

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO E DESENVOLVIMENTO:

A função do direito em perspectiva

HISTORY EVOLUTION OF LAW AND DEVELOPMENT:

The function of the law in perspective

Lucas do Monte Silva

Acadêmico do curso de Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).
Membro da Equipe Editorial da Revista Direito e Liberdade, publicada pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN)

RESUMO: O objetivo da presente reflexão é empreender uma análise histórica e panorâmica do Direito e Desenvolvimento (D&D), analisando as mudanças do Estado em relação a cada fase das políticas desenvolvimentistas, bem como busca-se investigar os fins do direito de acordo com cada momento do D&D. Por meio de pesquisa bibliográfica e do método descritivo, buscou-se, assim, apresentar as fases que assinalam a progressiva expansão das dimensões da realidade albergadas pelo conceito de desenvolvimento, desde o primeiro momento com o Estado-keynesiano até o terceiro momento com o Estado social, isto é, desde a visão do desenvolvimento como um sinônimo do crescimento econômico até ao desenvolvimento como uma adição de variadas dimensões, que possuem como finalidade fornecer uma vida digna para todos os cidadãos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito e Desenvolvimento. Momentos. Evolução histórica. Função do Direito.

ABSTRACT: The article aims to undertake a historical and panoramic analysis of the Law and Development, analyzing the changes the state makes for each change of the development policies and seeks to investigate the changes and purposes of the Law according to each moment of the Law and Development. Through literature research and descriptive method, it sought to thus display phases that mark the progressive expansion of the dimensions of reality accommodated by the concept of development, from the first moment with the Keynesian State until the third time with the State social, that is, from the view of development as a synonym of economic growth through development as an addition of various dimensions, which have as purpose to provide a decent life for all citizens.

THEMIS

KEYWORDS: Law and Development. Moments. Historical evolution. Function of the Law.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo da presente reflexão é empreender uma análise histórica e panorâmica do Direito e Desenvolvimento (D&D), analisando as mudanças do Estado em relação a cada mudança das políticas desenvolvimentistas, bem como investiga-se as mudanças e fins do direito de acordo com cada momento do D&D.

Por meio de pesquisa bibliográfica e do método descritivo, procura-se, assim, apresentar as fases que assinalam a progressiva expansão das dimensões da realidade albergadas pelo conceito de desenvolvimento, desde o primeiro momento com o Estado-keynesiano até o terceiro momento com o Estado social, isto é, desde a visão do desenvolvimento como um sinônimo do crescimento econômico até ao desenvolvimento como uma adição de variadas dimensões, que possuem como finalidade fornecer uma vida digna para todos os cidadãos.

Para tanto, este artigo divide-se em quatro momentos. Primeiro, estabelecer-se-á as bases para as seções seguintes, fazendo um paralelo entre o conceito de “momentos” do D&D, cada um representando uma revolução copernicana em relação aos conceitos, fundamentos e ideias, e a noção de paradigma teorizada por Thomas Kuhn.

Em seguida, será discutido o primeiro momento do Direito e Desenvolvimento, denominado de “Movimento Direito e Desenvolvimento”, que compreende o período entre as décadas de 1950 e 1970, mostrando o que poderia ser considerado “desenvolvimento” para o contexto vivido, bem como será analisado o papel do direito nesse momento. Após, na terceira seção, seguindo a linha descritiva da seção anterior, analisar-se-á o segundo momento do D&D, denominado de “Direito e o Mercado Neoliberal” ou “Programa de Boa Governança”, compreendendo o período entre as décadas de 1980 e meados da década de 1990, o qual possui políticas de desenvolvimento amplamente antagônicas em relação ao momento anterior.

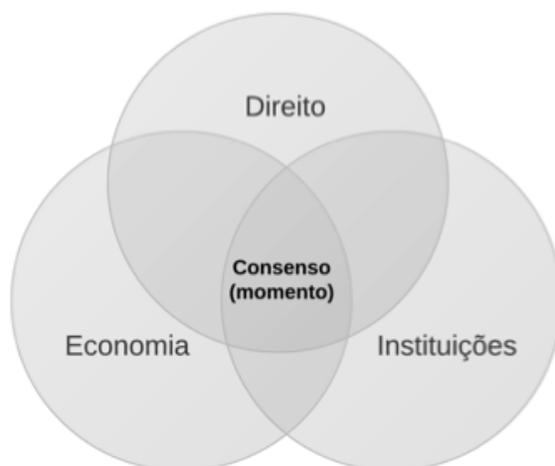
Por fim, será analisado na seção seguinte, o que os doutrinadores estão densificando na atualidade. Nesse derradeiro momento, ocorre a expansão do

conceito de “desenvolvimento”, deixando de significar apenas crescimento econômico para albergar também o processo de crescimento de liberdades humanas, estando estreitamente relacionado aos direitos fundamentais.

Ressalta-se, por oportuno, que não há pretensão de esgotar o tema, mas sim de servir como base para futuras pesquisas.

2 HISTÓRICO DO DIREITO E DESENVOLVIMENTO

O estudo do Direito e Desenvolvimento exsurge a partir do segundo pós-guerra, com a necessidade de progresso das nações em desenvolvimento, haja vista a estagnação de suas economias e de seus indicadores sociais, dirigindo-se para o Direito como resposta para esse problema. Nesse sentido, buscando facilitar a compreensão da evolução histórica desse campo, os teóricos, além de dividirem a evolução desse tema em “momentos”, cada um representando uma revolução copernicana em relação aos conceitos, fundamentos e ideias, estabelecem que o D&D emerge pela interseção de três esferas diferentes: direito (ideias jurídicas), economia (teoria econômica) e instituições (políticas e práticas de instituições de desenvolvimento). Tais campos podem ser analisados separadamente, mas, na prática, entrelaçam-se e influenciam-se de formas recíprocas e complexas.



THEMIS

Tendo em vista que esses campos não são estáticos, mas sim, dinâmicos e multidimensionais, a partir do momento que um deles evolui, os outros, como consequência, avançam juntos. Em outras palavras: estes campos influenciam-se reciprocamente. Assim, ideias que outrora eram maioritariamente aceitas, tornam-se falhas, necessitando de uma mudança de paradigma, ou melhor, como denominado pelos teóricos da área, uma mudança de “momento” ou de “fase”, para adequar-se ao novo contexto.

Quando a comunidade acadêmica e os *policy makers* entram em consenso no que tange à atuação de cada uma dessas esferas, isto é, quando estas se unem sob um *standard* central, no qual se estabelece o papel do direito, da teoria econômica e das mudanças institucionais necessárias para alcançar o desenvolvimento - inicia-se um “momento”, que foi cristalizado numa ortodoxia, sendo esta compreensiva e amplamente aceita pelos doutrinadores da área.

Assim sendo, essa acepção de “momento” do D&D assemelha-se à concepção de paradigma, estabelecida por Thomas Kuhn, historiador e filósofo da ciência, que dedicou sua vida à promoção da perspectiva revolucionária e histórica da ciência. Para Kuhn, os paradigmas são “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, oferecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, 1998, p. 13), ou melhor, “são fonte de métodos, áreas problemáticas e padrões de solução aceitos por qualquer comunidade científica amadurecida, em qualquer época que considerarmos” (KUHN, 1998, p. 137)

Contudo, cumpre ressaltar que esses paradigmas, ou melhor, momentos, sofrem uma série de modificações à medida que surgem anomalias do processo científico, fazendo com que o paradigma não consiga resolver problemas ou dificuldades que surgem no processo de investigação, abrindo-se lacunas nesse modelo e, por conseguinte, no processo científico. Quando as lacunas e as anomalias tornam-se insuportáveis para os projetos da comunidade científica, provoca-se uma crise desse paradigma, culminando numa mudança, ou melhor, revolução científica. Observa-se, assim, que esse processo não é linear, gradual, cumulativo, com pequenas mudanças; pelo contrário, ocorre na forma de saltos quânticos, modificando o ponto de vista da ciência sobre o objeto de estudo.

