

OS DIREITOS DE PROPRIEDADE COMO INSTITUIÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DEMOCRÁTICO*

PROPERTY RIGHTS AS AN INSTITUTION FOR THE DEMOCRATIC DEVELOPMENT

Lucas Fucci Amato¹

RESUMO

O artigo mapeia algumas propostas de reconfiguração institucional dos direitos de propriedade. Primeiramente, conceitua a propriedade como uma instituição e analisa o contraste entre formas de propriedade pública e privada, individual e coletiva. A seguir, apresenta os desenhos institucionais da propriedade apregoados historicamente por doutrinas liberais e socialdemocratas. Finalmente, contrasta as propostas de John Rawls e Roberto Mangabeira Unger para o redesenho de uma economia de mercado democratizada. O trabalho ilustra, assim, a indeterminação institucional dos direitos de propriedade e a possibilidade de reconfigurá-los em vista de políticas desenvolvimentistas.

Palavras-chave: direito de propriedade, democracia econômica, direito e desenvolvimento.

ABSTRACT

The paper maps some proposals for the institutional reconfiguration of property rights. Firstly, it conceives property as an institution and analyses the contrast among forms of private and public, collective and individual ownership. Then, it presents the institutional designs of property historically defended by liberal and social-democratic doctrines. Finally, it contrasts the proposals by John Rawls and Roberto Mangabeira Unger for the redesign of a democratized market economy. The work illustrates, therefore, the institutional indetermination of property rights and the possibility of reset them in face to developmentalist policies.

Keywords: property rights, economic democracy, law and development.

INTRODUÇÃO

O lema econômico de que “instituições importam” é quase sempre uma senha para sustentar que o Estado deve atuar em um escopo limitado, mas de maneira eficaz no que diz

¹ Lucas Fucci Amato é bacharel em Direito e Doutorando em Direito (Filosofia e Teoria Geral do Direito) pela USP (Universidade de São Paulo, Largo São Francisco), com estágio doutoral sanduíche; como Pesquisador Visitante na Harvard Law School. Bolsista da FAPESP com dedicação exclusiva, no doutorado direto, no estágio de pesquisa no exterior e na iniciação científica.

* Artigo recebido em 21 de janeiro de 2015 e aprovado em 22 de janeiro de 2016

respeito às bases institucionais que fornece ao mercado. A tradução jurídica deste lema é de que cabe ao Estado fornecer segurança jurídica para as transações, garantindo no domínio privado o cumprimento dos contratos e a manutenção da propriedade – o que exige um sistema jurídico estável e eficiente, capaz de dar executoriedade (*enforcement*) às dívidas e generalizar a confiança para atrair investimentos.

A visão dominante e ortodoxa desse cenário vislumbra impossibilidade de se fugir a uma forma de organização do mercado que privilegia o direito unitário de propriedade e a concentração econômica. Haveria uma convergência institucional na qual um único modelo de propriedade privada precisaria ser promovido e protegido incondicionalmente (as demais formas poderiam existir apenas marginalmente), para que os investidores se sentissem seguros e fossem atraídos ao país que busca seus recursos. Assim estaria formado o “ambiente institucional” necessário para o desenvolvimento em uma economia de mercado.

Algumas evidências da análise econômica contam contra tal visão. Tais evidências apontam que, embora as instituições sejam fator-chave do desenvolvimento, os arranjos institucionais têm grande especificidade contextual, dependem de trajetórias históricas e de economia política. Países bem sucedidos combinam elementos não ortodoxos em políticas econômicas ortodoxas. Permanecem existindo significativas diferenças institucionais entre países de grau de desenvolvimento similar e a mera importação institucional não determina os mesmos resultados. Os princípios econômicos são institucionalmente indeterminados e podem ser corporificados em tipos variados de políticas econômicas. Sobretudo, no que diz respeito ao direito de propriedade, importa aos investidores mais a certeza de que, na prática, os direitos serão respeitados do que o desenho legislativo ou a garantia formal desses direitos. E mais: resta indefinido qual arranjo jurídico dos direitos de propriedade é preferível. Diversidade institucional não contradiz segurança jurídica, não afasta confiança (cf. RODRIK; SUBRAMANIAN; TREBBI, 2002, p. 21-2)².

