mundo no qual vivemos. Não criei este mundo, e a culpa sobre isso deve ser atribuída a outros. Entretanto, não penso realmente que a abordagem básica requeira muito esforço para ser seguida, apesar de tornar necessário que prestemos atenção a diversas variáveis e as suas inter-relações. Não temos muita dificuldade em levar em conta múltiplas preocupações em todas as outras esferas da vida. Em termos da analogia anteriormente usada, envolvendo o clima, parecemos ser capazes de prestar atenção, em separado, ao sol, à chuva, à neve, as temperaturas, etc., sem criar confusão entre eles; reconhecemos que eles são diferentes, mas estão interligados. Tampouco temos dificuldade em entender que um conceito como o de um dia típico de verão ou de um mês de inverno comum é conceitualmente integrativo, e requer que percebamos vários fatores simultaneamente. Não podemos conversar sobre o clima o tempo todo, como se supõe que os ingleses o façam, mas nós acompanhamos o que se passa.

Mark Twain uma vez disse, sobre o clima da Nova Inglaterra, que ele "contara 136 diferentes tipos de clima num período de 24 horas". Se ele pôde fazer isso, a unidade de reforma jurídica e judicial do Banco Mundial certamente pode fazer as várias coisas que sugeri. Os organizadores deram-me uma questão para responder, e em troca, dei-lhes uma lista de coisas para serem feitas. Eu diria que estamos quites.

DIREITO E DESENVOLVIMENTO: UM MODELO DE ANÁLISE

*Welber Barral**

1. Introdução

O que é desenvolvimento? Trata-se de uma palavra de sentido vago, à qual não raramente se agregam diversos adjetivos, como "infantil" ou "regional", com conotações não apenas distintas, mas muitas vezes contraditórias. Há os que combatem, por exemplo, o conceito de "desenvolvimento sustentável" apontando seu inarredável conflito com o desenvolvimento econômico, um tema que será abordado adiante.[1] Apesar disto, proliferam os tratados internacionais centrados no conceito de desenvolvimento sustentável.

Outro adjetivo recentemente utilizado, que implica uma nova análise, é o de "desenvolvimento humano". Nascido na década de 1980 e propugnado sobretudo por em obras recentes[2], o índice de desenvolvimento humano tornou-se até uma ferramenta de análise para determinação de políticas pela Organização das Nações Unidas. Os fautores deste conceito advogam o retorno das preocupações sociais ao centro da análise, inclinando-se a ver o ser humano como principal foco das preocupações.

Para a análise proposta neste livro, interessa o conceito de desenvolvimento, despido de adjetivos. Para isso, o presente capítulo busca apresenta uma revisão do conceito de desenvolvimento, ao mesmo tempo em que elabora uma delimitação inicial de seu conteúdo. Diz-se inicial porque muitos dos problemas abordados aqui serão retomados e aprofundados em

* Professor de Direito Internacional Econômico (UFSC), Visiting Scholar (Georgetown University), Pesquisador da Capes.

[1] Veja-se o artigo de Assed, nesta obra.

[2] Ranis & Stewart (2001, p. 3), por exemplo, afirmam que "human development should be viewed as the bottom-line or basic objective of human activity, and [...] economic growth should be viewed as a contributor to it, rather than as the end product [...]. In its broadest sense we define human development as permitting people to lead longer, healthier and fuller lives. More narrowly, we can interpret HD as reflected in the status of people's levels of health and education".

capítulos posteriores. Conforme se demonstrará, o conceito de desenvolvimento evoluiu, ao longo da história, passando por fases nas quais esteve ora atrelado ao poder político-militar, ora vinculado ao poder econômico, ou então, como foi ao longo do Século XX, identificado com o crescimento econômico.

Como também se discutirá neste capítulo, o desafio teórico neste começo de século é redefinir desenvolvimento, de forma a transcender as limitações teóricas de sua vinculação ao poder estatal ou ao crescimento econômico. Neste sentido, o conceito de desenvolvimento adotado aqui pretende abranger, mas não se limitar, à análise econômica. Concomitantemente, a redefinição de desenvolvimento clama por enunciados que transponham o plano teórico. Em outras palavras, a redefinição de desenvolvimento deve abranger também propostas realizáveis de implementação do conceito.

Buscar uma redefinição teórica e indicar mecanismos de implementação de um novo conceito de desenvolvimento, a partir de uma análise crítica da ordem jurídica brasileira, são os objetivos desta obra coletiva, conforme já se anunciou há algumas páginas. Antes de avançar nessa jornada intelectual, entretanto, torna-se necessário, por didatismo, apresentar o estado-da-arte sobre a questão do desenvolvimento, a partir da evolução do conceito após a criação do Estado Nacional.

Para indicar esta evolução, o capítulo cita alguns autores (Smith, Marx, Keynes, Furtado e Sen), cujas obras tornaram-se clássicas para a compreensão de desenvolvimento ou de crescimento econômico. Evidentemente, a escolha de poucos autores numa matéria tão debatida é um exercício de arbitrariedade. Há uma bibliografia infindável sobre o tema, que retorna ao debate político mundial num movimento cíclico, engendrando milhões de páginas impressas e outras tantas idéias[3]. Da mesma forma, a evolução intelectual do debate sobre desenvolvimento produziu especificações acadêmicas que utilizam modelos bastante sofisticados de análise, sobretudo no que se refere à utilização de modelos econométricos de crescimento econômico.

Apesar dessas ressalvas, este artigo insistirá na apresentação inicial do tema a partir dos cinco autores citados. Explique-se: este não é um livro sobre economia do desenvolvimento, e sim sobre Direito e Desenvolvimento;

[3] As notas de rodapé e as referências ao final desta obra podem indicar ao leitor obras mais específicas sobre cada tema apresentado.

esta abordagem recomenda antes a definição de um modelo teórico genérico a propósito da relevância das instituições do que a revisão da literatura específica sobre, por exemplo, o impacto do comércio na distribuição de renda.

Para a criação de um modelo genérico, compreender a evolução do conceito configura requisito fundamental. Sobretudo quando calcada na leitura de clássicos. Afinal, pode-se identificar uma obra clássica quando ela reúne três características: representa ou condensa novas idéias de uma época; inova na análise de um determinado problema; e influencia a ordem política *lato sensu*.

Os autores indicados acima, visivelmente reúnem essas características. Em primeiro lugar, porque suas idéias materializaram rupturas sobre a compreensão do mundo e do processo de desenvolvimento. Em segundo lugar, porque as obras desses autores sinalizaram, em suas respectivas épocas, o *Zeitgeist*, o "espírito do tempo" a propósito das relações entre Estado, economia e sociedade. Em terceiro, porque as idéias propugnadas por esses autores foram determinantes para a adoção de políticas econômicas posteriores, desde o liberalismo (Smith), socialismo (Marx), regulação pelo Estado (Keynes) e desenvolvimentismo (Furtado). Esta revisão culmina com a apresentação das idéias de Amartya Sen, que apresenta uma visão original e inovadora - mas ainda pendente de implementação - sobre o processo de desenvolvimento.

Após esta revisão teórica, buscando um conceito atual de desenvolvimento, a segunda parte do artigo dedica-se a discutir a promoção do desenvolvimento. A pergunta, em suma, é: o que explica a disparidade entre diversos países, não apenas no que se refere ao crescimento econômico, mas também em relação a outros fatores indicativos do grau de desenvolvimento? Ao longo da história, houve até quem vinculasse essa disparidade a características raciais ou geográficas. Esta parte do capítulo revisa também as atuais teorias sobre o tema, considerando os diversos fatores que hoje são considerados fundamentais na determinação do grau de desenvolvimento. Como fatores econômico-institucionais, esta seção delonga-se mais na qualidade da intervenção estatal e em sua capacidade de combater as falhas de mercado, como requisitos para que os demais fatores possam ser efetivados no processo de desenvolvimento.

Conforme se pretende demonstrar, a efetivação do desenvolvimento (conforme definido na seção seguinte) requer a combinação de fatores históricos, geográficos e sociais (explicitados na seção 3), que será ineficaz

sem uma matriz institucional eficiente (apresentados na seção 4). A parte final condensa as conclusões deste capítulo, indicando o modelo institucional que será criticado e aprofundado nos demais capítulos deste livro.

