a significativa queda do conhecimento jurídico como modulador do Estado, concomitantemente, quando as lentes novo

<sup>310</sup> Conforme já citado em nota 12 acima, o Prêmio Nobel a Elinor Ostrom já mostra o prestígio que a ciência política desenvolveu dentro do conhecimento econômico.

<sup>311</sup> Sobre esse papel dos juristas de negócios, ver trabalho de Flood e Sosa (2008) sobre as possibilidades de o papel de juristas ser essencial na manutenção e estabilização de negócios transnacionais.

<sup>312</sup> Notadamente pelos esforços destacados por Trubek (2011) que podem representar a globalização do conhecimento jurídico do Brasil – em um sentido epistemológico e não exógeno – e, talvez, impulsionar as condições de análise de referido jurista aos fatos globais, forçando-o a adquirir a amplitude necessária para a retomada de legitimidade.

institucionalistas tocam no ambiente jurídico – recorde-se da vinheta kelseniana sobre Midas – ela abre espaço para diálogo, aperfeiçoamento e re-emancipação do capital jurídico na sociedade brasileira. Abrem as portas para o novo; para uma experimental fusão entre histórico franco-românico e fatos de inspiração anglo-saxônica; permitem ao jurista brasileiro assumir parte do *front*, aperfeiçoar a retaguarda, aprimorar o Poder Judiciário, enfim, permitem-no retomar sua legitimidade. E em boa parte, deve-se isto a Douglass North e sua toada “científico-socialização” da ciência econômica.

Quanto à educação jurídica no Brasil, os exemplos estão postos. Permitir que a carga teórica dos cursos de direito se aperfeiçoem, encontrem a medida da prática, superem o mero “empreendedorismo intelectual” (PARGENDLER; SALAMA, 2014) e permaneçam distantes das armadilhas da fraca instrumentalização (STRECK, 2011) é essencial. Puxar as virtudes da interdisciplinaridade, fortalecer a dogmática e as técnicas de decisões judiciais, além de filtrar as reformas “marginais” e dessintonizadas das normas sociais é o que pode garantir o sucesso do jurista global, emancipado e atento a seu objeto.

Aprender com os pontos de viragem da NEI, bem como suas carências, notando o quanto o direito e suas expressões facilitam a percepção da história humana registrada (*recorded human history*) – por seu caráter essencialmente formalista –, é aliar seu conhecimento às possibilidades do “global”. É, não esquecendo de seu poder emancipador (SANTOS, 2003), garantir que a economia se encarregue do desenvolvimento tecnológico (POSNER, 1998), reconhecer seu papel diante do dinamismo do mundo e prestar o incondicional apoio à permanência da abertura de ordens sociais. Ora se, para North e outros acadêmicos da NEI, uma transição para o desenvolvimento pressupõe um quadro jurídico-institucional difuso, estável e forte, eis o gancho ao jurista para, motivando-se na tarefa delegada pela NEI, reformular suas bases tradicionalistas de conhecimento e deslanchar ante as possibilidades que as poucas elites de seus representantes já aproveitam.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Ricardo. Desenvolvimento e instituições: a importância da explicação histórica. In: ARBIX, Glauco; ZILBOVICIUS, Mauro; ABRAMOVAY, Ricardo (Orgs). **Razões e ficções do desenvolvimento**. São Paulo: Unesp; Edusp, 2001. p. 165-178.

ACEMOĞLU, Daron; JOHNSON, Simon; ROBINSON, James A. Reversal of fortune: geography and institutions in the making of the modern world income distribution. **The Quarterly Journal of Economics**, Cambridge, Massachusetts, v. 117, n. 4, p. 1231-1294, nov. 2002.

ACEMOĞLU, Daron; JACKSON, Matthew O. History, expectations, and leadership in the evolution of social norms. **Review of Economic Studies**, forthcoming, dec. 2014a. Disponível em: <http://economics.mit.edu/files/9918>. Acesso em: 10 nov. 2014.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Social norms and the enforcement of laws. **Working papers**, Massachusetts, M.I.T., 2014b. Em fase de elaboração. Disponível em: <http://economics.mit.edu/files/9803>. Acesso em: 10 nov. 2014.