O direito de propriedade, especialmente, pode ser visto como um campo de reconstrução institucional da economia. A propriedade é uma espécie de “serviço” que o

² O caso chinês é especialmente expressivo acerca das alternativas institucionais de configuração dos mercados (no caso, sem democracia política) – sobre ele, ver Kennedy; Stiglitz, 2013, p. 1-16. Todavia, em uma posição cética, Przeworski (2005, p. 76) argumenta que “nada pode ser a causa primordial [do desenvolvimento]. As instituições não são uma causa mais profunda que a provisão de fatores ou a tecnologia: as instituições – repetamos – podem determinar a provisão de fatores e seus usos, mas esses fatores, por sua vez, afetam o crescimento e a ulterior prosperidade, que por seu turno afetam a evolução das instituições”.

direito oferece à economia, tornando as coisas comerciáveis, sustentando a confiança nas transações, fornecendo apoio preventivo e repressivo para as trocas. O direito de propriedade é uma instituição em vários sentidos que se possa adotar. Uma convenção social que “surge” para reduzir incerteza e possibilitar transações (NORTH, 1995, p. 18). “Um conjunto de regras e crenças que formata um aglomerado de práticas informado pela concepção de como as pessoas, em certo domínio da vida social, podem e devem lidar umas com as outras” (UNGER, 2013, p. 14). Um feixe de expectativas contrafáticas generalizadas pelo direito: expectativas compartilhadas amplamente na sociedade, que resistem a frustrações, que contam com um consenso social suposto, que perduram no tempo (LUHMANN, 2010, p. 85-6).

Partindo do entendimento da propriedade como instituição, este trabalho visa a analisar brevemente as possibilidades alternativas de desenho jurídico do direito (ou dos direitos) de propriedade. De um lado, o desenho atualmente dominante de propriedade (pública ou privada, mas sempre unitária) é visto sob perspectiva histórica; em um segundo momento, é visto à luz das propostas institucionais abarcadas em projetos ideológicos (o liberalismo e a socialdemocracia); finalmente, desenhos institucionais alternativos da propriedade são posicionados em teorias que projetam cenários possíveis de economia e sociedade (caso da teoria da justiça de Rawls e do programa institucional desenhado por Unger).

1 A PROPRIEDADE MODERNA E SUAS ALTERNATIVAS

Importa aqui explorar brevemente as configurações institucionais alternativas *do* direito de propriedade (e não *ao* direito de propriedade). Este direito é uma instituição evolutivamente criada de vinculação entre direito e economia. Modernamente, passou a ser visto como *um* direito, mas já foi desenvolvido como uma série de direitos, de modo que seu status atual unitário pode ser visto como escondendo, por trás de uma unidade aparente, um feixe de diferentes direitos ou faculdades. A história do direito de propriedade nos revela a indeterminação desta instituição. O exemplo do direito medieval fornece um contraste ilustrativo com o desenho moderno da propriedade: enquanto este se funda no endosso estatal, na validade de um direito conferido por lei, o direito medieval de propriedade se desenha em variadas posições superpostas de efetividade econômica sobre os bens.

A propriedade medieval é uma entidade complexa e composta, tanto que parece até

mesmo indevido o uso daquele singular: tantos poderes autônomos e imediatos sobre a coisa, diversos em qualidade segundo as dimensões da coisa que os provocou e legitimou, cada um dos quais encarna um conteúdo proprietário, um domínio (o útil e o direto), e cujo feixe compreensivo reunido por acaso em um só sujeito pode fazer dele o titular da propriedade sobre a coisa. Fique bem claro que essa propriedade não é porém uma realidade monolítica, a sua unidade é ocasional e precária, e cada fração leva em si a tensão a tornar-se autônoma e a força para realizar o desmembramento; nem são necessários somente atos de disposição para provocá-lo, mas frequentemente mesmo simples atos de administração do proprietário (por exemplo, em certas condições, até um contrato agrário) pode levar à divisão em muitas frações da unidade composta. (GROSSI, 2006, p. 66)

A forma institucional da propriedade predominante no mundo ocidental moderno é a da propriedade individual que concentra em um só titular (o indivíduo privado ou o Estado) uma série de faculdades de uso, fruição e disposição. Tendo em vista o ganho de escala econômica, o direito comercial desdobrou o instituto da propriedade por meio de uma série de distinções entre propriedade e empresa, poder de controle e poder de gestão, com um amplo desenvolvimento de formas societárias (BERLE; MEANS, 2009, p. 293-315). Outras formas institucionais de propriedade – diferentes da propriedade individual, de pessoa física ou jurídica – têm uma existência quantitativamente inferior e economicamente menos expressiva – é o caso, por exemplo, do condomínio tradicional, uma forma de propriedade coletiva ou não-individual. Mas um caso mais contrastante com aquele da propriedade individual, pública ou privada, é o das propriedades comuns ou propriamente coletivas. Grossi (2006, p. 8) os identifica como ainda presentes em certas regiões italianas e os descreve como “‘propriedades’ comuns de consortes co-herdeiros, em que a titularidade não é nem do indivíduo nem do ente mas da concatenação incessante das gerações de consortes”. Servem como plataforma de sobrevivência para comunidades plurifamiliares, com uma função essencialmente alimentar. Juridicamente, a construção institucional desse tipo de propriedade fundamenta-se em um gozo condicionado do bem, em favor da ordem comunitária; a dimensão potestativa do típico direito de propriedade é esvaziada (não há *jus disponendi*) e mesmo a dimensão apropriativa é reduzida, de forma que a apropriação do produto do fundo que serve para a sobrevivência diária dos núcleos familiares é indireta – jamais é uma apropriação do fundo em si. Como se vê, tal exemplo da propriedade coletiva é histórica e geograficamente reduzido. Não permite pensar formas de desenvolvimento econômico de grande escala. Não dá solução ao dilema de combinar eficiência econômica (e economias de escala) com descentralização da propriedade (como acesso ao mercado).