2. Evolução do conceito de desenvolvimento

Para os primeiros economistas, na virada do século XVI, o desenvolvimento nacional era diretamente relacionado ao poder do Estado. Era o momento de formação do Estado nacional e a idéia do poder como o poder dos Estados era uma idéia central. O mercantilismo foi a representação econômica dessa visão do desenvolvimento como poder do Estado. Como poder militar, em primeiro lugar; como posse de colônias, em segundo lugar; como acumulação de metais preciosos, em terceiro lugar.

Ao longo da história foi essa noção de desenvolvimento relacionada ao poder político e militar que, a partir do liberalismo, se identifica e consolida fundamentalmente com o poder econômico. Ou seja, a partir de Adam Smith e de David Ricardo, há uma representação muito clara de que o poder britânico deveria ser fundamentalmente o poder da marinha mercante. Nesta lógica, o que realmente importava era levar o pavilhão inglês a todos os rincões do mundo como forma de, inclusive pelo comércio, assegurar o poder da Inglaterra.

Na definição de obra clássica, como se fez acima, *A Riqueza das Nações* alcança realmente uma nota bastante alta, em razão dos impactos que produziu. Afinal, se as idéias de Smith estavam de certa forma dispersas em autores anteriores, foi ele que as condensou e ordenou numa estrutura lógica de análise e de proposição. As propostas fundamentais da obra, heréticas para alguns à época, modificaram a forma com que estadistas olhavam o mundo, ao propor que: o livre mercado era mais vantajoso para a riqueza e o poder nacionais, a especialização gerava riqueza para todos os envolvidos e o padrão econômico tinha que ser relacionado com o padrão jurídico e com o padrão ético.

Em uma obra bastante influente, Paul Kennedy mostra que até no império britânico o poder era o poder militar, era o poder de Roma, era o poder de Carlos Magno, era o poder do Império português. A partir de Adam Smith, ou melhor, a partir do Império britânico, vê-se a ascensão do poder econômico como grande representação do poder nacional.[4]

[4] Kennedy, 1986.

Essa visão do liberalismo econômico teve um reflexo no marxismo, mas o marxismo foi também calcado fundamentalmente em uma análise econômica do mundo. Já se disse que Marx era fascinado pelo mercado, e isso é verdade. Talvez uma das melhores representações na literatura científica do funcionamento do mercado, das falhas do mercado, esteja nas obras de Marx. O problema teórico não resolvido por Marx é o da proposição revolucionária, mas na parte dispositiva sua análise é incomparável.

Este mesmo conceito economicista de desenvolvimento pode ser encontrado também ao longo da década de 1920 e. posteriormente, com Keynes. Desta vez, o conceito identifica-se com o mercado consumidor, mas é perfeitamente eivada da idéia de desenvolvimento econômico.

Mas o que mudou a partir de Keynes? A partir de Keynes, começou-se a compreender que o poder econômico não deveria ser só do Estado, ou das principais empresas ou dos principais produtos; o poder deveria ser principalmente repartido de uma classe média que consumisse muito e que gerasse a circulação de riquezas.

Após o liberalismo, a idéia do crescimento pela influência econômica e principalmente pelo comércio; posteriormente, a crítica marxista baseada na idéia de que o desenvolvimento deveria envolver, em primeiro lugar, o desenvolvimento da burguesia, e depois a tomada de poder pelos proletários; finalmente, o poder indicado pela dimensão do PIB, mas que ao mesmo deve gerar distribuição de renda. Em todos esses modelos, os conceitos de poder e de desenvolvimento encontram-se relacionados - e centrados - na questão da economia.

Mesmo algumas vozes dissidentes, na busca de outro conceito de desenvolvimento, foram matizadas pelo economicismo. Celso Furtado asseverava, no início de um de seus livros, que "é importante que o fator não econômico para o funcionamento e para a transformação dos sistemas econômicos".[5] Furtado demonstrava, de forma original, que o que interessa para o desenvolvimento não eram somente fatores econômicos, mas ao mesmo tempo ressaltava o crescimento econômico como finalidade. Ou seja, nesta visão, há fatores não econômicos que influenciam o desenvolvimento, mas o desenvolvimento continua a ser identificado fundamentalmente como o desenvolvimento econômico. A partir da década de 1970, várias críticas dessa visão economicista do mundo começaram a se desenvolver.

[5] Furtado, 2000, p. 10.

2.1 Furtado e o desenvolvimentismo

No Estatuto da Corte Internacional de Justiça, elaborado após o final da II Guerra, indica-se, entre as fontes do direito internacional, "o direito das nações civilizadas". A expressão - hoje politicamente incorreta - permitia inferir a crença à época de que existiriam nações "não civilizadas". Mas havia outra implicação (que interessa para o argumento apresentado aqui): "mas quando estas nações forem civilizadas, seu direito será parte do direito internacional".

A crença, portanto, era de que haveria uma evolução na história a atingir todas as relações humanas. O comércio iria do comércio primitivo até o comércio internacional e o desenvolvimento nasceria de uma sociedade feudal até uma sociedade de alto avanço tecnológico. No que se refere ao desenvolvimento, a visão historicista era de que o desenvolvimento constituía uma estrutura linear e contínua, que levaria as nações, com maiores ou menores percalços, a uma fase mais avançada de desenvolvimento.

Celso Furtado teve importância fundamental na refutação da premissa historicista do desenvolvimento. Furtado demonstrou que não existe necessariamente um caminho natural para o desenvolvimento. Pode haver uma reversão, inclusive. Uma segunda questão é que, no mesmo momento histórico e às vezes com os mesmo atributos econômicos, uma sociedade pode passar por uma fase de progresso (num sentido amplo), e outra não. Não há, portanto, uma linha de estabilidade do desenvolvimento, e pode haver situações onde haja uma regressão quanto ao desenvolvimento. Essas idéias de Celso Furtado, que hoje são aceitas como certa obviedade, representaram neste sentido um ponto de mudança intelectual.

O processo de desenvolvimento, portanto, sofre interrupções, pode sofrer retrocesso, pode estagnar. Constata-se, também, que algumas estruturas sócio-políticas impedem o processo de desenvolvimento, mesmo que reduzido basicamente ao desenvolvimento econômico. Infere-se desta visão, em Furtado, a influência marxista, a partir do conceito de que as relações sociais e as relações jurídicas eram partes da superestrutura. A partir daí é que Furtado desenvolve o modelo da Estrutura Dualista; países que tiveram a evolução caracterizada pela a estrutura dualista têm mais dificuldade em promover a arrancada (*o take off*) do desenvolvimento.

A estrutura dualista, que Celso Furtado designa em alguns momentos de "capitalismo bastardo", mantém algumas estruturas econômicas típicas. Em

primeiro lugar, esta estrutura é identificada com países que se especializam em exportação de *commodities*. Em segundo, existe uma ligação entre as estruturas de exportação de produtos primários e a estrutura social interna; ou seja, esses países em geral são países com latifúndios, países com a classe dominante extremamente reduzida e com pouco consumo interno. Em terceiro lugar, ao mesmo tempo em que a classe dominante mantém uma grande vinculação com o capitalismo internacional, o próprio sistema de exploração é feito por empresas multinacionais, sem reinvestimento de lucros, e engendrando uma estrutura chamada de capitalismo dependente.

O conceito de capitalismo dependente, presente nas obras de Celso Furtado e de Fernando Henrique Cardoso[6], apresenta diversas dificuldades de superação. Ao mesmo tempo, dentro da estrutura dualista haveria um setor avançado da economia e um setor atrasado. Uma das formas, então, de realizar *o take off*, a arrancada para o desenvolvimento, seria aumentar o setor avançado da economia. Para aumentar o setor avançado da economia, ou seja, aquele que não depende da estrutura dualista da sociedade, deve-se aumentar a classe média, aumentar o setor de serviços e da indústria de transformação, e fazer com que essa parte mais avançada da economia tome uma maior parte da participação econômica. Se o setor avançado ocupa uma maior parte da participação econômica, também terá uma maior parte da participação política e jurídica.

Ou seja, na lógica de Celso Furtado, deve-se aumentar a participação do grupo avançado da sociedade para que eles passassem a dominar. A partir daí, pode-se construir uma estrutura jurídica que refletisse seus interesses e uma estrutura social que refletisse também seus valores, em detrimento de uma classe mais atrasada, que seria aquela vinculada a uma elite exportadora de matérias-primas.