Nesse contexto, desde da década de 1950, o Direito e Desenvolvimento passou por diversas mudanças, havendo várias versões desse campo, contudo, apenas três são suficientemente relevantes para serem chamadas de “momentos” (FERNANDES; BARRETO, 2006).

2 PRIMEIRO MOMENTO DO D&D: O ESTADO INTERVENCIONISTA E O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE PODER ESTATAL

O primeiro momento, denominado de “Movimento Direito e Desenvolvimento”, compreende o período entre as décadas de 1950 e 1970, tendo o seu início logo após a Segunda Guerra Mundial. Nele, as políticas de desenvolvimento tinham como foco o papel do Estado na administração da economia e na transformação da sociedade. Os juristas acreditavam que o Direito deveria ser usado como um instrumento na coordenação da economia, além de servir como propulsor de mudanças sociais, ou seja, nesse momento, adotou-se a perspectiva keynesiana, na qual a intervenção estatal, junto ao protecionismo exagerado, seria a única forma de alcançar o desenvolvimento.

Com efeito, as escassas medidas das agências de Desenvolvimento serviam-se do Direito como um instrumento pelo qual o Estado, por meio de políticas públicas, poderia focar-se na criação de crescimento econômico. Além disso, baseavam-se em alguns dogmas, como a noção de que o motor do crescimento seriam as substituições de importações (o país começa a produzir internamente o que antes importava de outras nações); além da ideia de que o setor privado seria frágil para prover um crescimento autossustentável; também afirmava-se que os investimentos estatais deveriam ser direcionados em setores-chave da economia nacional, ou seja, tinha-se a ideia de que o dirigismo estatal era o caminho do Desenvolvimento (TRUBEK; SANTOS, 2006).

Vislumbra-se, desta maneira, que, nesse Estado desenvolvimentista, o caminho viável para o crescimento sustentável seria a atuação estatal na criação de planos, realocação dos excedentes, promoção de investimentos em setores-chave da economia, bem como a fomentação do controle do capital estrangeiro.

O Direito entraria nessa perspectiva como instrumento de intervenção estatal na economia, de modo que as leis mostravam-se necessárias para controlar a economia em nível macroeconômico, canalizar os setores da economia de

THEMIS

acordo com o plano nacional, além de regulamentar e controlar as importações. Em outros termos: o foco do Direito e Desenvolvimento, nessa primeira fase, dirigia-se no sentido da intervenção estatal na economia (direito público) e em transportar leis regulatórias de nações desenvolvidas (TRUBEK; SANTOS, 2006).

Convém notar que nesse período histórico a teoria da modernização, preconizada por Walt Whitman Rostow e outros economistas evolucionistas, estava em voga na comunidade acadêmica. Tal teoria baseava-se na ideia do desenvolvimento como processo gradual, que se dava por etapas, além de defender que, nos países subdesenvolvidos, o responsável pelo crescimento econômico deveria ser o Estado. Assim, para a teoria modernista, o Estado deveria tornar-se o personagem principal do discurso desenvolvimentista, possuindo como responsabilidade criar empreendimentos estatais e incentivar a industrialização dos setores da economia, fomentando o desenvolvimento por meio de incentivos aos atores privados.

Outro foco do primeiro momento merecedor de registro é a importância atribuída à formação da profissão jurídica, ou melhor, do incentivo ao desenvolvimento jurídico. Nesse sentido, os teóricos do D&D comungavam com a reforma do ensino jurídico, na qual o formal-dogmático, focado estritamente na letra da lei e no litígio, entrasse em plano secundário e o ensinamento pragmático, cujo enfoque seria a utilização do direito como um instrumento prático para um fim, aliado à renúncia da cultura do litígio que em prol da conciliação, surgisse em primeiro plano.

Para os críticos desse primeiro momento, em geral, o desafio do D&D padeceria na morosidade e burocracia estatal, pois, o Estado não teria os instrumentos e a legitimidade para escolher que setores da economia que preferia em relação a outros. Outrossim, o conceito de desenvolvimento “*one size fits all*”, isto é, um conceito único para todas as nações, não seria o ideal, já que cada local de implantação possui uma cultura jurídico-institucional, história, posições religiosas e étnicas, indicadores políticos diferentes, tornando impraticável a adoção da ideia da intervenção estatal como a resposta geral para os países periféricos, tendo em vista a falta de adequação as peculiaridades de cada contexto.

Vale pontuar, demais de tudo isso, que tal momento não fracassou, pelo contrário, nos países da América Latina e da Ásia onde as suas medidas foram adotadas, obtiveram-se grandes avanços, não apenas no contexto econômico, mas também no social. Contudo, devido a alguns defeitos inerentes à posição adotada, os Estados desenvolvimentistas sofreram alguns reveses, impossibilitando a permanência desse momento, dando ensejo a uma quebra de paradigma kuhniana, ocorrendo a superação dessa fase.

3 SEGUNDO MOMENTO: ESTADO NEOLIBERAL E O DIREITO COMO INSTRUMENTO DO MERCADO

No segundo momento, denominado de “Direito e o Mercado Neoliberal” ou “Programa de Boa Governança”, compreendendo o período entre as décadas de 80 e meados da 1990, as políticas de desenvolvimento foram amplamente antagônicas em relação ao momento anterior. Nesse segundo momento, o discurso principal foi formado pelos economistas neoliberais, que defendiam a redução do Estado (estado mínimo) e a submissão do aparelho estatal ao Império do Direito (*rule of law*), ou seja, o discurso keynesiano intervencionista foi substituído pelo neoclássico (*hayekiano*), no qual a confiança nos mercados e a desconfiança em relação ao Estado passaram a ser aceitos como dogmas pela comunidade científica e *policy makers* (TRUBEK; SANTOS, 2006).

Apesar da fórmula *one size fits all* ter fracassado no primeiro momento, os teóricos do segundo momento continuaram seguindo esse desvio e, por conseguinte, cometeram um erro de julgamento, contribuindo para o fracasso desse momento. Para eles, a melhor forma de atingir o crescimento seria promovendo a disciplina fiscal, diminuindo a intervenção estatal na esfera privada, limitando a intervenção nos mercados, removendo distorções criadas pelo Estado, facilitando transações, criando instituições básicas para assegurar direitos privados, promovendo o comércio livre e o investimento estrangeiro. Esse conjunto de medidas foram aceitas no sistema *rule of law* como o caminho para o desenvolvimento, além disso, foram arroladas no Consenso de Washington, documento no qual foram positivadas as principais ideias econômicas elaboradas

THEMIS

pelos funcionários do governo americano, Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial, Banco Interamericano de Desenvolvimento, com o objetivo de estabilizar as economias dos países em desenvolvimento e facilitar a troca de mercadorias entre nações.

