

# O FATO GERADOR DA NORMA JURÍDICA À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (II)<sup>†</sup>

Luciano Taques Ghignone

Sumário: Capítulo 3 – Normas Sociais e Normas Jurídicas. 3.1. A Coordenação da Ação Coletiva. 3.2. Normas Jurídicas. 3.3. A Oposição à Abordagem Sociológica no Âmbito da Teoria do Direito. 3.4. Excurso: Regras Sociológicas e Normas Sociais. Capítulo 4 – O Contratualismo. 4.1. O Contrato Social como Acordo Constitucional. 4.2. O Véu da Incerteza. 4.3. O Paradigma da Unanimidade e as Ideias de Bem Comum e de Justiça. 4.4. Acordo Constitucional e Acordo Pós-Constitucional. Conclusão. Bibliografia

## CAPÍTULO 3. NORMAS SOCIAIS E NORMAS JURÍDICAS

### 3.1. A COORDENAÇÃO DA AÇÃO COLETIVA



apreciação do Direito no contexto das normas sociais, que será desenvolvido nesse capítulo, tem por propósito lançar luz sobre outro aspecto da concepção da Análise do Direito acerca do fato gerador da norma jurídica. Trata-se de um aspecto que se pretende *fático*, e não *normativo*, conforme o que acabamos de desenvolver. Trata-se, portanto, do prisma *sociológico* ou *positivo* da Análise Econômica do Direito, no qual essa se posiciona *de fora* do ordenamento jurídico e procura identificar seus traços externos principais, ou seja, como

---

<sup>†</sup> 2ª parte do relatório apresentado no âmbito da disciplina de Teoria do Direito no Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas 2011/2012 da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a regência do Senhor Professor Doutor Paulo Otero, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

ele se *manifesta* na realidade social.

Sob essa ótica, o Direito não é o único processo social de adaptação<sup>74</sup> a produzir normas objetivando a coordenação da conduta coletiva. Também a Moral e a Religião – apenas para citar dois exemplos – emanam normas que exercem influência na regulação da vida social. Esse conjunto normativo, que engloba o Direito mas nele não se esgota, recebe o nome de *normas sociais*.

Para a Análise Econômica do Direito, as normas sociais (das quais, como dito, as normas jurídicas são uma espécie) originam-se convencionalmente, como uma forma de regular a convivência coletiva.

Quer-se com isso dizer que o processo de criação normativa é *interno*, e não *externo* à sociedade: as normas não são oriundas de uma fonte exterior, *sobre* ou *extra-humana*. Ao contrário disso, é o consenso social que cria, *hic et nunc*, os valores prevaletentes no meio coletivo, que são, por isso, relativos, locais e mutáveis. Note-se que esse acordo não necessita ser expresso, nem identificado num momento historicamente preciso<sup>75</sup>. As normas sociais podem ter surgido de forma não intencional, através de comportamentos coincidentes que acabam por ser seguidos tacitamente. O ponto a ser destacado, qualquer que seja a forma de surgimento das normas sociais

---

<sup>74</sup> Utilizamos, aqui, a expressão *processo social de adaptação* no sentido empregado por PONTES DE MIRANDA, *Sistema de Ciência Positiva do Direito – Tomo 1*, Editora Bookseller, Campinas, 2005, pp. 242ss.. Segundo o jurista brasileiro, a compreensão do Direito como um processo de coordenação e harmonização da convivência do ser humano em sociedade – um processo social de adaptação – presta-se a destacar o aspecto *fático* do fenômeno jurídico: trata-se de um processo real, que *existe e opera* em sociedade: o Direito é *ser*, e não apenas ideal (*Sistema...Tomo 1*, p. 242). Afirma, ainda, que “a adaptação resulta do fato de que cada parte consegue seus fins, dentro da relação jurídica, por mais curto caminho e tempo, com menor perda de energia e menor esforço do que fora da relação jurídica” (*Sistema...Tomo 1*, p. 243). A semelhança com a concepção da Análise Econômica do Direito acerca das funções do Direito, referidas na nota de rodapé nº 10, é marcante.

<sup>75</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN, *The Limits...*, p. 66.

(espontânea ou deliberada), é a relação bidirecional entre norma e ação (comportamento humano), as normas tanto *originam* comportamentos dos indivíduos, quanto são *originadas* por comportamentos humanos. Explica-se:

1. *Os comportamentos dão causa a normas.* Como dito, o surgimento das normas não decorre de sua imposição por uma fonte sobre-humana. Sob essa perspectiva, elas são o produto da *coordenação da ação coletiva*<sup>76</sup>. As diversas condutas individuais relacionam-se reciprocamente, gerando expectativas mútuas de regularidades comportamentais – ou seja, normas. Como exemplos, citamos o respeito à integridade física alheia, correlato à presunção de que a própria integridade física será respeitada, bem como a ideia de que devemos cumprir aquilo que prometemos, à qual está atrelada a premissa de que a palavra que nos é dada por outrem será cumprida.
2. *As normas dão causa a comportamentos.* É certo, ainda, que, uma vez constituído o grupo social, esse passa a emanar normas para regular as condutas de seus membros. Essas normas estão à base dos comportamentos, e esses apenas existem porque normas os determinam. Exemplos disso são a obrigação de pagar impostos ao Governo e o dever de efetuar o registro de nascimento dos filhos na repartição competente.

Esses dois aspectos da *relação norma-comportamento* são identificados na *comunidade política*: os indivíduos interagem dentro de um universo de regras (um arranjo institucional) previamente existente. Sob esse prisma, suas condutas são orientadas pelas normas dadas, que possuem a pretensão de regular os comportamentos individuais: *as normas dão causa a comportamentos*. Por outro lado, a complexidade das intera-

---

<sup>76</sup> A noção de *ação coletiva* será explicada no próximo item.

ções sociais torna necessária a adaptação e criação de regras. Comportamentos inéditos criam novas expectativas, que são convertidas em normas – inclusive normas jurídicas: *os comportamentos dão causa a normas*<sup>77</sup>. Via de consequência, a alteração de comportamentos pode conduzir à modificação de normas sociais, e a alteração de normas sociais pode gerar a modificação de comportamentos<sup>78</sup>.

A percepção da relação entre normas sociais e comportamentos individuais também é relevante por lançar luz sobre a diferença entre:

a) a escolha das normas que regerão a convivência coletiva (*choice of rules*) e

b) a escolha balizada pelas normas que regulam a convivência coletiva (*choice within rules*)<sup>79</sup>.

O estudo do fato gerador das normas jurídicas diz respeito ao primeiro aspecto acima destacado – a escolha das normas. É nesse âmbito que *surgem* os comandos jurídicos. Ainda não é o momento, todavia, de nos voltarmos especificamente para as normas jurídicas, pois estamos a tratar do gênero *normas sociais*. Vejamos como a Análise do Direito compreende o processo de surgimento das normas sociais e, notadamente, das normas jurídicas.

Conforme referido no item 2.1., as pessoas buscam satisfazer as suas preferências através da a) escolha do curso de conduta que, segundo sua concepção, melhor atenderia as preferências pessoais, bem como da b) efetivação da conduta que concretiza a escolha feita. Esse modelo se baseia na premissa de que a ação individual, por si só, é apta à obtenção do resultado pretendido.

Contudo, nem sempre a ação individual permite a satisfa-

---

<sup>77</sup> Cfr. GEOFFREY BRENNAN & JAMES M. BUCHANAN, *The Reason of Rules – Constitutional Political Economy*, Indianapolis, Liberty Fund, 2000, p. 19.

<sup>78</sup> Cfr. GEOFFREY BRENNAN & JAMES M. BUCHANAN, *The Reason...*, p. 19.

<sup>79</sup> Cfr. GEOFFREY BRENNAN & JAMES M. BUCHANAN, *The Reason...*, pp. 20-21.

ção das utilidades pessoais. Muitas vezes essas utilidades apenas podem ser satisfeitas se a ação de uma pessoa for coordenada com a ação de outras. Surge, assim, a necessidade da *ação coletiva*. Pense-se, por exemplo, na segurança contra ataques externos. Pode ser que um determinado grupo social tenha atingido o nível de consenso necessário para garantir a segurança interna, de forma que nenhum dos membros ataque a pessoa ou o patrimônio dos demais. Todavia, coesão dessa natureza não garante essa comunidade contra ataques de membros de outras comunidades. Nem a conduta isolada de um indivíduo é suficiente para que ele alcance a proteção desejada contra ataques externos: se os demais membros de seu grupo não tomarem nenhuma providência no sentido de construir essa proteção, uma medida de âmbito exclusivamente individual não surtirá efeito algum. A segurança externa depende, portanto, da ação coletiva: ou todos se envolvem no seu provimento, ou esse bem não existirá na referida comunidade. Valendo-nos de outro exemplo, o mesmo se pode dizer da preservação do meio ambiente: ações isoladas não são eficazes contra a poluição, se outros continuam poluindo. A obtenção de um meio ambiente saudável depende da coordenação de todos os membros da sociedade nessa direção. Note-se que essa linha de raciocínio aplica-se a todas as normas sociais, não pressupondo necessariamente que a coordenação ocorra através do Direito. Isso é mais evidente no caso do meio ambiente: a norma social de respeito ao equilíbrio ambiental pode ter, por exemplo, natureza ética, e não jurídica.

No exemplo dado, a segurança contra ataques externos e a proteção ao meio ambiente são considerados *bens públicos*. Recebem essa denominação aqueles que, se fornecidos a um indivíduo, não podem ser negados aos demais. Nesse sentido, ensina MANCUR OLSON:

“Os benefícios comuns ou coletivos fornecidos pelos governos são, geralmente, chamados de

‘bens públicos’ pelos economistas, e o conceito de bens públicos é uma das ideias mais antigas e importantes no estudo das finanças públicas. Define-se, aqui, bem comum, colectivo ou público, um bem que, uma vez consumido por uma pessoa  $X_i$ , num grupo  $X_1, \dots, X_i, \dots, X_n$  não é passível de ser negado às outras pessoas do grupo.”<sup>80</sup>

São bens que não podem ser prestados em nível satisfatório por mecanismos de mercado e que dependem de que todos sejam compelidos a colaborarem com o seu fornecimento<sup>81</sup>.

Quando se afirma que a comunidade politicamente organizada tem por finalidade atender o *bem comum*, é ao provimento dos bens públicos que se está a referir<sup>82</sup>.

De qualquer forma, percebe-se que o primeiro pressuposto para a ação coletiva é que o bem público em questão não possa ser alcançado por meio da ação individual isolada. Se, para satisfazer determinada preferência, o indivíduo não precisa coordenar sua conduta com a de outras pessoas, não há incentivo para o engajamento numa ação concertada<sup>83</sup>. Todavia, quando um grupo de indivíduos partilha um interesse comum, que somente pode ser atingido através da coordenação de con-

---

<sup>80</sup> Cfr. MANCUR OLSON, *A Lógica...*, p. 13.. Note-se que a posição por nós adota acerca da caracterização dos bens públicos ou coletivos, bem como de seu provimento através da ação coordenada, tem o propósito de facilitar a compreensão desse tópico, que trata do *por quê* e do *para quê* surgem as normas sociais. O provimento de bens públicos diz respeito ao *para quê*, à função dessas normas. Não se ignora, todavia, que: a) conforme apontado no texto, muitas vezes a organização coletiva também toma como responsabilidade sua a coordenação das ações de seus membros tendo em vista a distribuição de bens ou recursos privados, e b) em algumas oportunidades, a distribuição de bens ou recursos públicos se dá por mecanismos de mercado ou não institucionais. No que diz respeito à busca de um ponto ótimo entre as soluções institucionais e de mercado na apropriação de recursos comuns, cfr. FERNANDO ARAÚJO, *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios – O Problema Económico do Nível Ótimo de Apropriação*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 98ss..

<sup>81</sup> Cfr. MANCUR OLSON, *A Lógica...*, p. 86.

<sup>82</sup> Cfr. MANCUR OLSON, *A Lógica...*, p. 89.

<sup>83</sup> Cfr. MANCUR OLSON, *A Lógica...*, p. 07.

dutas para esse fim, surge a primeira condição para a ação coletiva.