As políticas públicas derivadas das idéias de Celso Furtado se manifestaram, num primeiro momento, na criação da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (Sudene). Outra política relacionada às idéias emancipatórias dos autores dependentistas foi a de substituição de importações. A intenção, neste último caso, era aumentar a participação no PIB do setor industrial, do setor de transformação, do setor que agregasse mais valor

[6] Cardoso & Faletto (1988). Como presidente, Cardoso buscou a mudança na estrutura social brasileira pelo compromisso, e não pela revolução. Por ironia histórica, este compromisso implicou a vinculação com a parte mais atrasada e oligárquica do País.

à economia e ao mesmo tempo em que impulsionasse a classe média e promovesse, pela industrialização, trabalhadores mais conscientes e urbanos.

A política de substituição de importações estava presente também nas recomendações da Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL[7]). Normalmente, esta política era implementada por meio de altas tarifas que tornavam proibitivo os produtos importados, e a partir daí incentivavam o consumo doméstico. Essas políticas, de forma bastante irônicas até, foram implementadas no Brasil, durante o regime militar, e em outros países latino-americanos ao longo das décadas de 1960 e 1970.

Quarenta anos depois dessas idéias, o acerto e os resultados das políticas de promoção regional e de substituição de exportações são bastante questionáveis. Que fatores poderiam explicar a falha dessas políticas na promoção do desenvolvimento econômico na América Latina?

Há aqui duas possibilidades de análise. Uma é sobre a validade econômica daquelas políticas públicas; outra, sobre os fatores não econômicos que criavam empecilhos a essas políticas. Em outras palavras, pode-se questionar a validade econômica da política de substituição de importações em razão de suas ineficiências; nesta lógica, numa perspectiva liberal, a implementação do modelo é criticável justamente porque contrasta de forma ineficiente o funcionamento natural do mercado, gerando custos mortos e retirando incentivos à inovação e à redução de custos. Outra análise possível é observar os fatores não econômicos que tornavam tão negativa essa política: a apropriação da política por grupos de pressão; as falhas institucionais, como corrupção e contrabando; a redução desequilibrada de importações, promovendo a cartelização do mercado nacional.

Ou, no outro exemplo: há a crítica econômica da Sudene, apontando-se as decisões econômicas irracionais, o dispêndio excessivo de recursos, a promoção de indústrias ineficientes. Mas há também (e, neste caso, talvez com muito maior visibilidade), a identificação dos problemas institucionais: o autoritarismo das decisões, a falta de transparência, a falta de compromisso institucional.

[7] A Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL), criada pela ONU em 1948, realiza estudos e pesquisas sobre crescimento e desenvolvimento na região; sua influência intelectual foi marcante após a Segunda Guerra, sobretudo com as obras de Raúl Prebisch.

Meio século depois que Celso Furtado desenvolveu suas idéias e promoveu a implementação das políticas públicas a ela correlacionadas, pode-se avaliar que, por mais sofisticado que seja o modelo do capitalismo dependente, este modelo falha ao mitigar a relevância dos fatores institucionais - e, portanto, da ordem jurídica - no processo de desenvolvimento econômico. A relevância das instituições é reconhecida posteriormente nas obras de Amartya Sen e de Douglass North, como se comentará adiante.

2.2. *Sen e o desenvolvimento como liberdade*

Uma obra hoje bastante popular, na literatura sobre o processo de desenvolvimento, é *Desenvolvimento como liberdade*, de Amartya Sen. Por todo o livro, o autor busca identificar o conceito de desenvolvimento com a idéia de liberdade. Nesta visão, o desenvolvimento é um processo, um processo de expansão das liberdades reais. O conceito de liberdade passa a ser tanto instrumental quanto finalístico. A liberdade é tanto um meio de garantias quanto é um fim em si mesmo, através da fruição dessas outras liberdades.[8]

Sen menciona três liberdades fundamentais. Em primeiro lugar, a liberdade econômica, ou seja, a idéia de que o acesso ao mercado deve ser garantido. Nesse sentido, Amartya Sen busca inclusive recuperar uma discussão acerca da idéia de que, em alguns países, mais importante do que garantir a propriedade é garantir a existência do próprio mercado. Esta preocupação deve estar presente em países que ainda possuem um setor feudal da economia.

A segunda liberdade é a liberdade política, refletida principalmente nas garantias democráticas. A terceira, a liberdade social, garantida com a tolerância das diferenças e das minorias, com a liberdade religiosa. Essas, segundo Sen, seriam as grandes liberdades reais.

A partir daí, Sen menciona as denominadas liberdades instrumentais, ou seja, aquelas que são fundamentais, inclusive, para garantir que as demais sejam usufruídas. Tem-se aí a liberdade política, o direito de acesso ao mercado, as oportunidades sociais, as transparências e garantias mínimas de seguridade social, contra a intolerância, exclusão e preconceito.

[8] Sen, 2000, p. 297: "[Development shall be] seen as a process of expanding substantive freedoms that people have. The perspective of freedom has been used both in the evaluative analysis for assessing change, and in the descriptive and predictive analysis in seeing freedom as a causally effective factor in generating rapid change".

O grande mérito do livro de Amartya Sen é que ninguém consegue ser contra ele. O autor convence, de uma forma bastante didática, quanto à validade de seus enunciados. Ao mesmo tempo, ele identifica validade econômica a valores sociais e jurídicos que são hoje bastante respeitados, como a questão dos direitos humanos, da tolerância, do respeito às minorias.

O grande problema de garantir o desenvolvimento como liberdade, entretanto, continua a ser a forma da implementação. Em outras palavras, embora o enunciado genérico de que a promoção do desenvolvimento deve ser acompanhada pela expansão das liberdades reais seja um enunciado facilmente aceitável, os problemas começam no momento de transformar este enunciado em políticas públicas concretas.

Tome-se um exemplo. Em seu livro, Sen menciona a liberdade de trabalho e sugere em alguns momentos a flexibilização dos contratos de trabalho. Ora, quando se imagina a Índia, que até hoje vive com o sistema de castas, é lógica a defesa do mercado de trabalho livre. Mas, até que ponto, em um país como o Brasil, pode-se falar em uma total desregulamentação do mercado de trabalho?

Falar em desregulamentação do mercado de trabalho para engenheiros eletrônicos do setor de tecnologia da informação parece algo óbvio. É notório que, neste setor, os engenheiros são prejudicados por causa das leis trabalhistas brasileiras e pelo excesso de regulamentação. Entretanto, quando se fala de empregados de grandes propriedades rurais que ganham salário-mínimo, a lógica não pode ser a mesma. Ou seja, da mesma forma que se fala de liberdade política, ou de oportunidades sociais, qual é a medida destas liberdades quando consideradas as diferenças sociais de um determinado país? E qual é o grau de intervenção desejável em uma dada sociedade?

Desta forma, algumas críticas podem ser elaboradas em relação à obra de Amartya Sen. Evidentemente, o conceito de desenvolvimento como liberdade é bastante cativante, e isto por várias e justificadas razões: por colocar o ser humano no centro das preocupações econômicas, por buscar consolidar valores que hoje são muito caros, como os direitos humanos e os valores culturais. Por outro lado, o conceito de desenvolvimento como liberdade gera problemas no momento de efetiva implementação. Ou seja, ele esquece um dos pontos fundamentais da economia; uma das definições de economia é a de administração de recursos escassos; e quando administra recursos escassos, um administrador público sempre terá que fazer opções.

Em alguns pontos essas opções finalmente se tornaram óbvias. A primeira dessas obviedades é quanto à opção pela educação; não haverá desenvolvimento de nenhum tipo sem educação. O segundo ponto de consenso é que instituições são necessárias. Terceiro, o direito pode promover o desenvolvimento ou ele pode impedir o desenvolvimento, principalmente na medida em que cria determinados privilégios.

O grande problema é: como que deve agir um administrador público que tem que escolher entre várias prioridades entre recursos escassos? Amartya Sen afirma que a prioridade deverá ser o ser humano, e o critério deve ser a maior liberdade do ser humano. Mas o dilema do administrador público será o da opção no caso concreto, opção que trará implicações sociais e políticas visíveis para determinados grupos da sociedade.

Em casos como o do Brasil, as idéias de Amartya Sen consegue trazer uma contribuição intelectual efetiva para a teoria do desenvolvimento, ao conceder uma importância ao fator liberdade que é pouco conhecido entre nós. Mas, em uma sociedade como a brasileira (e aqui Celso Furtado é importante), numa sociedade profundamente dualista, como fazer a decolagem?