Nesse diapasão, o Direito e Desenvolvimento expandiu sobremaneira, deixando de ser um pequeno projeto criado por pesquisadores estadunidenses para lograr relevância nas relações internacionais e expandir-se em projetos bilionários do Banco Mundial, com o fito de expandir os projetos baseados no desenvolvimento jurídico (*rule of law, que, em tradução livre, significa Império do Direito ou Estado de Direito*) e auxiliar a reestruturação das instituições de países subdesenvolvidos, cujo foco era a governança e o favorecimento dos atores privados no mercado interno e externo (TRUBEK; SANTOS, 2006).

O Direito, no segundo momento, era visto como um mero instrumento do mercado que possibilitava o crescimento dos atores privados e dos investimentos estrangeiros, e não mais como o instrumento de poder estatal. Ou seja, o direito tornou-se a estrutura para as relações econômicas e o limite do Estado. Assim, o papel do judiciário era tão somente de proteger os negócios de intrusões do governo e de ajustar as leis locais, com o intuito de facilitar a integração com a economia global. Tanto as leis regulatórias, como as civis (no sentido estrito) foram ignoradas nessa fase, em prol do Direito Privado e da criação de políticas e diretrizes (policy) para a melhor relação dos mercados (TRUBEK; SANTOS, 2006). Ademais, com o escopo de fornecer segurança jurídica e previsibilidade para os mercados, o ensino jurídico baseava-se nos pressupostos do formalismo, isto é, do positivismo jurídico. Tal corrente da teoria geral do Direito nega o jusnaturalismo (direito natural, baseado em princípios e valores não positivados) e busca explicar os fenômenos jurídicos por meio, exclusivamente, do direito posto e da legalidade estrita.

Assim sendo, os doutrinadores consideravam mais importante a segurança jurídica fornecida pelo fortalecimento dos direitos de propriedade e da imperatividade das relações contratuais (lei do mercado), do que a utilização do Direito como instrumento de emancipação social, deixando a efetivação de direitos sociais e políticos dos menos favorecidos em segundo plano.

Para os críticos do segundo momento, em geral, o pensamento neoliberal falhou em promover o desenvolvimento, visto que diversos países em desenvolvimento (Tigres Asiáticos, Rússia, Brasil, Argentina etc.) que adotaram as medidas introduzidas no Consenso de Washington passaram por graves crises econômicas. Tendo em vista que os mercados não regulamentados são, frequentemente, ineficientes e a intervenção estatal mostra-se necessária para corrigir falhas de mercado, como custos de transação e assimetrias informacionais. Aliás, as políticas econômicas, conforme visto alhures, não podem ser únicas, isto é, não se deve adotar um conjunto de medidas em todas as nações, sem considerar as particularidades da realidade local e o ritmo das reformas.

Outrossim, a exclusão social, nesse segundo momento, aumentou sobremaneira, chegando a níveis alarmantes. Segundo o Relatório de Desenvolvimento da ONU (1999), na década de 60, na qual ainda ocorria o primeiro momento do D&D, 20% dos países mais ricos do mundo tinham 30 vezes mais a quantidade de recursos quando comparados com 20% dos países mais pobres. Na década de 90, já no segundo momento, esse número aumenta exponencialmente. Em 1992, alcança essa cifra 72 vezes (PNUD, 2000, p. 9) e, em 1997, chega a 74 vezes (UNPD, 1992, p. 36). Em face do exposto, nota-se que os atores privados não conseguem sozinhos diminuir a desigualdade social e promover os direitos fundamentais, necessitando da intervenção estatal para que isso efetivamente ocorra.

Além disso, não pode-se olvidar que, nesse contexto, os direitos fundamentais, como a busca da igualdade e a promoção da democracia foram relegados para segundo plano, enquanto o discurso neoliberal da lei do mercado logrou primazia. Observa-se que o segundo momento fracassou na criação de condições para os mercados, já que não importa quão avançados são os mercados, se os trabalhadores (mão de obra) não possuem uma educação de qualidade, não possuem segurança nos seus deslocamentos do cotidiano, não possuem hospitais de qualidade etc. Ou seja, nesse momento, o verdadeiro desenvolvimento que é a criação de oportunidades para o aumento do potencial humano foi deixado para segundo plano, em prol de um conceito de desenvolvimento falho e fraco, que ocasionou diversos problemas financeiros e sociais onde foi implantado.

4 TERCEIRO MOMENTO: ESTADO SOCIAL E DIREITO COMO INSTRUMENTO DE EMANCIPAÇÃO SOCIAL

Com base nas críticas ao pensamento neoliberal, foi concebido o terceiro momento do Direito e Desenvolvimento, chamado de “*Comprehensive Framework for Development*”, que está, atualmente, em formação. Nesse derradeiro momento, ocorre a expansão do conceito de “desenvolvimento”, deixando de significar apenas crescimento econômico para albergar também o processo de crescimento de liberdades humanas, estando estreitamente relacionado com os direitos fundamentais.

Nesse contexto, a intervenção estatal, volta ao foco D&D, mostrando necessária para o processo de correção de falhas e excessos inerentes de mercado, bem como se mostra fundamental na incorporação do apoio ao desenvolvimento e da garantia de uma vida digna para todos os indivíduos entre os deveres do Estado. Porém, cabe ressaltar, que tal intervenção não é ilimitada.

Nesse quadro, o Direito passa a ser um fim em si mesmo, isto é, deixa de ser um mero meio de alcançar o desenvolvimento e tornar-se fim, o qual é a concreção de uma das facetas do desenvolvimento - o desenvolvimento jurídico. Assim, releva destacar, a importância da reforma do judiciário para a nova visão de desenvolvimento teorizada pelo D&D, mostrando-se necessário um ensino jurídico pragmático voltado a efetivação da tábua axiológica das Constituições e não apenas ao extremo formalismo do positivismo jurídico, pois, os direitos fundamentais estão em um patamar superior em relação à segurança jurídica e ao direito privado. Por outras palavras: os próprios pressupostos ônticos, epistemológicos e gnoseológicos do Direito sofrem uma série de modificações em prol de um Direito mais humanizador e inclusivo (SILVA, 2014, p. 178).

Os magistrados, nesse contexto, além de tutelar questões ressaltadas pela visão neoliberal (direito à propriedade e a imperatividade das relações contratuais), começam a adotar uma nova hermenêutica, voltada para a humanização do direito, levando em consideração nas suas decisões, o condão e a responsabilidade que a sua função possui na sociedade, tanto na esfera individual, como na coletiva, sendo imperiosa para a proteção dos direitos fundamentais. Essa nova visão está

indissociavelmente ligada a transformação da ciência jurídica, ocorrida nessas últimas décadas, cujas principais mudanças referem-se à nova tarefa do jurista de construir o direito - e não apenas revelá-lo -, de forma que se confere aos juristas uma maior responsabilidade na atividade primordial para o Estado Democrático de Direito, dar efetividade aos planos da Constituição, ou melhor, “aos projetos do Estado e às aspirações da sociedade” (MARINONI, 2006, p. 32).

Nesse sentido, Luigi Ferrajoli relembra que:

“Es una paradoja epistemológica que caracteriza a nuestras disciplinas: formamos parte del universo artificial que describimos y contribuimos a construirlo de manera bastante más determinante de lo que pensamos. *Por ello, depende también de la cultura jurídica que los derechos, según la bella fórmula de Ronald Dworkin, sean tomados en serio, ya que no son sino significados normativos, cuya percepción y aceptación social como vinculantes es la primera, indispensable condición de su efectividad.*” (FERRAJOLI, 2004, p. 68) (grifou-se)

Sobreleva notar, ainda, a importância do acesso à justiça para o desenvolvimento do terceiro momento. Dessa forma, esse direito fundamental, está estreitamente relacionado a outros diversos direitos que dependem da efetivação dele para serem exigidos no judiciário. Assim, faz-se mister que todos, mormente os mais necessitados, possuam o acesso à justiça para reivindicar os seus direitos junto ao Judiciário e que, efetivamente, possam ter a sua demanda julgada por um Magistrado de forma eficaz, real e célere, sem olvidar o devido processo legal.