Aqui há que se apontar uma diferença relevante entre ação individual e ação coletiva, consistente no fato de que a adesão à articulação coletiva, embora em algumas situações seja o único meio de satisfazer determinada utilidade, não propicia suficiente incentivo sob o ponto de vista pessoal. Sob o prisma individual, o esforço empreendido e o benefício auferido são integralmente referenciados à pessoa que age. Lembrese do modelo enunciado no tópico 1.2: os custos de se envolver no processo de negociação e de desembolsar o valor pela maçã são suportados inteiramente por João. Por outro lado, o benefício correspondente à propriedade do fruto também é recebido inteira e exclusivamente por ele. O mesmo não se dá com a ação coletiva, na qual o benefício a ser recebido é, por vezes, inferior ao esforço exigido e, em outras oportunidades, sequer é recebido por aquele que arca com os custos, mas sim por outrem. Com efeito: nasce o risco de que a ação não seja acompanhada por outros membros daquela coletividade, fazendo com que alguns componentes do grupo se beneficiem do resultado obtido pela articulação das condutas de outros, sem arcarem com os encargos correspondentes. Além disso, o engajamento numa ação coordenada representa, inevitavelmente, uma limitação das possibilidades de conduta particular. Essa limitação é percebida, a nível pessoal, como um prejuízo, uma restrição das possibilidades disponíveis.

Tanto a limitação individual decorrente da adesão à ação coletiva, quanto a possibilidade de que essa adesão não surta o efeito desejado (por não se conseguir o número mínimo necessário de aderentes) ou não seja compartilhada por outros (que aproveitam os benefícios mas não assumem os ônus da coordenação de suas condutas às dos demais) funcionam como desincentivos à ação individual. Portanto, não se pode dizer que a decisão de não participar da ação em grupo, mesmo que essa

participação se revele o único caminho para a obtenção de determinada utilidade, seja *irracional*. A rejeição do curso de conduta relativo à ação coletiva é, sob o ponto de vista pessoal, perfeitamente coerente: numa avaliação de custo-benefício da situação, o agente individual vê mais desvantagens do que vantagens no engajamento na ação em grupo.

Essa desconformidade entre ação individual e coletiva pode ser superada de duas formas: a) através da concessão de benefícios pessoais que possam ser auferidos somente por aqueles que aderiram à ação coletiva, ou b) através da coação para o engajamento na ação coletiva. A oferta de vantagens ou a ameaça de sanções funcionam como incentivos para que o indivíduo adeque sua conduta ao objetivo coletivo. Uma vez presentes os desincentivos enunciados no parágrafo acima, a possibilidade de concessão de benefícios ou de cominação de sanções é a segunda condição de possibilidade da ação coletiva. Note-se que isso não pressupõe necessariamente um mecanismo institucionalizado de coordenação da conduta, como o Estado. Também nas órbitas moral e religiosa, por exemplo, há sanções e prêmios distribuídos conforme o indivíduo se adeque ou não às normas de coordenação.

A teoria do surgimento das normas sociais como mecanismos de coordenação da ação coletiva guarda semelhança com outra, desenvolvida no campo estritamente sociológico, por NIKLAS LUHMANN. Segundo o pensador alemão, as sociedades contemporâneas são *sistemas de alta complexidade estruturada*<sup>84</sup>. Essa complexidade decorre da inevitável interação cotidiana entre diversos indivíduos, cada um portando uma gama diversa de interesses e objetivos que nem sempre são harmonizáveis com os interesses e objetivos dos demais membros do grupo. Por isso, nem todos os cursos de ação desejados podem ser empreendidos, assim como nem todos os objetivos

---

<sup>84</sup> Cfr. NIKLAS LUHMANN, *Sociologia do Direito I*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1983, pp. 12-13.



pretendidos podem ser alcançados. Alguns deverão necessariamente ser sacrificados, para que outros sejam atingidos. Nisso reside a *complexidade* do sistema<sup>85</sup>. A *estrutura* tem por missão, exatamente, permitir o máximo de congruência entre os vários objetivos, de modo a propiciar que o maior número possível seja atendido. Essa estrutura é composta pelas *normas sociais*, cuja essência consiste na *estabilização de expectativas normativas*. Em verdade, sendo várias as espécies de normas sociais, cada uma compõe uma estrutura específica: a estrutura jurídica, a estrutura moral, a estrutura religiosa, todas operando no *ambiente social*.

E o que são *expectativas normativas*? Na relação com o ambiente que o circunda, o indivíduo procura inferir regularidades para orientar sua conduta. Não é pressuposto dessa inferência que a relação envolva necessariamente outras pessoas. Por exemplo: após seguidamente se expor ao sol por tempo demasiado no verão, o indivíduo percebe que tamanha exposição é prejudicial à sua pele. Infere daí uma regularidade, no sentido de que, quando se expuser ao sol desta maneira, sofrerá queimaduras, e passará a evitar essa conduta com base na expectativa criada. Trata-se de uma expectativa *cognitiva*, passível de reajuste: caso, em novas situações, o indivíduo perceba que a exposição prolongada ao sol não está mais lhe causando mal algum, provavelmente reverá a expectativa anterior, e deixará de inferir uma relação entre a exposição ao sol e as queimaduras de pele.

Por outro lado, em suas relações com outras pessoas, ex-

---

<sup>85</sup> Cfr. NIKLAS LUHMANN, *Sociologia...*, p. 13: “A complexidade estruturada constitui-se na medida em que as possibilidades se excluam ou limitem reciprocamente. Na complexidade estruturada, portanto, surgem problemas de compatibilidade e compossibilidade. A ativação de uma determinada possibilidade bloqueia a da outra, mas permite, por outro lado, a construção de novas possibilidades que a pressupõem.”. Afirma, ainda, que: “É exatamente a exclusão estratégica de possibilidades que, vista em termos evolutivos, constitui o meio para a construção de ordenamentos mais elevados, que não podem consentir com toda e qualquer possibilidade mas, exatamente por isso, garantindo sua heterogeneidade.” (p. 13).

pectativas são construídas tendo por objeto o comportamento alheio. O indivíduo percebe que, toda vez que se encontra na rua com seu vizinho, esse lhe cumprimenta gentilmente. Surge daí a expectativa de que, repetido o ensejo, a conduta será a mesma. No entanto, essa expectativa pode ser frustrada: em uma nova ocasião, o vizinho não apenas deixa de cumprimentar, mas simula sequer conhecê-lo. É certo que este pode ajustar a sua expectativa, como no exemplo anterior, e passar a considerar que *ele* estava errado, abandonando a expectativa de que seu vizinho o cumprimenta em eventuais futuros encontros. Todavia, ao invés disso, pode manter a expectativa, entendendo não que *ele*, mas que o *vizinho* estava errado, e que o cumprimento *deve* ocorrer numa próxima ocasião. Tem-se, aqui, uma expectativa *normativa*, de natureza *contrafática*, o que significa que, ainda que os fatos lhes sejam contrários, a expectativa é mantida – e é mantida justamente porque é estabilizada *contrafaticamente*, ou seja, é uma *norma*. No exemplo por último referido, trata-se de uma norma de trato social, segundo a qual é correto esperar que, no encontro casual entre pessoas conhecidas, ambas se cumprimentem<sup>86</sup>. O descumprimento de uma norma social leva, segundo essa concepção, à *censura* do comportamento desviante, sendo essa censura uma das formas de promover a estabilização das expectativas normativas, ou seja, assegurar nos demais membros da comunidade a confiança de que suas expectativas normativas serão respeitadas e prestigiadas.

Ressalta a semelhança entre as noções de *estabilização de expectativas normativas*, desenvolvida por LUHMANN, e a

---

<sup>86</sup> Cfr. NIKLAS LUHMANN, *Sociologia...*, p. 56: “Dessa forma as expectativas cognitivas são caracterizadas por uma nem sempre consciente disposição de assimilação em termos de aprendizado, e as expectativas normativas, ao contrário, caracterizam-se pela determinação em não assimilar os desapontamentos.” Esclarece, ainda: “Sendo assim as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido implica na incondicionabilidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e, portanto, também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma.” (p. 57).

de *coordenação da ação coletiva*, empregada pela teoria da *Public Choice*, que podem ser enunciadas da seguinte forma:

1. Em primeiro lugar, ambas compartilham o mesmo pressuposto metodológico, calcado na racionalidade individual finalística<sup>87</sup> - pressuposto esse que é compartilhado por outra influente teoria sociológica, elaborada por JÜRGEN HABERMAS<sup>88</sup>. Trata-se do já mencionado individualismo metodológico.
2. Em segundo lugar, entendem que nem todos os objetivos eleitos podem ser atingidos pela ação individual isolada, porque: a) As pessoas possuem objetivos divergentes e, em se permitindo a cada uma a busca incontida das finalidades eleitas, todas serão prejudicadas, em virtude dos atritos decorrentes da colidência

---

<sup>87</sup> GEOFFREY BRENNAN & JAMES M. BUCHANAN sustentam que, como o aparato institucional das normas sociais tem por propósito converter as motivações individuais voltadas para o interesse pessoal em motivações que converjam para o interesse público, é analiticamente correto partir do exame das motivações individuais em toda a sua complexidade (egoístas ou altruístas), cfr. GEOFFREY BRENNAN & JAMES M. BUCHANAN, *The Reason...*, p. 74. É significativa a simpatia com que LUHMANN vê a aplicação de parte do instrumental metódico da Economia – especificamente aquele calcado no que ele chama de *racionalismo finalista* – a outras áreas das Ciências Sociais, dentre elas o Direito. Cfr. NIKLAS LUHMANN, *Sociologia...*, p. 96. Em outra obra, o sociólogo alemão elogia a escola da Análise Econômica do Direito como uma tentativa relativamente bem sucedida de unir, numa mesma teoria, um enfoque que consegue dar, simultaneamente, soluções satisfatórias para problemas concretos relativos a decisões judiciais e problemas teóricos relativos à unidade do sistema jurídico (cfr. NIKLAS LUHMANN, *Law as a Social System*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 64).

<sup>88</sup> Sem embargo de divergências significativas com as teorias luhmanniana e da *Public Choice* em diversos outros aspectos, o paradigma racionalista de HABERMAS é com elas coincidente, notadamente quando define o *discurso racional* como “*toda tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público construído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na mediada em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente.*”, Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade I*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2003, p. 142.

de objetivos incompatíveis. b) Além disso, os objetivos que não podem ser atingidos pela conduta individual isolada, necessitando da conjugação de esforços, sem o que deixarão de ser alcançados.

3. Por isso, sustentam, em terceiro lugar, que a racionalidade individual finalística não é capaz, de per si, de promover de forma otimizada os interesses (tanto individuais, quanto comuns) dos diversos membros de uma comunidade, sendo necessária a coordenação das condutas. Essa coordenação é feita através de normas sociais.

Um quarto ponto, que abre caminho para o próximo item, diz respeito à constatação de que, quanto maior for o grupo, mais relevante se torna a existência de uma *organização* responsável pela coordenação das condutas<sup>89</sup>. É aí que surge o Direito.

### 3.2. NORMAS JURÍDICAS

Quando os demais processos sociais de adaptação não são suficientes para assegurar a coordenação (ou seja, não proveem incentivos ou desincentivos aptos a estimularem a adesão do indivíduo à conduta socialmente desejada), surge a necessidade de um meio mais organizado e eficiente: o Direito<sup>90</sup>.

Sob esse prisma, o Direito é um dos vários processos sociais à disposição do grupo social na ordenação da vida comum. Cabe ao grupo, portanto, a eleição da forma pela qual pretende estabilizar as expectativas normativas – se pelo Direito ou por outro processo. Essa decisão coletiva é, portanto, uma

---

<sup>89</sup> Cfr. MANCUR OLSON, *A Lógica...*, pp. 41ss..

<sup>90</sup> Cfr. ROBERT D. COOTER, “Normative Failure Theory of Law”, *Cornell Law Review*, 82, p. 947-979, 1997, pp. 978-979. Já MAQUIAVEL apontava para esse aspecto do fenômeno jurídico: “*Quando uma causa qualquer produz boas consequências sem a interveniência da lei, esta é inútil; mas quando tal disposição própria não existe, a lei é indispensável.*”. Cfr. MAQUIAVEL, *3 Comentários...*, p. 29.