3. Promoção do desenvolvimento e intervenção estatal

A seção anterior procurou delinear a evolução do conceito de desenvolvimento, desde a lógica política do desenvolvimento como o poder do Estado até a identificação do desenvolvimento com a liberdade, passando pelas análises de cunho mais economicista. A presente seção dedica-se a identificar atualmente o consenso sobre o outro problema relacionado ao desenvolvimento, qual seja a própria promoção do desenvolvimento.

Para isto, a parte seguinte menciona os fatores determinantes neste processo, conforme eram compreendidos e como são avaliados hoje pela literatura sobre o tema. Em seguida, são condensadas as principais idéias no que se refere ao caráter, positivo ou não, da intervenção do Estado com vistas à promoção do desenvolvimento. Finalmente, identificam-se algumas falhas no funcionamento do processo econômico que podem constituir barreiras às tentativas de acelerar o processo de ter desenvolvimento econômico.

3.1. Fatores históricos do desenvolvimento

Que fatores são determinantes para tornar alguns países ricos e outros pobres? Esta questão foi objeto de vários debates e obras ao longo da

história humana, sempre alcançando respostas diversas. Há mais de um século, acreditava-se que a disponibilidade de recursos naturais e de mão-de-obra abundante seriam os fatores determinantes. Houve quem afirmasse que o fator racial seria um impeditivo ao processo de desenvolvimento, uma condenação definitiva para países miscigenados, como o Brasil. Outros asseveraram que o calor dos trópicos é que impedia o desenvolvimento nessas regiões. Mais recentemente, houve quem escrevesse que governos autoritários teriam maiores vantagens na promoção do desenvolvimento. Numa obra clássica, Max Weber procurou identificar no fator religioso algo determinante para a criação de riqueza, com vantagens para os protestantes.[9]

Em maior ou menor grau, ainda há quem repita o indique os fatores apontados acima como relevantes para o processo de desenvolvimento. Mas a literatura mais atualizada preocupa-se com outros fatores, procurando indicar como o momento histórico influi de forma determinante na relevância de um desses fatores em detrimento de outros.

Ou seja, na fase em que a economia humana baseava-se na exploração rústica de alguns produtos vegetais, os vales férteis do Oriente Médio propiciavam os melhores recursos para o desenvolvimento de uma sociedade.[10] No momento de evolução dos sistemas financeiros e da lógica de mercado, a ética protestante trazia vantagens e valores mais eficientes que o conservadorismo católico. Mas isto não quer dizer que esses fatores tenham validade inquestionável em distintas formações sociais ou econômicas.

No início do século XXI, os fatores apontados como sendo relevantes na promoção do desenvolvimento econômico estão distantes dos determinismos históricos ou geográficos. Esses fatores envolvem, sem ordem de prioridade:

a) o denominado capital humano, ou seja, uma população com alto nível de qualificação e de educação;

b) um alto grau de liberdade política e econômica;

c) promoção da tecnologia e da inovação;

[9] Weber, 2004.

[10] Sobre a relevância dos fatores geográficos no desenvolvimento das primeiras sociedades humanas, veja-se Diamond (1999).

d) estrutura logística que diminua os custos de produção e os impactos para o meio ambiente;

e) alto nível de civismo e de comprometimento com a comunidade (o denominado capital social);

f) instituições com credibilidade e que consigam garantir os fatores mencionados acima.

Nas últimas décadas, os economistas vêm reconhecendo a relevância crescente dos fatores tecnologia e capital humano na promoção do desenvolvimento. Os investimentos maciços em educação e as normas sobre propriedade intelectual refletem esse reconhecimento de que, numa sociedade baseada no avanço tecnológico, o investimento em capital humano é o que traz melhor retorno no médio prazo.

O que talvez surpreenda, no modelo exposto acima, é a ênfase no capital social e nas e instituições. Esses conceitos vêm sendo incorporados à teoria do desenvolvimento nas últimas décadas, como fatores de igual relevância.

O caráter crucial das instituições para o processo de desenvolvimento pode ser encontrado na obra de Douglass North, que lhe valeu um prêmio Nobel de economia. Em sua obra, North demonstra que as instituições são estruturas que comprometem o funcionamento do processo econômico como um todo, e que podem gerar custos adicionais na medida em que sofrem problemas de credibilidade ou de eficiência.[11]

Outro conceito recente é o de capital social, identificada com os laços de comprometimento entre os membros de uma dada comunidade. Ou seja, quanto menores forem esses laços, mais difíceis são a realização de objetivos comuns e a valorização de atividades não egoísticas.[12]

O impacto do capital social ainda está por ser percebido pela maioria dos economistas e juristas. Afinal, a existência ou redução do capital

social tem impactos econômicos e institucionais visíveis. Tome-se o exemplo de uma cidade com baixo grau de civismo, de baixo comprometimento dos cidadãos com os objetivos comuns. Há conseqüências econômicas negativas, como a perda de arrecadação, corrupção e custo majorado da fiscalização. Há implicações jurídicas, materializadas no maior número de litígios, de conflitos e de desrespeito à lei.

Observe-se um exemplo banal, que ilustra o parágrafo acima. No mesmo dia, duas pessoas tomam dois ônibus, uma em Genebra e outra no Rio de Janeiro. O capital social, no primeiro caso, reflete-se no cuidado de todos os passageiros com a limpeza do veículo, na civilidade do tratamento, no fato de que não existem cobradores, que cada passageiro paga seu bilhete em razão de sua honestidade e pela crença no funcionamento do sistema de transporte coletivo. No segundo caso, o passageiro tem que enfrentar insegurança e greves, desconfiança perene, um caro sistema de fiscalização e conflitos latentes. As duas situações refletem custos econômicos e jurídicos bastante distintos.

Outra contribuição da teoria social contemporânea é demonstrar que a criação de um capital social torna-se muito mais difícil em sociedades com grandes diferenças sociais. Em países com menores diferenças sociais há menos reflexos, por exemplo, em crimes. Além disso, em países com menores diferenças sociais, há cidadãos mais exigentes, pois não há uma hierarquia social tão marcada. Mais ainda, em sociedades com menos desequilíbrios sociais, cidadãos são mais exigentes em relação aos serviços públicos e às instituições políticas, dificultando a apropriação da renda do Estado por grupos de pressão.

3.2. Intervenção do Estado

Nesse quadro de fatores relevantes para o processo de desenvolvimento, a intervenção do Estado é positiva ou negativa? Ou seja, considerando os fatores históricos que influenciam o processo do desenvolvimento, como pode ser avaliada a intervenção do Estado?

Na verdade, a intervenção do Estado, como certa vez afirmou Franco Montoro "não deve ser nem mínima nem máxima, deve ser a necessária". E o nível de necessidade dependerá de cada momento histórico e de cada sociedade. O grande desafio para a intervenção do Estado na promoção do desenvolvimento é equilibrar-se entre polaridades, relacionadas com o excesso de intervencionismo e as dificuldades deste intervencionismo.

Quais são essas polaridades? Em um extremo, o Estado restringe o mercado; em outro, o Estado é o único promotor do mercado. A tarefa do Estado é encontrar um meio-termo onde não seja uma restrição ao funcionamento do mercado sem ser seu único agente econômico. No caso do Brasil, por exemplo, a concentração da economia nas mãos do Estado, durante o regime militar, implicou diversas ineficiências para o processo econômico.

De outro lado, exige-se do Estado um alto grau de eficiência, mas muitas vezes a contrapartida dessa eficiência é o aumento dos custos fiscais. Ou seja, alguns setores obviamente têm que estar nas mãos do Estado, ou porque têm a ver com questões de longo prazo, ou porque não trazem retorno econômico imediato, como é o caso da saúde e, em certa medida, da educação. Mas, por outro lado, há o problema do aumento dos custos econômicos da tributação. A situação hoje no Brasil é um quadro de estrangulamento da economia em razão dos custos fiscais. É visível como o aumento dos tributos acaba sendo o fator impeditivo da própria atividade econômica em determinado momento, sem contar as externalidades negativas: o incentivo à sonegação, incentivo à corrupção e outros custos mortos decorrentes de uma estrutura fiscal excessivamente onerosa.[13]

Outro meio termo a ser alcançado pela intervenção estatal refere-se ao equilíbrio entre planejamento e dirigismo. Na Constituição Brasileira, o planejamento é uma das obrigações do Estado, inclusive. Segundo ao art. 174 da CF/88, o planejamento deve ser indicativo para o setor privado. No outro extremo está o dirigismo, ou seja, o Estado que passa a determinar o comportamento dos agentes privados. É então

[11] As instituições, neste sentido, constituem "las normas formales - leyes, reglamentos, ordenanzas, - e informales - convenios, hábitos y códigos de conducta -, así como los mecanismos para asegurar su cumplimiento, conformando el sistema de incentivos que guía el comportamiento de individuos y organizaciones". Cf. Castilla, 2001, p. 3.