2 OS PROJETOS LIBERAL E SOCIALDEMOCRATA PARA O DIREITO DE PROPRIEDADE

Cabe explorar a diferença institucional da visão de propriedade defendida pelas duas correntes dominantes do debate político (e também jurídico) dos últimos séculos. No projeto liberal, o direito unitário de propriedade foi defendido como uma espécie de realização concreta e condição institucional indispensável do ideal de autonomia e liberdade individual. A teoria de Locke é especialmente ilustrativa: “viu a propriedade das coisas como manifestação externa – qualitativamente idêntica – daquela propriedade intrassubjetiva que todo eu tem de si mesmo e de seus talentos, propriedade – esta – absoluta porque correspondente à natural vocação do eu a conservar e a enobustecer o si” (GROSSI, 2006, p. 12). Daí a propriedade aparecer como tão sagrada quanto a dignidade humana, uma vez com ela identificada. Era uma alternativa à interdependência social – o sujeito poderia ser livre, isolando-se em suas propriedades – ao custo de aliar o domínio das coisas à dominação sobre as pessoas: a propriedade como uma fonte de poder privado – quanto mais consolidada e absoluta a propriedade, tanto maior a probabilidade de despotismo e sujeição fora do Estado, no seio da própria “sociedade civil”.

A grande alternativa institucional ao direito liberal de propriedade foi colocada no século XX pelo projeto socialdemocrata. Enquanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 definia a propriedade como “um direito inviolável e sagrado” (art. 17), o símbolo do constitucionalismo social – a Constituição de Weimar de 1919 – dispunha em seu art. 14, 2ª alínea, que: “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade”. Difícil imaginar contraste maior entre textos normativos e entre os interesses e ideais neles plasmados. A encarnação institucional desses interesses e ideais no desenho socialdemocrata da propriedade obedece a um diagnóstico e a uma proposta (cf. BERCOVICI, 2005; POLIDO, 2006). O diagnóstico, representado por autores da época como Hilferding, é de que o fenômeno da livre concorrência deu lugar, no final do século XIX e início do século XX, à concentração monopolista e ao planejamento econômico dentro do capitalismo (diagnóstico semelhante é o de POLANYI, 2000, cap. 1). Era preciso aliar um projeto de democracia política (socialista) à tentativa de construir a democracia econômica, “de baixo para cima”, pela ampliação da presença dos trabalhadores no controle da empresa, na administração da fábrica. No mesmo contexto, Heller cunha a ideia de “Estado Social de

Direito” e Karl Renner teoriza a “função social” da propriedade. O que seu estudo sobre as instituições de direito privado revela é, sobretudo, a indeterminação institucional de tipos jurídicos como o da propriedade, que por detrás de sua aparente continuidade histórica, assumem relações variáveis com a sociedade e a economia: “nem a substância jurídica nem o conteúdo normativo da instituição jurídica individual, nem o efeito combinado de suas instituições complementares revela completamente sua função social” (RENNER, 1949, p. 271), que só pode ser entendida contextual e historicamente, especialmente – no caso dos institutos de direito privado – com referência à economia.

A fórmula da “função social da propriedade”, porém, demonstrou-se de pouca efetividade quando desacompanhada de uma reorganização estrutural da economia e de instrumentos jurídicos e econômicos que lhe dessem conteúdo institucional. Assim como diante de uma série de “direitos sociais”, duas estratégias se apresentam ao jurista preocupado em contribuir para a concretização da normatividade jurídica sobre este direito econômico que é a propriedade: uma estratégia é a típica do trabalho do jurista como intérprete do direito posto – nesta via, o intérprete (especialmente o juiz e o doutrinador que a ele se dirige) pode corrigir marginalmente injustiças e desigualdades consagradas pelo direito, eliminando o que contradisser princípios de justiça e políticas de bem estar social encetados no próprio direito. Outra estratégia é aquela designada por Unger de “imaginação institucional” (UNGER, 2004, p. 159-65). Esta prática de análise jurídica parte da ideia de que o direito permite pensar em detalhe as relações entre ideais e interesses, de um lado, e instituições e práticas que os consagram ou rejeitam, de outro. Com as ferramentas que tiver à mão – comparando doutrinas e textos normativos, fazendo investigações empírico-causais – o jurista pode mapear alternativas institucionais aparentemente ocultas sob rótulos como “mercado”, “propriedade”, “democracia”, “separação de poderes”, “direitos”.