*decisão pelo Direito*, e se lastreia nos aspectos apontados no item anterior, notadamente uma centralização organizatória que lhe permite coordenar de maneira mais eficaz a ação coletiva<sup>91</sup>. As regras têm a função de facilitar as interações entre as pessoas<sup>92</sup>. Trata-se do aspecto *institucional* da organização normativa<sup>93</sup>, que é característico do Direito. Note-se que a característica organizacional e institucional do fenômeno jurídico não *pressupõe* a *estatalidade* do Direito. Essa *estatalidade* é uma consequência possível, e não uma causa necessária, da *opção pelo Direito*. Além disso, a Análise Econômica do Direito não vê na *sanção*, ou mesmo na possibilidade de *judicialização*, a essência do fenômeno jurídico. Para que se compreenda melhor este ponto, é conveniente traçar uma breve comparação entre a visão *positiva* ou *sociológica* da Análise Econômica do Direito, de que tratamos nesse capítulo, e outras visões do fenômeno jurídico que adotam enfoque semelhante (uma abordagem *positiva* do Direito), mas que se distanciam em alguns pontos da escola referida. Elegemos como parâmetros de comparação

---

<sup>91</sup> Cfr. GEOFFREY BRENNAN & JAMES M. BUCHANAN, *The Reason...*, p. 05: "Only the romantic anarchist thinks there is a 'natural harmony' among persons that will eliminate all conflict in the absence of rules. We require rules for living together for the simple reason that without them we would surely fight. We would fight because the object of desire for one individual would be claimed by another. Rules define the private spaces within which each of us can carry on our own activities." Note-se que, embora percorra caminho bastante diverso, DWORKIN acaba por partilhar conclusão semelhante, no sentido de que o Direito tem por missão impedir a intromissão no âmbito da liberdade pessoal. Vale-se da metáfora segundo a qual o ordenamento jurídico estrutura espaços de liberdade para os indivíduos, dentro dos quais eles podem se movimentar livremente, como nadadores numa piscina dividida em raias. É lícito a cada nadador se mover como quiser dentro da raia que ocupa, mas lhe é defeso invadir as raias dos demais nadadores. Cfr. RONALD DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge, 2011, pp. 287-288. A identidade entre a construção dworkiniana e a da Análise Econômica do Direito deriva do fato de que, embora através de propostas metodológicas distintas, ambas compartilham a mesma premissa filosófica, que é o liberalismo individualista.

<sup>92</sup> Cfr. GEOFFREY BRENNAN & JAMES M. BUCHANAN, *The Reason...*, pp. 09-10.

<sup>93</sup> Cfr. GEOFFREY BRENNAN & JAMES M. BUCHANAN, *The Reason...*, pp. 19-22.

JOHN AUSTIN, um dos pais do positivismo jurídico, e três destacados representantes dessa corrente: HERBERT HART e JOSEPH RAZ, nos ordenamentos jurídicos de matriz anglo-saxã, e HANS KELSEN, nos de matriz europeia-continental. Vejamos como eles apreciam, sob o ponto de vista *sociológico*, o surgimento da normatividade jurídica.

JOHN AUSTIN centra sua atenção no estudo das *leis*, e entende que lei positiva é aquela estabelecida pelo soberano e aplicável à sociedade política em relação à qual ele é soberano.<sup>94</sup> A lei é um comando caracterizado por dar ensejo a que se inflija um mal ao contraventor em caso de descumprimento<sup>95</sup>. Esse mal, que é chamado de sanção (*sanction*), não pode ser confundido, em termos de caracterização da ordem jurídica, com um prêmio. AUSTIN critica BENTHAM e LOCKE por usarem a palavra *sanction* para caracterizarem tanto os estímulos à obediência através da ameaça de punições, quanto por meio da promessa de prêmios<sup>96</sup>. Nesse ponto, BENTHAM e LOCKE aproximam-se mais da Análise Econômica do Direito do que JOHN AUSTIN, posto que, para esta, o Direito é visto como motivador da escolha racional, e isso se dá tanto através de punições, quanto de prêmios. O método econômico utilizado pela Análise Econômica do Direito permite inferir, ainda, a correlação íntima entre prêmios e sanções, pois a sanção é a perda de um benefício futuro, e a não premiação também.

Para AUSTIN, a lei tem como característica a generalidade<sup>97</sup>, no sentido de que obriga os cidadãos a seguirem um determinado curso genérico de conduta<sup>98</sup>, dentro da moldura estabelecida através de uma *obrigação* ou *proibição*. O que há de característico nesta visão é a *estatalidade* do fenômeno jurí-

---

<sup>94</sup> Cfr. JOHN AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, John Murray, London, 1832, p. XVIII, consultado em [www.archive.org](http://www.archive.org).

<sup>95</sup> Cfr. JOHN AUSTIN, *The Province...*, p. 06.

<sup>96</sup> Cfr. JOHN AUSTIN, *The Province...*, p. 10.

<sup>97</sup> Cfr. JOHN AUSTIN, *The Province...*, p. 15.

<sup>98</sup> Cfr. JOHN AUSTIN, *The Province...*, p. 18.

dico, bem como a natureza essencialmente imperativa dos comandos jurídicos.

A obediência da comunidade ao soberano é fundada no hábito<sup>99</sup>. O soberano é o autor da lei e, por isso, nunca está a ela vinculado: “Supreme power limited by positive law, is a flat contradiction in terms”<sup>100</sup>. O jurista inglês separa a *lei constitucional* da *lei positiva*. Para ele, a lei constitucional constitui apenas preceitos de conduta dos governantes derivados da moralidade dominante na sociedade. Ao infringir esses comandos morais, o soberano age inconstitucionalmente, mas não ilegalmente<sup>101</sup>, pois, sendo ele o autor das leis, é-lhe lícito mudá-las conforme julgue necessário. Há uma separação entre legalidade e constitucionalidade, sendo que esta não é juridicamente imponível. Aliás, a desconformidade de uma lei com qualquer parâmetro (ou seja, os preceitos morais ou religiosos) que não a vontade do soberano, por mais reprovável que seja à luz deste parâmetro, não torna a lei inválida ou ineficaz<sup>102</sup>. Todavia, AUSTIN expõe um paradoxo de seu sistema (e que se estende a toda a escola positivista): ao pressupor que o direito sempre emana do Estado, como poder superior, acaba por sustentar que só se pode ter direito contra outrem se, examinado pelo lado reverso (e mais importante), este alguém tem um dever para com o titular do direito, dever este que, caso não cumprido, pode acarretar uma sanção pela autoridade superior. Nessa linha de raciocínio, o Estado não tem direitos contra os súditos, pois, sendo ele o autor das leis, não existe nem uma autoridade superior que as tenha emanado ou as possa impor coativamente. Assim, a única *lei* que existe, conferindo *direitos* ao Estado sobre os seus cidadãos, é a *lei divina*. Ou seja: não há *direitos legais* do Estado contra seus súditos<sup>103</sup>. Embora

---

<sup>99</sup> Cfr. JOHN AUSTIN, *The Province...*, p. 222.

<sup>100</sup> Cfr. JOHN AUSTIN, *The Province...*, p. 268.

<sup>101</sup> Cfr. JOHN AUSTIN, *The Province...*, p. 274.

<sup>102</sup> Cfr. JOHN AUSTIN, *The Province...*, p. 279.

<sup>103</sup> Cfr. JOHN AUSTIN, *The Province...*, p. 297.

AUSTIN não tenha se dado conta, essa linha de raciocínio mina o edifício positivista, gerando uma contradição insolúvel: o Estado pode impor deveres aos súditos, mas não tem direitos contra eles. A recíproca é verdadeira: os súditos também não têm direitos contra o Estado, pois o Estado não pode estar sujeito à sanções impostas por outro eventual soberano<sup>104</sup>.

Os postulados sobre os quais se assenta a concepção de Direito de JOHN AUSTIN são criticados e aprofundados por HERBERT HART. De plano, HART contesta a ideia de que o que caracteriza o Direito é o fato de se tratar de ordens garantidas por ameaças emanadas por um soberano (que a elas não deve obediência) para súditos que têm o hábito de obediência. Para HART, não é o mero hábito que caracteriza a submissão dos cidadãos ao Direito. Em verdade, o hábito não detém a imperatividade característica do fenômeno jurídico, sendo mais correto falar-se em regras do que em hábito. Hábitos não são normativos<sup>105</sup>. Além disso, diversamente de AUSTIN, ele considera que o soberano está limitado pelo Direito, sendo inválidas as regras que produzidas em desconformidade com o ordenamento jurídico<sup>106</sup>. E como se dá essa limitação externa?

Assim, o que caracteriza o Direito não são as idéias de ordem, hábito e obediência. A caracterização se dá, na verdade, pela ideia de regra atribuindo poderes<sup>107</sup>. O que constitui uma obrigação é: a) a seriedade da pressão social para a conformação da conduta pessoal à regra, b) o fato de que a regra se refere a uma conduta de significativa relevância para a vida em sociedade, e c) a possibilidade de que o dever imposto pela regra colida com o interesse pessoal do destinatário<sup>108</sup>. Essa concepção guarda enorme similaridade com a de *coordenação*

---

<sup>104</sup> Cfr. JOHN AUSTIN, *The Province...*, p. 310.

<sup>105</sup> Cfr. HERBERT L. A. HART, *The Concept of Law*, 2ª edição, Oxford University Press, Oxford, 1997, pp. 59-60.

<sup>106</sup> Cfr. HERBERT L. A. HART, *The Concept...*, p. 69.

<sup>107</sup> Cfr. HERBERT L. A. HART, *The Concept...*, p. 77.

<sup>108</sup> Cfr. HERBERT L. A. HART, *The Concept...*, p. 87.



da ação coletiva acima desenvolvida, sendo correto afirmar que o jurista inglês a que ora nos referimos partilha, nesse aspecto, a mesma visão sociológica da escola da Análise Econômica do Direito.

Para HART, é característica fundamental do sistema jurídico, que não foi apreendida corretamente por AUSTIN, o conter regras de duas espécies: regras primárias e regras secundárias. As primeiras (*primary rules*) são aquelas que estabelecem obrigações para os indivíduos<sup>109</sup>. As outras (*secondary rules*) dividem-se em: a) *rules of recognition*: são aquelas que se prestam a identificar se um comando pertence ou não ao ordenamento jurídico<sup>110</sup>, b) *rules of change*, que se prestam a disciplinar as formas válidas de mudança das regras jurídicas atualmente em vigor<sup>111</sup> (inclusão, alteração ou exclusão de *primary rules*), c) *rules of adjudication*, que se prestam a conferir poderes para que indivíduos decidam, de forma autoritativa, se as *primary rules* foram ou não violadas numa situação específica<sup>112</sup>.

Aquelas que nos interessam mais de perto, por se relacionarem com o surgimento da normatividade jurídica, são as *regras de reconhecimento*. Para HART, as regras de reconhecimento em geral não são declaradas (*stated*), mas a sua existência é demonstrada, exibida (*shown*) na forma como regras particulares são identificadas por tribunais ou agentes públicos ou privados encarregados de sua aplicação<sup>113</sup>. Está presente nas regras de reconhecimento o caráter interno das normas jurídicas, no sentido de que a regra de reconhecimento nada mais é do que a atitude partilhada de aceitação de normas jurídicas<sup>114</sup>. Essa apreciação da norma sob um viés *interno* é o mesmo que

---

<sup>109</sup> Cfr. HERBERT L. A. HART, *The Concept...*, p. 94.

<sup>110</sup> Cfr. HERBERT L. A. HART, *The Concept...*, p. 95.

<sup>111</sup> Cfr. HERBERT L. A. HART, *The Concept...*, p. 95.

<sup>112</sup> Cfr. HERBERT L. A. HART, *The Concept...*, p. 96.

<sup>113</sup> Cfr. HERBERT L. A. HART, *The Concept...*, p. 101.

<sup>114</sup> Cfr. HERBERT L. A. HART, *The Concept...*, p. 102.

dizer sobre a *validade* da norma. HART diferencia validade de eficácia, entendendo que esta corresponde a uma apreciação *externa*<sup>115</sup>. Não há a adesão subjetiva, mas uma avaliação exterior sobre se aquela norma jurídica vem, ou não, sendo aplicada (ou respeitada) naquela realidade concreta. Uma norma pode ser válida sem ser eficaz, e vice-versa.

A regra de reconhecimento é a regra mais elevada, pois corresponde ao critério supremo de pertencimento de uma regra ao sistema<sup>116</sup>. Embora sirva de critério para aferir a validade de outras normas, a regra de reconhecimento não válida é nem inválida: é apenas aceita como critério de validade (ou de pertencimento ao sistema) das demais<sup>117</sup>. Há duas condições mínimas para a existência de um sistema jurídico: a) a obediência geral, pelos cidadãos, relativamente às regras de comportamento que são válidas de acordo com as regras de reconhecimento, e b) as regras de reconhecimento especificando os critérios de validade das regras de mudança e de adjudicação devem ser efetivamente aceitas como *standards* públicos comuns de comportamento por parte dos agentes públicos<sup>118</sup>.

Discípulo de HART, JOSEPH RAZ dedica-se ao estudo das normas jurídicas, incluindo-o como um dos capítulos da filosofia prática. Caracterizando o sistema jurídico como um sistema normativo institucionalizado, RAZ identifica nele três traços fundamentais: a) não depende de que todas as suas normas sejam integralmente praticadas, mas de que sejam normalmente observadas pelas autoridades e instituições reconhecidas como criadoras e aplicadoras de normas jurídicas<sup>119</sup>; b) em estreita ligação com o primeiro traço distintivo, estas normas devem estar internamente relacionadas com as normas que

---

<sup>115</sup> Cfr. HERBERT L. A. HART, *The Concept...*, p. 104.