[12] Explicando o conceito de capital social, Putnam (2000, p. 19) afirma que: "Whereas physical capital refers to physical objects and human capital refers to properties of individuals, social capital refers to connections among individuals - social networks and the norms of reciprocity and trustworthiness that arise from them [...]. Social capital calls attention to the fact that civic virtue is most powerful when embedded in a dense network of reciprocal social relations".

[13] Sobre este tema específico, veja-se o artigo de Michels, nesta obra.

que o Estado começa a gerar problemas de eficiência no comportamento dos agentes econômicos, porque começa a dirigir, por exemplo, a forma como os contratos devem ser firmados.[14]

Outro problema do Estado é de conseguir um equilíbrio entre a distância da corrupção e a eficácia das normas. Na medida em que o há dificuldades para garantir a eficácia das normas jurídicas, inclusive pelo cumprimento voluntário, há a contrapartida da corrupção e da irresponsabilidade administrativa.

3.3. Desenvolvimento e falhas de mercado

O terceiro ponto que se deve discutir na promoção do desenvolvimento é a questão de falhas de mercado. O conceito de falhas de mercado é correlato à da falha da intervenção do Estado. A falha da intervenção do Estado ocorre pela irresponsabilidade, pela corrupção, pela falta de prescIência, pela restrição ao próprio funcionamento do mercado.

Como pressuposto, há que se aceitar que existem falhas inerentes ao próprio funcionamento do mercado. Ao contrário do que alguns economistas neoclássicos imaginam, o mercado não é uma instituição perfeita e seu poder de auto-regulamentação é bastante frágil em momentos de crises econômicas. São fatores que determinam essas falhas de mercado: em primeiro lugar, a falta de confiança no mercado, ou seja, na medida em que o mercado não é confiável, na medida em que, por exemplo, existe um incentivo à inadimplência, há uma falha de mercado.

Um exemplo disso é o Brasil atual. Se um empresário possui o capital para pagar uma dívida, mas fizer os cálculos, ele verá um incentivo à inadimplência: o litígio judicial postergará o débito enquanto o capital pode ser investido temporariamente. Há aí um grotesco prêmio à desonestidade e à inadimplência, em razão da falta de instituições eficientes.[15]

[14] Nesse sentido, por exemplo, o Novo Código Civil prevê a constante intervenção judiciária nos contratos, o que é irreal no mundo de 2004. Corre-se então o risco de uma enorme instabilidade jurídica, da insegurança jurídica em razão deste aumento de dirigismo contratual.

[15] Um relatório recente do Banco Mundial (2004, p. 17-18) sobre o Brasil observa que são necessários em média 380 dias para implementar judicialmente um contrato no Brasil (contra 160 dias na Rússia e 200 no Chile), e um processo falimentar dura dez ano no judiciário brasileiro (contra 4 meses na Irlanda e dois anos no México). A

E essa é uma falha de mercado, a promoção da desonestidade. Neste sentido, vale recordar uma parte extremante importante na obra de Adam Smith, que trata justamente da relevância da ética nos negócios. Na medida em que os valores éticos não são respeitados, o mercado não funciona.

Outro impacto ético se refere à compreensão, por parte das empresas, de sua relevância numa dada comunidade. A depender da dimensão da empresa, ela pode ter um impacto extremamente negativo ou positivo no nível de emprego, na questão ambiental, na renda da região, na promoção, por exemplo, do aprendizado da coletividade. A falta de compreensão, ou de incentivo, ao maior comprometimento com os interesses da comunidade (em outras palavras, a ausência de capital social) pode também ser indicada como outra falha de mercado.

A terceira falha de mercado é o problema dos grupos de pressão, ou seja, quando alguns setores da sociedade conseguem arranjar poder político, por exemplo, conseguem açambarcar uma parte da renda da sociedade que não é proporcional à produção que eles geram. Esta falha deve ser combatida por meio de normas claras de transparência nos negócios e por mecanismos restritivos - como normas antitruste ou regras contra *insider trading*.

4. Direito e desenvolvimento

A análise realizada até agora enfatizou, por diversas vezes, a relevância das instituições na promoção do desenvolvimento, e o papel central da liberdade no conceito contemporâneo de desenvolvimento. A presente seção aprofunda estas percepções, indagando sobre o papel da ordem jurídica na promoção do desenvolvimento como liberdade.

O debate sobre as relações entre direito e desenvolvimento não é novo. Mas a crítica que se pode fazer é que, durante muito tempo, esse debate foi matizado por limites extremamente formais, caracterizados pela declaração do direito ao desenvolvimento. Conforme será discutido em outro capítulo deste livro, o direito ao desenvolvimento, já estipulado em diver-

conclusão: "Across countries, the more procedures it takes to enforce a contract, the longer the delays and the higher the cost. Moreover, higher levels of complexity in the procedures to enforce a contract are associated with perceived unfairness, corruption, inconsistency, and dishonesty in the judiciary".

sos instrumentos normativos internacionais, enfrenta o problema inarredável do pólo passivo, ou seja, de quem esse direito pode ser exigido.

Neste momento, o que importa discutir são as relações entre direito e desenvolvimento, ou seja, as diversas implicações que a ordem jurídica pode ter para a promoção do desenvolvimento e para garantia da liberdade como seu elemento central.

Conforme se explicitou em outro momento deste artigo, duas tendências recentes são visíveis na análise acadêmica de desenvolvimento. A primeira delas está substanciada na idéia de que o desenvolvimento não é redutível ao crescimento econômico, e abrange outros valores sociais. A influente obra de Amartya Sen e sua insistência em garantir a liberdade como um componente necessário do conceito trouxe nova luz e uma influência marcante para algumas instituições internacionais voltadas para o desenvolvimento, sobretudo o Banco Mundial, cujas ações recentes vêm reconhecendo que o processo de desenvolvimento demanda uma interação entre os fatores estruturais, sociais e humanos.[16]

De outro lado, o sistema jurídico é crescentemente percebido como o elemento relevante para o processo de desenvolvimento. Primeiro, porque o sistema jurídico pode constituir um poderoso impeditivo a este processo, se ele permitir instabilidade ou corrupção. Ainda, porque o sistema pode compreender normas pouco claras e ineficientes, que criam um custo para os contratos privados. Finalmente, porque sistemas judiciais ineficientes provocam conseqüências econômicas negativas, derivadas da incerteza jurídica e da incapacidade de garantir o cumprimento de obrigações sociais e privadas.[17]

Essa percepção quanto ao papel relevante do direito como fator relevante no processo que o movimento não é recente. Após a Segunda Guerra Mundial, o movimento "Direito e Desenvolvimento" floresceu em alguns círculos acadêmicos, principalmente nos EUA, incentivado pela reconstrução do pós-guerra e pela independência das ex-colônias européias. Esta primeira fase foi marcada pelos ideais de modernização, que pretendia transplantar e instituições jurídicas ocidentais como um meio legítimo de promover a democracia e o desenvolvimento econômico. Esse transplante foi duramente criticado pelos autores dependentistas,

[16] World Bank, 2002.

[17] Vejam-se, neste sentido, as obras, de Elster (1995), Katz (1996), Alvarez (1991) e Buscaglia (1997).

para quem as estruturas jurídicas assim transplantadas eram na verdade outras barreiras ao desenvolvimento.

Como conseqüência, o movimento foi declarado extinto pelos seus próprios proponentes no final dos anos 1970.[18] Na década seguinte, uma nova onda acadêmica buscou descobrir a correlação entre direito e desenvolvimento, desta vez analisando a experiência latino-americana e sua industrialização tardia.

Algumas críticas metodológicas sempre foram apresentadas contra esses movimentos. A primeira dessas críticas é quanto a seu caráter etnocêntrico, que ignora que os modelos de desenvolvimento e as instituições jurídicas variam em cada sociedade. Ignorar este fato equivaleria a uma forma de "imperialismo jurídico".

Outra crítica metodológica se refere à vagueza do objeto do movimento "direito e desenvolvimento". Sob esse título, alguns autores incluíram tópicos tão distintos como os efeitos econômicos do *common law*, a função econômica das constituições, controle da corrupção, o impacto da cultura jurídica, a avaliação das instituições jurídicas transplantadas, o papel dos tribunais e das instituições judiciárias. Este campo nebuloso impede a criação de uma estrutura, de uma abordagem e de um vocabulário comuns para os que pretendem estudar a relação entre direito e desenvolvimento.

