

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E
ECONÔMICA E REGULAÇÃO**

GIOVANI CLARK

PAULO RICARDO OPUSZKA

JOSÉ BARROSO FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Giovani Clark, José Barroso Filho, Paulo Ricardo Opuszka – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-382-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Ordem Social. 3. Ordem Econômica. 4. Regulação. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

Não se pode esquecer que Economia, para além das escolhas sobre o uso dos recursos escassos necessários a vida e no incremento das forças produtivas, é decisão política e opção de prioridades.

Em tempos de crise econômica, seguida de grave crise política, e ainda do questionamento da legitimidade da atividade estatal – fragilizada pelo estágio puberdade/obsoleto da Democracia Brasileira, a partir de fissuras institucionais em que as funções do Estado disputam hegemonia em torno do Poder – enfrenta a academia a tarefa de compreender o estágio de desenvolvimento econômico e político do "projeto" brasileiro de Nação.

No Grupo de Trabalho: TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO I, a partir da elaboração de 25 artigos aprovados e apresentados, cujos temas variavam entre a constituição econômica brasileira, desenvolvimento sustentável e regulação de vários setores, mais uma vez, o Direito Econômico foi problematizado com eximia competência e profundidade, típicas do CONPEDI, na sua presente edição, assim como nas passadas.

Na tarefa profícua de análise dos trabalhos e intervenções da bancada coordenadora, percebeu-se trabalhos versando sobre o papel do Estado no processo produtivo, em face da sua intervenção direta e indireta, na busca do desenvolvimento socioeconômico; ou ainda, na visão de alguns, objetivando a efetivação do capitalismo humanista.

Destacou-se ainda os seguintes temas: regulação do petróleo; intervenções econômicas e direito na Internet - via discussão sobre o seu marco civil; serviço público de saúde a partir da entrada do capital estrangeiro no setor; inovadoramente, a inexistência de regulação da nanotecnologia no Brasil, essencial na saúde humana.

Também, sobressaiu os conteúdos relativos a produção científica voltada ao incentivo ao cooperativismo, enquanto o objeto de políticas públicas planejadas, a fim de efetivar o pluralismo produtivo constitucional; análise das práticas de abuso do poder econômico privado nas relações de consumo, etc.

O Grupo de Trabalho teve o intuito de construir uma oportunidade para a dialética e a retomada do projeto de desenvolvimento social, em meio a reincidência ao neoliberalismo de austeridade, sempre no sentido de problematizar a condição do Estado como propulsor /indutor da economia na produção capitalista da América Latina, ao mesmo tempo em que o projeto de síntese capital/trabalho globalizante, desde o desenvolvimentismo do setor público, vem sendo atropelado, de forma avassaladora, pela financeirização da Economia, e é preciso, então, compreendê-lo em suas nervuras.

Paulo Ricardo Opuszka/UFPR

Giovani Clark - PUC Minas/UFMG

José Barroso Filho - Ministro do STM

O ATUAL ESTÁGIO DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E DESENVOLVIMENTO NO BRASIL.

THE CURRENT STAGE OF THE RELATION BETWEEN LAW AND DEVELOPMENT IN BRAZIL.

**Gustavo Assed Ferreira
Larissa Beschizza Cione**

Resumo

Este artigo examina a evolução histórica do estudo sobre o direito e o desenvolvimento, e como esta discussão se encontra atualmente no Brasil. O texto explora a obra de Amartya Sen, que defende a análise do desenvolvimento a partir do indivíduo, e não apenas de índices econômicos. Após, faz um contraponto com a teoria institucional de Douglass North, que se ocupa menos dos indivíduos e mais da organização do país, definindo o desenvolvimento como movimento ao longo do espectro das ordens sociais.

Palavras-chave: Direito e desenvolvimento, Direitos humanos, Brasil

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyses the historical evolution of the study of law and development, and how is this discussion currently in Brazil. The text explores the work of Amartya Sen, who supports the analysis of the development from the individual, and not just from economics rates. After, it makes a contrast with the institutional theory of Douglass North, who considers less the individuals and more the country's organizations, and define development as a movement along the spectrum of social orders.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law and development, Human rights, Brazil

Introdução

No que tange especificamente ao Brasil, a década de 1990 foi marcada pela adoção tardia do modelo neoliberal da Escola de Chicago, preconizado no Consenso de Washington. A legislação brasileira, durante toda a década de 1990 e também no início da primeira década do século XXI, foi adaptada a este modelo, não sem a adoção prévia de emendas constitucionais que adaptaram o texto welfarista da Constituição de 1988 a uma nova realidade. Em que pese o relativo sucesso da estabilização da economia, a adoção de um peculiar modelo de privatizações, financiadas, sobretudo, pela União por meio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), bem como a adoção de um modelo regulatório que favoreceu, na prática, a auto-regulação, por meio da captura das agências reguladoras pelos seus respectivos mercados, deixou uma herança preocupante e, até o presente momento, não solucionada. O presente trabalho trata das principais teorias atuais sobre a influência do Direito no processo de desenvolvimento e suas implicações para o atual estágio brasileiro.

Amartya Sen e o Desenvolvimento como Liberdade

Amartya Sen trata o tema do desenvolvimento partindo da perspectiva do indivíduo. Tal postura está presente em suas quatro obras principais sobre o assunto: “Desigualdade reexaminada”; “Desenvolvimento como liberdade”; “As pessoas em primeiro lugar”, em coautoria com Bernardo Kliksberg; e a “A ideia de justiça”.

