

Resenha

Recebido: 23.04.2020

Aprovado: 25.04.2020

Publicado: 01.12.2020

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v8i3.6832>

Advocacia como um meio de produção de capital: as contribuições de Katharina Pistor para a reflexão sociojurídica

Julia Maia Goldani

IISJ, Oñati, País Basco

<https://orcid.org/0000-0003-3924-4451>

PISTOR, Katharina. **The code of capital**: how law creates wealth and inequality. Princeton: Princeton University Press, 2019.

Há uma perspectiva clássica na sociologia do direito – formulada, por exemplo, nos escritos de Pierre Bourdieu – que compreende o jurídico como um instrumento de dominação simbólica, associado principalmente aos interesses classes mais abastadas¹. Em seu recente livro, a alemã Katharina Pistor, professora de direito na *Columbia University* (Estados Unidos), propõe dar um passo adiante. O direito, ela sugere, não é apenas um reprodutor do *status quo*, mas sim o mecanismo central pelo qual a riqueza é criada e acumulada no sistema capitalista. Isso porque a formulação jurídica apropriada seria o que diferencia um simples bem econômico do capital propriamente dito – uma forma de riqueza capaz de sobreviver a crises e gerar lucro.

Os focos da carreira de Pistor têm sido a regulação do capitalismo global e as relações entre direito e desenvolvimento econômico; contudo, sua obra mais recente certamente fornece chaves de leitura às quais a sociologia do direito deve estar atenta. Nesse sentido, o argumento central da autora é que a ação camuflada do direito na configuração dos bens econômicos é a explicação chave para a distribuição de riqueza e as desigualdades encontradas no mundo moderno. A possibilidade de recrutar o auxílio de advogados de alto nível técnico e de assim escolher, da forma mais conveniente para si, os bens a serem juridicamente protegidos e condicionados para gerarem lucro é, então, o diferencial entre os grupos sociais. Na explicação proposta, o direito seria muito mais central à estrutura do capitalismo do

¹ BOURDIEU, Pierre. The force of law: toward a sociology of the juridical field. *Hastings Law Journal*, São Francisco, v. 38, p. 805- 853, 1987.

que proposto, por exemplo, nas análises de inspiração marxista, nas quais ele, em geral, assume um papel de justificativa ideológica para uma dominação cuja origem é, essencialmente, econômica.

The code of capital, em seu primeiro capítulo, propõe que a história da economia política do capitalismo pode ser contada por meio da série de bens que receberam privilégios legais e, por isso, se tornaram também a forma privilegiada de acumulação de riqueza em um determinado período. Os capítulos subsequentes detalham a codificação à qual cada bem “símbolo” de uma fase do capitalismo foi submetido: desde a terra, passando pela empresa e os ativos financeiros, até a propriedade intelectual e digital.

Os pontos-chaves do livro, no entanto, são explanados pela autora logo de início. O primeiro é que, por mais que os bens econômicos alvo da intervenção jurídica mudem de acordo com a época, as estratégias para preservá-los e convertê-los em lucro são sempre muito similares. Elas envolvem dar ao proprietário do bem garantias de (1) prioridade de suas reivindicações, com relação a outros titulares de direitos (2) durabilidade do bem, por meio da proteção contra credores ou mesmo contra seus próprios acionistas (3) universalidade da proteção concedida ao bem, que deverá ser *erga omnes*, por meio do recurso ao Estado (4) convertibilidade do bem em dinheiro estatal, como forma de acesso rápido à liquidez sempre que necessário.

A continuação lógica do argumento é que qualquer bem com tais características jurídicas pode virar capital. De forma correlata, nenhum bem poderia se tornar capital sem a atuação do direito, que garante o potencial econômico de certas posses e ativos, fazendo uso do recurso ao poder ordenador do Estado. Assim, em qualquer sociedade, há bens que, por seu status jurídico diferenciado, são, nas palavras da autora “mais iguais que os demais” porque recebem “esteroides jurídicos”.

Para conseguir essa proteção da lei, como já foi dito, o necessário é ter a seu dispor advogados tecnicamente sofisticados. Nesse sentido, Pistor propõe que a interação entre o capital e o direito se dá de forma muito mais descentralizada. Ela não dependeria apenas de uma relação entre uma elite de proprietários e o Estado, mas sim da oportunidade de manipular fontes legislativas diversas por intermédio da contratação de profissionais qualificados, em uma espécie de pluralismo jurídico corporativo.