Mais recentemente, uma terceira onda acadêmica do "direito e desenvolvimento" parece estar ganhando espaço nos círculos acadêmicos. Novas disciplinas estão sendo criadas sobre o tema, que aparece cada vez mais em conferências profissionais.[19] O fato histórico subjacente a esta nova onda parece ser o interesse pelas economias em transição e as demandas crescentes dos países em desenvolvimento, que expressam cada vez mais sua frustração com as promessas não cumpridas do livre mercado e da liberalização comercial.

[18] Trubek & Galanter (1974).

[19] Trubek (2003) observa que este novo movimento está centrado na construção do estado de direito (*rule of law*) nos países em desenvolvimento, mas mantém algumas características criticáveis, como permanecer "tied to a Western model—one might add an *idealized* Western model—in which the core of the rule of law is thought be the an independent judiciary applying neutral rules in an objective manner and to the belief that the creation of such an institution will directly and unproblematically accomplish a wide range of goals from market development to poverty alleviation". Id., p. 18.

Comparado com o movimento da década de 1960, os autores de hoje parecem estar muito mais atentos às limitações da utilização da ordem jurídica para promover mudanças econômicas e sociais tendentes a promover um maior nível de desenvolvimento numa dada sociedade.[20] As lições neste sentido são que:

- A crescente complexidade das normas internacionais, e seu impacto no direito interno, reforça a relevância da flexibilidade e da estratégia dirigida ao caso de cada país;
- Os trabalhos sobre este tema devem estar atentos para o risco de cair em presunções simplistas sobre o que seja a democracia ou desenvolvimento;
- Alguns fatores culturais e sociais têm enorme impacto na relação entre direito e desenvolvimento: a credibilidade do sistema jurídico, fatores sociais e étnicos, o poder da opinião pública e da sociedade civil;
- A democracia, por mais justificável que seja, é apenas o primeiro passo na direção de um conceito abrangente de desenvolvimento;
- O desenvolvimento requer instituições jurídicas com credibilidade, cuja tarefa se torna mais fácil com obediência voluntária e com juristas preparados.

Uma vez reconhecidos estes pressupostos, que características podem ser apontadas como positivas numa ordem jurídica? Em outras palavras, que elementos caracterizadores de uma ordem jurídica devem ser implantados ou reforçados, de forma a permitir que esta ordem jurídica não seja um empecilho à promoção do desenvolvimento?

O primeiro fator que pode ser apontado é a necessidade de **regras claras e previsíveis**. A existência de um sistema jurídico confuso pode ter implicações extremamente negativas para a promoção do desenvolvimento. Em primeiro lugar, porque permite a existência de duas categorias de cidadãos, aqueles que conhecem os limites e a flexibilidade das regras e aqueles que se sujeitam à sua faceta mais autoritária. Em segundo lugar, porque um sistema jurídico instável e facilmente modificável tem implicações negativas para investimentos e para a criação de riqueza. Em terceiro lugar, porque a falta de previsibilidade afeta as garantias de liberdade e de

[20] Davis & Trebilcock (1999).

confiança na estrutura social. Nesta lógica, a existência de uma regra ruim no conjunto normativo ainda é menos prejudicial à lógica do desenvolvimento do que uma regra instável; uma regra ruim pode ser modificada pelo debate público pelo processo legislativo, uma regra instável acaba se acomodando a grupos sociais com maior influência, deslegitimando a própria existência do sistema jurídico.

Pelas mesmas razões, o sistema jurídico deve ter cuidado cotidiano em garantir o **tratamento eqüitativo aos cidadãos**. Na medida em que há a percepção de privilégios decorrentes de normas diferenciadoras do tratamento entre cidadãos, o sistema jurídico destrói, ou minimiza, o capital social. A percepção de que o sistema jurídico é inerentemente injusto (ou de que só vale para os mais ricos), serve como um desincentivo para o comprometimento com os valores do conjunto da sociedade.

Outra característica que deve ser ressaltada é a **necessidade de participação democrática**, não apenas no processo de criação normativa, mas também ao longo de sua implementação e fiscalização. As garantias de transparência, asseguradas paralelamente à implementação da norma, servem para reduzir a corrupção, trazer credibilidade e legitimidade, e para evitar que as decisões se tornem personalísticas.Além disso, a garantia de debate democrático permite que as normas resultantes sejam mais coerentes com a realidade que pretendem regulamentar, o que facilita seu cumprimento voluntário. Por fim, há que se ressaltar a **eficiência do judiciário** como elemento essencial para garantir um papel positivo da ordem jurídica na promoção do desenvolvimento. A percepção de que o judiciário é ineficiente, corrupto ou tendencioso tem um efeito nefasto tanto para o processo de desenvolvimento abrangente, como para o desenvolvimento considerado apenas nos limites do crescimento econômico. Neste último caso, a ineficiência do judiciário serve como incentivo à inadimplência, e a incerteza das decisões serve para impedir o investimento e efetivação de contratos. No conceito mais amplo de desenvolvimento, o mau funcionamento do judiciário tem impactos nefastos para os laços da sociedade, quanto à não resolução dos conflitos, comprometendo o capital social.

5. Problemas na execução do Direito

Uma vez identificadas as principais características reputadas pertinentes numa ordem jurídica que possa promover o desenvolvimento, o modelo teórico proposto nesse livro precisa preocupar-se também em apontar

as principais características negativas. A indagação aqui é sobre fatores impeditivos a um papel pró-desenvolvimento da ordem jurídica ou, se se preferir, características de uma ordem jurídica que constituem entraves à promoção do desenvolvimento como liberdade.

Neste sentido, dois âmbitos de análise são possíveis. No primeiro momento, é necessário mencionar o próprio comportamento dos operadores jurídicos, aqueles responsáveis pela implementação das normas, e os fatores comportamentais reputados negativos sob a ótica do desenvolvimento. Um segundo âmbito de análise se refere à própria estrutura normativa, entendidas como as características do sistema que podem promover resultados negativos na promoção do desenvolvimento. O primeiro âmbito de análise, para os objetivos deste capítulo, será reunido na expressão "senso comum dos juristas"; o segundo âmbito de análise será dominado denominado de estrutura regulatória.

5.1. O senso comum dos juristas

A expressão "senso comum dos juristas" está presente na obra de Alberto Warat. Para o ex-professor da Universidade Federal de Santa Catarina, a expressão significava "as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito".[21]

Este conjunto de signos e padrões de comportamento representa também uma visão do mundo, desenvolvida ao longo do curso de Direito e na convivência posterior no meio jurídico. Por todo o mundo, os juristas tendem a desenvolver uma linguagem e um comportamento próprio, matizado por celebrações formais e pelo culto à tradição, como forma inclusive de distingui-los em relação aos leigos.

Para os objetivos do presente capítulo, não interessa aprofundar as características antropológicas do meio jurídico. Interessa sim identificar algumas crenças que estão presentes nesse senso comum, e que geram impactos negativos para a promoção do desenvolvimento. Neste sentido, identificam se as três características seguintes: a) ignorância do processo econômico; b) crença exagerada no poder das normas; c) retórica dos direitos humanos. Os parágrafos seguintes e explicitam essas idéias.

[21] Warat, 1994, p. 13.

Quando se menciona a ignorância do processo econômico, a idéia é não apenas apontar que muitos juristas desconhecem os efeitos macroeconômicos das normas jurídicas, ou seja, que a norma serve como mecanismo de incentivo a um determinado comportamento dos agentes econômicos. Desta forma, uma norma tributária, que majore uma determinada alíquota, tem por efeito afastar os agentes econômicos daquela atividade produtiva.

Além desse desconhecimento dos efeitos macroeconômicos, o que impressiona muitas vezes no senso comum dos juristas é a negligência quanto aos custos decorrentes da criação de um determinado direito. Este não há um fenômeno que ocorre apenas no Brasil, mas o caso brasileiro é paradigmático: por vezes, são criadas normas aprovando novos direitos para uma parcela da população, sem a preocupação decorrente em explicitar como serão cobertos os custos da implementação desse direito, e qual será o efeito para o restante da população, que mesmo indiretamente será responsável por esses novos custos, seja em forma de tributos, seja pela redistribuição do custo.