Em “Desigualdade reexaminada”, analisando e buscando aprimorar a teoria da justiça de John Rawls, Sen adota um ideal de igualdade liberal como sendo a igualdade das capacidades básicas de cada indivíduo, defendendo a ideia de que as devidas fronteiras para a igualdade fundamental entre cidadãos devem levar em conta as suas capacidades básicas (SEN, 2011).

O termo capacidades para o autor significa alcançar patamares de vida considerados como relevantes individualmente. Em outras palavras, as capacidades são oportunidades ou liberdades para alcançar aquilo que determinado indivíduo considera como sendo valioso. Aqui há uma nítida influência e mesmo uma releitura da teoria das capacidades de Martha Nussbaum (NUSBAUM, SEN, 1993).

Tal teoria, a “abordagem das capacidades” defende que cada pessoa deve considerar as liberdades que favoreçam um incremento na capacidade de escolher

aquilo que elas valorizam. Ademais, que se leve em consideração as liberdades instrumentais necessárias para que as pessoas se tornem capazes de trabalhar na remoção dos obstáculos ao acesso a essas liberdades substanciais. Já nessa primeira grande obra, Sen deixa claro que considera como sociedade desenvolvida aquela na qual seus cidadãos possuem a liberdade de escolher a vida que desejam concretamente levar.

Tal ampliação das capacidades humanas envolve as liberdades (políticas, econômicas e sociais, ou seja, não há como compreender capacidade de realizar escolhas sem compreender o conceito de exercício de liberdade.

Pode-se afirmar que nesse contexto, em tese, o indivíduo deveria ter a capacidade de funcionamento, ou seja, na prática, a oportunidade de realizar escolhas que considere como ideais. Assim, conseguiria atingir os seus próprios objetivos de vida, fazendo as escolhas que julgar como mais adequadas.

Em “Desenvolvimento como Liberdade”, Sen demonstra que o desenvolvimento é um processo de expansão das liberdades reais desfrutadas pelos indivíduos. Assim, as liberdades substantivas são tidas como fundamentais para o êxito de uma sociedade, ou, no referencial proposto nessa tese, para o êxito de um Estado nacional.

A maximização do acesso às liberdades substantivas é uma importante via de mão dupla para o próprio desenvolvimento: quanto mais pessoas tiverem suas liberdades preservadas mais influenciarão sua sociedade de maneira coerente e com isso possibilitarão maiores impulsos ao próprio processo de desenvolvimento (SEN, 2000).

É evidente que o crescimento do produto interno bruto (PIB) ou a distribuição de renda são meios relevantes para a obtenção das liberdades individuais, coletivas e difusas, mas há outros fatores determinantes que incidem neste processo, como as disposições sociais e os próprios direitos fundamentais previstos constitucionalmente (SEN, 2000).

A interação entre o desenvolvimento e o exercício da liberdade torna premente a remoção das principais formas de expressão da privação de liberdade, ou seja, a pobreza, a falta de democracia política, a carência de oportunidades econômicas e sociais, a negligência com a prestação dos serviços públicos pelo Estado e a falta de democracia econômica. Tais carências estão presentes em maior ou menor quantidade

pelo mundo e este é o real problema a ser enfrentado pelas políticas desenvolvimentistas (SEN, 2000).

Assim sendo, a utilidade da riqueza está nas liberdades substantivas que ela permite obter. Em outras palavras, as pessoas passam a ter uma maior gama de opções por adquirirem determinado patamar de riqueza. Entretanto, mesmo que esta riqueza seja relevante, não é suficiente para garantir o pleno exercício da liberdade de escolha pelo cidadão (SEN, 2000).

Portanto, o êxito de determinado Estado em alcançar o desenvolvimento está diretamente ligado a sua capacidade de favorecer as liberdades materiais a sua população. Assim, ter mais liberdade melhora o potencial das pessoas para cuidar de si mesmas e para influenciar o mundo. Está-se diante de um caminho de mão dupla.

A liberdade individual assume uma importância central nesta teoria, já que a abordagem normativa utilizada tem como objetivo principal assegurar a fruição e o exercício destes direitos substantivos, sejam individuais, coletivos ou difusos. Tais assertivas são fundamentais para o processo de desenvolvimento, ficando evidente a relevância do papel de agente do indivíduo, enquanto participante de ações econômicas, sociais e políticas (SEN, 2000).

De maneira geral, as pessoas utilizam as suas rendas e as mercadorias que adquirem como base material de seu bem-estar, mas esta plena utilização depende de diversas circunstâncias contingentes, de caráter pessoal e/ou social. Sen localiza cinco campos diferentes de gradação entre as rendas reais e as vantagens que delas são obtidas: (i) heterogeneidades pessoais, (ii) diversidades ambientais, (iii) variações no clima social, (iv) diferenças de perspectivas relativas, e (v) distribuição na família (SEN, 2000).

Em suma, o que Sen demonstra é que há externalidades positivas e negativas, ou seja, variáveis importantes que devem ser observadas na relação entre renda e bem-estar. Em outras palavras, as diferentes fontes de variação na relação entre renda e bem-estar fazem da existência de renda elevada um guia limitado para o bem-estar e a qualidade de vida. Novamente, o que importa é o critério das capacidades, que significa que as pessoas devem ter a capacidade de levar a vida que escolheram para viver (SEN, 2000).