Uma ilustração a respeito dessas duas faces do jurista – o intérprete de textos normativos e o assessor da reconstrução institucional – nos é fornecida por Rodriguez (2011, p. 127-8): o autor nota como o jurista Fábio Konder Comparato, mantendo uma posição socialdemocrata, redefiniu sua argumentação sobre os direitos de propriedade no Brasil. Quanto apresentou uma proposta de texto constitucional, antes da Assembleia Constituinte de 1987-8, Comparato rejeitou a expressão “função social” em referência à propriedade.

O anteprojeto, desenhado em torno da ideia de desenvolvimento democrático e do planejamento como ferramenta de mudança estrutural, previu planos de desenvolvimento

criados e fiscalizados por órgãos autônomos na estrutura de poder do Estado. Expressamente buscou eliminar disposições de tipo meramente programático, considerando que “[o]s verdadeiros programas socioeconômicos devem constar dos planos, não do texto constitucional” (COMPARATO, 1986a, p. 54). Sobre propriedade, o anteprojeto buscava regular desde a estrutura interna das grandes empresas (tratando da posição jurídica de empresários, trabalhadores e investidores) até o planejamento descentralizado da atividade agropecuária (nos moldes de um federalismo cooperativo). Todo este desenho da “democracia social”, porém, aceitava que a propriedade é voltada para os interesses de seu titular, não tendo “nenhuma função social: não é um poder atribuído para a satisfação dos interesses de terceiros” (COMPARATO, 1986a, p. 56). A “função social” era considerada pelo autor como “inexistente”, como uma “forçada extrapolação” (COMPARATO, 1986a, p. 36). Isso não impedia que o desenho constitucional previsse a expropriação, mesmo sem indenização, no caso de concentração abusiva de propriedade.

A posição de Comparato como arquiteto institucional foi diferente daquela apresentada enquanto intérprete. Em artigo doutrinário da mesma época do anteprojeto que apresentou, Comparato (1986b, p. 76) concebia que a “função social” da propriedade significava considerá-la um “poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade”. Contrapunha-se, ainda, às doutrinas – como a de Hesse (1998, p. 339-50) – que entendiam ter o proprietário uma pretensão contra os órgãos estatais – defendia, ao contrário, que o Estado é que teria uma pretensão contra o particular que descumprisse a “função social”. É o que continuou a sustentar (COMPARATO, 1997, p. 92-9) quando defendeu a desapropriação por interesse social como instrumento de realização de política redistributiva – não se tratava de um sacrifício de direito individual às exigências de necessidade ou utilidade pública, afirmou, mas sim de uma sanção pelo descumprimento, por parte do proprietário, do dever de dar a certos bens uma destinação socialmente útil.

3 CENÁRIOS ALTERNATIVOS PARA OS DIREITOS DE PROPRIEDADE

Outro desenho institucional em matéria de propriedade foi sugerido à mesma época do anteprojeto de Comparato. Em 1985, Unger publicou na imprensa brasileira suas propostas para a nova arquitetura constitucional do país (UNGER, 2001, p. 160-96). Considerava institucionalmente insuficiente a tendência progressista de ocupar o projeto constitucional de um conjunto de garantias de acesso a bens necessários para a dignidade e autonomia

individual (direito a moradia, emprego, salário etc.) – mais tarde (UNGER, 2011, p. 65), identificaria a Constituição de 1988 como um “Weimarismo tardio”, incapaz de dar concretude às suas aspirações senão por um projeto de “experimentalismo democrático”.

Para superar a redução dos direitos econômicos a enunciados programáticos, Unger (2001, p. 189-92) propunha em 1985 uma mudança de enfoque: dos direitos substantivos para a organização do Poder estatal. Desenhava “direitos de desestabilização” como prerrogativas para o acionamento de um novo Poder, especializado em realizar intervenções estruturais e episódicas em áreas da vida social que violassem, na prática, as promessas e ideais constitucionais – a intervenção se daria em instituições públicas ou privadas (empresas, escolas, prisões, asilos) em que a hierarquia, a exclusão ou a subjugação se apresentassem de forma renitente e sem possibilidade de escape pelos indivíduos ou grupos nelas inseridos.