No caso brasileiro, talvez a explicação para esse comportamento juridicamente perdulário seja o longo período de inflação, que fez a população em geral perder o senso monetário e a percepção de que o dinheiro não pode mais ser fabricado infinitamente. Os juristas em geral repetem este padrão de comportamento, criando direitos seletivos para grupos da sociedade, mas ignorando que cada um desses direitos tem reflexos, em termos de custos, para o restante do grupo social.

Uma segunda característica presente no senso comum dos juristas é a crença exagerada, muitas vezes até mesmo alucinada, no poder das normas. Em outras palavras, os juristas tendem a acreditar que podem regulamentar fenômenos sociais e econômicos que julgam negativos, crendo que a existência de uma nova norma será suficiente para promover mudanças. Muitas vezes, esta crença leva apenas à frustração do legislador, seja porque a prática social combatida é muito arraigada, seja porque se trata de um fenômeno natural do mercado, insuscetível de ser modificado por meio de instrumento formal como uma lei.

De novo, o Brasil tem o questionável mérito de ser exemplar, no que se refere a leis ineficazes. Este fenômeno já foi alcunhado de "leis que não pegam", como se a norma jurídica necessitasse de que algum fator contagioso para poder ter eficácia. Exemplos neste sentido não faltam, como quando o governo federal determinou que os feriados religiosos passassem para as segundas-feiras, apenas para permitir à população comemorar duas

vezes na mesma semana (e sofrer a ira da Igreja Católica), ou quando a Constituição Federal pretendeu limitar a taxa de juros no País.

Por fim, e relacionada com esses dois fenômenos descritos anteriormente, pode-se mencionar a retórica dos direitos humanos como sendo o outro fator presente no senso comum dos juristas. Esclareça-se aqui o que se menciona como retórica: é evidente a relevância dos direitos humanos ao longo da história, como mensuração de um nível mínimo aceitável de convívio humano; é inquestionável que a evolução dos direitos humanos teve um impacto importante nas relações internacionais e na promoção de garantias mínimas em países assolados por regimes autoritários, sobretudo nas últimas décadas.

Mas o que se quer criticar aqui, como elemento presente no senso comum dos juristas, é a defesa abstrata de direitos humanos que não têm uma correspondência com a realidade, sobretudo em países mais pobres. Esta característica está presente não apenas no Brasil, mas é muito marcante também nos demais países latino-americanos: há uma visão romântica dos direitos humanos, uma declaração geral e vaga de direitos constantes em constituições nacionais, normas locais, discursos dos juristas e juramentos dos advogados. Nesses países, há um vívido contraste entre os muitos e muitos direitos declarados e o cotidiano de dor e miséria a que boa parte da população está submetida.

O efeito disto, para a promoção do desenvolvimento, é a criação de uma ordem jurídica imaginária, tão distante da realidade da população e tão romântica, no sentido de inalcançável, que apenas serve para deslegitimar a crença nesta mesma ordem jurídica e para quebrantrar os laços da sociedade. Ao mesmo tempo, os enunciados genéricos no que se refere a direitos humanos, acabam servindo para interpretações distorcidas em favor de grupos sociais que conseguem apropriar-se da ordem jurídica, em detrimento do conjunto da sociedade.

5.2. Estrutura regulatória

Uma vez realizado o exercício relativo ao comportamento dos juristas, podem ser apontadas também algumas características negativas da estrutura normativa, a que se designa de estrutura regulatória.

Sob a ótica do desenvolvimento, podem ser indicados como elementos negativos numa estrutura regulatória: a) os custos de transação; b) insegurança jurídica; c) comprometimento do planejamento; d) falta de transparência e liberdade.

Custos de transação são aqueles nos quais incorrem os agentes econômicos para efetivar determinado negócio[22] Esses custos são decorrentes não apenas da tradição jurídica de cada país, mas também da confiança nas instituições, que diminui a necessidade de atos burocráticos e de instrumentos de fiscalização. Na medida em que a exigência de fiscalização ultrapassa determinado nível, ela passa a constituir um custo relevante e um impeditivo substancial para o processo de criação de riqueza.

O segundo elemento negativo numa ordem jurídica é a insegurança, que pode decorrer tanto da mudança constante das normas quanto da variação interpretativa, em razão da incoerência ou falta de estabilidade do Poder Judiciário. Conforme já se mencionou em outro momento, sobretudo para efeito de desenvolvimento econômico, uma decisão ruim é mais perniciosa do que a pendência indefinida de uma decisão.

Relacionada ao elemento insegurança está a impossibilidade de realizar planejamento de longo prazo, em razão da inconstância ou falta de credibilidade da ordem jurídica. Países em desenvolvimento são, neste sentido, vítimas de sua própria história. As bravatas, golpes, mudanças legislativas bruscas e planos econômicos mirabolantes serviram para juntar uma ordem jurídica muitas vezes incoerente, e quase sempre sem credibilidade para seus próprios cidadãos. A conseqüência disso é o aumento do risco, sobretudo para investimentos de longo prazo, como são os investimentos em infra-estrutura.

Finalmente, há que se ressaltar a permanência nestes mesmos países de mecanismos jurídicos que não asseguram transparência nem liberdade de fiscalização para seus cidadãos. A estrutura burocrática acaba criando um Estado descompromissado com os interesses da comunidade, que passa a não ver a coisa pública como responsabilidade de todos, e sim como objeto de pilhagem. Aqui, novamente, a história latino-americana é infelizmente pródiga em exemplos de uma elite predatória.

[22] O conceito de "custos de transação" é, na realidade, bem mais complexo e controverso na literatura econômica. Segundo Klaes (2000), o conceito demanda uma reavaliação da noção de eficiência, sugere uma mudança para uma forma de análise institucional e é extremamente difícil de ser mensurado.

6. Considerações finais: Direito e Desenvolvimento no Brasil

Ao final deste capítulo, podem ser apresentadas algumas considerações sobre a lógica de um projeto sobre direito e desenvolvimento no Brasil. Antes, entretanto, recapitule-se, em forma de gráfico, um modelo para o estudo das relações entre direito e desenvolvimento, conforme explicitadas nas páginas anteriores.

Síntese do modelo:

Desenvolvimento como liberdade

Variações e limitações: desenvolvimento sustentável, desenvolvimento humano, desenvolvimento econômico.

Promoção do desenvolvimento

Fatores relevantes no Séc. XXI

- capital humano
- liberdade política e econômica
- tecnologia e inovação
- diminuição de custos
- capital social
- instituições críveis e eficientes

Intervenção do Estado

- estabelecimento de limites
- eficiência administrativa
- planejamento e incentivos
- combate a falhas de mercado
* ausência de padrões éticos
* governança corporativa
* poder de grupos de pressão

Lições do "Direito e Desenvolvimento"

- impossibilidade de transplantar instituições jurídicas
- crescente complexidade das normas
- impacto de fatores culturais e sociais
- democracia como primeiro passo
- essencialidade de instituições jurídicas com credibilidade

Ordem jurídica desejável:

- regras claras e previsíveis
- tratamento eqüitativo aos cidadãos
- necessidade de participação democrática
- eficiência do judiciário

Problemas na execução do Direito

- senso comum dos juristas

a) ignorância do processo econômico

b) crença exagerada no poder das normas

c) retórica dos direitos humanos.

- estrutura regulatória

a) os custos de transação

b) insegurança jurídica

c) comprometimento do planejamento

d) falta de transparência e liberdade

Evidentemente, o modelo proposto acima é bastante genérico, e serve apenas como um instrumento teórico inicial, que deve ser temperado diante dos problemas específicos a serem enfrentados pela ordem jurídica em cada estrutura sócio-política. Este exercício inclusive será realizado ao longo dos próximos capítulos deste livro, que aprofundarão os temas inicialmente escritos aqui.

Mas mesmo com uma estrutura inicial, este modelo serve para contrastar alguns dos problemas enfrentados pela sociedade brasileira, em sua longa tentativa de criar um processo de desenvolvimento.

Neste sentido, a primeira observação, para usar a lógica exposta por Celso furtado, é de que o Brasil não apresenta uma estrutura dualista pura. Essa estrutura estaria presente nos países caricatos, monoexportadores e dominados por um algumas poucas famílias. Embora este cenário não seja irreal em algumas regiões do Brasil, a grande verdade é que a sociedade brasileira apresenta grande complexidade, que varia desde regimes sociais quase feudais até problemas típicos de sociedades industriais avançadas.