Nessa linha, a autora afirma que as formas contemporâneas de codificação do capital nasceram nos escritórios de advocacia privada de porte mundial, direcionados para clientes de elite e localizados principalmente nos centros financeiros de Nova York e Londres. Então, com a globalização da economia, surgiu a possibilidade de escolher entre diferentes sistemas jurídicos onde instalar bens e buscar proteção legal, muitas vezes sem necessidade de mudanças físicas. Pistor alega que, a partir daí, importar as fórmulas jurídicas dos locais supracitados se tornou o *modus operandi* do direito contratual, empresarial e financeiro no século XXI, em todos os países. Isso desobriga quase totalmente o capital de negociar com seu Estado de origem, com consequências para a soberania nacional.

Passando à análise de cada forma de capital específica, cabe ressaltar aqui alguns dos itens centrais do desenvolvimento argumentativo da autora, a fim de ilustrar sua tese principal. O segundo capítulo do livro explora a qualificação da terra enquanto propriedade, destacando que essa não é uma concepção tão óbvia quanto parece, tratando-se na verdade de uma construção político-jurídica. Parte-se do exemplo das

colônias britânicas, onde, antes do movimento imperialista, a relação com a terra era concebida de forma coletiva, vinculada ao uso. Se o uso da casuística jurídica como instrumento para desapropriar os nativos durante a colonização já foi documentado em outros trabalhos², Pistor mostra que também na própria Inglaterra, durante a transição do feudalismo para o mercantilismo, houve um esforço para que fossem inseridos nas nascentes legislaturas disposições que acabassem com o sistema de trocas entre servos e lordes para estabelecer direitos absolutos sobre a terra, permitindo então seu tratamento como mercadoria.

O capítulo três discute a empresa como uma criação jurídica que, embora importante por possibilitar a reunião de investimentos para empreitadas que necessitam de muito capital, atualmente teve seu propósito deturpado. O exemplo principal para tal afirmação são os grandes conglomerados empresariais que se constroem enquanto “famílias” de pessoas jurídicas, mantendo separações ilusórias de personalidade jurídica que permitem manobras de proteção no que tange às operações de risco e às reponsabilidades por dívidas. O caso da *Lehman Brothers*, banco de investimentos internacional estruturado em diversas sub-entidades que foi capaz de manter lucro durante as fases iniciais e intermediárias da crise de 2008, é referenciado múltiplas vezes.

Conforme a autora, a fórmula jurídica da empresa também se tornou essencial para permitir a escolha da legislação mais benéfica no contexto do capitalismo globalizado. Isso porque os estados nacionais tendem a conceder amplo reconhecimento e proteção a corporações estrangeiras que atuem no seu território, levando a competições regulatórias internacionais. A situação se torna ainda mais intensa com a difusão da teoria da incorporação, que dita que as leis válidas para a uma corporação empresarial são as do local em qual ela se constituiu. Isso permite que uma companhia multinacional escolha a jurisdição da sua preferência sem sequer ter nela uma sede real, como é requerido pela doutrina concorrente, conhecida como teoria da sede dos negócios.

O quarto capítulo discute o débito privado e títulos correlatos, formas importantes de riqueza no capitalismo financeiro. Em artigo anterior, Pistor já explorou o papel do direito na criação e modulação de ativos financeiros³, explicando como a possibilidade de que garantias colaterais de dívidas e empréstimos se tornem mercadorias valiosas foi sobretudo fabricada por meio de contratos complexos. Existe, assim, uma possibilidade contínua de construção jurídica de ativos financeiros inovadores, com combinações diferentes de regras já presentes nos contratos e regulações anteriores. As consequências dessas inovações constantes se relacionam intimamente com a crise financeira de 2008: a médio-longo prazo, a elaboração de novos investimentos de risco tende a se autonomizar da realidade econômica, que passa a não mais comportar a quantidade de dívidas e promessas de retorno financeiro geradas pelos agentes econômicos nesse formato.

² BANNER, Steven. Two properties, one land: law and space in nineteenth-century New Zealand. *Law & Social Inquiry*, Cambridge v. 24, 1999. p. 807-852. O estudo se destaca entre outros trabalhos por explorar, em pesquisa documental, como a ideia inglesa de propriedade como direito de dispor serviu para justificar a desocupação de terras pelos povos originários, embora houvessem relações claras destas com a terra.

³ PISTOR, Katharina. A legal theory of finance. *Journal of Comparative Economics*, [s.c.], v. 41, 2013. p. 215-230.