O desenvolvimento é um processo de expansão das liberdades reais. Neste sentido, a liberdade é, ao mesmo tempo, instrumental e finalística, já que é um meio para se alcançar o desenvolvimento e um fim em si mesma. Assim, as três liberdades fundamentais (políticas, econômicas e sociais) serão observadas para que um Estado seja considerado desenvolvido.

Assim, em favor destas liberdades fundamentais substanciais, Sen aponta cinco liberdades instrumentais envolvidas no processo de desenvolvimento: (i) liberdades políticas, (ii) facilidades econômicas, (iii) oportunidades sociais, (iv) garantias de transparência e (v) segurança protetora, ou seguridade social (SEN, 2000).

As liberdades políticas são as oportunidades que os indivíduos têm para determinar as políticas de governo, abrangendo o exercício dos denominados direitos civis e políticos. A efetiva democracia representativa é o principal instrumento de garantia da liberdade política substancial. Neste contexto, ganha especial relevância o sistema político adotado nacionalmente. Um sistema político eficiente proporciona maior legitimidade aos eleitos para a condução das suas políticas, bem como deixa a população na condição de corresponsável pelo destino comum a todos. Eventuais desvios ou ineficiências flagrantes no sistema devem ser corrigidas por meio de reformas normativas. O grande problema nesse ponto é que a “dependência da trajetória”, ou seja, em linhas gerais, a tendência de se manter as coisas como estão, em muitos casos representa uma força insuperável. Como exemplo, tem-se o complexo sistema eleitoral norte-americano para a eleição presidencial, que nem sempre elege o mais votado e o injusto sistema eleitoral brasileiro para a eleição do Congresso Nacional, que proporciona maior peso aos estados menos populosos em relação aos mais populosos.

As facilidades econômicas são as oportunidades que os indivíduos têm para utilizar recursos econômicos com propósitos de consumo, troca ou produção. Em regra, o progresso técnico depende da possibilidade das pessoas acionarem e transacionarem no mercado. As dificuldades de acesso ao mercado favorecem a formação de oligopólios em determinados setores, dificultando a concorrência e o próprio desenvolvimento nacional.

Por sua vez, as oportunidades sociais estão consubstanciadas nas disposições estabelecidas pela sociedade nas áreas, por exemplo, da saúde, da educação, da

segurança, do lazer, que são capazes de influenciar a liberdade substantiva de cada um, não só na condução de sua vida privada, mas também para proporcionar uma participação mais efetiva em atividades econômicas e políticas. A exclusão social é dizimadora de gerações inteiras em países menos desenvolvidos e em países emergentes com larga margem de concentração de renda. Nessa seara, talvez, os dois principais setores a serem destacados são a educação e a saúde pública (SEN, KLIKSBERG, 2010).

As garantias de transparência dizem respeito à liberdade de lidar uns com os outros sob garantias de segredo e clareza, bem como estão baseadas no princípio da confiança e no princípio da boa fé (SEN, 2000). A transparência também tem importância na atração do investimento estrangeiro, sobretudo no setor produtivo. Um sistema jurídico previsível, aplicado por uma administração pública zelosa das suas atribuições e protegido por um judiciário eficiente, eleva sobremaneira a segurança jurídica dos contratos e minimiza os riscos inerentes ao investimento.

Por fim, a rede protetiva de seguridade social é fundamental para que se evite a exclusão social daqueles que se encontram no limiar da vulnerabilidade e que, caso não recebam a atenção mais próxima do Estado, podem sucumbir diante de grandes privações. Com isto, o Estado impede que a população mais humilde se encontre em situação de miséria, e mesmo de fome coletiva (SEN, 2000).

Sen localiza dois tipos de determinantes essenciais das liberdades individuais: (i) as que são influenciadas pela garantia social de liberdades, tolerância e possibilidade de troca e transações; e (ii) as políticas públicas em prol do exercício das liberdades, tais como a compreensão da educação e saúde como serviços sociais (SEN, 2000).

Ele aponta que os fins e os meios do desenvolvimento exigem que a perspectiva da liberdade seja colocada no centro do palco. Assim sendo, as pessoas devem ser compreendidas como altamente envolvidas na conformação de seu próprio destino e não apenas como beneficiárias passivas dos frutos de engenhosos programas de desenvolvimento. O Estado e a sociedade têm papéis relevantes no fortalecimento e na proteção das capacidades humanas, sendo considerados papéis de sustentação e não de mera execução.

No que tange à relação entre os problemas das necessidades econômicas e as liberdades políticas, Sen aponta a incorreção do argumento que afirma que primeiro deve ser eliminada a pobreza em determinada população e depois serem garantidos os direitos políticos e civis, já que teriam pouca ou nenhuma serventia para os pobres. É necessário que se observe a complementaridade entre as liberdades políticas e a compreensão e satisfação das necessidades econômicas (SEN, 2000).

Outro ponto bastante sensível ao autor de “Desenvolvimento como Liberdade” é a defesa da escolha social racional, desde que baseada numa base informacional mais ampla. Os seres humanos seriam capazes de realizar escolhas racionais que beneficiariam a si mesmos e a sociedade, refutando que as pessoas atuem sempre baseadas no interesse pessoal (SEN, 2000).