O Novo Estado Desenvolvimentista (“*New Developmental State*”), produto do terceiro momento, passou a ser visto em uma perspectiva multidimensional e inclusiva, na qual a ênfase está no aspecto social e não nos mercados. Nessa ótica, o desenvolvimento está relacionado de forma estreita com o desenvolvimento humano, sendo fundamental que o desenvolvimento jurídico, social e político se coadunem no objetivo do D&D do terceiro momento, a promoção do desenvolvimento como liberdade, isto é, como um meio de garantir que todos os indivíduos possam seguir a vida que escolheram conduzir.

5 O DIREITO E DESENVOLVIMENTO NA ATUALIDADE: A PROPOSTA DO DESENVOLVIMENTO PÓS-SOCIAL

Quanto aos pressupostos estabelecidos pela doutrina do Direito e Desenvolvimento ainda não são pacíficos e certamente continuarão gerando divergências e debates jurídicos (DAVIS; TREBILCOCK, 2009). As questões fundamentais são: Qual é o desenvolvimento desejado? Para qual público o desenvolvimento é dirigido precipuamente? Na visão do D&D, o que seria o Direito? Como o Direito pode influenciar no processo de Desenvolvimento? O Estado deve intervir no processo de desenvolvimento? A iniciativa privada tem alguma importância no processo de desenvolvimento das nações?

A partir do estudo comparado das tendências do atual momento do D&D sobressai-se uma orientação comum que inspira e fornece os pressupostos para as novas concepções do tema (GUIMARÃES, 2013), cujo núcleo baseia-se na ideia do processo de desenvolvimento não ser apenas um vetor de instrumento de crescimento econômico, mas também do desenvolvimento da potencialidade humana, sendo este uma das ideias centrais do pós-positivismo.

Cumpra ressaltar que os vocábulos “pós-positivismo” e “neoconstitucionalismo”, não são intercambiáveis, pois essas duas posições filosóficas e metodológicas possuem diferentes graus de amplitude teórica (SILVA, 2007). As duas posições possuem semelhanças, uma vez que ambas buscam expor uma nova visão do direito, adequada aos pressupostos do Estado Democrático de Direito e a visão do direito como um instrumento de emancipação social, buscando superar a tradição jurídica do positivismo jurídico assentada no modelo liberal-individualista-normativista, que possui como base o silogismo dedutivista e o apego ao formalismo, isto é, “ao conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em norma da certeza jurídica e da ‘segurança do processo’” (FARIA, 1998, p. 14-15).

Contudo, esses termos podem ser diferenciados. Enquanto, o neoconstitucionalismo refere-se às características do pensamento jurídico no segundo pós-guerra, modificadas após a legitimação das barbáries nazistas pelo positivismo jurídico; o pós-positivismo funciona como base para os preceitos filósofos (jurídicos) do neoconstitucionalismo. Ou seja, este seria um caso particular do pós-positivismo e não um caso geral.

Luis Roberto Barroso (2009, p. 242) assim define: “O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. “

Em face do exposto, nota-se que, enquanto o pós-positivismo abrange todo novo ideário paradigmático do direito contemporâneo, fornecendo o embasamento para o neoconstitucionalismo, Constitucionalismo Contemporâneo, Jurisprudência dos valores, entre outras doutrinas; o neoconstitucionalismo, conforme visto acima, seria um mero caso da seara pós-positivista.

O neoconstitucionalismo, assim, pode ser compreendido como a convergência de duas tradições constitucionais: (i) jusnaturalismo, que preleciona o direito, não apenas como letra da lei, mas também um direito que alberga o viés ético e moral; ii) positivismo jurídico, que busca limitar o arbítrio estatal, por meio do modo interpretativo subsuntivo-dedutivo. Isto é, reúne pressupostos das duas perspectivas: a leitura moral e ética da primeira e o conteúdo normativo da segunda, sob a égide da dignidade da pessoa humana e da concreção de direitos fundamentais.

Embora o neoconstitucionalismo não possa ser considerado uma corrente unitária de pensamento, nas teorias dos seus principais autores, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luis Prieto Sanchís, Carlos Nino, Luigi Ferrajoli, Luis Roberto Barroso, pode-se observar uma série de elementos-comuns que se convergem nas ideias centrais do neoconstitucionalismo. Entre essas, pode-se observar: (a) superação da legalidade estrita, no sentido, da aproximação da moral e do direito, sem buscar a metafísica; (b) os princípios e valores ganham importância na hermenêutica constitucional e ordinária, logrando imperatividade e normatividade; (c) a dignidade da pessoa humana ganha primazia; (d) a Constituição torna-se o núcleo do ordenamento jurídico, abarcando diversos temas que estavam no direito infraconstitucional; (e) os direitos fundamentais condicionam a aplicação de todo o ordenamento, sendo sua efetivação o objeto principal dos textos constitucionais; (f) reconhecimento da força normativa da constituição; (g) expansão da jurisdição constitucional com ênfase no surgimento de tribunais constitucionais. De forma sintetizada, o

THEMIS

neoconstitucionalismo baseia-se nos seguintes pontos: “(a) mais Constituição do que leis; (b) mais juízes do que legisladores; (c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; (e) mais concretização do que interpretação” (COELHO, 2006, p. 66-67).

O neoconstitucionalismo proporcionou diversos avanços para a dogmática e zetética jurídica. Porém, deu azo para diversas condições patológicas a essa posição, de sorte que, teve como consequências diversos efeitos opostos ao pretendido inicialmente pelos defensores neoconstitucionalistas, contribuindo para a corrupção do próprio texto da Constituição (STRECK, 2011, p. 36), como, por exemplo: a arbitrariedade e discricionariedade judicial e, por extensão, do protagonismo judicial, visto que “a pretexto de superar o ‘ultrapassado’ silogismo dedutivista do paradigma liberal-formal-burguês, vêm deslocando o locus do sentido do texto – que representa a produção democrática do direito – na direção do protagonismo (acionalista-indutivista) do intérprete” (STRECK, 2011, p. 44); a utilização dos princípios e valores neoconstitucionais como álibis teóricos, para fugir da fundamentação de decisões; panprincipiologismo, isto é, o excesso de princípios tautológicos, de forma que há uma “proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional” (STRECK, 2011, p. 50); e, por fim, do fomento a promoção da “cultura estandardizada”, isto é, dos enunciados e das súmulas vinculantes que acabam limitando a interpretação e o trabalho do jurista no processo de aplicação do direito.