Numa sociedade assim complexa, há dois desafios complementares. O primeiro deles é compreender que intentos desenvolvimentistas terão impactos distintos; o segundo, identificar um conceito de desenvolvimento que seja comum e positivo a esta sociedade multifacetada.

O conceito de desenvolvimento adotado por este livro, a partir dos ensinamentos de Amartya Sen, parece atender a estes desafios. Ao contrário de limitar-se ao desenvolvimento econômico, as novas lições da teoria do desenvolvimento enfatizam o valor da liberdade, não apenas como fator instrumental, mas também finalístico. Nesta visão, a liberdade é não apenas uma proposição para o desenvolvimento, mas também o destino do próprio processo de desenvolvimento.

Esta é uma evolução conceitual importante: aceitar que o objetivo do desenvolvimento é a transformação da sociedade em direção a valores que sejam aceitos por seus membros, ao mesmo tempo em que se busca garantir a tolerância com a dissidência e a existência das minorias. O desafio do conceito de desenvolvimento como liberdade é, conforme já se enfatizou anteriormente, garantir mecanismos de implementação, sobretudo assegurando instituições com credibilidade. A avaliação crítica da ordem jurídica brasileira, proposta por este livro, é apenas um passo inicial neste sentido.

No final da década de 1980, o esgotamento do modelo socialista levou a uma unicidade ideológica quanto ao liberalismo econômico. À época, acreditou-se que a solução de mercado seria capaz de resolver os problemas enfrentados pela maior parte da humanidade. Naquele momento, consolidou-se o denominado Consenso de Washington, baseado na idéia de Estado Mínimo seria o melhor mecanismo de promoção do desenvolvimento.

Mais de uma década depois, a situação do mundo refuta os pressupostos aceitos após a queda do Muro de Berlim. As crises do capitalismo no

final dos anos 1990, a expansão da pobreza, a não-resolução de problemas políticos e sociais nos países em desenvolvimento, são fatores que apontam para as limitações da solução de mercado. A destruição das instituições centradas no Estado, sem sua posterior substituição por outras instituições com credibilidade e eficiência foi, sobretudo nos ex-países socialistas, a demonstração de que o processo de desenvolvimento pode retroceder.

Este cenário aponta para a ressurreição do conceito de desenvolvimento, como uma definição de equilíbrio entre o papel do mercado e os interesses da sociedade. Ao contrário de momentos anteriores, o conceito agora se torna mais abrangente (e daí o risco de que se torne mais vago). Justamente por ser um conceito balizador de uma nova ordem institucional, o novo conceito de desenvolvimento deve transcender a análise econômica, ao mesmo tempo em que não pode se limitar a instrumentos formais.

A história dos estudos sobre desenvolvimento traz exemplos gritantes do que se afirmou no parágrafo acima. Em muitos momentos da história latino-americana, a obsessão com crescimento econômico (os vários e fugazes "milagres") asseverava que esses países caminhavam em direção ao desenvolvimento. Hoje não se pode aceitar esta assertiva, pois o crescimento econômico foi combinado então com o autoritarismo e a supressão de liberdades, elementos agora centrais para o conceito. No segundo caso, de invocações formais do desenvolvimento, tem-se a discussão - ao longo dos anos 1960-1970 - sobre a Nova Ordem Econômica Internacional, da qual saíram declarações quanto ao direito ao desenvolvimento. Pouco fizeram essas declarações para incrementar a qualidade de vida nos países em desenvolvimento.

Essas experiências históricas trazem algumas lições para a promoção do desenvolvimento no Brasil. A primeira delas é quanto ao risco de aplicar padrões universais, seja quanto à estratégia de crescimento econômico, seja na busca de um conceito mais abrangente de desenvolvimento. Com efeito, se a intervenção estatal foi definitiva e eficiente no leste asiático, isto pode ser explicado por um contexto social próprio. No caso brasileiro, essa intervenção gerou e enormes custos fiscais e externalidades negativas, na forma de corrupção e decisões econômicas irracionais.

Uma segunda lição histórica é quanto a um referencial pragmático na promoção do desenvolvimento. Conforme já se mencionou, de nada adianta a declaração do direito ao desenvolvimento, seja em instrumentos internacionais, seja na própria Constituição brasileira, se esse direito en-

frenta problemas concretos de implementação, diante de uma realidade muito mais complexa e de um responsável indefinido. A realidade histórica refuta os arroubos retóricos e o romantismo administrativo que fazem parte da história do direito brasileiro.

Uma terceira lição que merece ser rememorada refere-se ao desafio de construir um projeto civilizatório próprio para o País. O Brasil é pródigo em copiar modelos alheios, inclusive modelos jurídicos, sem uma análise cuidadosa dos impactos que estes modelos têm para uma realidade muitas vezes distinta e muito mais complexa do que imagina a vã filosofia dos juristas e burocratas.

Essas lições históricas indicam algumas tarefas para aqueles que pretendem estudar os impactos da ordem jurídica para o processo do desenvolvimento. A primeira dessas tarefas é compreender não apenas os impactos econômicos, mas também os impactos para o grau de liberdade na sociedade brasileira. A tarefa que é buscar mecanismos que garantam uma ordem jurídica mais eficaz, no sentido de sua implementação e obediência, e mais eficiente, no sentido de efeitos concretos para o processo de desenvolvimento.

O modelo apresentado acima indica algumas características fundamentais dessa ordem jurídica, que vão desde a previsibilidade até a transparência. No caso do Brasil, podem-se acrescentar outros cuidados adicionais no que se refere à elaboração normativa. O primeiro desses cuidados é compreender que a reforma normativa de caráter positivo é composta por atos cotidianos, e o preço do desenvolvimento é a eterna vigilância, parafraseando um lugar-comum. Não há soluções mágicas, nem reformas constitucionais únicas, que poderão consertar (e concertar) definitivamente a ordem jurídica brasileira. Há que se refutar o sebastianismo presente nessa crença; a busca do desenvolvimento vai desde uma formação jurídica sólida até o acompanhamento e crítica das decisões judiciárias.

Outra preocupação com a ordem jurídica brasileira é desenvolver mecanismos de avaliação quanto à eficácia e eficiência de normas anteriores. Em outras palavras, não são poucas as vezes em que normas "que não pegaram" são novamente reeditadas no Brasil, ou normas que se repetem sobre a mesma matéria. Nesse sentido, falta aos juristas brasileiros desenvolver mecanismos metodológicos de avaliação das normas, os quais deverão considerar tanto os impactos econômicos quanto sociais. A ausência desses mecanismos condena a sociedade brasileira a não aprender com os próprios erros.

DIREITOS HUMANOS E DESENVOLVIMENTO

*Antonio Carlos Wolkmer**

*Maria de Fátima S. Wolkmer**

1. Introdução

No início do século XXI, as profundas mudanças sócioeconômicas e as múltiplas transformações tecnológicas projetam uma realidade mundial e um período histórico cada vez mais diversificado, fragmentado e globalizado. A lógica de desenvolvimento que norteou a cultura da modernidade, sustentando durante séculos modelos de conhecimento, de organização societária e de política econômica não consegue mais responder satisfatoriamente às inquietações, às necessidades básicas e às demandas da espécie humana. Antigas utopias de fundamentação e legitimação desmoronam-se, tornando-se incapazes de oferecer diretrizes e padrões normativos seguros e abrindo espaço para serem redefinidos os marcos epistemológicos e metodológicos que possibilitam viabilizar uma nova visão integral da pessoa humana, bem como a estruturação de uma nova ordem mundial. As alternativas para a erradicação da pobreza e para o melhoramento das condições sócioeconômicas da vida estimulam definir novas fórmulas de regulamentação e novas práticas políticas. Destaca-se, assim, o delineamento necessário de outra forma de conceber a relação entre Direito e Sociedade. A inscrição do emergente privilegiará não mais com exclusividade o Estado ou o Mercado, mas agora a pessoa humana como sujeito central do desenvolvimento e como titular de direitos humanos essenciais. Em sua potencialidade, o Direito ao desenvolvimento traz para o cenário institucional novos valores e novas formas de inter-relações que instauram uma nova dinâmica entre o Direito e o desenvolvimento humano. Por certo, uma correta discussão paradigmática no novo século, envol-

* Professor Titular de "História das Instituições Jurídicas" dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UFSC. Doutor em Direito e membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (RJ).

* Professora e Coordenadora de Pós-Graduação em Direito da UNIPLAC. Mestre e Doutora em Direito pela UFSC. Especialista em Direito Político pela UNISINOS-RS.