Sobre a teoria do desenvolvimento de Sen é relevante destacar que ninguém consegue ser contrário ao seu argumento, que convence a todos pela clareza da exposição. Em verdade, os valores defendidos por este economista são caros às pessoas e bastante respeitados, como por exemplo, a defesa dos direitos fundamentais.

Todavia, em que pese o diagnóstico agudo sobre o que fazer para superar o atraso no processo de desenvolvimento, falta ao pensamento de Sen, uma análise definitiva das causas que fazem um país ser muito mais desenvolvido do que outro.

A Teoria Institucional de Douglass North

Douglass North define-se como um historiador econômico. Neste sentido, a história econômica representou o ponto de partida da sua pesquisa científica, o que favoreceu a construção de uma teoria das instituições na evolução das sociedades.

Para North, o desenvolvimento é um processo de transformação da ordem social de um determinado país que enseje a transição de uma ordem social de acesso limitado para uma ordem social de acesso aberto (SALAMA, 2011). Em outras palavras, o desenvolvimento pode ser definido como movimento ao longo do espectro das ordens sociais, ou seja, das Ordens de Acesso Limitado (OAL) para uma Ordem de Acesso Aberto (OAA).

Há um ponto fundamental nessa definição: o desenvolvimento é um processo inserido em um espectro e pode no curso do tempo evoluir, permanecer estagnado ou mesmo retroceder.

Neste sentido, e até para compreender a classificação das ordens sociais nas quais se insere determinado Estado, o mesmo deve ser definido no contexto do processo de desenvolvimento. Deve-se, primeiramente, abandonar a ideia de que o Estado detém o monopólio da violência, pois tal afirmação é flagrantemente falsa, em especial, em Estados mais frágeis. Em segundo, deve-se abandonar a lógica de que o Estado é um ator isolado e possui como único objetivo o bem comum.

Sem tais premissas, compreender a atuação do Estado exige diagnosticar o quadro social existente e a influência dos mais distintos grupos de pressão em circunstâncias específicas. Com o intuito de se examinar a classificação acima descrita, North observa que o estudo da história demonstra que o primeiro objetivo das organizações políticas é o de prover ordem e evitar a violência física. Na ausência de um estado minimamente organizado, a violência é endêmica. Assim, a função primordial do Estado é manter a ordem, fazendo com que as pessoas disputem por seus espaços e por vantagens de forma pacífica. (NORTH, 2005)

Tal condição pode parecer óbvia, mas no curso da história e mesmo atualmente, houve e há um grande número de Estados que não cumprem tal função de forma minimamente aceitável. Uma sociedade somente abandona o que North chama de ordem social primitiva (OP) para atingir estágios de ordem social de acesso limitado (OAL), quando for interessante aos detentores do uso da violência a “delegação” de tal atribuição para o Estado. Em verdade, deve haver ganhos perceptíveis para determinada elite em que o Estado controle a violência e consiga manter a ordem sob seu controle.

Nessas sociedades constitui-se uma elite comprometida com a manutenção de uma certa ordem política, econômica e social. É justamente essa elite que, a partir do seu interesse e de sua percepção, dá as notas características de determinada atuação estatal.

As ordens de acesso limitado surgiram como uma solução para o controle de uma sociedade cada vez complexa, exigindo a consolidação de um Estado soberano controlado por uma coalizão integrada por indivíduos pertencentes aos quadros da elite.

Nesse contexto, o que caracteriza os chamados Estados desenvolvidos, é o fato de que estes romperam com o padrão das OAL, tornando-se assim ordens de acesso aberto (OAA). Em tais país há um controle efetivo, perene e centralizado da violência. Este controle está garantido e limitado pelo princípio da legalidade, ou seja, o Estado não atua para além dos limites legais.

Por seu turno, nas OAL, a efetiva participação política e a possibilidade de acesso aos mercados mais atraentes, ou seja, o exercício de uma participação mais efetiva no domínio econômico segue disponível apenas para uma elite, em maior ou menor medida.

Tais limites não são impostos pela elite de maneira deliberada ou organizada. Não se deve imaginar uma reunião de sócios da elite discutindo como evitar o acesso da não elite em grupos de trabalho, por exemplo. Esses limites são impostos no dia-a-dia, como algo óbvio e que faz parte da vida em sociedade. Eles usualmente surgem, por exemplo, a partir de pequenas corrupções que vêm de dentro da burocracia. As elites cumprem sua parte contribuindo com esse quadro, pois fomentam a pequena corrupção que lhes favorece, limitando a competição.

A relação entre as organizações privadas e os entes públicos é marcada pela interdependência. Por um lado, os entes públicos regulam as atividades de determinados entes privados e exercem o seu poder de polícia sobre eles. De outro lado, os entes privados, controlados pela elite, induzem os entes públicos a exercer o seu papel nos exatos limites do interesse da elite.

Assim sendo, há que se considerar que em ordens de acesso de qualquer tipo as instituições e as organizações possuem um papel central.

No clássico “Institutions, Institutional Change and Economic Performance”, de 1990, com o qual recebeu o Prêmio Nobel de Economia em 1993, North demonstra como o crescimento econômico e a evolução histórica de uma sociedade condicionam-se pela formação e evolução de suas instituições. Em outras palavras, o desenvolvimento é condicionado pela evolução do quadro institucional, formal e informal. Tal quadro condicional a eficiência das organizações (NORTH, 2001).