AGUILAR FILHO, Hélio A. de. **O institucionalismo de Douglass North e as interpretações weberianas do atraso brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Economia do Desenvolvimento) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Economia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

AGUILAR FILHO, Hélio A. de; FONSECA, Pedro C. D. Instituições e cooperação social em Douglass North e nos intérpretes weberianos do atraso brasileiro. **Revista Estudos Econômicos**, v. 41, n. 3, p. 551-571, jul./set. 2011.

ALBUQUERQUE, Roberto C. de. Da hiperglobalização à proliferação de regimes normativos. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 10, p. 387-404. jul/dez 2009.

ALMEIDA, Frederico N. R. de. Elites jurídicas, faculdades de direito e administração da justiça pública no Brasil. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA, 14, 2009, Rio de Janeiro. **Anais ...** Porto Alegre. SBS, 2009. Grupo de Trabalho “Ocupações e Profissões”. Disponível em: [http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=50&Itemid=171](http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=50&Itemid=171)>. Acesso em: 23 maio 2014.

AMARAL, Antônio C. R. do. **Subsídios filosóficos ao ensino jurídico**: as virtudes da prudentia e da iustitia e o “método do caso” aplicado à disciplina de direitos e garantias fundamentais. 2007. 231 f. Tese (Doutorado) Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2007. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-22022008-152311/pt-br.php>>. Acesso em: 14 fev. 2011.

AMNESTY INTERNATIONAL. **Attitudes to torture**: stop torture global survey. London: AI, 2014. Disponível em: [amnesty.org](http://www.amnesty.org)>. Acesso em: 18 maio 2015.

ANÁLISE ADVOCACIA 500: os escritórios e advogados mais admirados do Brasil pelas maiores empresas. São Paulo: Análise, n. [8], nov. 2013. Anual.

ARGUELHES, Diego W.; PARGENDLER, Mariana. Custos colaterais da violência no Brasil: rumo a um direito moldado pela insegurança? **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 9, p. 269-298, jan./jun. 2013.

ARIDA, Persio. A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 1, p. 11-22, maio 2005.

AVILA, Humberto B. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, v. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

BARROSO, Luis R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 01-42, abr./jun. 2005.

BÉNABOU, Roland; TIROLE, Jean. Laws and norms. **NBER Working Paper**, n. 17579, nov. 2011.

BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964). In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). **História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade**. Curitiba: Juruá, 2008.

BOETTKE, Peter J.; FINK, Alexander; SMITH, Daniel J. The impact of nobel prize winners in economics: mainline vs. mainstream. **American Journal of Economics and Sociology**, Malden, Massachusetts, v. 71, n. 5, p. 1219-1249, nov. 2012.

BOHRER, Carolina P. Rule of law no banco mundial e promoção do desenvolvimento. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri (Orgs.). **Estado de direito e o desafio do desenvolvimento**. São Paulo: Sarava, 2011. p. 169-203 (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série produção científica).

BONAVIDES, Paulo. Direitos fundamentais, globalização e neoliberalismo. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 2, p. 351-361, jul./dez. 2003.

\_\_\_\_\_. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONELLI, Maria da G. Internacionalização da advocacia no Brasil. In: CONGRESSO LATINO-AMERICANO DE ESTUDOS DO TRABALHO, 7, 2013, São Paulo. **O trabalho no século XXI: mudanças, impactos e perspectivas**. São Paulo. ALAST, 2013. Grupo de Trabalho “Sociología de las Profesiones. Los modelos profesionales en debate”.

CABRAL, Gustavo C. M. Federalismo, autoridade e desenvolvimento no Estado Novo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 48 v. 189, p. 133-146, jan./mar. 2011.

CANOTILHO, José J. G. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CAROTHERS, Thomas. The rule of law revival. **Foreign Affairs**, New York, v. 77, n. 2, p. 95-106, mar./apr. 1998.