O projeto constitucional de Unger (1987, p. 441-556) foi apresentado de modo mais detalhado em obra teórica de 1987, onde desenhou novos tipos de direitos (além dos direitos de desestabilização, direitos de imunidade, de mercado e de solidariedade) e novas estruturas de Poder (além do Poder “desestabilizador”, um Poder responsável pela difusão de conhecimento, órgãos de gestão do acesso a capital de risco, entre outras sugestões). O papel do direito em Unger é visualizado a partir de sua crítica ao sistema estabelecido de direitos e proposição de um novo sistema de direitos, apto a potencializar o experimentalismo democrático nas diversas áreas da vida social – no governo, no mercado e na sociedade civil. Aqui surge nosso ponto: Unger (1987, p. 511-3) parte da crítica à modelação de todos os direitos subjetivos a partir da visão do “direito consolidado” ou “unitário” de propriedade. Essa construção de direitos facilita o vínculo entre a imunização do indivíduo contra a ordem social circundante (função protetiva) e o seu exercício de um poder de reduzir outros à sua dependência, criando largos espaços discricionários ou não regulados (assumidos pela vigilância e hierarquia privadas) e potencializando regimes incongruentes nas diversas áreas da vida social: os direitos, definidos como absolutos independentemente de seus contextos de aplicação e exercício, tornam-se inimigos das premissas democráticas ao tornar possíveis apenas duas opções de discricionariedade e dominação: o intervencionismo estatal e o voluntarismo privado.

O desafio que se coloca, então, é a construção de um novo sistema de direitos, dentre os quais cabe destacar especialmente os direitos de mercado – estes visam, de um lado, a redefinir os termos das trocas comerciais, colocando, no lugar de prerrogativas discricionárias

do particular definidas substancialmente pela legislação, direitos definidos contextualmente e relacionalmente à luz de relações contratuais concretas. De outro lado, direitos de mercado afetam a propriedade consolidada como um feixe de faculdades jurídicas englobadas sob o rótulo de um direito unitário. A ideia aqui é desagregar as faculdades que compõem a propriedade tradicional, atribuindo-as de forma condicional e provisória a diferentes titulares públicos e privados, em um regime alternativo tanto ao centralismo estatal quanto à concentração de poder econômico privado – concentração que pode ser dar, inclusive, pela transferência da propriedade de empresas, unitariamente, aos próprios empregados (UNGER, 1987, p. 511 e 520-3; 2004, p. 190-5). A solução proposta é a seguinte: os trabalhadores, ao lado de pequenos empresários, governos locais e fundos sociais, poderiam ser titulares de direitos de propriedade fragmentários, condicionais e temporários, com direitos residuais de controle e de retorno de capital investido (UNGER, 2004, p. 24).

Esse desenho institucional dos direitos de propriedade visa a encaminhar o dilema há pouco referido: combinar eficiência econômica (e economias de escala) com descentralização do capital e da tomada de decisão econômica (ampliando o acesso ao mercado pelo lado da oferta). A combinação, que não é resolvida pela simples transferência da titularidade da propriedade unitária a entes públicos ou privados, pode encontrar um potencial na desagregação das faculdades que tradicionalmente se juntam na atribuição da propriedade.

Vale notar a interligação promovida por Unger entre o direito (notadamente, os direitos de mercado) e a forma institucional do mercado (pela proposição de um “fundo rotativo de capital”), bem como comparar tal forma institucional com a defesa da “democracia de cidadãos proprietários”, sustentada por Rawls. De início, ressalte-se que ambos são autores críticos do paradigma redistributivo socialdemocrata, seja por preferir a reconstrução institucional diante de um reformismo pessimista (UNGER, 1987, p. 432-6; 2004, p. 105-7), seja por rejeitar o “valor equitativo das liberdades políticas”, não implementar as políticas para a igualdade de oportunidades na radicalidade necessária e não reconhecer um princípio da reciprocidade na regulação das desigualdades (RAWLS, 2001, p. 137-8).

O regime econômico proposto por Rawls pode ser visto como uma construção julgada a partir da garantia das liberdades políticas fundamentais, de um lado, e do “princípio da diferença”, de outro, visto este não como um parâmetro de justiça para avaliar alocações de