<sup>116</sup> Cfr. HERBERT L. A. HART, *The Concept...*, p. 105.

<sup>117</sup> Cfr. HERBERT L. A. HART, *The Concept...*, p. 109.

<sup>118</sup> Cfr. HERBERT L. A. HART, *The Concept...*, p. 116.

<sup>119</sup> Cfr. JOSEPH RAZ, *Practical Reasons and Norms*, 2ª edição, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 126.

estruturam os órgãos criadores e aplicadores de normas jurídicas, ou seja, deve ser possível ver entre as primeiras e as segundas uma relação de conexão ou derivação)<sup>120</sup>; e c) a validade sistêmica está condicionada ao fato das normas serem efetivamente praticadas<sup>121</sup>. A conexão entre efetividade e validade é marcante, sendo de se notar que RAZ sintetiza sua concepção sistemática afirmando que o fato de que uma norma pertence a um sistema institucionalizado é relevante para a sua validade apenas se o sistema referido está em vigor, ou seja, se a norma foi criada ou é efetivamente aplicada pelas autoridades que detém o poder de criá-las ou aplicá-las (*norm-creating or norm-applying institutions*)<sup>122</sup>. Por sua vez, o sistema jurídico se distingue dos demais sistemas normativos institucionalizados por: a) sua pretensão de generalidade (pois presume ter autoridade para regular toda e qualquer esfera da vida de uma comunidade)<sup>123</sup>, b) sua pretensão de supremacia (pois clama preponderância sobre os demais sistemas normativos existentes numa comunidade)<sup>124</sup>, e c) seu caráter aberto (pois contém normas cujo propósito é conferir caráter vinculativo dentro do sistema jurídico a normas que não pertencem a ele)<sup>125</sup>. Ocorre que a concepção de RAZ acaba por se revelar paradoxal: ao considerar que a autoridade dessas instituições é uma autoridade social, sustenta que somente se verifica essa autoridade se as normas são socialmente efetivas, ou seja, se são, na prática, cumpridas pela comunidade<sup>126</sup>. Assim, por um lado, o que define as normas como jurídicas é o fato de terem sido estabelecidas para a comunidade pelas autoridades juridicamente reconhecidas, mas, por outro lado, o reconhecimento jurídico das

---

<sup>120</sup> Cfr. JOSEPH RAZ, *Practical...*, p. 126.

<sup>121</sup> Cfr. JOSEPH RAZ, *Practical...*, p. 127.

<sup>122</sup> Cfr. JOSEPH RAZ, *Practical...*, p. 128.

<sup>123</sup> Cfr. JOSEPH RAZ, *Practical...*, p. 150.

<sup>124</sup> Cfr. JOSEPH RAZ, *Practical...*, p. 151.

<sup>125</sup> Cfr. JOSEPH RAZ, *Practical...*, pp. 152-153.

<sup>126</sup> Cfr. JOSEPH RAZ, *Practical...*, p. 128.

autoridades somente ocorre se suas normas são efetivamente obedecidas pela comunidade. Ou seja: a comunidade deve obedecer as normas emanadas pelas autoridades competentes, mas as autoridades apenas são competentes se a comunidade efetivamente obedece as normas por elas editadas. Mais adiante, RAZ se manifesta de forma a retificar seu pensamento: diz que a caracterização da validade de um sistema jurídico ocorre se suas normas efetivamente são aplicadas pelas autoridades encarregadas de fazê-lo, ainda que a maioria da população não as pratique<sup>127</sup>. Soluciona, assim, o dilema anteriormente apontado (pois parece assumir a posição – que, embora questionável, não é contraditória – de que a efetividade é apenas oriunda da aplicação pelas autoridades, não estando essas condicionadas à aceitação pela comunidade). O faz, no entanto, com um retorno radical ao postulado austiniano, no sentido de que o aspecto nuclear do fenômeno jurídico reside em ordens emanadas sob ameaça.

Ao contrário de HART, que vê como característica marcante do sistema jurídico a forma de estruturação normativa (normas primárias e normas secundárias), RAZ considera como traço identificador fundamental não uma determinada estrutura normativa, mas sim institucional: para ele, a característica do sistema jurídico, como sistema normativo institucional, se prende ao fato de possuir instituições especificamente encarregadas da aplicação das normas, quais sejam, os tribunais. São essas instituições primárias (*primary institutions*) a característica definitiva do sistema jurídico<sup>128</sup>.

Entende RAZ que normas (aí incluídas as normas jurídicas) são razões para ação<sup>129</sup>. Trabalha, portanto, com uma concepção de norma como motivadora de condutas (nisso há uma semelhança com a Análise Econômica do Direito). Têm como

---

<sup>127</sup> Cfr. JOSEPH RAZ, *Practical...*, p. 131.

<sup>128</sup> Cfr. JOSEPH RAZ, *Practical...*, p. 137.

<sup>129</sup> Cfr. JOSEPH RAZ, *Practical...*, p. 09.

primária o fato de orientarem a realização de uma conduta (*first-order reason*). Todavia, é certo que um indivíduo, na contingência de ver-se obrigado a tomar uma decisão acerca de um problema concreto pode, além da norma (em nosso caso, da norma jurídica), possuir outras razões (de cunho moral, prático, psicológico etc.) incidentes sobre a mesma situação fática, razões estas que podem, inclusive, conflitar com a razão substanciada pela norma jurídica. Ocorre que, além de seu caráter de *first-order reason*, as normas jurídicas operam, simultaneamente, como *second-order reasons*, ou seja, como razões que, ao mesmo tempo em que orientam uma determinada conduta, excluem outras possíveis razões que com elas conflitem. Portanto, são também, na terminologia de RAZ, *exclusionary reasons*<sup>130</sup>. Essa propriedade das normas jurídicas faz com que, uma vez incidentes, atuem de forma imperativa, bloqueando a consideração de outras razões eventualmente existentes. Não se trata, portanto, de um conflito de razões, nos quais as normas jurídicas prevalecem porque dotadas de maior peso. Em verdade, é admissível que, em caso de ponderação entre a razão substanciada na norma e alguma outra, esta se mostre com maior peso do que aquela. No entanto, por ser também uma *exclusionary reason*, a norma jurídica incide imperativa e antecipadamente, sequer permitindo a possibilidade de ponderação com razões de outra natureza.

Observa-se significativos pontos de semelhança entre a concepção de RAZ e o defendido pela Análise Econômica do Direito: ambas assumem que o papel do Direito é melhor compreendido como sendo a tentativa de equacionar um problema de escolha racional. O sistema jurídico é, para ambas, um motivador de condutas. São duas as vantagens em se ter uma organização institucional formal, tanto para o jusfilósofo mencionado, quanto para a Análise Econômica do Direito. Em primeiro lugar, ao exigir dos indivíduos apenas a conformidade

---

<sup>130</sup> Cfr. JOSEPH RAZ, *Practical...*, p. 36.

externa de suas condutas com as normas jurídicas, para que essas condutas sejam consideradas corretas, evita-se que os indivíduos tenham que sopesar uma multiplicidade de razões antes de tomarem as decisões acerca de como agir corretamente. Retira-se, em outras palavras, o fardo de um penoso, e às vezes impossível, porque incomensurável, processo de ponderação de razões conflitantes. Em segundo lugar, resolve-se problemas de coordenação coletiva, que surgem não apenas das repercussões das decisões individuais sobre os seus autores, mas igualmente do impacto delas na comunidade. As duas vantagens assinaladas remetem à ideia de custos de transação (mais especificamente, da redução deles), que é fundamental à Análise Econômica do Direito.

Todavia, RAZ confere uma proeminência à estatalidade do fenômeno jurídico que não lhe é atribuída pela Análise Econômica do Direito. O mencionado jusfilósofo vê o *surgimento* da normatividade jurídica na atuação dos funcionários *estatais* encarregados de aplicar as *leis*. É daí, segundo ele, que *brot*a a normatividade. *Do Estado surge o Direito*. Para a teoria da *Public Choice*, é a consideração no sentido de que a obtenção de alguns bens (paz pública, justiça distributiva, proteção ambiental etc) somente será possível através da coordenação da ação coletiva que dá ensejo à decisão de efetuar essa coordenação através de *normas sociais*. Nesse contexto decisório, a ulterior consideração de que a regulação apenas será eficaz dentro de um quadro normativo institucionalizado (nos moldes similares ao proposto por HART) que leva à opção específica pelas *normas jurídicas*. Essa opção não depende da prévia existência de um Estado. Por isso, as normas jurídicas surgem do acordo social, e esse acordo pode estabelecer, também, que a administração e o provimento de bens públicos será feita através do Estado. Ao contrário do ponto de vista anterior, é o *Direito que dá origem ao Estado*.

Passemos, agora, a examinar como HANS KELSEN vê o

surgimento da normatividade jurídica. Há, de plano, uma diferença metodológica gritante entre o pensamento kelseniano e o da escola da *Public Choice*, consistente no esforço do pensador austríaco em isolar qualquer consideração valorativa de sua apreciação da Ciência do Direito<sup>131</sup>. Ao contrário disso, a Análise Econômica do Direito assume que sua descrição do fenômeno jurídico, mesmo sob o prisma sociológico, é calcada em um individualismo metodológico que possui declarado embasamento filosófico (a autonomia individual). Toda a teoria é edificada sobre esse paradigma<sup>132</sup>.

Outro ponto de divergência consiste na noção kelseniana de *eficácia*, que desempenha papel fundamental no surgimento da normatividade jurídica. A juridicidade de uma norma (o seu *dever-ser objetivo*, na terminologia de KELSEN) não deriva de sua promulgação formal, mas do seu reconhecimento social como uma norma válida<sup>133</sup>. A validade depende, por sua vez, da eficácia: é necessário que a norma seja minimamente aplicada (eficaz) para que seja considerada válida. A eficácia é condição de validade<sup>134</sup>. Sendo a eficácia concernente ao campo dos *atos*, e a validade ao da *norma*, a afirmação kelseniana implica em ver nessa eficácia o fato gerador da norma jurídica: toda norma que é comunitariamente *respeitada* como norma jurídica, efetivamente o é. Ocorre que, para KELSEN, a raiz

---

<sup>131</sup> É ilustrativa a seguinte passagem: “De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo facto de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão como Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza de seu objeto.” (HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 1).

<sup>132</sup> Cfr. GEOFFREY BRENNAN & JAMES M. BUCHANAN, *The Reason...*, pp. 25-27.

<sup>133</sup> Cfr. HANS KELSEN, *Teoria...*, p. 8.

<sup>134</sup> Cfr. HANS KELSEN, *Teoria...*, p. 12.

desse respeito é a *coação*<sup>135</sup>. Segundo ele, o que define o direito é a *sanção*, de forma que o *preceito primário* da norma jurídica não é a descrição da conduta permitida ou proibida, mas a sanção atrelada a ela em caso de desobediência<sup>136</sup>. Assim, a norma jurídica é válida porque é coativamente eficaz, ou seja, porque suas sanções são realmente operativas. Há um retorno, nesse ponto, à ideia de JOHN AUSTIN, repudiando-se outras formas de incentivo, tais como prêmios e benefícios, ou mesmo o simples comprometimento moral, como indutores do respeito ao ordenamento jurídico<sup>137</sup>.

KELSEN entende, igualmente, que a eficácia também é um requisito da legitimidade: para que uma ordem jurídica seja legítima, é necessário que ela seja eficaz. Como visto anteriormente, a questão central do surgimento da normatividade jurídica diz respeito ao seu fundamento de validade material, à sua legitimidade – *o quê* e *o por quê* do Direito. Essas questões são respondidas por KELSEN com recurso à ideia de coação eficaz. Em verdade, um exame mais detido revela que as questões não são respondidas, mas tangenciadas, posto que na visão kelseniana são irrelevantes *o quê* e *o por quê* do Direito: o que interessa é o que ele *é*. Perceba-se que não há incoerência alguma em ressaltar o aspecto sociológico do ordenamento jurí-

---

<sup>135</sup> Cfr. HANS KELSEN, *Teoria...*, p. 52: “Quer dizer: a norma fundamental que representa o fundamento de validade de uma ordem jurídica refere-se apenas a uma Constituição que é a base de uma ordem de coerção eficaz. Somente quando a conduta real (efectiva) dos indivíduos corresponda, globalmente considerada, ao sentido subjectivo dos actos dirigidos a essa conduta é que esse sentido subjectivo é reconhecido como sendo também o seu sentido objetivo e esses actos são considerados ou interpretados como actos jurídicos.”