CASTELLS, Manuel. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Tradução: Roneide V. Majer. In: \_\_\_\_\_. **A sociedade em rede**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v. 1.

CASTRO, Marcus F. de. De westphalia a seattle: a teoria das relações internacionais em transição. **Cadernos do REL**, Brasília, n. 20, p. 05-64, jul./dez. 2001.

CHESNAIS, François. **A mundialização do capital**. Tradução: Silvana F. Foá. São Paulo: Xamá, 1996.

COASE, Ronald H. O problema do custo social. Tradução: Francisco K. F. Alves et al. In: SALAMA, Bruno M. (Org.). **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59-112 (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série direito em debate).

COOTER, Robert. The rule of state of law versus the rule-of-law state: economic analysis of the legal foundations of development. **Revista de Direito Bancário**, São Paulo, v. 37, a. 10, p. 157-201, jul./set. 2007.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução: Luis M. Sander; Francisco A. da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CUNHA, Luciana G.; BONELLI, Maria da G.; OLIVEIRA, Fabiana L. de; SILVEIRA, Maria N. B. da. Sociedades de advogados e tendências profissionais. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 3, p. 111-138, jul./dez. 2007.

CUNHA, Luciana G. Rule of law e desenvolvimento: os discursos sobre as reformas das instituições dos sistemas de justiça nos países em desenvolvimento. In: VIEIRA, Oscar V.; DIMOULIS, Dimitri (Orgs.). **Estado de direito e o desafio do desenvolvimento**. São Paulo: Sarava, 2011. p. 233-246 (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série produção científica).

CUNHA, Luciana G.; BUENO, Rodrigo de L. S.; OLIVEIRA, Fabiana L. de; SAMPAIO, Joelson de O.; RAMOS, Luciana de O.; MACEDO, Gabriel H. S. de. **Relatório ICJBrasil**. São Paulo: FGV-DireitoSP, 2015. (Coleções Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJBrasil 2º e 3º trimestres/2014). Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/13599>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

DANTAS, Francisco C. de San T. Ordem jurídica e regime político. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 89, n. 463, p. 299-302, jan. 1942.

\_\_\_\_\_. Cultura jurídica e mundo moderno. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 104, n. 510, p. 425-429, dez. 1945.

\_\_\_\_\_. O humanismo e o direito moderno. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 116, n. 537, p. 5-12, mar. 1948.

\_\_\_\_\_. O direito privado brasileiro: aspectos gerais de sua evolução nos últimos cinquenta anos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 136, n. 578, p. 358-363 ou p. 40-45, ago. 1951.

\_\_\_\_\_. Evolução contemporânea do direito contratual. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 139, n. 583, p. 5-13, jan-fev. 1952.

\_\_\_\_\_. A educação jurídica e a crise brasileira. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 159, n. 623 e 624, p. 449-458, maio/jun. 1955.

\_\_\_\_\_. Em defesa do direito. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 175, n. 655-656, p. 9-16, jan./fev. 1958.

DAVIS, Kevin E.; TREBILCOCK, Michael. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. Tradução: Pedro M. Soares. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 5, p. 217-268, jan./jun. 2009.

DAVIS, Kevin E. Universalismo jurídico: objeciones persistentes. Tradução: Máximo Mochkovsky; Rodrigo Gallego. **Revista Argentina de Teoria Jurídica**, Buenos Aires, v. 11, p. 1-19, outubro 2010. Disponível em: [http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=6288&id\\_item\\_menu=5858](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=6288&id_item_menu=5858). Acesso em: 06 maio 2015.

DENZAU, Arthur T.; NORTH, Douglass C. Shared mental models: ideologies and institutions. **Kyklos International Review for Social Science**, Oxford, v. 47, n. 1, p. 3-31, feb. 1994.