As instituições são as regras do jogo em qualquer sociedade, representando as limitações criadas pelo ser humano que dão forma à interação humana. Assim,

constituem incentivos para o intercâmbio humano, seja ele político, social ou econômico. De acordo com North, as instituições não apenas afetam o desempenho da economia, mas também os diferentes desempenhos econômicos ao longo do tempo são influenciados pela forma como as instituições evoluem (NORTH, 2001).

As instituições reduzem a incerteza pelo fato de que proporcionam uma estrutura à vida diária, definindo e limitando o conjunto de escolhas dos indivíduos (NORTH, 2001). Elas podem ser formais, ou seja, como as leis, ou informais, como aquelas decorrentes de usos e costumes.

A teoria institucional de North adota um conceito de racionalidade processual, mais ampla que a racionalidade instrumental adotada pelos neoclássicos. Tal conceito consegue explicar os mercados incompletos e imperfeitos e porque estes são a regra no mercado. Esta teoria da racionalidade mais ampla aponta dois aspectos essenciais da conduta humana: a motivação dos indivíduos e a questão da decifração do ambiente (NORTH, 2001).

Na base da proposta de North está a impossibilidade do indivíduo conhecer toda informação necessária para a tomada de decisões ótimas. Esta impossibilidade decorre de questões como a complexidade dos problemas, a falta de capacidade computacional e as realidades mutáveis.

Considerando que o indivíduo conhece apenas parcialmente o mundo sobre o qual deve decidir, a racionalidade significa agir da forma mais razoável possível na busca por determinados fins, justamente em razão da falta de informação.

North também avalia que a ideologia é uma importante instituição informal, ao restringir o comportamento individualista nas sociedades. Assim sendo, a ideologia favorece a interação entre as pessoas e estabelece uma base comum de crenças e regras que, por seu turno, torna as trocas econômicas mais híidas.

Além de influenciar as instituições informais, a ideologia atua sobre as instituições formais, desde a sua constituição até a sua efetiva implementação. É inegável a influência da ideologia na formação e na legitimação do marco normativo de um Estado. Levando em consideração que a legislação insere-se na base de formação das regras formais e informais de uma sociedade, a sua relevância resta evidente no desempenho das economias nacionais.

Esperar que as instituições formais e informais sejam isentas é falacioso. A ideologia está presente na vida em sociedade e no dia-a-dia de cada indivíduo.

Outro conceito levado em conta por North para que se atinja o bom desempenho do marco institucional é a eficiência. Assim, é preciso estabelecer e garantir firmemente o direito de propriedade, que proporciona segurança jurídica e confiança para que organizações e indivíduos invistam em atividades econômicas produtivas, sem receio do risco inerente ao quadro institucional de determinado Estado.

Por seu turno, a incerteza dificulta a adoção de transações econômicas entre os indivíduos, especialmente em situações onde as informações são imperfeitas, já que os agentes não possuem capacidades mentais e computacionais para conhecer e processar todas as informações necessárias à adoção da decisão correta (NORTH, 2001).

Assim, o próprio conceito de incerteza fomenta a um incremento dos custos de transação. Neste sentido, para North, a incapacidade das sociedades de garantirem plenamente o cumprimento de contratos constitui uma fonte relevante de dificuldades para o processo de desenvolvimento dos emergentes e subdesenvolvidos (NORTH, 2001). Nesta seara, a solução de conflitos ganha especial destaque. Estados que possuem judiciários ineficientes, seja pelo conteúdo das decisões proferidos, seja pela falta de celeridade, alargam sobremaneira o risco ao investimento, exigindo uma contrapartida no lucro a ser auferido. É a máxima, “quanto maior o lucro, maior o risco”.

Neste contexto, o conceito de instituições, enquanto limitações criadas pelos seres humanos para se relacionarem em sociedade, constitui a pedra fundamental do pensamento de North. Quando reduzem os custos de negociação, as instituições funcionam para atenuar os efeitos provenientes da existência de incerteza, facilitando e barateando a coordenação econômica e social (NORTH, 2001).

As instituições informais decorrem das informações transmitidas socialmente e da própria herança cultural de um determinado Estado, bem como dos valores preponderantes em uma sociedade. Sem dúvida, influem e condicionam a elaboração e a aplicação das limitações formais (NORTH, 2001).

Para North, a evolução desigual de tradições e costumes não escritos para leis escritas, conforme aumenta o nível de complexidade da sociedade, faz com que a

relação entre as limitações informais e as formais não tenham uniformidade no estudo comparado de uma cesta de Estados nacionais (NORTH, 2001).

Assim sendo, a crescente complexidade das sociedades eleva o índice de rendimento da formalização dos limites impostos à sociedade. As regras formais são compostas por normas jurídicas que criam e garantem a base legal para a sua aplicação, apoiando o bom desenvolvimento de outras condicionantes também formais, as contratuais.

Por seu turno, as organizações criadas a partir das instituições informais e formais geram a dinâmica do modelo. É da interação entre as organizações e as instituições que resulta o desempenho econômico de uma determinada sociedade.

Portanto, se o desempenho econômico de um Estado vem apresentando resultados inadequados há que se observar o quadro institucional e as organizações naquele Estado. Em outras palavras, deve-se partir para a denominada mudança institucional.