<sup>136</sup> Cfr. HANS KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, ManzscheVerlags, Wien, 1979, p. 18: “Das Recht ist wesentlich Zwangsordnung. Es schreibt ein bestimmtes Verhalten in der Weise vor, daß es an das gegenteilige Verhalten des Gesollt-Sein eines Zwangsakts als Folge knüpft. Der Satz, mit dem die Rechtswissenschaft diese Verknüpfung von Unrecht und Unrechtsfolge beschreibt, wird von mir, zum Unterschied von der von ihm beschriebenen Rechts-Norm als Rechts-Satz bezeichnet. Dieser Rechts-Satz ist das spezifische Rechts-Gesetz.”

<sup>137</sup> Cfr. HANS KELSEN, *Allgemeine...*, pp. 18-19.



dico<sup>138</sup>, ou seja, os elementos que externamente caracterizam a sua existência peculiar no âmbito social<sup>139</sup>. O que há que se criticar no pensamento kelseniano é que sua análise sociológica não está fundamentada nem é complementada pela apreciação dos outros aspectos do fenômeno jurídico, notadamente de um paradigma valorativo, sem o qual entendemos que nenhuma teoria pode ser construída no âmbito das Ciências Sociais. Não discordamos, portanto, do projeto de KELSEN em buscar distinguir aspectos predominantemente fático-normativos de outros, axiológicos, no âmbito do Direito. O equívoco consiste, a nosso ver, em sustentar que à Ciência Jurídica cabe apenas o estudo do prisma fático-normativo. A Análise Econômica do Direito não envereda por este mesmo caminho, posto que prestigia os dois aspectos do fenômeno jurídico.

Além da *coatividade*, a *estatalidade* é outro traço marcante da Teoria Pura do Direito<sup>140</sup>. Disso decorre que os direitos *subjettivos* apenas existem se o direito *objetivo* os consagrar<sup>141</sup>.

A tese de que a *coação estatal* traduz a essência do Direito representa a consagração da ideia de que o surgimento da normatividade jurídica reside na *força*. Ao contrário disso, a teoria da *Public Choice* deriva sua concepção do surgimento da

---

<sup>138</sup> O viés sociológico da Teoria Pura do Direito é apontado por RICHARD A. POSNER. Para o jurista norte-americano, esse viés decorre do fato de que a teoria kelseniana pretende ser descritiva, e não normativa: procura investigar o sentido em que a palavra *Direito* é correntemente entendida (o denominador comum de sua compreensão mundial), evitando juízos de valor a respeito. Cfr. RICHARD A. POSNER, *Law...*, posição 3029.

<sup>139</sup> Embora HANS KELSEN o faça sob a premissa de que o Direito é uma ordem estatal coativamente eficaz, o que diverge fundamentalmente do paradigma da teoria da *Public Choice* adotado nesse relatório.

<sup>140</sup> Cfr. HANS KELSEN, *Teoria...*, p. 235: "...o governo efectivo que, com base numa Constituição eficaz, estabelece normas gerais e individuais eficazes é o governo legítimo do Estado."

<sup>141</sup> Na literatura germânica contemporânea que trata do Direito do Estado (*Staatsrecht*), ponto de vista semelhante é esposado por JÜRGEN SCHWABE, *Grundkurs Staatsrecht*, 5ª edição, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1995, p. 10: "Kein subjektives Recht ohne objectives Recht."

normatividade de outra fonte, qual seja, o acordo social objetivando a coordenação da ação coletiva. Seu fundamento é, portanto, a *razão*. Isso faz com que ela posicione a ideia de legitimidade de forma oposta à apresentada por KELSEN: para este, a legitimidade deriva da eficácia; para aquela, é a eficácia que deriva da legitimidade<sup>142</sup>.

Assim, sob o prisma sociológico, a Análise Econômica do Direito não vê o Direito como um fenômeno essencialmente *estatal*, nem vê na *sanção*, ou mesmo na possibilidade de *judicialização*, o traço distintivo do Direito. Uma estrutura organizada pode ser formada numa comunidade sem que isso dê ensejo à constituição de um Estado. Ademais, ainda que, contemporaneamente, a produção do Direito seja um fenômeno exclusivamente ou predominantemente estatal, não é o Estado que constitui a comunidade política, e sim o contrário, conforme será examinado com mais vagar no próximo capítulo. Sendo o momento constituinte o momento de surgimento do Direito, e nascendo o Estado *a partir* dessa ocasião, o Direito antecede necessariamente o Estado.

Por outro lado, o propósito dessa organização é estabilizar as expectativas de forma congruente (evitando colidências entre elas), e isso não depende necessariamente de *punições*. Pelo contrário: a maioria das normas não é seguida pela ameaça de coação, mas por adesão voluntária dos destinatários, o que significa um comprometimento *moral* com o Direito<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> Convergindo nesse ponto com a Análise Econômica do Direito – talvez por comungar o mesmo postulado de *racionalidade individual* – JÜRGEN HABERMAS deriva a eficácia da legitimidade, conforme segue: “A legitimidade de uma regra depende do fato de ela conseguir impor-se. Ao contrário, tanto a validade social, como a obediência fática, variam de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade, e esta fé, por sua vez, apóia-se na suposição da legitimidade, isto é, na fundamentabilidade das respectivas normas.”. Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *Direito...*, p. 50.

<sup>143</sup> Cfr. ROBERT D. COOTER, *Normative...*, p. 979: “Successful state enforcement typically requires a close alignment of law with morality, so state officials enjoy informal support from private persons.”. Cfr., também, GEOFFREY BRENNAN & JAMES M. BUCHANAN, *The Reason...*, pp. 89-91.

Considera, portanto, que as regras morais são de extrema importância, ou até necessárias para a construção de uma sociedade livre:

“Indeed, a widespread adoption of Judeo-Christian morality may be a necessary condition to the operation of any genuinely free society of individuals.”<sup>144</sup>

Assume-se, todavia, que essas regras morais não exercem influência unânime, e que se verificam situações nas quais não são suficientes para impedir que os indivíduos atuem em sentido socialmente indesejável, explorando seus semelhantes. Assim, a preocupação de *engenharia social* subjacente a essa construção teórica tem por objeto, exatamente, reforçar o respeito por essa concepção moral, de forma a criar obstáculos para que os cidadãos que desrespeitam o mandamento básico de igual respeito não consigam obter os benefícios almejados:

“Should social order be organized to allow moral deviants to gain at the expense of their fellows? Or instead, should the institutional arrangements be constructed in such a way that the ‘immoral’ actor can gain little, if at all, by his departure from everyday standards of behavior?”<sup>145</sup>

### 3.3. A OPOSIÇÃO À ABORDAGEM SOCIOLÓGICA NO ÂMBITO DA TEORIA DO DIREITO

É certo que a abordagem do fenômeno jurídico sob o prisma sociológico encontra forte resistência em parte da doutrina, que aí identifica uma das etapas da “crise do Direito”. Segundo CASTANHEIRA NEVES, esse aspecto da crise consiste justamente na substituição da Filosofia do Direito por uma forma de pensar o fenômeno jurídico mais de acordo com um

<sup>144</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, p. 303.

<sup>145</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, p. 303.

determinado cientificismo que teria impregnado a modernidade. Essa forma de pensar é a Sociologia<sup>146</sup>. Por essa via, o pensamento jurídico teria assumido “uma função sobretudo sociológica (econômico-social) e num novo nominalismo positivista de cariz sócio-empírico, torna-se uma ‘ciência social’, volve-se em ‘engenharia social’ (POUND, POPPER), em ‘tecnologia social’ (HANS ALBERT) etc.”<sup>147</sup>. A Análise Econômica do Direito seria fruto desse novo paradigma. Embora a linha geral do argumento seja incontestável – o evoluir do positivismo conduziu à aproximação entre o Direito e as outras Ciências Sociais (temos em conta, aqui, a Economia e a Sociologia) e permitiu que o fenômeno jurídico fosse pensado sob uma perspectiva de engenharia social – algumas observações são necessárias.

Em primeiro lugar, é equivocado afirmar que a Sociologia se colocou ou se coloca no papel de *substituir* a Filosofia do Direito, pois aquela se propõe a fornecer, apenas, um ponto de vista *diferente*. Examina o mesmo objeto, mas as perguntas que faz são outras, bem como outro é o método que utiliza. O temor com relação à Sociologia só pode ser atribuído a uma má compreensão de sua proposta – até porque não é difícil divisar, subjacente a cada proposta sociológica, um fundamento filosófico.

Nesse sentido, atribuir-se a KARL POPPER – para referirmos somente um dos pensadores mencionados por CASTANHEIRA NEVES – uma atitude antifilosófica é de todo equivocado. Basta a menção a uma obra do filósofo austríaco, *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*<sup>148</sup>, para que se perceba o

---

<sup>146</sup> Cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *A Crise Actual...*, p. 33.

<sup>147</sup> Cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *A Crise Actual...*, p. 53.

<sup>148</sup> Cfr. KARL R. POPPER, *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos – Tomo 1 e A Sociedade Aberta e Seus Inimigos – Tomo 2*, Editora Itatiaia, São Paulo, 1987, *passim*. A pretensão de *engenharia social* de POPPER possui destacado embasamento filosófico humanista e é um ataque frontal ao pensamento autoritário de PLATÃO, bem como de outros que, há dois milênios, reverberam o ideário político platônico. Em verdade, o que POPPER faz – e o que é um dos pontos centrais desse relatório, à

denso substrato filosófico de sua posição. O mesmo pode-se dizer de ROSCOE POUND e de HANS ALBERT.

Não vemos, portanto, impossibilidade alguma em que uma mesma teoria albergue um ponto de vista filosófico e um ponto de vista sociológico acerca do Direito. Não há nada a temer nisso. Em verdade, o que se deve temer é o descolamento do Direito da realidade social que o cerca – isso sim a significar a *morte do Direito* – que ocorreria se a Ciência do Direito desprezasse qualquer contribuição da Sociologia.

Discordamos, ainda, da interpretação de CASTANHEIRA NEVES respeitante à validade da extensão do ponto de vista sociológico de NIKLAS LUHMANN ao campo da Teoria do Direito, notadamente quando o jurista português afirma, referindo-se ao sociólogo alemão, que “trata-se de um pensamento que exclui do mundo da nossa existência social actual o apelo a quaisquer sentidos axiológicos, pois viveríamos hoje numa sociedade submetida irreversivelmente e sem remédio à funcional racionalidade do sócio-económico”<sup>149</sup>. Ocorre que o sociólogo alemão não nega a existência de *quaisquer* sentidos axiológicos na sociedade – pelo contrário, entende que toda sociedade constrói sentidos axiológicos<sup>150</sup>. Apenas, não edifica seu posicionamento sobre *um* sentido axiológico determinado, entendendo, ao invés disso, que qualquer que seja o sentido eleito, permanece válida sua proposta analítica. E é nesse ponto que surge a discordância de CASTANHEIRA NEVES: não que LUHMANN *recuse* qualquer sentido axiológico, mas sim que ele *admita* outros sentidos axiológicos<sup>151</sup>. Teríamos identifica-

---

luz das contribuições da teoria da *Public Choice* – é enunciar os pilares de uma teoria sociológica consistente a partir de fundamentos filosóficos.

<sup>149</sup> Cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *A Crise Actual...*, p. 53.

<sup>150</sup> Sobre o aspecto do pensamento luhmanniano concernente à existência de valorações sociais prévias, das quais depende a própria *validade* da dogmática jurídica (que deve produzir, na terminologia de Luhmann, *conceitos jurídicos socialmente adequados*), cfr. NIKLAS LUHMANN, *Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*, Il Mulino, Bologna, 1978, pp. 106-124.

<sup>151</sup> E aí talvez resida o *sentido axiológico* último, que LUHMANN não declara e

do, então, não um receio da Sociologia, mas um receio do pluralismo? Se esse raciocínio estiver correto, o que CASTANHEIRA NEVES rejeita não é o viés *sociológico* da Sociologia luhmanniana, mas o fato de que essa se abre para outras vertentes axiológicas. Ou seja: o que refuta são as implicações *filosóficas* da teoria de LUHMANN, que representariam uma mudança de paradigma relativamente àquele adotado pelo professor de Coimbra.

Não é por outra razão que essa possibilidade de mudança de paradigmas é chamada de *crise*, o que lhe confere um aspecto dramático, afirmando-se que “O que nos toca e comove é o ruir de referentes, que até há pouco davam sentido à nossa existência, perante uma complexidade problemática que parece ultrapassá-los.”<sup>152</sup>. Observe-se, todavia, que se o *novo* não pode, só por sê-lo, ser sempre aceito e festejado, também não pode, pela mesma razão, ser sempre sumariamente repudiado. Sendo a Filosofia um pensamento *crítico*, isso inclui a crítica dos fundamentos sobre os quais assenta-se o próprio filósofo<sup>153</sup>. Não se concebe, portanto, que a Ciência do Direito recuse a apreciação crítica dos paradigmas em que se assenta.