Buscando superar tais patologias, seguindo a linha pós-positivista, Lenio Streck propõe um Constitucionalismo Contemporâneo, numa ruptura paradigmática, nos moldes de Thomas Kuhn (1998), isto é, um redimensionamento na práxis político-jurídico, deixando de lado o positivismo jurídico exegético do “juiz como boca da lei” e o positivismo normativista que admite discricionariedades e decisionismos. Para o autor, o neoconstitucionalismo não pode ser considerada uma ruptura, tendo em vista que na constante ligação do direito à moral, abre-se azo as discricionariedades desse último positivismo (normativista), bem como diminui a autonomia do Direito frente a moral, a economia e a política. O Constitucionalismo Contemporâneo, buscando a autonomia do Direito e a superação da perspectiva

liberal-individualista-normativista, teria como embasamento nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e um novo modo de compreender o direito, de forma que:

Assim, a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela Constituição; a velha teoria da norma dará lugar à superação da regra pelo princípio; e o velho modus interpretativo subsuntivo-dedutivo – fundado na relação epistemológica sujeito-objeto – vem dar lugar ao giro linguístico-ontológico, fundado na intersubjetividade. (STRECK, 2011, p. 245)

Ou seja, o Constitucionalismo Contemporâneo supera três pilares nos quais se assenta(va) o positivismo jurídico:

o problema das fontes (a lei), a teoria da norma (direito é um sistema de regras em que não há espaço para os princípios) e as condições de possibilidade para a compreensão do fenômeno, isto é, a questão fulcral representada pela interpretação, ainda fortemente assentada no esquema sujeito-objeto, na permanência do modelo subsuntivo, como se a realidade fosse acessível a partir de raciocínios causais-explicativos. (STRECK, 2011, p. 433)

No que se refere à teoria das fontes, “a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição”; à teoria da norma, confere-se normatividade aos princípios e à teoria da interpretação, oferece-se uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos, mediante uma redimensionamento na práxis político-jurídico, tendo como base o Constitucionalismo Contemporâneo (STRECK, 2011, p. 37).

Nota-se, assim, que o constitucionalismo pós-positivista, dirigido pela justiça social e da efetividade das normas, busca eliminar o abismo entre as promessas constitucionais e a realidade, por meio da força normativa da constituição, deixando as normas constitucionais de ser um “simples catálogo de competências e de fórmulas exortativas que não vinculavam o legislador”, para lograr a “função de norma suprema e de fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, compondo um conjunto de regras e de princípios dotados de força normativa própria e imediatamente eficaz” (MENDES; COELHO, 2009,

THEMIS

p. 149).. Em outros termos: busca passar da filologia (semanticidade) para a sangria do cotidiano, isto é, unificar o ser e o dever-ser, o *sein* e o *sollen* (STRECK, 2011, p. 140).

No mesmo sentido, pode-se observar que a doutrina constitucional de outrora e a doutrina do Direito e Desenvolvimento possuem um desafio em comum: a passagem do papel - dos projetos ou da Constituição - para a realidade. Tal questão fulcral para a perspectiva pós-positivista, pode ser transposta para o paradigma do Direito e desenvolvimento, coadunando-se na visão do desenvolvimento pós-social, proposta por esse estudo.

Assim, esse desenvolvimento pós-social funda-se em elementos básicos de dois paradigmas: do pós-positivista e do Direito e Desenvolvimento. Enquanto aquele assenta os alicerces do desenvolvimento, esse promove os novos rumos que as nações em desenvolvimento devem dirigir-se com a finalidade de alcançar a universalização da justiça, bem-estar e dos benefícios do desenvolvimento.

Dessa forma, pode-se fazer um paralelo entre o edifício do saber (ou do conhecimento) de René Descartes e a influência do paradigma pós-positivista no desenvolvimento pós-social. Tal filósofo, em sua teoria, estabelece que todo o conhecimento tradicional (do século XVII) apoiava-se em bases frágeis, isto é, em meras opiniões e fundamentos incertos, de sorte que o edifício do conhecimento também se tornava um edifício frágil, no qual se tinha poucas certezas e muitas falsas opiniões. Nesse edifício, cada andar seria composto por uma ciência, de forma que, no final, todas as ciências teriam o mesmo alicerce e os mesmos fundamentos. Por isso, Descartes preconiza que ao invés de corrigir os erros e quebra-cabeças de cada ciência (andar) do edifício do conhecimento, seria lógico corrigir os problemas estruturais dessa obra, fundando-a em bases novas, firmes e seguras, possibilitando um conhecimento seguro e possível (DESCARTES, 2001).

Nesse contexto, a metáfora de Descartes pode ser transposta para as ideias do desenvolvimento pós-social. O edifício do conhecimento seria o desenvolvimento, cada andar desse edifício seria um ramo do Direito e Desenvolvimento e os alicerces seriam a efetivação dos direitos fundamentais. A grande questão do desenvolvimento pós-social assenta-se nesse último

elemento, isto é, na relevância de estabelecer um esteio seguro e firme para o desenvolvimento sustentável.

O edifício do desenvolvimento, como pode ser chamado, sem a efetivação e concretização dos direitos fundamentais, seria uma construção instável e frágil, suscetível de recuos em áreas essenciais para o processo de desenvolvimento. Uma vez que não faz sentido desenvolver uma nação sem que o potencial humano a acompanhe, de tal forma que nos principais momentos onde se mostrarão necessárias ideias inovadoras e criativas para fomentar o desenvolvimento, uma nação sem potencial humano, entrará em crise, tendo que buscar mão de obra em outras nações. Assim, alicerçar o desenvolvimento em bases firmes é primordial para evitar reveses no futuro.

Cabe indagar, por oportuno: Como as nações podem alicerçar o seu desenvolvimento em bases seguras? A principal resposta para tal questão é investir e planejar suas metas com a finalidade de efetivar os direitos fundamentais. Nesse sentido, para que a prática do conteúdo constitucional realmente ocorra, mostram-se necessárias ações políticas deliberadas, principalmente do Poder Legislativo, no planejamento e no processo de repasses orçamentários para os setores básicos da sociedade e do Estado (PNUD, 1999)

Ora, é cediço que as nações que investem nos direitos fundamentais, como, por exemplo, os direitos à educação, à saúde e à segurança, possuem mais possibilidades para o seu processo de desenvolvimento, possuindo os pressupostos básicos para adentrar em qualquer indústria ou setor com competitividade. Tal competitividade só mostra-se possível quando a iniciativa privada consegue produzir mais, com maior qualidade e produtividade, possibilitando a competição com os importados e em mercados estrangeiros. Por conseguinte, a efetivação de direitos fundamentais, além de promover o florescimento humano - das habilidades e potencialidade humana -, é aspecto fundamental para o crescimento econômico, visto que “até para a preservação do próprio sistema capitalista, tornava-se necessário que o Estado assumisse um posição mais ativa no cenário econômico, para disciplina e impor limites às forças presentes no mercado.” (SARMENTO, 2010, p. 18). Assim, nota-se que o desenvolvimento é um processo autógeno, isto é, um processo que gera a si próprio, a partir do momento em que a efetivação dos direitos fundamentais torna-se alvo do Estado.

THEMIS

Por este prisma, releva destacar que o desenvolvimento econômico do segundo momento do Direito e desenvolvimento mostra-se insustentável, seja porque a falta de investimentos nos aspectos sociais ocasionariam uma crise de mão de obra qualificada, seja porque não faz sentido desenvolver uma nação, sem que os seus cidadãos não possuem uma educação e saúde de qualidade. Afinal, o desenvolvimento é empreendido tendo como foco a sociedade, ou melhor, o “povo”, sendo o bem-estar e a dignidade dos cidadãos a razão teleológica do desenvolvimento pós-social.