Isso porque um título de débito, ainda que sob forma de investimento ou ativo financeiro, não tem valor algum se não puder ser convertido em dinheiro estatal. Trata-se de uma promessa de pagamento que é codificada como uma obrigação legal. Assim, embora o mercado financeiro seja romantizado como um mercado liberal, sua liquidez depende da aceitação do ativo pelos outros atores privados. Uma codificação jurídica sofisticada pode mascar a ausência de liquidez por um tempo, mas se os investidores perceberem simultaneamente que não há possibilidade real de descontar seus ganhos, pode haver uma corrida para vender. O que ocorre então é uma crise causada pela própria impossibilidade dos emissores de fazer jus aos valores prometidos.

O quinto capítulo discute o conceito de propriedade intelectual. A autora considera que esse tipo de bem explicita o quanto o capital é uma *qualidade* e não uma *coisa* física, ao possibilitar que lucros sejam gerados a partir de uma ideia ou mesmo uma descoberta de algo preexistente. O capítulo contesta o argumento de que, sem os incentivos gerados por patentes e proteções semelhantes, avanços e criações não existiriam. Cita-se que há financiamento público para a maior parte da ciência básica – com envolvimento de investidores privados apenas onde já há oportunidade para ganhos financeiros – e que os retornos financeiros para artistas e inventores nos regimes de propriedade intelectual costumam ser muito baixos, com os principais beneficiários sendo as corporações. Destaca-se também os custos sociais da propriedade intelectual e os prejuízos que os seus regimes implicam para os países ainda não totalmente industrializados.

O livro dedica ainda um capítulo àquilo que chama de “batalha entre o código legal e o código digital”. Aponta-se que os avanços em ciência da computação tem criado grandes possibilidades para uma regulação ainda mais sofisticada e automática de transações privadas, bem como inovações para geração de riqueza, na forma das *cryptocurrencies*. Embora ainda reste por ver se o código digital pode substituir o direito e funcionar sem ele, Pistor diz que hoje alguns conflitos já se desenham para determinar qual dos dois será o principal meio regulador de capital no futuro.

Apesar da gama de discussões de caso e de descrições históricas que apresenta, a maior força do livro está certamente na sua análise das peculiaridades que caracterizam o funcionamento legal do capital no mundo atual, aprofundada nos capítulos finais.

Se o capital depende da sustentação jurídica, seria lógico supor que precisaríamos um código de direito global para sustentar o sistema econômico globalizado. A solução, no entanto, foi de usar dois sistemas domésticos como base para as transações financeiras privadas. Além das leis de Londres e de Nova York, o funcionamento do capitalismo global é garantido por tratados internacionais e acordos bilaterais de investimento ou comércio. Pistor sustenta que a alternativa de garantir reconhecimento de leis domésticas internacionalmente é muito mais fácil do que a de harmonizar legislações nacionais, devido ao pouco trabalho político envolvido. Apesar de não participar da criação da maioria das regras em vigor na sua economia, os Estados as garantem eficácia da mesma forma, e assim emprestam seu poder ao capital globalizado.

Para Pistor, é fundamental, nessa conjuntura, entender o papel daqueles que ela considera os “mestres do código do capital”: os advogados da profissão jurídica global. Trata-se na verdade de um seleto grupo, em geral oriundo de países com sistema de *common law* e treinado nas melhores faculdades do

mundo. Ao em vez de fornecer serviços jurídicos básicos e consultoria legal, esses advogados utilizam seu conhecimento para construir novas formas de capital a partir de material jurídico já existente – regras contratuais, direitos de propriedade, direitos de garantia colateral, princípios de truste, regulações de corporação e regras de falência.

O vínculo da advocacia global com o direito anglo-saxão estaria justamente ligado aos benefícios que esse sistema oferece para a criatividade jurídica: em comparação com o *civil law*, os profissionais da advocacia no *common law* já são treinados em um contexto de maior autonomia, com possibilidade de criar leis que serão apenas posteriormente avaliadas por cortes. O desenvolvimento dos maiores hubs financeiros nos locais onde o sistema jurídico é benéfico à modelagem do capital – Inglaterra, Estado de Nova York – também não seria uma coincidência.

Contemporaneamente, no entanto, a maioria das restrições estatais a práticas de “codificação” estrangeira caíram por terra, devido à competição regulatória. Isso permite que esses advogados escolham a legislação mais conveniente como base e sejam, essencialmente, livres para criar em qualquer lugar do mundo. Ao realizar tal trabalho, os profissionais do direito privado – contratados para garantir o bem-estar de seus clientes, e não para regular uma economia globalizada – não necessariamente tem noção dos impactos externos de suas técnicas.