Todavia, no que diz respeito especificamente à validade do prisma *sociológico* da Ciência Jurídica, discordamos de CASTANHEIRA NEVES por dois motivos. Em primeiro lugar, sendo o direito não apenas *valor* e *norma*, mas também *fato*, uma Teoria do Direito que não possua um instrumental conceitual apto a explicar esse viés fático será incompleta. Em

---

CASTANHEIRA NEVES não enxerga, nessa visão sociológica: o *pluralismo como valor*.

<sup>152</sup> Cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *A Crise Actual...*, p. 142.

<sup>153</sup> Todavia, já NIETZSCHE assinalava a dificuldade dos filósofos em colocar sob questionamento as suas próprias premissas e se manterem fiéis ao voto “de omnibus dubitandum” – voto esse que não conduz necessariamente ao niilismo, ou seja, em jamais ter um conhecimento qualquer como certo, mas sim em jamais se recusar a colocar esse conhecimento sob escrutínio. Cfr. FRIEDERICH NIETZSCHE, *Jensteins Gut um Böse – Zur Genealogie der Moral (Nietzsches Werke – Siebenter Band)*, Alfred Kröner Verlag, Stuttgart, 1921, p. 10.

segundo, porque a Análise Econômica do Direito atrela ao aspecto fático um prisma filosófico, que entendemos perfeitamente compatível com aquele<sup>154</sup>.

### 3.4. EXCURSO: REGRAS SOCIOLÓGICAS E NORMAS SOCIAIS

Há na literatura da Análise Econômica do Direito, todavia, o posicionamento divergente de ERIC A. POSNER, ao qual a crítica de CASTANHEIRA NEVES relativa à impropriedade da visão *fática* sobre o fenômeno jurídico é inteiramente aplicável. Segundo o indicado jurista norte-americano, as normas sociais nunca *causam* comportamentos. O autor deriva essa afirmação de sua concepção bastante restrita do que são normas sociais, interpretando-as como *etiquetas (labels)* que são adscritas a condutas<sup>155</sup>. Isso porque ele utiliza a expressão *normas* com o significado de *regularidades*, numa visão que podemos chamar de *estatística*, similar à das ciências naturais: se as chuvas se prolongam por mais de três dias consecutivos numa determinada região, a *norma* é (ou seja, é estatisticamente provável) que o rio local suba de nível. Da mesma forma, na concepção de ERIC A. POSNER, se um indivíduo compra um automóvel, a *norma* é (ou seja, é estatisticamente provável) que ele pague o preço correspondente. É certo, no entanto, que as normas sociais não podem ser confundidas ou equiparadas a leis da natureza ou a regularidades estatísticas. Esse posicionamento deixa escapar justamente o que há de essencial no fenômeno normativo e que o diferencia das leis da natureza, consistente no fato de que as normas sociais, e somente elas, geram *expectativas contrafáticas*. Portanto, a concepção de

---

<sup>154</sup> A fundamentação filosófica da Análise Econômica do Direito é rejeitada por CASTANHEIRA NEVES, que atribui a BUCHANAN um individualismo radical, à *outrance*, com o qual não concorda. Cfr. ANTÔNIO CASTANHEIRA NEVES, *A Crise Actual...*, pp. 94-95.

<sup>155</sup> Cfr. ERIC A. POSNER, *Law...*, p. 34.

ERIC A. POSNER sob o aspecto *fático* do Direito é incompatível com qualquer visão *normativa* ou *valorativa* do mesmo fenômeno.

Poder-se-ia, numa aproximação ligeira, dizer-se que a visão do autor citado acerca das normas sociais é similar à de MAX WEBER ou VILFREDO PARETO sobre as regras sociológicas: para o pensador alemão, regras sociológicas são regularidades estatísticas<sup>156</sup>. Ocorre que a asserção de WEBER é menos suscetível a críticas, e não se confunde com a do professor norte-americano. De fato: o que o sociólogo alemão trata como regularidades estatísticas não são *as* normas sociais, mas as regras sociológicas *que se referem às* normas sociais. Exemplificando: para MAX WEBER, a norma social vigente numa comunidade primitiva, segundo a qual aquele que provoca a morte de um membro dessa coletividade deve ser punido com a morte, não é uma regularidade estatística. O que é uma regularidade estatística é a percepção de que *existe* uma norma social nesse sentido naquele grupo, e que ela *é sempre, às vezes, ou nunca* é aplicada às condutas que se enquadram na proibição: ou seja, que a referida norma social exerce, na realidade fática considerada, o poder de orientar condutas numa proporção estatisticamente mensurável. Ou, aplicando o raciocínio a uma situação contemporânea: a) o crime de homicídio simples é punido pelo ordenamento jurídico brasileiro com pena de reclusão de 6 a 20 anos. Essa é a norma social vigente – uma norma jurídica. Todavia, b) nem todos os delitos dessa natureza são punidos: em muitos não se consegue apurar a autoria, alguns são colhidos pela prescrição, e outros, embora gerem pro-

---

<sup>156</sup> Cfr. MAX WEBER, *Wirtschaft...*, posição 1402: “Nur solche statistische Regelmässigkeiten, welche einem *verständlichen* gemeinten Sinn eines sozialen Handelns entsprechen, sind (im hier gebrauchten Wortsinn) verständliche Handlungstypen, also: ‘soziologische Regeln’”. Em sentido similar, VILFREDO PARETO afirma: “Le azioni umane presentano uniformità, ed è solo mercè tale loro proprietà che possono essere oggetto di uno studio scientifico. Queste uniformità hanno pure un altro nome, e si dicono *leggi*.”, cfr. VILFREDO PARETO, *Manuale...*, p. 05.



cessos criminais, findam com a absolvição do acusado. Esse segundo aspecto (letra “b”) pode ser apreciado sob o ponto de vista estatístico, e permite aferir o grau de adesão efetiva da comunidade nacional à referida norma social (bem como outras nuances relevantes, tais como eventuais variações locais na taxa de prescrições ou absolvições). Vista a teoria sob esse prisma, nada há a reparar na afirmação de que as *regras sociológicas* configuram regularidades estatísticas<sup>157</sup>. Pode-se, inclusive, concordar com VILFREDO PARETO, no sentido do que, sem a presunção de alguma espécie de regularidade ou uniformidade nos fenômenos sociais, é inviável qualquer pretensão teórica ou mesmo prática nesse campo<sup>158</sup>. De fato: como estudar a Ciência do Direito sem presumir que as normas jurídicas costumam influenciar as decisões individuais, ou seja, que há uma regularidade (que, em alguns casos, pode ser estatisticamente aferível) no sentido de que os comandos legais exercem consequências práticas no *mundo da vida* – o *Lebenswelt* dos pensadores alemães?

No entanto, ERIC A. POSNER considera que não são as regras *que tratam das* normas sociais, mas as próprias normas sociais que possuem natureza estatística ou, em outras palavras, que se originam, *sempre e exclusivamente*, da reiteração de comportamentos. Essa posição é, a nosso ver, manifestamente incorreta, e não condiz com o posicionamento majoritário da

---

<sup>157</sup> Lembre-se que LEO STRAUSS critica WEBER sob o argumento de que não é possível separar juízos de fato de juízos de valor, e que mesmo WEBER faz juízos de valor quando está falando sobre fatos, cfr. LEO STRAUSS, *Natural Right...*, pp. 42ss.. Concordamos com a asserção fundamental de STRAUSS – a inseparabilidade de juízos de fato e de valor no campo das ciências sociais – mas entendemos que ela não abala o ponto fundamental da tese weberiana, de que ora tratamos, no sentido de que *uma coisa* é buscar identificar as regularidades concernentes às regras sociais e *outra* é avaliar se essas regras sociais são boas ou más. No primeiro caso predomina o viés objetivo, embora se conceba o recurso a aspectos valorativos (para determinar, por exemplo, o que é uma regra social); inversamente, no segundo caso o viés subjetivo é predominante, sem embargo de eventual recurso a apreciações de cunho objetivo.

<sup>158</sup> Cfr. VILFREDO PARETO, *Manuale...*, pp. 05-08.

teoria da *Public Choice*, que vimos seguindo.

## CAPÍTULO 4. O CONTRATUALISMO

### 4.1. O CONTRATO SOCIAL COMO ACORDO CONSTITUCIONAL

A concepção da escola da *Public Choice* acerca do fato gerador da norma jurídica decorre do entrelaçamento do postulado filosófico e metodológico *individualista* com o postulado sociológico que vê no Direito uma forma de *coordenação da ação coletiva*. A conjunção desses dois postulados resulta num teoria *contratualista* acerca do surgimento da normatividade jurídica.

O *contratualismo* é uma consequência das premissas adotadas. Se, por um lado, (a) a convivência coletiva impõe restrições ao comportamento privado, sem as quais a coordenação das ações é impossível, e, por outro lado, (b) a autonomia individual é o valor axiológico fundamental, (c) qualquer restrição à liberdade somente pode ser considerada legítima se não ofender o postulado individualista. Isso se dá quando as normas jurídicas originam-se ou são aceitas através do *acordo racional* de cada membro da coletividade<sup>159</sup>:

“A necessary starting position for a society of free individuals, related one to another in a network of interdependence, is some agreement on a structure of rights which, in effect, defines the entities who enter negotiations.”

As constituições surgem para resolver um problema de coordenação da ação coletiva: se não houver a necessidade de ação coletiva, não há necessidade de constituição da comunidade política<sup>160</sup>. Uma vez que o altruísmo entre as pessoas é

---

<sup>159</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN, *The Limits...*, p. 28.

<sup>160</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, p. 43.

limitado, e tendo em vista a possibilidade de que daí decorram conflitos interindividuais, é necessário que se estabeleça um mecanismo institucionalizado para resolver as disputas<sup>161</sup>. O fundamento da ação coletiva é o interesse dos indivíduos em reduzirem os *custos* que lhes são impostos pelas condutas dos demais. Esses custos, que não se resumem ao aspecto financeiro, são chamados de *externalidades*. A convivência entre as pessoas possibilita que indivíduos tomem cursos de ação que, embora maximizem suas preferências individuais, geram externalidades negativas sobre outros. Todos têm interesse em diminuir essas externalidades e, nesse ponto, a coordenação da conduta coletiva surge como um meio de reduzi-las<sup>162</sup>. As decisões *por unanimidade* são as que geram menos externalidades, haja vista que o consenso universal pressupõe que todos os membros da coletividade tenham considerado que a decisão adotada lhes é individualmente benéfica e, portanto, não lhes trará externalidades (ou, ao menos, não trará externalidades relevantes). Por outro lado, quanto menos pessoas sejam exigidas para tomar uma decisão, maior é a possibilidade de que recaiam externalidades sobre aqueles que não participaram do processo decisório.

Outro aspecto, também relativo aos *custos*, deve ser examinado. Como visto, a atividade de coordenação consiste na busca por uma solução que, por resultar do acordo, maximize as preferências de cada qual. Coordenação envolve, portanto, deliberação, a qual, por seu turno, também gera *custos*, relativos, por exemplo, ao trabalho em convocar e reunir os membros da comunidade, o tempo despendido no processo de discussão e deliberação etc. Por isso, além dos *custos externos*, de que acabamos de falar, existem também os *custos de decisão*, gerados pelo processo de deliberação empregado na coordena-

---

<sup>161</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN, *The Limits...*, p. 09.

<sup>162</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, pp. 44-46.

ção da conduta coletiva. As decisões *por unanimidade* são as que geram maiores custos de decisão; quanto menos votos a decisão demandar, menor o *custo de decisão* (pode-se chegar mais rápido e mais facilmente à decisão)

Assim, os custos decorrentes das externalidades e os custos de deliberação são inversamente proporcionais: quanto mais próximo for o critério de decisão do paradigma da unanimidade, maior será o custo de decisão e menor será o custo decorrente de possíveis externalidades. Conversamente, quanto mais distante a regra de decisão for do critério da unanimidade (e, no limite, a regra de decisão pode dispor que compete a apenas uma pessoa decidir por todo o grupo), menor será o custo de decisão e maior a possibilidade de externalidades sobre os membros não envolvidos no processo decisório. A soma dos custos externos e dos custos de deliberação é chamada de *custos de interdependência* (*interdependence costs*).