Em face do exposto, o Direito e, por extensão, a Constituição, à luz da visão pós-positivista, nesse contexto, serviriam como um instrumento da dogmática jurídica de emancipação social. Contemporaneamente, o Direito, como objeto da ciência jurídica, pode ser identificado sob vários matizes. Contudo, para a doutrina do Direito e desenvolvimento mostra-se essencial analisar o Direito sob seu ângulo transformador, plural, emancipador e humanizador, ou seja, o Direito como instrumento de progresso social ou de plena realização dos valores humanos, e não como é tradicionalmente analisado, como um mero produto da realidade, como um mero instrumento de repressão social, como uma mera racionalidade instrumental ou como mero instrumento “assegurador do status quo e perpetuador de certas relações de poder” (BARROSO, 1996, p. 5).

O Direito além de ser um fim em si mesmo, conforme visto anteriormente, equipara-se com o objetivo do desenvolvimento pós-social, o qual tem como finalidade proporcionar efetiva mudança social de acordo com a realidade e o contexto local, por meio da efetivação dos direitos e garantias fundamentais, isto é, mediante a efetivação dos direitos tanto constitucionais como ordinários dos cidadãos.

Essa aplicação de uma perspectiva progressista e garantidora no tocante ao plano do Direito no paradigma do Direito e desenvolvimento mostra-se como um progresso no sentido de integração mais estreita entre a perspectiva do desenvolvimento e o ponto de vista jurídico, porquanto, até então, mesmo considerando os avanços do direito no progresso dos momentos do Direito e desenvolvimento, ainda possui uma função subsidiária no processo de desenvolvimento adotado majoritariamente pelos teóricos do tema, que deve ser modificado para adequar-se aos ordenamentos jurídicos e as Constituições vigentes nessa última década.

Trata-se de uma mudança em prol do *law in action*, isto é, do direito funcional e empírico, de forma que sua eficácia possa ser vista no cotidiano dos cidadãos, deixando em plano secundário o *law in the book*, isto é, o direito puramente formal e doutrinária, que não possui utilidade para a comunidade jurídica, sem a transposição para a realidade. Ou seja, no paradigma do pós-positivismo e do desenvolvimento pós-social enaltece-se a coincidência da aplicação da lei com a realidade, porquanto a mera positividade formal não possui utilidade, se o sistema jurídico não tem eficácia e não esteja de acordo com os fatores que afetam o pensamento jurídico (sociais, culturais, contextuais, políticos etc.). Em outras palavras: a mera proclamação retórica de direitos não possui serventia nenhuma aos cidadãos, se o Estado não assegura condições mínimas para que esses direitos possam ser efetivamente desfrutadas pelos seus titulares. O Direito, portanto, deixa de ser mero ordenador da sociedade, como era na fase liberal, nem é promovedor ilimitado (SARMENTO, 2010, p. 26), como na visão social (*welfare state*), para ser um Direito, no Estado Democrático de Direito, transformador da realidade (um *plus* normativo em relação às fases anteriores) (STRECK, 2009) ou melhor, instrumento de emancipação social.

Concordando com essa nova perspectiva emancipadora, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003, p. 84) acentua que:

O direito, como fenômeno marcadamente repressivo, modifica-se, tornando-se também e sobretudo um mecanismo de controle premunitivo: em vez de disciplinar e determinar sanções em caso de indisciplina, dá maior ênfase a normas de organização, de condicionamentos que antecipam os comportamentos desejados, sem atribuir o caráter de punição às conseqüências estabelecidas ao descumprimento. Nessa circunstância, o jurista, além de sistematizador e intérprete, passa a ser também um teórico do aconselhamento, das opções e das oportunidades, conforme um cálculo de custo-benefício, quando examina, por exemplo, incentivos fiscais, redução de impostos, vantagens contratuais, avalia a necessidade e a demora nos processo judiciais, etc.

Mas, então, qual seria a função do Estado nesse processo de Desenvolvimento? Como o Direito pode auxiliar nesse processo? O Estado deve intervir de forma ilimitada como na visão social, ou não intervir na iniciativa

THEMIS

privada conforme preconiza a visão liberal? Nesse contexto, é que se deve destacar a expressão “pós-social”, adotada no desenvolvimento pós-social, mostrando a nova visão do paradigma garantidor de direitos. Cumpre salientar que, nesse contexto, a expressão “pós” não está sendo utilizada como uma superação do período social dos Estados contemporâneos, pois até mesmo as diversas nações em desenvolvimento emergentes ainda não cumpriram as promessas da modernidade; pelo contrário, a expressão refere-se ao modo de organização do Estado, de sorte que tanto os países que estão no período de efetivação de direitos básicos como os países que estão preparando suas instituições para esse período, possam concretizar as promessas da modernidade de forma mais eficaz e célere.

O Estado, sob a perspectiva pós-social, deve(ria) ser um Estado subsidiário, isto é, uma instituição que divide suas responsabilidades com os atores privados, por meio de incentivos e parcerias, com o escopo de garantir de forma mais eficaz e célere a efetivação dos direitos dos cidadãos, ou melhor, da dignidade humana para todos. Dizendo de outro modo: o Estado ideal não é um Estado mínimo (conforme a visão neoclássica-neoliberal), nem um Estado obeso, burocrático (conforme a visão keynesiana do primeiro momento), mas sim, um Estado subsidiário que divide suas responsabilidades com os atores privados, por meio de incentivos e parcerias, com o escopo de garantir de forma mais eficaz e célere a dignidade humana para todos (SARMENTO, 2010, p. 33)

O Estado subsidiário, aliado à iniciativa privada, passa por transformações, compartilhando com os atores privados a responsabilidade de efetivar os direitos fundamentais. Nesse sentido, o Estado fornece a moldura para a atuação da iniciativa privada, logrando a nova função de administrar, regular, fomentar, fiscalizar e induzir, por meio de sanções premiais, os atores privados, com o fito de garantir a efetivação e concretização dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Com efeito, o Estado ao invés de agir coercivamente - impondo ou proibindo condutas, escolhe induzir, orientar, negociar, estimular, inspirar os cidadãos e os grupos sociais a adotar comportamentos que ele possui como fim em suas atuações, por meio da *soft law*. Por meio de diversos estímulos, como, por exemplo, subvenções, isenções fiscais e créditos, o Estado não exige coercitivamente; pelo contrário, apenas faculta, ou melhor, favorece a colaboração

dos particulares para que a atividade que está sendo fomentada seja realmente efetivada e seja oferecida em uma boa qualidade.

Nota-se, assim, que o Estado, à luz da perspectiva pós-social, não é mais aquela instituição burocrática de outrora, mas um Estado subsidiário eficiente. Assim, a partir desse ponto de vista, pode-se observar que a tarefa de transformação social não é mais exclusiva do Estado, abrindo espaço para atuação privada nesse processo (SARMENTO, 2010, p. 25). Contudo, convém salientar que o Estado continua sendo agente principal, mas agora não isoladamente.

Tratam-se, justamente, nos moldes do “edifício do desenvolvimento”, utilizando-se da metáfora de Descartes, da colaboração público-privada para o processo de desenvolvimento. Enquanto, o Estado fornece a moldura (na metáfora, o alicerce), por meio da efetivação de direitos fundamentais, dispondo de mão de obra qualificada, saudável (etc.); a iniciativa privada fica a cargo de construir o edifício do desenvolvimento, dessa vez, sob bases seguras e firmes.