DEQUECH FILHO, David. Instituições e a relação entre economia e sociologia. **Revista Estudos Econômicos**. v. 41, n. 3, p. 599-619, jul./set. 2011.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. A dolarização do conhecimento técnico profissional e do Estado: processos transnacionais e questões de legitimação na transformação do Estado, 1996-2000. Tradução: Eduardo C. Marques. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 15, n. 43, p. 163-176, jun. 2000.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **La internacionalización de las luchas por el poder**: la competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados latinoamericanos. Tradução: Antonio Barreto. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México; ILSA, 2005.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. State politics and legal markets. **Comparative Sociology**, Leiden, v. 10, n. 1, p. 38-66, jan. 2011.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Corporate law firms, NGOs, and issues of legitimacy for a global legal order. **Fordham Law Review**, New York, v. 80, n. 6, p. 2309-2345, may 2012.

DEZALAY, Yves; TRUBEK, David M. A reestruturação global e o direito. In: FARIA, José Eduardo Campo de Oliveira (Org.). **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996. cap. 2, p. 29-80.

DIAS, João P.; PEDROSO, João António F. As profissões jurídicas entre a crise e a renovação: o impacto do processo de desjudicialização em Portugal. **Oficina do CES**, Coimbra, n. 181, p. 1-43, out. 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís C. Borgees. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELLICKSON, Robert C. Of Coase and Cattle: dispute resolution among neighbors in Shasta County. **Stanford Law Review**, Stanford, California, v. 38, p. 623-687, feb. 1986.

ENGELMANN, Fabiano. **A legitimação dos “juristas de negócios” no Brasil nas décadas de 90 e 2000**: uma análise preliminar. 2008. Trabalho apresentado ao Colóquio Internacional Saber e Poder, Campinas, 2008a. Não publicado. Disponível em: <<http://www.fe.unicamp.br/focus/Atividades/Eventos/Coloquio2008.htm>>. Acesso em: 22 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Estudos no exterior e mediação de modelos institucionais: o caso dos juristas brasileiros. **Revista de Sociologia e Política**, v. 16, p. 145-157, ago. 2008b.

\_\_\_\_\_. A globalização e o rule of law: uma proposta de análise. **Confluências**, Niterói, v. 11, p. 5-26, 2010.

\_\_\_\_\_. Globalização e poder de Estado: circulação internacional de elites e hierarquias do campo jurídico brasileiro. **Dados Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 55, n. 2, p. 487-516, 2012.

FALCÃO NETO, Joaquim de A.; SCHUARTZ, Luis Fernando; ARGUELHES, Diego W. Jurisdição, incerteza e estado de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 243, p. 79-112, set./dez. 2006.

FARIA, José Eduardo C. de O. A noção de paradigma na ciência do direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília: UNB, 1988. cap. 1. p. 13-30.

\_\_\_\_\_. As transformações do judiciário em face suas responsabilidades sociais. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 2, p. 55-66, jan./jul. 1993.

\_\_\_\_\_. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996. cap. 5, p. 127-160.

\_\_\_\_\_. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2010. cap. 5. p. 94-112.

\_\_\_\_\_. **O direito na economia globalizada**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Sociologia jurídica**: direito e conjuntura. São Paulo: Saraiva, 2008a. (Série GV-law).

\_\_\_\_\_. O papel do direito na construção do desenvolvimento. In: CADERNOS DIREITO GV, 26, v. 5, n. 6, 2008, São Paulo. **Mestrado em direito e desenvolvimento**, São Paulo: Direito GV, 2008b. p. 13-41.

\_\_\_\_\_. **O estado e o direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série direito em debate).

\_\_\_\_\_. **A tutela dos direitos dos cidadãos nos sistemas de justiça**. 2012. Sessão apresentada na conferência Tribunais, cidadania e direitos do evento Tribunal de porta aberta da Associação sindical dos juizes portugueses, Lisboa, 2012a. Disponível em: <[http://www.dailymotion.com/video/xw6mya\\_prof-jose-eduardo-faria-2012-12-06\\_news#.UegsQW3J33Y](http://www.dailymotion.com/video/xw6mya_prof-jose-eduardo-faria-2012-12-06_news#.UegsQW3J33Y)>. Acesso em: 15 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Política industrial e direito antitruste: a experiência brasileira e seu sentido atual. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 10, n. 37, p. 109-149, 2012b.