Entretanto, como pode-se ter em mente, a mudança institucional é complexa, já que para obter alterações nas instituições formais de um Estado há uma condicionante de difícil consecução: obter a evolução das instituições informais daquela sociedade. Em regra, as instituições informais evoluem de forma gradual e em longo prazo, sem rupturas ou mudanças abruptas de conduta (NORTH, 2001).

North admite, escapando a um indevido reducionismo uniformizador, que sociedades diferentes desenvolvem instituições distintas, com graus também distintos de eficiência, justamente porque possuem peculiaridades em suas instituições informais.

North adota um modelo institucional que prova que as instituições determinam diretamente o desempenho das economias, mas que falha ao investigar o que cria instituições eficientes. Neste sentido, North não fornece um conceito de desenvolvimento.

Todavia, North demonstra a relevância da existência de instituições fortes e confiáveis como pré-condição para a aceleração do processo de desenvolvimento, o que por si só, já influenciaria um incremento na eficiência das organizações e no desempenho econômico e social de um Estado.

De maneira geral, a análise do neoinstitucionalismo, e em especial, a leitura da pesquisa de Douglass North, apontam que a evolução de determinada sociedade, limitada por uma fronteira específica, sob uma mesma bandeira nacional, depende da compreensão de que a mudança institucional é possível e necessária. O desenvolvimento é um processo evolutivo que depende como qualquer sistema de um periódico diagnóstico. Há sempre feedbacks a serem considerados e utilizados na mudança institucional. A uma verdadeira “corrida” desenvolvimentista que envolve os mais distintos países.

Nesta seara, os dois problemas básicos a serem enfrentados são a dependência da trajetória e a falta de compreensão ou interesse da elite em realizar as reformas necessárias. Há dois bons exemplos a serem citados. A Argentina já esteve em um estágio de desenvolvimento relativo aos demais países bem mais avançado do que se encontra atualmente. Na década de 1930 chegou a ser considerada como um país desenvolvido. Entretanto, na segunda metade do século passado perdeu o ímpeto desenvolvimentista, em especial, quando não conseguiu realizar uma industrialização baseada na substituição de importações na década de 1960 (SEN, KLIKSBURG, 2010).

De outro lado, tem-se o exemplo, sempre citado, da Coreia do Sul. Após o fim do conflito com os vizinhos norte-coreanos, a Coreia do Sul, em cinquenta anos, reformou as suas instituições econômicas, estimulando investimento e comércio, bem como fomentou a educação e a pesquisa. O país soube utilizar a ajuda norte-americana apoiando as suas empresas e permitindo, no início do processo, um alto índice de concentração empresarial. Na década de 1980, instituiu uma democracia sólida e combateu a corrupção endêmica.

Em suma, há escolhas a serem feitas pelas elites em cada país. É possível superar o atraso e a falta de perspectiva. Mas também é possível permanecer estagnado ou retroceder por séculos sem que nenhuma mudança aconteça. A história é rica em exemplos.

Como já se afirmou no início deste trabalho, o triunfo do constitucionalismo e do Estado de Direito no século XIX foram fundamentais para que a importância do Direito passasse a ser avaliada no processo de desenvolvimento. Nos Estados de tradição romano-germânica, a consolidação da exegese, e, nos de tradição inglesa, a aplicação e a consolidação do Judicature Act, de 1883, favoreceram e fortaleceram a

convicção de que o Direito, enquanto ciência aplicada, constituía fator determinante no processo de desenvolvimento. Em verdade, a noção de que o sistema jurídico afeta as perspectivas econômicas e sociais de um Estado já existia desde o século XVIII, notadamente na Inglaterra, mas ganhou força no século seguinte com a adoção dos institutos acima citados.

O aumento da complexidade econômica e social gerada pela intensificação da urbanização e pela chegada da primeira revolução industrial na Europa continental na primeira metade do século XIX intensificou a certeza de que as reformas jurídicas teriam que levar em consideração os impactos causados sobre a economia e, conseqüentemente, sobre a sociedade. Na segunda metade do século XIX tal impressão se consolidou, já que a segunda revolução industrial, o triunfo do capitalismo financeiro e a formação das camadas médias urbanas tornaram as relações econômicas e sociais mais complexas.

Entretanto, apenas no século XX surgiu uma disciplina acadêmica para estudar a relação entre o direito e o desenvolvimento. Neste sentido, a década de 1960 marcou o início da defesa, pelas organizações internacionais, da adoção de reformas jurídicas que favorecessem a aceleração do processo de desenvolvimento.

Destes estudos, realizados nas últimas quatro décadas, surgiram diversas teorias, cada uma incentivando diferentes pacotes de reformas jurídicas. David Trubek identifica três temas principais, em ordem cronológica de surgimento, que foram destacados pelas principais receitas reformistas: (i) o direito como um instrumento para promover o desenvolvimento; (ii) o direito como barreira ao desenvolvimento econômico; e (iii) o direito como uma estrutura que facilite as decisões privadas (TRUBEK, 2009).

Assim, após a Segunda Guerra Mundial, apresenta-se no meio acadêmico norte-americano o chamado movimento “Direito e Desenvolvimento”, incentivado pela reconstrução do pós-guerra, pela autodeterminação dos povos e pelo triunfo do pensamento keynesiano e do Estado de bem-estar social (welfare state).