Nesse sentido, a implementação dessa colaboração público-privada deve ser imbricada, na esteira daquilo que, hodiernamente, pode ser indicado como valores básicos do Estado Democrático de Direito: a) justiça social, b) transparência e c) eficácia. Porquanto não faz sentido, em pleno século XXI, ter-se Estados pré-modernos individualistas, instrumentos burocráticos-normativistas, onde a ineficácia, injustiça e obscuridade dominam. Com isso, o direito contemporâneo com objetivo de proporcionar condições, instrumentos e fulcro teórico para ocorrência de tais mudanças, vem abarcando e influenciando a criação de normas, metas e projetos de lei, que tenham como foco a efetivação dessas promessas da modernidade.

Em primeiro lugar, faz-se imperioso notar a mudança de mentalidade e da dogmática jurídica, no sentido de albergar à justiça social e a eficácia dos direitos e garantias fundamentais, como elementos fundamentais para a garantia da dignidade humana, bem-estar e a isonomia, elementos esses que são constitucionalmente assegurados nos textos constitucionais contemporâneos (como pode ser visto na Lei Maior da Itália, Rússia, Portugal, Alemanha, Brasil, entre outros). A justiça social, por exemplo, foi tratada, na Constituição Brasileira de 1988, como um dos princípios fundamentais da Ordem Econômica e da Ordem Social, respectivamente, nos arts. 170 e 193, estabelecendo-se que o

THEMIS

crescimento econômico, fundado na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, deve ter como fim assegurar a todos existência digna, justiça social e bem-estar social.

Releva anotar, nesse contexto, que o problema da efetivação das promessas constitucionais não consiste na positivação formal nos textos constitucionais, pois, como pode ser visto, as Constituições concebidas no período pós-Segunda Guerra Mundial, já possuem a proclamação retórica de reconhecimento formal das liberdades humanas, de igualdade e dignidade humana. A problemática consiste em transformar essa retórica em um discurso realista, que possa ser observado na realidade, e não tão somente nos textos constitucionais, como mero papel simbólico.

O paradigma pós-positivista, que se fundamenta nessa busca da realização prática das Constituições, vem trazendo para a discussão acadêmica e legiferante essas questões. Mesmo sendo um campo ainda relativamente novo, já possui um vasto estudo e pesquisas que as tem como eixo, apresentando abordagens teóricas, históricas, empíricas, filosóficas, utilizando-as como fulcro para a sugestão de soluções e mudanças necessárias para tal problema prático constitucional. Entre essas, pode-se destacar a necessidade da criação de novas estratégias e paradigmas que possuam como objetivo mudanças sociais; universalizar o dever de efetivação constitucional, possuindo tal dever não apenas o Estado, como também cada cidadão; mudanças hermenêuticas dos operadores do Direito e, principalmente, a mudança da atitude dos legisladores, quanto a essa problemática.

Deve-se atentar que, esta última mudança se faz primordial para o sucesso das alterações no sentido da efetivação da força normativa da constituição. Uma vez que as mudanças jurídicas e acadêmicas possuem um limite, que é a função legisladora do Poder Legislativo. O Poder Judiciário não pode transpor a atividade legislativa, por meio do ativismo judicial, visto que, dessa forma, enfraqueceria um dos pilares do Estado Democrático de Direito, a separação de poderes. A comunidade acadêmica, por seu turno, pode influenciar o ensino jurídico e a hermenêutica dos futuros juizes, advogados, promotores e, como consequência, as decisões jurisprudenciais, além de fornecer fulcro teórico e espaço para

debates de mudanças legislativas. Contudo, todas essas influências não possuem efeitos na realidade dos cidadãos se os legisladores, incumbidos de estabelecer as mudanças estatais, permanecerem inertes as promessas constitucionais e a força normativa da Constituição como instrumento de emancipação social.

Nessa esteira, nos casos em que os legisladores - e a iniciativa privada - adotarem essas mudanças legislativas e políticas no sentido de efetivar as promessas constitucionais, advém outro problema: a transparência. Sendo essa característica um dos pilares da democracia e da justiça social, faz-se imperativo que os cidadãos tenham condição de acesso a todas as informações sobre como o governo decidiu determinadas políticas, quais são os benefícios e os malefícios ocasionados, qual quantia sairá do erário para cobrir essas despesas. Enfim, que o Estado possa ser questionado a qualquer momento por qualquer cidadão e que a administração pública responda de forma clara, objetiva e célere. Assim, estabelecendo um espaço transparente, aberto e meritocrático, no qual a discussão e a transparência estão em primeiro plano.

Ou seja, devem ocorrer mudanças nas políticas públicas, adequando os procedimentos e instituições, para que nas decisões políticas os cidadãos tenham influência e possam expor a visão da sociedade sobre a questão em tela, bem como que, os diferentes atores sociais, possam acompanhar a implementação dessas questões públicas. Nesse sentido, o Estado deve elaborar planos, programas e projetos que aumentem a fiscalização e o monitoramento do dispêndio do erário, bem como promover a participação de diferentes atores sociais nas decisões políticas, sendo estes partes de amplos debates e acordos entre o Estado e a sociedade, conforme garantido pela dicção do artigo 8, inciso II da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, que assevera que “os Estados devem encorajar a participação popular em todas as esferas, como um fator importante no desenvolvimento e na plena realização de todos os direitos humanos.” (ONU, 1986).

Ora, a corrupção, consequência direta da falta de transparência, afeta o desenvolvimento social e, por extensão, o desenvolvimento econômico. Tal ação agrava a desigualdade social, prejudica a prestação dos serviços públicos e sua qualidade, impacta negativamente o desenvolvimento social e econômico, promove perdas de produtividade e competitividade do país, cria concorrência

THEMIS

desleal, entre outras diversas consequências destrutiva (BRASIL 2013). No Brasil, por exemplo, o custo médio anual da corrupção no Brasil representa de 1,38% a 2,3% do PIB, ou seja, gira em torno de R\$ R\$ 41,5 bilhões a R\$ 69,1 bilhões afetando diversas medidas de efetivação constitucional (FIESP. 2010).

Convém salientar que os países do BRICS (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul) vêm, nesses últimos anos, adotando medidas e criando instrumentos para melhorar a transparência de suas instituições, contudo, conforme se pode notar pela eficácia desses mecanismos que o problema é mais profundo, necessitando de mudanças culturais e institucionais para real mudança. Além de mostrar uma mudança de atitude dos cidadãos, no sentido de utilizar os instrumentos a sua disposição e exigir novos mecanismo de fiscalização estatal.

O Portal da Transparência, criado pelo governo brasileiro, é um desses mecanismos de fiscalização que pode ser utilizado pela sociedade para combater a corrupção. Esse instrumento tem como objetivo aproximar o cidadão em relação a governança pública, oferecendo informações detalhadas sobre a execução do orçamento público, de forma acessível e objetiva a qualquer cidadão. Assim, assegurando a boa e correta aplicação dos recursos públicos, além de aumentar a transparência da gestão pública, permitindo que o cidadão acompanhe como o dinheiro público está sendo utilizado e ajude a fiscalizar.

Contudo, a sociedade ainda é omissa na utilização dessa ferramenta para a fiscalização estatal. Segundo a Controladoria Geral da União (CGU), órgão que mantém o Portal da Transparência, no ano de 2012, o portal recebeu cerca de 8 milhões de acessos, superando a marca de 3 milhões do ano anterior. Esse número parece ser um valor a ser enaltecido, porém, cabe ressaltar que o Brasil possui cerca de 200 milhões de habitantes, isto é, fazendo uma análise em proporção, tal cifra corresponde a apenas 4% da população brasileira.