\_\_\_\_\_. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série clássicos jurídicos).

FERRAZ JÚNIOR, Tercio S. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade sem culpa, culpa sem responsabilidade na sociedade tecnológica. In: FABIANI, Emerson R. (Org.). **Impasses e aporias do direito contemporâneo: estudos em homenagem a José Eduardo Faria**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 135-153.

FIANI, Ronaldo. Crescimento econômico e liberdades: a economia política de Douglass North. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 11, n. 1 (18), p. 45-62, jan./jun. 2002.

FLOOD, John; SOSA, Fabian P. Lawyers, law firms and the stabilization of transnational business. **Northwestern Journal of International Law and Business**, Chicago, v. 28, p. 489-525, spring 2008.

FRAGALE FILHO, Roberto. Conselho nacional de justiça: desenho institucional, construção de agenda e processo decisório. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 56, n. 4, p. 975 a 1007, 2013.

FRANCO, Ivan C. da S. de; CUNHA, Luciana G. O CNJ e os discursos do direito e desenvolvimento. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 18, a. 9, p. 515-534, jul./dez. 2013.

GALA, Paulo. A teoria institucional de Douglass North. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 23, n. 2, p. 89-105, abr./jun. 2003.

GALÍPOLO, Gabriel; GALA, Paulo; FERNANDES, Danilo A. Notas para uma avaliação do discurso marxista em Douglass North. **Revista EconomiA**, Brasília, v. 9, n. 1, p.195-213, jan./abr. 2008.

GARAVITO, César R. A globalização do estado de direito: o neoconstitucionalismo, o neoliberalismo e a reforma institucional na América Latina. In: VIEIRA, Oscar V.; DIMOULIS, Dimitri (Orgs.). **Estado de direito e o desafio do desenvolvimento**. São Paulo: Sarava, 2011. p. 247-286 (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série produção científica).

GHIRARDI, José G.; CUNHA, Luciana G.; FEFERBAUM, Marina (Coords.). **Observatório do ensino do direito: ensino superior 2012, instituições: cursos de direito, instituições de ensino superior, mantenedoras e grupos educacionais**. São Paulo: FGV-Direito SP, 2014. (Relatório de pesquisa, v. 2, n. 1.).

GICO JÚNIOR, Ivo T. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano B. (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 4-15.

GILSON, Ronald J. How many lawyers does it take to change an economy? Commentary. **Law & Social Inquiry**, Chicago, v. 17, n. 4, p. 635-643, autumn 1992.

GIORGI, Raffaele De. A administração pública na sociedade complexa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 09-22, jan./abr. 2011.

GOMES, Orlando. Relações entre direito e a economia. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 217, n. 763 a 765, p. 12-14, jan./mar. 1967.

\_\_\_\_\_. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica (1955). **Revista direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 121-134, maio 2005.

GORDON, Robert W. The role of lawyers in producing the rule of law: some critical reflections. **Theoretical Inquiries in Law**, Berlin; Boston, v. 11, n. 1, p. 441-468, 2010.

GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs. o doutrinalismo alemão. Tradução: Gustavo S. de A. Ribeiro. In: SALAMA, Bruno M. (Org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 325-394. (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série direito em debate).

HADFIELD, Gillian K.; WEINGAST, Barry R. Microfoundations of the rule of law. **Annual Review of Political Science**, Palo Alto, v. 17, p. 21-42, may 2014.

HALL, Peter; TAYLOR, Rosemary. As três versões do neo-institucionalismo. Tradução: Gabriel Cohn. **Lua Nova**, São Paulo, n. 58, p. 193-223, 2003. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452003000100010>>. Acesso em: 09 abr. 2014.

HAYEK, Friedrich A. von. Normas e ordem. In: \_\_\_\_\_. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**. Tradução: Anna M. Capovilla et al. São Paulo: Editora Visão, 1985. v. 1.