O movimento foi marcado pelos ideais de modernização e pretendia transplantar experiências bem sucedidas de instituições jurídicas ocidentais de Estados

desenvolvidos para o terceiro mundo, como meio legítimo de promover a democracia e o desenvolvimento econômico.

Este discurso, na América Latina, foi duramente criticado pelos autores filiados à teoria da dependência, para os quais o transplante de tais estruturas significava, em verdade, entraves disfarçados ao desenvolvimento do Terceiro Mundo.

No fim da década de 1970, os próprios autores de vanguarda deste primeiro movimento, que se propôs a relacionar cientificamente direito e desenvolvimento, declararam a sua superação e morte (TRUBEK, GALANTER, 1974).

Em que pesem as diversas críticas feitas a este movimento, há de se observar que o seu abandono ocorreu, não por coincidência, mas com a superação do modelo keynesiano e com o advento do modelo neoliberal. Em outras palavras, este primeiro movimento, tipicamente intervencionista, não poderia mais prosperar na esteira dos novos tempos advindos do Consenso de Washington.

A economia do desenvolvimento se afastou da crença na intervenção do Estado, surgindo, então, uma segunda abordagem temática, no sentido de que o Direito pode ser um entrave ao desenvolvimento econômico. Para esta linha de raciocínio, os marcos normativos e a sua aplicação podem significar amarras que impedem a inovação tecnológica e que afastam o investimento. No final da década de 1990, inclusive no Brasil, a preocupação com o impacto negativo do Direito, sobretudo, com a intervenção estatal na economia por meio das instituições formais jurídicas, fez com que a ênfase do discurso sobre Direito e desenvolvimento coincidissem com o discurso privatista e não intervencionista neoliberal, favorável, em última análise, à auto-regulação da economia. Sempre é bom lembrar que, para os neoclássicos, crescimento econômico é sinônimo de desenvolvimento, ainda que tal afirmação tenha sido desbaratada pelo argumento de Schumpeter há quase um século.

O terceiro momento da discussão sobre a relação entre Direito e desenvolvimento compreende o Direito como uma estrutura que facilita as decisões privadas. A construção e o aprimoramento de regras jurídicas eficientes para regular a atividade econômica, mais complexa a cada momento, são ressaltadas por esta linha de análise. O aprimoramento das instituições formais, no sentido do pensamento de North, de cunho jurídico, com ênfase na preocupação em garantir efetiva proteção jurídica à

propriedade e aos contratos, é compreendido como uma forma de proteger a higidez dos mercados, facilitando o fluxo de investimento e a evolução da inovação tecnológica (TRUBEK, 2009).

Assim sendo, Trubek acredita que esta terceira onda concentra-se no desenvolvimento do Estado de Direito (rule of law) nos países emergentes, mantendo, contudo, características criticáveis. Por exemplo, mantém-se amarrada a um modelo ocidental (e idealizado) no qual o núcleo duro do Estado de Direito é um judiciário independente que aplica regras neutras de forma objetiva e acredita que a criação de tal instituição (judiciário independente) alcançará, de forma direta e sem maiores problemas, um vasto leque de objetivos, desde o desenvolvimento do mercado até a atenuação da pobreza (TRUBEK, 2003).

Em suma, houve no final da década de 1990, uma crescente preocupação de que o Estado garantisse as “regras do jogo” da atividade econômica dentro de suas fronteiras, por meio da adoção de marcos normativos abstratos eficientes que quando aplicados por um judiciário independente a situações concretas, favorecessem a tomada de decisões que garantissem a higidez dos mercados. Note-se que nesta linha argumentativa não há qualquer preocupação com a efetivação de direitos fundamentais, exceto os relativos ao princípio da legalidade e ao direito de propriedade e livre iniciativa.

Assim sendo, o século XX deixou um legado bastante complexo e heterogêneo quanto à análise do direito e desenvolvimento. O principal problema neste período reside no conflito entre duas ideias opostas que buscaram prevalecer no debate: (i) de um lado, o Direito como um instrumento de mudança de comportamentos para que o Estado promova a aceleração do processo de desenvolvimento, criando novas instituições que avancem na regulação econômica e social; e (ii) de outro lado, o Direito como uma estrutura neutra, que aceite, na prática, a desregulação e a auto-regulação, fruto de um Estado mínimo, que assim se compreenda.

Atualmente, o debate sobre Direito e desenvolvimento parece evoluir para a aplicação de raciocínios pouco baseados em lógicas macroeconômicas, abandonando o debate entre keynesianismo e neoliberalismo. Os pesquisadores estão mais ocupados em encontrar os limites para a atuação do Estado por meio do Direito, observando, na prática, até em que ponto haverá mudanças efetivas econômicas e sociais por esta

intervenção. Há alguns pontos específicos que surgem desta busca por limites, especificamente quanto à realidade brasileira.

Em primeiro lugar, os trabalhos jurídicos sobre o tema devem abandonar o simplismo da análise macroeconômica leiga, para de fato abordarem os impactos da criação de leis e regulamentos, que, se bem aplicados pela Administração Pública, podem beneficiar o processo de desenvolvimento. Em outras palavras, a preocupação do jurista, ainda que analisando as lições da Economia e das Ciências Política e Social, que interagem no tema, deve centrar-se na formação e aplicação da norma jurídica, com especial atenção para a atuação do Poder Judiciário.