Note-se que esses custos existem nas três formas de articulação da conduta: a puramente individual, a cooperação voluntária e a coordenação coletiva. A primeira consiste em deixar aos indivíduos que cada um decida o que fazer (baixo custo de decisão, elevado custo externo). A segunda pressupõe acordos voluntários, tais como contratos e empresas (médio custo de decisão, médio custo externo). A terceira é o Estado (alto custo de decisão, baixo custo externo). Todas essas formas incluem custos, cabendo aos indivíduos decidirem em quais delas os custos de interdependência são menores<sup>163</sup>. Isso possui grande implicação política: o bem público é decidido *antes* da constituição do Estado: não é a lei que diz o que é melhor para os indivíduos: são estes quem devem deliberar o que é melhor para eles e criar as leis conformes a esses propósitos. Ou seja: no acordo constitucional (logicamente antes ou acima da legislação ordinária) decide-se quais são os bens cujo provimento será deixado à livre disposição privada (unilateral), quais aque-

---

<sup>163</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, p. 62.

les que pressupõem alguma coordenação consentida, mas ainda assim particularizada apenas aos indivíduos diretamente envolvidos (através de contratos ou da organização de empresas ou associações) e quais, por fim, serão providos pelo Estado.

Como o modelo analítico ora empregado é calcado no individualismo metodológico, a unidade a ser levada em consideração no instante da decisão constitucional não é a assembleia ou qualquer outro corpo coletivo, mas os indivíduos isoladamente considerados que compõem este ou aquela. Dessa forma, ao avaliar qual a melhor forma de prover determinados bens, o membro da comunidade se vê ante a escolha entre as três diferentes possibilidades acima referidas, cada uma apresentando seu *custo de interdependência*, que é a soma dos *custos externos* e dos *custos de deliberação*. No âmbito da decisão constitucional, o indivíduo, analisando se uma decisão coletiva seria mais interessante no que diz respeito aos custos de interdependência (apresentaria custos de interdependência menor dos que as soluções alternativas), deve avaliar: (a) quais seriam os custos externos com os quais teria possivelmente que arcar, em relação ao número de indivíduos exigidos para tomar uma decisão, e (b) qual o custo de deliberação de acordo com o número de indivíduos exigidos para tomar uma decisão. Quanto menos indivíduos forem exigidos para tomarem uma decisão, maior é a possibilidade de que custos externos sejam impostos ao indivíduo que ficou fora do processo deliberativo. Inversamente, quanto menor for o número de indivíduos que forem exigidos para tomarem uma decisão, menor serão os custos de deliberação. Em outras palavras, deve decidir se um determinado bem deve ser provido pelo Estado, e qual o mecanismo estatal de decisão que deverá ser implementado para o provimento desse bem (a decisão de uma única autoridade, ou da maioria numa assembleia de representantes, ou da unanimidade dos cidadãos). Quanto menos rigoroso for o processo decisório escolhido no momento constitucional, mais o indivíduo poderá

ter sua preferência afetada no âmbito das decisões pós-constitucionais. Com efeito, é fácil perceber, por exemplo, que a outorga de decisões a uma maioria simples pode ter como resultado o extremo desagrado da minoria vencida. Assim<sup>164</sup>:

“For a given activity the fully rational individual, at the time of constitutional choice, will try to choose that decision-making rule which will *minimize* the present value of the expected costs that he must suffer. He will do so by minimizing the *sum* of the expected external costs and expected decision-making costs, as we defined these separate components.”

Portanto, a *escolha constitucional* se dá no âmbito da *autonomia individual*. A concepção filosófica individualista é coerente com a ideia de contrato social. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK destacam o aspecto que consideram mais relevante da analogia com a Economia, e que consideram que não foi corretamente apreendido pelos pensadores políticos em geral. Trata-se da suposição que, numa relação econômica, as partes só celebram um acordo se houver ganho para ambas. Não é necessário que o ganho seja igual, mas é imprescindível que as duas tenham *alguma* vantagem em decorrência do acordo – não seria presumível que indivíduos racionais entrassem numa relação que lhes deixasse pior do que estavam antes. Essa ideia é estendida para a do contrato social: para que esse se caracterize, é necessário que o arranjo elaborado seja vantajoso para *todos* os membros da comunidade. É esse contrato social que fundamenta a *constituição*, no sentido político mais geral do termo, e não no sentido estrito já assinalado, de documento publicado por um soberano. Conforme destaca BUCHANAN, a constituição política (o texto constitucional) é apenas um aspecto de um contrato constitucional mais

---

<sup>164</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, p. 70.

amplo<sup>165</sup>. Sendo assim, onde não há efetivo contrato social não há constituição, podendo existir a imposição de poder de um grupo mais poderoso, contra a vontade de um grupo menos poderoso que, no entanto, não lhe pode resistir<sup>166</sup>. Daí decorre a relevância da regra da unanimidade, pressuposta como padrão normativo do contrato social, que os autores opõem à regra da maioria, defendida pelos filósofos políticos em geral.

A afirmação contratualista busca responder a questão especificamente *normativa* do Direito, pois a pergunta que se coloca – e cuja resposta é encontrada no consenso racionalmente justificável – consiste, exatamente, no *problema de legitimização* do ordenamento jurídico-político<sup>167</sup>. Nisso consiste a virtude dessa concepção: o Direito e o Estado são entendidos como consectários da autonomia individual e devem a ela a sua sua legitimidade. Via de consequência, não cabe ao Estado *definir* os direitos, mas apenas *defender* os direitos, a partir do que foi estabelecido no acordo constitucional<sup>168</sup>.

PAULO OTERO afirma que “Neste sentido, a autonomia privada não traduz uma ‘graça’ ou ‘dádiva’ do Estado à sociedade civil, antes representa uma imposição natural de um Direito anterior e superior ao Estado”<sup>169</sup>. O contratualismo de BUCHANAN concorda em parte com isso. Compartilha o ponto de vista segundo o qual a autonomia individual é algo anterior ao Estado e, por isso, não pode ser suprimida por ele. Diverge, no entanto, ao sustentar que essa autonomia não é im-

---

<sup>165</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN, *The Limits...*, p. 90.

<sup>166</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, pp. 251-253. O raciocínio não é imune a críticas: note-se que, embora todas as partes tenham ganhos, os de uma podem ser absurdamente superiores aos das outras. Tratando-se a vida social (ou o contrato social) de uma relação continuada, se a regra fundamental possibilite que, em todas as relações sociais, embora todos sejam beneficiados, um (e o mesmo) grupo sempre tenha vantagens significativamente maiores, no final ele estará numa situação completamente desigual com relação aos demais.

<sup>167</sup> Cfr. FERNANDO VALLESPÍN OÑA, *Nuevas Teorías del Contrato Social: John Rawls, Robert Nozick e James Buchanan*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, p. 17.

<sup>168</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN, *The Limits...*, p. 88.

<sup>169</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Lições...2º Tomo*, pp. 25-26.

posta por um Direito Natural anterior, mas sim é a *causa* desse Direito.

O contratualismo de BUCHANAN também rejeita a coercibilidade como elemento caracterizador do fenômeno jurídico. Embora a força desempenhe papel importante na realização do Direito, sua importância é instrumental, não se encontrando o fundamento do Direito na coercibilidade. Pelo contrário: sendo o fundamento do Direito o contrato social baseado na autonomia da vontade – autonomia essa que pressupõe liberdade –, a ordem jurídica é, antes de tudo, a antítese da coação<sup>170</sup>. Note-se, todavia, que depois que o *acordo* constitui o Direito, esse invoca a força como instrumento: o Direito é uma forma de organizar a conduta coletiva para o provimento de bens públicos e privados. A lógica da ação coletiva determina que exista a possibilidade de sanção como uma forma de motivar todos a amoldarem suas condutas às normas de coordenação. Ainda aqui, não se pode dizer que é a força (tomada em seu sentido vulgar, de força física) que é o instrumento básico utilizado para a coordenação, mas sim a *sanção*. A sanção não pode ser confundida com a força: pense-se numa declaração de nulidade, que não tem nenhuma característica de uso da força, mas é, inegavelmente, uma sanção. Isso sem mencionar as *sanções premiaias*.

JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK veem tanto o mercado, quanto a comunidade política, como jogos cooperativos, nos quais os indivíduos se aliam para buscar um resultado mutuamente vantajoso<sup>171</sup>. Esse modelo não significa que um deve ganhar algo à custa do outro: conforme referido há pouco, o modelo empregado é o do *positive sum game*<sup>172</sup>, no qual as partes atuam com lastro na expectativa de que a associação ou a troca conduzam a benefícios para todas as partes en-

---

<sup>170</sup> Sobre a recusa da concepção que identifica a coercibilidade como característica essencial ao Direito, cfr. PAULO OTERO, *Lições...*, 2º Tomo, pp. 54-85.

<sup>171</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, p. 19.

<sup>172</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, p. 24.



volvidas. O homem que se engaja na atividade de mercado é o mesmo que se engaja no processo político. É certo que o modelo de *maximizador das utilidades* pode ser mais amplamente aplicável ao mercado do que à política<sup>173</sup>. De qualquer forma, permanece válida a assunção fundamental de *ação racional*, que se propõe explicar um aspecto da política, e não todos eles: o valor capital da autonomia individual.

Nesse sentido, a teoria é profundamente democrática, sendo a democracia um consectário natural do individualismo metodológico, segundo o qual cada pessoa tem igual valor. Como todas são dignas de igual consideração, a legitimidade das decisões sociais depende do consentimento obtido através de livre discussão. Nesse sentido, a articulação entre democracia e individualismo conduzem a um critério *procedimentalista* para a aferição dos atributos morais relativos ao arranjo social<sup>174</sup>: a *bondade* desse arranjo depende das regras sociais terem sido estabelecidas sob uma base dialógica em condições de tolerância e respeito mútuos. Assim, a avaliação moral da *bondade* incide sobre o processo, e não sobre o seu resultado. Daí a ênfase no arranjo institucional, que deve ser uma forma de promover os valores da liberdade e da igualdade da maneira mais fiel possível. O papel do método econômico empregado é facilitar a obtenção do equilíbrio, destacando ou apontando quando uma determinada decisão pode conduzir mais num sentido ou noutro<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, p. 21.

<sup>174</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN, *The Limits...*, p. 09.

<sup>175</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, pp. 27-28. Vendo também o arranjo constitucional do sistema republicano norte-americano como uma *economia das virtudes*, cfr. BRUCE ACKERMAN, *We The People – Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, 1993, p. 198-199: “In proposing a constitutional economy of virtue, Publius does not take a simple Hobbesian view of the human condition. His entire enterprise supposes a dualistic psychology: The supposition of universal venality in human nature is little less an error in political reasoning than the supposition of universal rectitude. The institution of delegated power implies that there is a portion of virtue and honor among mankind, which may be a reasonable foundation of confidence. The task is to econ-

Outro viés pelo qual se percebe o cariz democrático dessa versão contratualista é a assunção do *pluralismo* como um fato a ser levado em consideração e um valor a ser respeitado. O núcleo central da teoria política da escola da *Public Choice* consiste na assunção da diferença de preferências entre as pessoas. Se todas tivessem as mesmas preferências, não seria necessária nenhuma forma de organização coletiva: haveria apenas uma vontade social, e todos convergeriam unanimemente para o fim desejado. É a diferença (e a necessidade de convívio na diferença) que torna necessária a política. A pluralidade deve, portanto, ser mantida, e é, por isso, tomada como um *valor*.

O acordo constitucional define apenas a *estrutura básica* de direitos e deveres num grupo social (Exemplos: Será garantida a propriedade privada dos bens de produção, ou essa será coletiva? E com relação aos bens de consumo? Será admitida a pena de morte? O Estado poderá desapropriar bens privados? O Estado poderá intervir na regulação da vida familiar? As decisões que couberem ao Estado poderão ser tomadas apenas pelo Poder Legislativo, ou também pelo Poder Executivo? Qual é o procedimento formal para que uma norma editada pelo Estado obrigue os cidadãos? Até que matérias se estende a competência decisória do Poder Judiciário?).

Note-se que a ideia de contrato social não é *descritiva*, mas *normativa* – conforme expusemos há pouco, é a resposta encontrada para o problema da legitimidade do ordenamento jurídico. É utilizado, assim, como um *artifício* ou *metáfora* para explicar a primazia política do *acordo racional*<sup>176</sup>. Portanto, esse contrato social não representa um ponto individualizável na história – um momento constitucional identificável no

---

omize on virtue, not do without it altogether; to create a constitutional structure that will permit Americans, in both normal and extraordinary times, to make the most of the public spirit we have.”