Normalmente, esses profissionais precisariam ao menos escolher um Estado nacional para garantir reconhecimento e aplicabilidade às suas criações; contudo, cada vez mais, a solução tem sido evitar tribunais legais em favor da arbitragem privada. Isso torna o sistema ainda mais vulnerável, pois retira da esfera pública grandes parcelas da discussão jurídica. Por outro lado, os próprios advogados só tem a ganhar com os métodos de resolução de disputa privados: sem decisões jurídicas que esclareçam a lei, sua opinião se torna cada vez mais autônoma, pois se solucionam disputas sobre contratos que eles mesmos criaram sem uma avaliação estatal oficial. Assim, com a multiplicação das cláusulas de arbitragem, aumenta a distância entre reconhecimento presumido e real da validade dos trabalhos dos “mestres” do código. As partes se limitam, na verdade, a supor como um tribunal decidiria se o caso ali chegasse.

A perspectiva de Pistor – que poderia ser caracterizada como uma espécie de sociologia do direito privado internacional – é certamente original e arguida de forma extremamente convincente. Em suma, como ela mesmo expressa, se propõe uma terceira via de explicação para as relações entre economia e direito, rejeitando tanto explicações marxistas – baseadas apropriação dos estados pelas elites detentoras de capital – quanto explicações que partem das ideias de escolha racional e barganhas dos atores econômicos com o Estado. Sua sugestão é que o essencial é o uso da lei para *criar* capital por meio da elaboração de “roupagens jurídicas” para certos bens.

A indeterminação e o formalismo inerentes ao direito, por sua vez, são, para a autora, o que torna essa criatividade jurídica factível. Os advogados globais garantem que manterão o apoio do direito estatal elegido por meio de estratégias que esticam os limites da lei ao mesmo tempo em que os negócios e transações se mantêm formalmente legais. Se uma inovação eventualmente chega a ser questionada em um processo jurídico, já estão disponíveis justificativas de que se trata de um comportamento padrão

no mercado; e isso quando o uso disseminado da arbitragem não permite evitar uma avaliação do poder público. Dessa forma, a interação entre direito e capitalismo se daria sobretudo por escolhas e estratégias privadas, distanciadas o máximo possível das decisões públicas e mantendo uma relação com o Estado apenas quando se precisa de sua coação.

A análise deixa, no entanto, alguns pontos em aberto. Afinal, se para acumular capital é necessário ter os melhores advogados, e ter acesso aos melhores advogados é privilégio de quem pode pagar caro, não se trata de uma relação circular? Da mesma forma, será que outros grupos não tem também oportunidade de acessar recursos jurídicos de alta qualidade, em prol de objetivos que não a acumulação de riqueza? Mobilizações em prol de direitos trabalhistas, tem, por exemplo, ganhado espaço na cena global com estratégias jurídicas de resistência a abusos de corporações internacionais, inclusive se valendo das regulações internas das próprias companhias como base para argumentação⁴.

Pistor trata de alguma forma desse segunda questionamento ao afirmar que codificações de direitos de propriedade são mais facilmente aceitas do que aquelas referentes a direitos sociais, devido a considerações qualitativas que já se tornaram latentes na sociedade. No entanto, a autora não parece levar em conta a possibilidade de disputas de significados por atores jurídicos e grupos sociais emergentes terem impacto na realidade do campo econômico e político. O caminho proposto no livro é, assim, baseado em uma ideia de intervenção direta: a autora sugere que os governos assumam controle sobre suas leis, fazendo prevalecer a democracia e reduzindo os privilégios do capital, cujo ponto vulnerável é justamente sua relação de dependência com o Estado.

Referências

BANNER, Steven. Two properties, one land: law and space in nineteenth-century New Zealand. **Law & Social Inquiry**, Cambridge v. 24, 1999.

BOURDIEU, Pierre. The force of law: toward a sociology of the juridical field. **Hastings Law Journal**, São Francisco, v. 38, p. 805- 853, 1987.

PISTOR, Katharina. A legal theory of finance. **Journal of Comparative Economics**, [s.c.], v. 41, 2013.

PISTOR, Katharina. **The code of capital**: how law creates wealth and inequality. Princeton: Princeton University Press, 2019.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César A. Nike's law: the anti-sweatshop movement, transnational corporations and the struggle over international labor rights in the Americas. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRÍGUEZ-GARAVITO, César A. **Law and globalization from below**. Cambridge: Cambridge University, 2005.

⁴ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César A. Nike's law: the anti-sweatshop movement, transnational corporations and the struggle over international labor rights in the Americas. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRÍGUEZ-GARAVITO, César A. **Law and globalization from below**. Cambridge: Cambridge University, 2005. p. 64 -91.