Neste sentido, ainda há um caminho longo a percorrer no campo do fortalecimento do ambiente institucional, notadamente no que tange à observância dos princípios da legalidade, da supremacia do interesse público e da moralidade pela Administração Pública. Ademais, são prementes uma série de reformas jurídicas em prol da celeridade na prestação da atividade jurisdicional, sobretudo no que tange ao abandono da tendência cartorial que historicamente informa o processo no País. A necessidade de regras jurídicas materiais e processuais claras e previsíveis favorecerá largamente o processo de desenvolvimento nacional.

Assim, a política de reformas jurídicas e de sua aplicação esbarra na cultural falta de planejamento estratificada na sociedade brasileira, o que faz da hermenêutica jurídica no Brasil talvez a ciência mais rica em exemplos a serem lembrados, tanto no campo da interpretação, quanto no que diz respeito à integração das lacunas e à solução das antinomias. Ao que parece, do mesmo modo que os juristas brasileiros mergulharam no estudo da macroeconomia na década passada para compreender a relação entre direito e desenvolvimento, agora, é premente que mergulhem na análise da realidade social e cultural brasileira, de caráter sociológico e antropológico, especialmente quanto à formação e o desenvolvimento da sociedade no País. Ao encontrar os valores predominantes no meio social brasileiro, encontrar-se-ão as chaves para a mudança.

Por seu turno, a democracia, ainda que seja um fim em si mesma, é uma condição de existência e não uma garantia de acesso ao desenvolvimento, o que na democracia representativa brasileira parece fácil de se observar. Mais uma vez, como já exposto no item acima, devem-se enfrentar as claras amarras éticas que envolvem o jogo político partidário no País e as suas consequências na criação de regras jurídicas,

na aplicação do Direito pela Administração Pública e na própria prestação jurisdicional. Em verdade, a democracia no Brasil, nos últimos trinta anos, não conseguiu se aprofundar e há algumas questões extremamente abertas quanto à sua validade e efetividade. Em outras palavras, a democracia tem que avançar para além do voto no Brasil, com a ampliação da participação popular.

Ainda quanto aos juristas brasileiros, há uma crença exagerada sobre a capacidade do Direito e do Judiciário em solucionar os problemas nacionais. O neoconstitucionalismo, por exemplo, defende a invariável garantia dos direitos fundamentais, sem observar os efeitos práticos da falta de atendimento dos princípios da moralidade e da eficiência da Administração Pública e dos limites orçamentários que conformam suas políticas públicas no campo social. A postura bem intencionada, mas distante da realidade, destes juristas, que afastam o limite da reserva do possível e acreditam que o Judiciário deve garantir o acesso aos direitos fundamentais de maneira quase absoluta quando o Estado-Administração não o faz, denota outra faceta a ser enfrentada pelos juristas brasileiros.

Por fim, o aumento da complexidade das relações econômicas internacionais e a crescente relativização da soberania externa exigem que o Brasil mantenha-se atento à sua presença como participante das negociações multilaterais no comércio internacional. A frágil participação brasileira na Rodada Uruguai do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT, na sigla em inglês), que culminou na criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), demonstrou que uma postura mais aguda deveria ser implementada, já que estes instrumentos jurídicos internacionais influem no sistema jurídico como um todo e na sua aplicação, por exemplo, quanto à atividade econômica.

A diplomacia brasileira avançou neste sentido na última década, protegendo a economia nacional e evitando que o Brasil se envolvesse em novos acordos comerciais pouco interessantes ao País. Todavia, ainda há um problema a ser enfrentado: exceção feita aos próprios pesquisadores do direito internacional, uma boa parte dos juristas brasileiros ainda reluta em compreender o direito internacional e o debate sobre direito e desenvolvimento como temas efetivamente jurídicos.

Considerações finais

O presente trabalho procurou demonstrar que o debate sobre a influência do direito no processo de desenvolvimento está longe de ser pacificado. Sobretudo em países emergentes como o Brasil, que necessitam de reformas jurídicas, mas que possuem um histórico de dependência da trajetória, tal questão divide a opinião dos doutrinadores das ciências humanas e sociais aplicadas.

As marcadas dificuldades em se garantir o pleno acesso aos direitos fundamentais para boa parte da população e o histórico pensamento conservador de parte das camadas mais abastadas da população local representam um entrave importante à adoção de um quadro de mudança institucional no curto prazo.

De todo modo, é relevante que a pesquisa científica em Direito continue estudando tais temas, relacionando direito e desenvolvimento como institutos indissociáveis e complementares.

Referências

NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge University Press, 1990.

NORTH, Douglass C. Institutions. **The Journal of economic Perspectives**, v. 5, n.1, p. 97-112, 1991.

NORTH, Douglass C. **Understanding the process of economic change**. Princeton: Princeton University Press, 2005.

NUSSBAUM, Martha; SEN, Amartya (eds.). **The Quality of Life**. Oxford university Press: Oxford, 1993.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North. In: VIEIRA; Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. **Estado de direito e o desafio do desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva: 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

TRUBEK, David. Direito e Desenvolvimento no século XXI. **Seminário “Direito e Desenvolvimento”**: debates sobre o impacto do marco jurídico no desenvolvimento econômico brasileiro. Proposta de Trabalho. Brasília: Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, out. 2009.

TRUBEK, David; GALANTER, Marc. Scholars in Self-Estrangement: some reflections on the crisis in Law and development studies in the United States. **Wisconsin Law Review**, n. 4, 1974.