recursos em situações de escala reduzida, dentro de uma estrutura englobante com pré-determinada distribuição de renda e riqueza, mas como um “macro princípio” a informar a escolha de “sistemas sociais” (FREEMAN, 2013, p. 9). O sistema que satisfaria tais condições é a “democracia dos cidadãos proprietários”. Esta não se contentaria com a (re)distribuição de renda, mas exigiria a descentralização econômica pela dispersão da propriedade. A distribuição *inicial* da riqueza e do capital, ao contrário das redistribuições marginais, condicionais e *ex post facto* de renda, evita que uma “pequena parte da sociedade” controle “a economia e, indiretamente, também a vida política”, contrastando com o “capitalismo de bem estar”, que mantém a permissão a que “uma pequena classe detenha um quase monopólio dos meios de produção”, incluindo ativos produtivos e capacitações técnicas (RAWLS, 2001, p. 139). Em um arranjo de ampla distribuição de propriedade, não haveria concentração de capital convertida em influência política antidemocrática e os menos privilegiados não seriam objeto de caridade, mas participantes de um sistema cooperativo reconhecido como mutuamente vantajoso e no qual estariam garantidos a justiça política em termos “procedimentais puros” (desde o início, e não após redistribuição) e o autorrespeito. Também se restringiria a instalação permanente de uma classe de dependentes de benefícios estatais, em favor da formação de cidadãos suficientemente livres e iguais para se informar sobre as instituições e tomar parte ativa na vida pública (RAWLS, 2001, p. 139-40).

Como ressalta Vita (2007, p. 257), a redistribuição levada a efeito na “democracia dos cidadãos proprietários” teria como alvo uma reestruturação econômica que, uma vez estabilizada, evitaria as interferências sobre os incentivos e a iniciativa privada típicas do Estado de bem estar social. Rawls corrobora James Meade, o pai da teorização econômica sobre a democracia de cidadãos proprietários, para quem o ideal seria que a renda de todos os cidadãos fosse em parte obtida no mercado e em parte derivada de juros, aluguel ou dividendos, o que exigiria focar a taxaço da riqueza excessiva (propriedade e consumo além de certo limite) e da propriedade privada de capital (notadamente as transferências *inter vivos* ou *causa mortis*), em vez de enfatizar a tributação da renda. Vita (2007, p. 261) ressalta, porém, que Rawls é relutante em admitir outros pontos do programa de Meade, que incluem, de um lado, rendas incondicionais (em vez de benefícios sociais condicionais), e de outro, a ampla substituição da empresa capitalista por um regime de “parceria” entre capital e trabalho, no qual a remuneração de ambos fosse garantida por certificados de participação,

com direito a parcelas da renda líquida da empresa. Esse regime evitaria a instabilidade e os desincentivos à contratação (portanto, tendências de desemprego) típicos de um empreendimento autogestionário.

Já Unger (2004, p. 190-5) recusa um modelo simples de empresa de propriedade dos empregados – se mantida a titularidade da propriedade unificada, incondicional e hereditária – por fracassar em termos de eficiência e democracia. Sua proposta (UNGER, 1987, p. 491-508) é de um “fundo rotativo de capital” por meio do qual o tradicional direito de propriedade fosse desintegrado em uma série de poderes distintos, atribuídos a distintos agentes: no primeiro nível, um “fundo central de capital” seria controlado por técnicos do Executivo e representantes democráticos; esse fundo criaria fundos de investimento competitivos, que recebessem o capital do “fundo social” (primeiro nível) e o oferecessem, com limites condicionais e temporais, a tomadores primários de capital (terceiro nível). Seria assim descentralizado o acesso ao capital, evitando concentrações e incentivando empresas de vanguarda, de menor porte e maior potencial inovativo; ao mesmo tempo, não haveria um corporativismo garantidor seja de permanência no emprego, seja de propriedade individual e absoluta de meios produtivos (o programa inclui a abolição da transmissão hereditária de grandes ativos).

Rodriguez (2004) nos apresenta como uma fonte inspiradora dessa inovação institucional a doutrina de Wesley Hohfeld sobre “concepções jurídicas fundamentais”, um marco do realismo jurídico americano. Hohfeld (1917, p. 710) organizou o seguinte esquema explicativo.

Correlativos jurídicos	Direito	Liberdade	Poder	Imunidade
	Não direito	Dever	Impotência	Sujeição
Opostos jurídicos	Direito	Liberdade	Poder	Imunidade
	Dever	Não direito	Sujeição	Impotência

Pensando em uma situação jurídica entre duas pessoas (A e B), na qual o Estado

intervém para a atribuição de posições jurídicas, a explicação de tal esquema é a seguinte: “O Estado auxiliará A contra B (direito), ou não (não-direito); ele auxiliará B contra A (dever), ou não (liberdade). A pode provocar a ação do Estado com relação a ele mesmo e B (poder), ou não pode (impotência); B pode provocar da mesma forma a ação do Estado (sujeição), ou não pode (imunidade)” (RODRIGUEZ, 2004, p. 209). Em que tal esquema explicativo, voltado especialmente ao contexto do raciocínio judicial, pode contribuir para a reimaginação institucional dos direitos de propriedade? Ele revela que as posições jurídicas referidas sob o rótulo de direitos são variadas e cambiáveis – podem ser definidas na adjudicação, mas também podem ser desdobradas no próprio desenho constitucional ou legal dos direitos e deveres. No caso da propriedade, as faculdades que a compõem podem ser atribuídas de modo condicional e provisório a diferentes titulares superpostos.