HERKELMANN, Horst O. "Law and development movement": um esboço de um novo campo de pesquisa. **Nomos**, Fortaleza, v. 2, a. 2, p. 299-302, 1980.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução: José F. Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Tradução: João B. Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KUHN, Thomas. **La estructura de las revoluciones científicas**. Tradução: Agustín Contin. 1. ed. 8. tir. México; Argentina: Fondo de Cultura Económica, 2004.

LOPES, José R. de Lima. Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário. In: FARIA, José Eduardo C. de O. (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2010a. cap. 4, p. 68-93.

\_\_\_\_\_. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo C. de O. (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2010b. cap. 6, p. 113-143.

LYNCH, Christian E. C. Saquaremas e luzias: a sociologia do desgosto com o Brasil. **Insight Inteligência**, Rio de Janeiro, v. 55, p. 21-37, out./dez. 2011.

MATIAS, João Luis N. O público e o privado na sociedade contemporânea e a liberdade contratar. **Nomos**, Fortaleza, v. 26, p. 105-136, 2007.

\_\_\_\_\_. A ordem econômica e o princípio da solidariedade na constituição federal de 1988. **Nomos**, Fortaleza, v. 31, p. 69-102, 2009.

\_\_\_\_\_. Historicidade do direito de propriedade: a marcha rumo à humanização. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, v. 03, p. 2081-2102, 2013.

MILHAUPT, Curtis J.; PISTOR, Katharina. **Law and capitalism**: what corporate crises reveal about legal systems and economic development around the world. Chocago: University of Chicago Press, 2008.

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. 4 v.

MOTA, Carlos G. Para uma visão de conjunto: a história do Brasil pós-1930 e seus juristas. In: \_\_\_\_\_; SALINAS, Natasha S. C. (coords.). **Os juristas na formação do estado-nação brasileiro**: de 1930 aos dias atuais. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29-161. (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série produção científica).

MOTA, Carlos G.; SALINAS, Natasha S. C. Introdução à obra. In: \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_ (coords.). **Os juristas na formação do estado-nação brasileiro**: de 1930 aos dias atuais. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 20-27. (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série produção científica).

NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. (Political economy of institutions and decisions).

\_\_\_\_\_. Institutions. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n. 1, p. 97-112, winter 1991.

\_\_\_\_\_. **Transaction costs, institutions, and economic performance**. San Francisco: International Center for Economic Growth, 1992. (Occasional papers; International center for economic growth; n. 30).

\_\_\_\_\_. **Understanding the process of economic change**. New Jersey: Princeton University Press, 2005. (Princeton economic history of the western world).

\_\_\_\_\_. Desempenho econômico através do tempo. Tradução: Antonio J. M. Porto. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set./dez. 2010.

NORTH, Douglass C.; WALLIS, John J.; WEBB, Steven B.; WEINGAST, Barry R. Limited access orders in the developing world: a new approach to the problems of development. **Policy Research Working Paper Series**, [Washington], n. WPS 4359, p. 1-48, sept. 2007.

NORTH, Douglass C.; WALLIS, John J.; WEINGAST, Barry R. **Violence and social orders: a conceptual framework for interpreting recorded human history**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

NUNES, Rafael D. A. Consequência na teoria pura do direito: o empirismo kelseniano e as fronteiras do papel do jurista. In: AMARAL, Larissa M. do (Org.). **Epistemologia jurídica**. São Paulo: Atlas, 2015a, p. 149-174.

\_\_\_\_\_. A semente desenvolvimentista entre autoritarismo e frouxidão: mapeamento jurídico do desenvolvimento econômico no debate entre Oliveira Vianna e Waldemar Ferreira. In: CABRAL, Gustavo C. M.; DINIZ, Márcio A. de V. (Orgs.) **História do direito e do pensamento político brasileiro: debates e perspectivas**. Fortaleza: Imprensa Universitária UFC, 2015b. No prelo.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno M. Direito e consequência no brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, 2013.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Para além do “empreendedorismo intelectual”: fatores de demanda na cientificização da produção jurídica. In: PORTO, Antônio M.; SAMPAIO, Patrícia. **Direito e economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica**. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 105-120.