Sobreleva notar, ainda, que a falta de transparência não é apenas um problema do Estado, mas também da iniciativa privada. Sendo essa mudança essencial no processo de colaboração e inovação entre as empresas, entre si, entre as empresas e o Estado. Outrossim, tem papel no aumento de eficiência dos mercados, mitigando a assimetria das informações, que afeta as expectativas dos consumidores e dos investidores e, por conseguinte, o crescimento econômico.

Cumprе ressaltar que essa transparência não é aquela que afeta a competitividade da empresa, transferindo informações de alto valor para a

concorrência, mas aquela que promove a segurança, a confiança e credibilidade dos atores privados. Afinal, não se pode olvidar a importância da transparência na construção da boa governança, das parcerias e das colaborações público-privada.

Enfim, a interpretação, implementação, complementação e integração desses valores básicos e, por conseguinte, das mudanças dela decorridas, não podem ser meramente simbólicas. Afinal, é fácil proclamar por meio de jargões vazios de conteúdo e de exaltações axiológicas, a importância do conteúdo constitucional para o ordenamento jurídico e para sociedade, como um todo; mas, no fundo, continuar a operar com valores, ideais e posições anacrônicas. Ou seja, deve-se buscar a superação da retórica constitucional, isto é, dos discursos vazios de efetivação constitucional, por meio de verdadeiras mudanças na hermenêutica e nas linhas de pensamento, dirigindo-se no sentido crítico e pós-positivista, que tem como um dos seus pressupostos teóricos levar em conta não apenas elementos teóricos, mas também a prática do Direito, com objetivo de legitimar mudanças da realidade.

Posto isso, a busca atual e os novos rumos do Direito e Desenvolvimento devem dirigir-se para a concreção da justiça social, seja por meio da concretização e efetivação dos direitos e garantias fundamentais, seja mediante colaborações público-privadas, seja por meio de mudanças hermenêuticas, seja mediante mudanças de legislação, contanto que se tenha como objetivo a garantia de dignidade humana para todos.

6 CONCLUSÃO

Diante do exposto, em breve síntese, pode-se observar a progressiva expansão das dimensões da realidade, albergadas pelo conceito de desenvolvimento. No primeiro momento, adotou-se a perspectiva keynesiana, de forma que as políticas de desenvolvimento tinham como foco o papel do Estado na administração da economia e na transformação da sociedade, ou seja, adotavam uma posição intervencionista. No segundo momento, ocorre uma mudança radical, ao invés de defender a expansão estatal, buscou-se a redução do Estado (estado mínimo) e a submissão do aparelho estatal ao Império do Direito (*rule of law*), ou seja, o discurso keynesiano intervencionista foi

THEMIS

substituído pelo neoclássico (*hayekiano*). Por fim, no terceiro momento, pauta-se por equilíbrio entre ambas as posições, adotando-as como complementares. Nem apenas o aspecto econômico, nem o aspecto social devem ser o único foco do desenvolvimento. Ambos constituem dimensões da nova noção do desenvolvimento, multicultural e multidimensional.

No que se refere à função do Direito, também se mostrou perceptível suas mudanças de acordo com as alterações da organização estatal. Primeiramente, na primeira fase do D&D, a função do Direito era de servir como instrumento de intervenção estatal na economia, de modo que as leis se mostravam necessárias para controlar a economia em nível macroeconômico. Em seguida, no segundo momento, o Direito torna-se mero instrumento do mercado, que possibilitava o crescimento dos atores privados e dos investimentos estrangeiros e não mais como o aparelho do poder estatal. Ou seja, o direito tornara-se a estrutura para as relações econômicas e o limite do Estado. Por derradeiro, no terceiro momento, o Direito passa a ser um fim em si mesmo, isto é, deixa de ser um mero meio de alcançar o desenvolvimento e tornar-se fim, o qual é a concreção de uma das facetas do desenvolvimento - o desenvolvimento jurídico.

Observa-se que os objetivos do desenvolvimento (pós-social) e do direito convergem em uma orientação comum: a utilização efetivação dos direitos fundamentais como modo de atingir os objetivos constitucionais contemporâneos, isto é, o desenvolvimento do potencial humano e das nações em prol de um mundo mais tolerante, pluralista e justo. Sendo a concretização e efetivação de direitos fundamentais uma condição de possibilidade do processo do desenvolvimento. Por fim, conclui-se que para albergar os novos ideais da perspectiva pós-positivista mostra necessária uma nova concepção do desenvolvimento, que o desenvolvimento pós-social, cujo aspecto principal é que o desenvolvimento deve ser visto como um processo de efetivação e concretização dos direitos e garantias fundamentais, de acordo com a realidade e contexto local, de sorte que os Estados e os atores privados compartilhem essa responsabilidade com a sociedade, com o objetivo de que todos possuam oportunidade para desenvolver seu projeto de vida.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. Portal da Transparência. 2014. Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/sobre/>> Acesso em: 16 jun. 2016.

COELHO, I. M. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Direito Público, América do Norte**, n.12, p. 66-67, abr.-jun. 2006.

DAVIS, K. E. TREBILCOCK, M. J. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. **Revista Direito GV**. Trad. Pedro Maia Soares. n.5. v.1. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2009.

DESCARTES, R. **Discurso do método**. Trad. Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FARIA, J. E. **O Poder Judiciário no Brasil. Conselho Nacional da Magistratura**. Brasília: 1996.

FERNANDES, Daniela Alli; BARRETO, Taniamá Vieira da Silva. A importância do ensino da disciplina direito e desenvolvimento nos cursos jurídicos de graduação e pós-graduação. **Revista Direito e Liberdade**, v. 4, n. 3, p. 57 – 68 – jul/dez 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: a ley del más débil**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

FERRAZ JR, T. S. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

THEMIS

FIESP. **Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate**. Março, 2010. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>>. Acesso em: 13 jun. dez. 2016.

GUIMARÃES, P. B. V. **Contribuições Teóricas para o Direito e Desenvolvimento**. Brasília/Rio de Janeiro: Ipea, 2013.

KUHN, T. S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 1998.

MENDES, G. F; COELHO, I. M; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ONU. (1986), **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em: 29 dez 2015.

SEN, A. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso. 2010.

SILVA, A. G. **Pós-positivismo e Democracia: Em Defesa de um Neoconstitucionalismo Aberto ao Pluralismo**. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XVI, 2007, Belo Horizonte. Anais.

SILVA, Paulo Maycon Costa da. O pós-positivismo do neoconstitucionalismo. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 16, n. 1, p. 171-189, jan./ abr. 2014. Quadrimestral.

STRECK, L. L. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “o Problema da Discricionariedade dos Juízes”. *Anima - Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET*, Curitiba, no 1, 2009, pp. 383-413.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL **Transparency in Corporate Reporting: Assessing Emerging Market Multinationals. 2013.** Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2012/>>. Acesso em: 29 dez. 2013.

TRUBEK, D. M. **Developmental States and the Legal Order: Towards a New Political Economy of Development and Law.** 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1349163>. Acesso em: 20 dez 2015.

TRUBEK, D. M.; SANTOS, A. (Ed.). **The new law and economic development: a critical appraisal.** United Kingdom: Cambridge University Press, 2006. 319 p.

United Nations Development Programme (UNDP). **Human Development Report 1999.** Globalization with a human face. Nova York: Oxford University Press, 1999.

_____. **Human Development Report 2000: Human Rights and Human Development.** New York: Oxford University Press, 2000.

Recebido em: 02 out. 2015

Aprovado em: 27 jun. 2016