O “regime rotativo de capital” pretende descrever uma das possíveis formas alternativas de economia de mercado. O agente que seria incentivado por esse estilo experimentalista de economia (dadas condicionalidades no acesso ao capital) podem ser as empresas de estilo de gestão mais flexível, que atenuam o contraste entre atividades de rotina e de execução, solapando os efeitos antidemocráticos da autoridade disciplinar nos ambientes de trabalho. Esse estilo hoje vanguardista e restrito às empresas mais inovadoras poderia ser espreado rumo a pequenas e médias empresas, que hoje sofrem de instabilidade econômica, restrições proibitivas à entrada no mercado e falta de acesso a capital, capacitação e mercados (UNGER, 1999, p. 149-62).

A ideia é que a descentralização econômica (ou democratização do mercado) contribua para uma diminuição estrutural da desigualdade, isto é, para a reprodução da economia em condições de menor desigualdade social. Evita-se o raciocínio redistributivo, que se vale de uma economia que tem a ampliação da desigualdade como motor ou produto do crescimento econômico, apenas atingindo o desenvolvimento (como melhora generalizada das condições de vida) mediante intervenções corretivas *a posteriori*.

Ao tentar resolver o dilema que contrapõe descentralização econômica e eficiência, a proposta institucional de Unger – que aponta sobretudo uma direção e um exemplo a ser moldado conforme circunstâncias práticas e aperfeiçoamentos teóricos – evita o contraste entre economia de comando centralizado e economia descentralizada via mercado. A

economia centralizada, comandada pelo Estado, tende de fato a ser vítima dos males do dogmatismo e do favoritismo (UNGER, 2010, p. 149). Com a imposição de uma política econômica (especialmente a política industrial) unitária, “de cima para baixo”, costuma subordinar a decisão alocativa dos recursos a dogmas inflexíveis e em favor de grupos com acesso privilegiado à burocracia estatal. De outro lado, a economia de mercado não só depende de sustentação institucional (político-jurídica), mas pode ser desenhada de forma a ampliar a diversidade de agentes econômicos (mais mercado, de mais formas, para mais pessoas) (UNGER, 2010, p. 99) e de modo a facilitar a autocorreção da tomada de decisões econômicas por uma forma descentralizada de parceria entre organizações públicas e privadas, entre o Estado que apoia o mercado e o monitora, as empresas que levam informações e demandas de apoio institucional ao Estado e organizações intermediárias de coordenação experimental (SABEL; REDDY, 2006).

CONCLUSÃO

Por que os direitos de propriedade redesenhados como instituição podem ser analisados em vista do desenvolvimento democrático? O que o “desenvolvimento democrático” pode significar? À primeira vista, parece que se adota uma visão idealista de que o progresso nos leva naturalmente às melhores formas morais e práticas – à democracia política e à eficiência econômica. Tal otimismo, porém, precisa ser redescrito. Não se trata aqui de diagnosticar causalmente se um governo autoritário é mais capaz de promover crescimento econômico ou se o desenvolvimento deve ser vinculado estritamente à ideia de crescimento econômico e se este é mais bem promovido a custo de grandes desigualdades sociais e concentrações de poder público ou privado. A ideia é reconhecer a importância e legitimidade de ambos os interesses – na democracia e no desenvolvimento –, buscando analisar e desenvolver formas que ampliem a potencialidade de se coordenar melhoria das condições materiais com autogoverno. Nesse sentido é que o “desenvolvimento democrático” pode se colocar como eixo de orientação para o debate institucional no direito. Se “democratização significa a decomposição social do decidir em subdecisões sobre a aprovação ou declinação direta ou indireta (representativa) de decisões” (LUHMANN, 2005, p. 28), um esquema de direitos múltiplos e superpostos de propriedade alcança a

democratização econômica também na forma de ampliação da rede de tomada de decisões no mercado.

O direito pode contribuir com o esclarecimento de alternativas institucionais, vislumbrando-as no detalhe dos materiais jurídicos, agora que os grandes projetos políticos e filosóficos parecem negar a ideia de alternativas institucionais (UNGER, 2004, p. 9-15). Esses detalhes jurídicos não advêm de enunciados gerais sobre economia de mercado ou democracia, mas definem consequências “não apenas para a distribuição da riqueza, da renda e oportunidade, mas também para a organização do crescimento econômico e governo regular” (UNGER, 2010, p. 97).