PÉREZ-PERDOMO, R. Rule of law and lawyers in Latin America. **The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science**, Philadelphia, v. 603, n. 1, p. 179-191, jan. 2006.

PINHEIRO, Armando C.; SADDI, Jairo. **Curso de law & economics**. São Paulo: Campus, 2005.

POSNER, Richard A. Creating a legal framework for economic development. **The World Bank Research Observer**, v. 13, n. 1, p. 1-11, feb. 1998.

\_\_\_\_\_. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução: Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **A failure of capitalism: the crisis of '08 and the descent into depression**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. Cómo me convertí em keynesiano: segundas reflexiones em medio de una crisis. Tradução: Alberto Supelano. **Revista de Economía Institucional**, [...], v. 12, n. 22, p. 293-305, jan./jun. 2010.

PRADO, Mariana M.; TREBILCOCK, Michael. Path dependence, development, and the dynamics of institutional reform. **University of Toronto Law Journal**, Toronto, v. 59, p. 341-379, 2009.

PRADO, Mariana M. O paradoxo das reformas do estado de direito: quando reformas iniciais se tornam obstáculos para reformas futuras. Tradução: Patrícia G. Ferreira. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 21, n. 45, p. 73-90, mar. 2013.

PRZEWORSKI, Adam. As instituições são a causa primordial do desenvolvimento econômico? Tradução: Alexandre Morales. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 72, p. 59-77, jul. 2005.

ROSA, Alexandre M. da; LINHARES, José M. A. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSA, Alexandre M. da; MARCELLINO JÚNIOR, Julio C. Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 1, p.7-23, ago./dez. 2010.

ROSA, Alexandre M. da. O judiciário entre garantia do mercado ou dos direitos fundamentais: a “resposta correta”, com Lenio Streck. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Porto Alegre, n. 1, p. 1-8, jan./jun. 2009.

SALAMA, Bruno M. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, mar. 2008.

\_\_\_\_\_. Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North. In: VIEIRA, Oscar V.; DIMOULIS, Dimitri (Orgs.). **Estado de direito e o desafio do desenvolvimento**. São Paulo: Sarava, 2011. p. 21-58 (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série produção científica).

\_\_\_\_\_. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, n. 1, a. 1, p. 435-483, 2012.

\_\_\_\_\_. **O fim da responsabilidade limitada no brasil: história, direito e economia**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SANTOS, Boaventura de S. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 65, p. 3-76, maio 2003. Disponível em:

<<https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/10811/1/Poder%20a1%20o%20direito%20ser%20emancipat%20b3rio.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2012.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHAPIRO, Mario G. Repensando a relação entre estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma rule of law e a relevância das alternativas institucionais. In: VIEIRA, Oscar V.; DIMOULIS, Dimitri (Orgs.). **Estado de direito e o desafio do desenvolvimento**. São Paulo: Sarava, 2011. p. 121-167 (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série produção científica).

SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David M. Redescobrimo o direito e desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: \_\_\_\_\_. **Direito e desenvolvimento**: um diálogo entre os brics. Saraiva: São Paulo, 2012. p. 27-72. (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série direito em debate).

SCHUARTZ, Luis Fernando. A práxis recalcada na teoria da norma de Hans Kelsen. In: \_\_\_\_\_. **Norma, contingência e racionalidade**: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica. São Paulo: Renovar, 2005. p. 1-61.

\_\_\_\_\_. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do direito perante a economia e a política da concorrência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 246, p. 96-127, jan./abr. 2007.

\_\_\_\_\_. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, maio/ago. 2008.

\_\_\_\_\_. Universalização dos fins e particularização dos meios: política social e significado normativo dos direitos fundamentais. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, a. 5, p. 359-376, jul./dez. 2009.