O exemplo do direito de propriedade apresenta caso de especial suporte institucional da economia pelo direito e as possibilidades de ampliação do repertório das ligações institucionais entre esses campos. Os diagnósticos e propostas apresentados sumariamente servem, sobretudo, como um indício e uma instigação a uma análise jurídica que deixe de ver os institutos jurídicos isolados da sociedade, da economia e da política, aproveitando as especificidades do direito para informar o debate das alternativas institucionais. Decerto, tais alternativas não serão realizadas a partir apenas do *insight* do jurista ou do desenho de um cenário hipotético – antes se desenvolvem na prática pela extensão, analogia, recombinação, cópia e rearranjo de formas existentes de organização e procedimento, de definição e atribuição de direitos, deveres, poderes e responsabilidades. Tal constatação não exclui que se combine na pesquisa jurídica a projeção de cenários institucionais alternativos, a investigação da diversidade de arranjos existentes, a interpretação doutrinária e a pesquisa empírica. A abordagem institucional do direito exige tal variedade de caminhos, menos que um método “pré-moldado”, pronto e disponível para “consumo”³.

AGRADECIMENTOS

À Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

REFERÊNCIAS

³ Sobre a impossibilidade (ou inconveniência) de se definir um método “rotulável” para a análise jurídica, ver Koskenniemi, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. Estado e marxismo no debate socialdemocrata dos anos 1920-1930. In: ALVES, Alaôr Caffé *et al.* **Direito, sociedade e economia: leituras marxistas**. Barueri: Manole, 2005. pp. 73-89.

BERLE, Adolf; MEANS, Gardiner. **The modern corporation and private property**. 3 ed. New Brunswick: Transaction, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, vol. 1, n. 3, pp. 92-99, 1997.

_____. **Muda Brasil!** Uma constituição para o desenvolvimento democrático. São Paulo: Brasiliense, 1986a.

_____. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, vol. 63, pp. 71-97, 1986b.

FREEMAN, Samuel. Property-owning democracy and the difference principle. **Analyse & Kritik**, vol. 35, n. 1, pp. 9-36, 2013.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HOHFELD, Wesley. Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 26, pp. 710-770, 1917.

KENNEDY, David; STIGLITZ, Joseph. Introduction. In: _____.; _____. (Eds.). **Law and economics with Chinese characteristics: institutions for promoting development in the twenty-first century**. Oxford: Oxford University Press, 2013. pp. 1-16.

KOSKENNIEMI, Martti. Letter to the editors of the symposium. **The American Journal of International Law**, Washington, vol. 93, n. 2, pp. 351-361, 1999.

LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2010.

_____. **Organización y decisión; Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Tradução de Darío Rodríguez Mansilla. Rubí: Anthopos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.

NORTH, Douglass. The new institutional economics and the third world development. In: HARISS, John; HUNTER, Janet; LEWIS, Colin (Eds.). **The new institutional economics and the third world development**. London: Routledge, 1995. pp. 17-26.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens da nossa época. Tradução de Fanny Wrobel. 3 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

POLIDO, Fabrício Pasquot. A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da “função social” dos direitos proprietários. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, vol. 27, pp. 3-47, 2006.

PRZEWORSKI, Adam. A última instância: as instituições são a causa primordial do desenvolvimento econômico? **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 72, pp. 59-77, 2005.

RAWLS, John. **Justice as fairness**: a restatement. Cambridge, MA; London: Harvard University Press, 2001.

RENNER, Karl. **The institutions of private law and their social functions**. Tradução de Agnes Schwarzschild. London: Routledge, 1949.

RODRIGUEZ, Caio Farah. **Sentido, valor e aspecto institucional da indeterminação jurídica**. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

_____. Uma perspectiva experimentalista sobre direito de propriedade. In: BITTAR, Eduardo; SOARES, Fabiana (Orgs.). **Temas de filosofia do direito**: velhas questões, novos cenários. Barueri: Manole, 2004. pp. 204-219.

RODRIG, Dani; SUBRAMANIAN, Arvind; TREBBI, Francesco. Institutions rule: the primacy of institutions over geography and integration in economic development. **NBER Working Paper 9305**. Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, 2002.

SABEL, Charles; REDDY, Sanjay. Learning to learn: undoing the gordian knot of development today. **Columbia Law and Economics Working Paper No. 308**. New York: Center for Law and Economic Studies, 2006.

UNGER, Roberto Mangabeira. **The universal history of legal thought**. 2013. Disponível em: <<http://robertounger.com/english/pdfs/UHLT.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2014.

_____. A constituição do experimentalismo democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 257, pp. 57-72, 2011.

_____. **A reinvenção do livre-comércio**: a divisão do trabalho no mundo e o método da economia. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2010.

_____. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Mario Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **A segunda via**: presente e futuro do Brasil. São Paulo: Boitempo, 2001.

_____. **Democracia realizada:** a alternativa progressista. São Paulo: Boitempo, 1999

_____. **False necessity:** anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy.
Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos.** 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.