SILVA, Ângela; COSTA, Filipe S. Constitucional deixa governo com o pior cenário. **Expresso XL**, Oeiras, 06 abr. 2013. Disponível em: <[http://expresso.sapo.pt/constitucional-deixa-governo-com-o-pior-cenario=f798514?utm\\_source=newsletter&utm\\_medium=mail&utm\\_campaign=newsletter&utm\\_content=2013-04-06](http://expresso.sapo.pt/constitucional-deixa-governo-com-o-pior-cenario=f798514?utm_source=newsletter&utm_medium=mail&utm_campaign=newsletter&utm_content=2013-04-06)>. Acesso em: 14 abr. 2013.

STRECK, Lenio L. **Em defesa da pós-graduação acadêmica**: notas sobre a inadequação do mestrado profissionalizante na área do direito ou “das razões pelas quais o direito não é uma racionalidade instrumental”. [S.I.], 2011. Disponível em: <[www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br)>. Acesso em: 23 out. 2012.

SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito e economia**: análise econômica do direito e das organizações. 1. ed. 6. reimp. São Paulo: Elsevier, 2005. p. 74-83.

SZTAJN, Rachel; AGUIRRE, Basília. Mudanças institucionais. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito e economia**: análise econômica do direito e das organizações. 1. ed. 6. reimp. São Paulo: Elsevier, 2005. p. 228-243.

TAMANAHÁ, Brian Z. As lições dos estudos sobre direito e desenvolvimento. Tradução: Tatiane H. Lima. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 09, p. 169-184. jan./jul. 2009.

TEIXEIRA JÚNIOR, Sérgio. “Não existe risco jurídico no Brasil”, diz Dilma. **Exame.com**, Rio de Janeiro, 25 set. 2013. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/?fullsite=true>>. Acesso em: 12 dez 2014.

TIMM, Luciano B. Direito, inovação e o novo capitalismo. **Valor econômico**, São Paulo, 24 fev. 2012.

TOULMIN, Stephen E. **Return to reason**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

TRUBEK, David M. O “império do direito” na ajuda ao desenvolvimento: passado, presente e futuro. Tradução: Pedro M. Soares. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **O novo direito e desenvolvimento**: presente, passado e futuro: textos selecionados de David M. Trubek. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 185-216. (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série direito em debate).

\_\_\_\_\_. Reforming legal education in Brazil: from the Ceped experiment to the law schools at the Getulio Vargas foundation. **University of Wisconsin legal studies research paper**, n. 1180, p. 1-10, dez. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1970244>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

TRUBEK, David M.; VIEIRA, Jorge Hilário G.; SÁ, Paulo F. de. **Direito, planejamento e desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro**: 1965-1970. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. (Direito, desenvolvimento e justiça. Clássicos jurídicos).

ULEN, Thomas. A nobel prize in legal science? Theory, empirical work, and the scientific method in the study of law. **University of Illinois Law Review**, n. 4, p. 875-920, 2002.

UNGER, Roberto M. Pensamento jurídico como imaginação institucional: direito, instituições, juízes. **Nomos**, Fortaleza, v. 15, n. 1-2, p. 38-43, jan./dez. 1996.

\_\_\_\_\_. A constituição do experimentalismo democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, maio/ago. 2011.

VIANNA, Francisco J. de Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Senado Federal, 1999. (Coleção biblioteca básica nacional).

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**: 150 anos de ensino jurídico no Brasil. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.

WALD, Arnoldo. O direito do desenvolvimento. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 220, n. 772 a 774, p. 421-428, out./dez. 1967.

WILLIAMSON, Oliver E. Por que direito, economia e organizações? Tradução: Decio Zylbersztajn. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. 1. ed. 6. reimp. São Paulo: Elsevier, 2005. p. 16-59.

WILLIAMSON, Oliver E.; GHANI, Tarek. Transaction cost economics and its uses in marketing. **Journal of the Academy of Marketing Science**, East Lansing, Michigan, v. 40, p. 74-85, 2012.

WORLD BANK. **World development report 2002: building institutions for markets**. New York: Oxford University Press, 2001.

YAZBEK, Otávio. Considerações sobre a circulação e transferência dos modelos jurídicos. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 540-557.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_ (Orgs.). **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. 1. ed. 6. reimp. São Paulo: Elsevier, 2005. p. 1-15.