<sup>176</sup> Sobre o contrato social como metáfora, cfr. JAMES M. BUCHANAN, *The Limits...*, p. 70.

passado de uma comunidade. Pelo contrário, trata-se de um arranjo voluntário que se perpetua e se renova ao longo do tempo:

“We do not conceive the ‘constitution’ as having been established once and for all. We conceive the contractual aspects to be continuous, and the existence of a set of organizational rules is assumed to embody consensus. We think of the individual as engaging continuously both in everyday operational decisions within the confines of established organizational rules and in choices concerned with changes in the rules themselves, that is, constitutional choices. The implicit rule for securing the adoption of changes in these organizational rules (changes in the structure of the social contract) must be that of unanimity. This is because only through the securing of unanimity can any change be judged desirable on the acceptance of the individualistic ethic.”<sup>177</sup>

Assim, não se sustenta que o contrato social tenha correspondido a um *momento histórico* definido<sup>178</sup>, mas tão somente que ele representa um parâmetro de avaliação da legitimidade do Direito. O contrato social não é um dado sociológico, mas uma conclusão da conjunção de um dado sociológico (a coordenação da ação coletiva) com um normativo (o individualismo). Portanto, o motivador *cronologicamente anterior* do contrato social é o desejo de autoproteção e de organizar a ação coletiva. No entanto, o motivo *axiologicamente anterior* é o respeito à autonomia individual<sup>179</sup>. De qualquer forma, embora

<sup>177</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, p. 261.

<sup>178</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN, *The Limits...*, p. 40.

<sup>179</sup> A analogia com o pensamento de MONTESQUIEU é, nesse ponto, válida. Ensinava o pensador francês que a lei natural mais importante é a que se refere à consciência da existência de Deus (Cfr. MONTESQUIEU, *O Espírito...*, p. 14). Contudo, embora seja a mais importante, não é a primeira no sentido cronológico. Para

seja uma teoria normativa, o aspecto sociológico é de importância fundamental, e a escola da *Public Choice* caracteriza-se justamente por pretender amparar suas conclusões normativas em observações empíricas com o maior grau de precisão possível. Não se pode lançar contra ela, portanto, a acusação de ser o produto de um *emaranhado sistemático produzido por escritores de gabinete*, como fez EDMUND BURKE com relação ao contratualismo de JEAN-JAQUES ROUSSEAU<sup>180</sup>.

Essa observação torna conveniente que assinalemos algumas diferenças entre algumas concepções contratualistas consagradas e a defendida por BUCHANAN. O afastamento da concepção hobbesiana já foi destacada anteriormente, por esta última resultar numa alienação dos direitos individuais em favor do Estado<sup>181</sup>. A ideia de HOBBS é de que o ser humano é essencialmente mau. Essa ideia não é compartilhada por LOCKE e ROUSSEAU, nem por BUCHANAN. Há, todavia, outros pontos que apartam entre si essas três últimas teorias contratualistas. A visão de LOCKE, e que é replicada por JOHN RAWLS, presume um contrato social em condições de igualdade inicial. A de ROUSSEAU tem como característica a importância fundamental, paramétrica, da vontade da maioria. O contratualismo de BUCHANAN diverge de ambos, em que:

---

MONTESQUIEU, são quatro as leis naturais primeiras, derivadas do sentimento de fraqueza, do sentimento das necessidades humanas, do sentimento de prazer decorrente da aproximação com seus semelhantes (e, notadamente, dos pares formados pelos sexos opostos) e o desejo de viverem em sociedade (pp. 14-15). Essas leis naturais são todas anteriores à própria formação da sociedade (p. 14). No entanto, a primazia de algumas delas sob o ponto de vista sociológico (o fato de terem surgido cronologicamente antes, de um impulso gregário do ser humano, ainda que irracional) não as torna valorativamente superiores àquela que, na concepção de MONTESQUIEU, é a consciência de Deus, e, na da escola da *Public Choice*, é a autonomia individual. Uma vez que os membros da coletividade passam a ter consciência desse valor fundamental, é ele que se eleva à posição central do ordenamento e passa a constituir o seu referencial de validade.

<sup>180</sup> Cfr. EDMUND BURKE, *Reflections on The Revolution in France*, edição do autor, Londres, 1791, p. 124, consultado em [www.archive.org](http://www.archive.org).

<sup>181</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Lições...*, p. 59.

a) não pressupõe a igualdade fundamental como um *fato*, e b) o parâmetro é a unanimidade, e não qualquer outra regra de maioria (simples ou qualificada).

Além das teorias contratualistas representadas pelos pensadores acima citados, existem outras, não contratualistas, como as de ARISTÓTELES, HEGEL e BURKE. A decorrência natural das teorias contratualistas é que é o homem quem convencionalmente (“contratualmente”) cria o Direito e, portanto, o conteúdo deste lhe é completamente disponível: cada sociedade tem, segundo essa concepção, liberdade total para definir o conteúdo de seu Direito<sup>182</sup>.

Creemos, no entanto, que as divergências entre a teoria contratualista de BUCHANAN e as teorias não contratualistas não elidem alguns pontos comuns, consistentes em que ambas: a) assumem a sociabilidade natural do homem (ao contrário do modelo hobbesiano, b) negam a existência de um momento contratualista *historicamente* definido, pressupondo, ao contrário, que o desejo de convivência coletiva é cotidianamente reiterado através da partilha dos valores que amalgamam uma determinada sociedade política, e c) a autonomia individual (ou a dignidade da pessoa humana, conforme expressão que acabou por se consagrar na doutrina jurídica) é ineliminável pela organização coletiva, pois é o seu fundamento de validade. Sem embargo disso, é conveniente, também aqui, que algumas diferenças sejam assinaladas.

A concepção burkeana acerca do surgimento da normatividade é contrária a qualquer ideia contratualista, vendo o Direito como um produto espontâneo do evoluer social. Essa ideia é partilhada por PAULO OTERO, para quem “o Direito aparece como produto da natureza social do Homem.”<sup>183</sup>. Um dos principais traços distintivos das teorias não-contratualistas (à exceção da aristotélica, na qual não identificamos uma posi-

---

<sup>182</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Lições...*, p. 63.

<sup>183</sup> Cfr. PAULO OTERO, *Lições...*, p. 58.

ção clara nesse sentido) é que a legitimidade do Direito não é edificada sob um paradigma contratual, mas é extraída da ideia de *consciência jurídica geral*, que consiste, segundo FERNANDO JOSÉ BRONZE, na “objectivação histórico-cultural da intersubjectivamente partilhada compreensão do direito”<sup>184</sup>.

Em primeiro lugar, a noção de *consciência jurídica geral* parece derivar, conforme se extrai da passagem por último citada, de uma constatação objetiva, ou seja, *fática*. Seria a consciência jurídica geral, então, uma derivação da ideia de *consciência coletiva*, desenvolvida por ÉMILE DURKHEIM no âmbito da Sociologia? Segundo o sociólogo francês, “A sociedade é uma síntese da consciência humana”<sup>185</sup> (*Elementary Forms of Religious Life*, p. 431), e a consciência coletiva nada mais é do que o amálgama das crenças que unificam e identificam uma comunidade. É, portanto, um conceito sociológico, que se pretende descritivo, e não normativo. Se é consciência (e consciência é consciência *de algo*), é um fato, e não um valor<sup>186</sup>. Só se pode falar em consciência coletiva sob o prisma fático, ou seja, de uma consciência que efetivamente existe. É contraditório falar de uma consciência coletiva da qual a coletividade não está consciente. Todavia, o Direito, além de fato, também é norma, e o recurso à ideia de consciência jurídica geral é feito com a intenção de responder o problema normativo (de legiti-

---

<sup>184</sup> Cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2ª edição, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 475.

<sup>185</sup> Cfr. ÉMILE DURKHEIM, *The Elementary Forms of the Religious Life*, George Allen & Unwin Ltd., London, 1915, p. 431.

<sup>186</sup> Sobre o cariz descritivo de sua teoria, cfr. ÉMILE DURKHEIM, *The Elementary...*, p. 435: “This remark enables us to determine the sense in which we mean to say that concepts are collective representations. If they belong to a whole social group, it is not because they represent the average of the corresponding individual representations; for in that case they would be poorer than the latter in intellectual content, while, as a matter of fact, they contain much that surpasses the knowledge of the average individual. They are not abstractions which have a reality only in particular consciousnesses, but they are as concrete representations as an individual could form of his own personal environment : they correspond to the way in which this very special being, society, considers the things of its own proper experience.”.

midade) do Direito.

Outro problema que identificamos na ideia de consciência jurídica geral consiste em *como aferi-la*. Seria o fato de um determinado valor ser *universalmente partilhado*? Essa concepção deve ser de pronto afastada, pois é difícil que haja em alguma comunidade política um número suficiente de valores partilhados *universalmente* que permitam identificá-la como uma associação dessa natureza. É natural que haja, no que diz respeito aos valores políticos fundamentais, alguma divergência, por mínima que seja – e se um membro da comunidade dissentir daquele valor, ele já não pode ser considerado unânime. Seria, então, a maioria? Mas como se constata se um valor é *efetivamente* partilhado pela maioria dos cidadãos? A dificuldade acerca da fixação do critério de aferição da existência de uma consciência coletiva geral é insuperável, e a recusa dos proponentes dessa teoria em recusarem qualquer aferição de cunho estatístico somente agrava o problema<sup>187</sup>.

A terceira dificuldade relativa à ideia de consciência jurídica geral diz respeito a *quem tem legitimidade para aferi-la*. Com efeito: a constatação de qual é essa consciência jurídica há que ser feita por *alguém*. Assim, essa teoria não resolve o problema da legitimidade do Direito, mas apenas o transfere para outra instância: a dos que têm competência para identificá-la.

---

<sup>187</sup> Essa dificuldade é percebida na construção teórica de LUÍS PEDRO PEREIRA COUTINHO acerca do *parâmetro normativo* como fundamento de validade da normatividade jurídica. Segundo cremos, a ideia de *parâmetro normativo* defendida pelo mencionado autor guarda significativa semelhança com a de consciência coletiva geral. Pois bem: depois de rejeitar a possibilidade de utilização de um critério estatístico para a constatação do parâmetro normativo, quando fala da identidade europeia como partilha de uma ideia comum de Europa (no sentido de referibilidade dos europeus a um mesmo parâmetro valorativo), o autor busca suporte para sua tese em dados estatísticos, citando relatório do Eurobarômetro sobre como os europeus veem a si mesmos, o qual constatou em pesquisa que 55% dos entrevistados se definiam como europeus, antes de nacionais de seus países respectivos. Ou seja: fundamenta estatisticamente a sua conclusão. Cfr. LUÍS PEDRO PEREIRA COUTINHO, *A Autoridade...* p. 472.

Pensamos que a teoria contratualista desenvolvida por BUCHANAN, embora tenha suas próprias dificuldades, enfrenta os problemas acima enunciados de forma mais adequada. Nos itens que seguem, passamos a expor cada uma das concepções fundamentais da escola da *Public Choice* que convergem no sentido da solução do problema da legitimidade do Direito, com as críticas que lhes entendemos devidas.

#### 4.2. O VÉU DA INCERTEZA

Conforme apontado anteriormente, a constituição da comunidade política fundamenta-se no *acordo racional* de seus membros acerca da distribuição de direitos e deveres<sup>188</sup>. Note-se que essa escolha racional é feita sob condições de incerteza, na qual os indivíduos que participam do acordo constitucional não têm como precisar com exatidão se virão, no futuro, a ser prejudicados ou beneficiados pelo arranjo institucional ao qual aderiram. Vale a transcrição dessa tese, conforme enunciada pelos autores:

“Essential to the analysis is the presumption that the individual is *uncertain* as to what his own precise role will be in any one of the whole chain of later collective choices that will actually have to be made. For this reason he is considered not to have a particular and distinguishable interest separate and apart from his fellows. This is not to suggest that he will act contrary to his own interest; but

---

<sup>188</sup> A ênfase na racionalidade como o valor fundamental do Direito é assinalada por MONTESQUIEU, *O Espírito...*, p. 16: “A lei, em geral, é a razão humana, enquanto governa todos os povos da terra; e as leis políticas e civis de cada nação devem ser apenas casos particulares onde se aplica esta razão humana. Devem ser tão próprias ao povo para o qual foram feitas que seria um acaso muito grande se as leis de uma nação pudessem servir para outra. Devem estar em relação com a natureza e com o princípio de governo que foi estabelecido, ou que se pretende estabelecer; quer se elas o formam, como é o caso das leis políticas; quer se o mantêm, como é o caso das leis civis.”.



the individual will not find it advantageous to vote for rules that may promote sectional, class, or group interests because, by presupposition, he is unable to predict the role that he will be playing in the actual collective decision-making process at any particular time in the future.”<sup>189</sup>

É evidente a semelhança do *véu de incerteza* como *véu da ignorância* de JOHN RAWLS, sendo certo que esse último baseou-se largamente no trabalho de BUCHANAN & TULLOCK para construir a sua teoria. A “aberta influência” do *Calculus of Consent* na *Theory of Justice* rawlsiana é destacada por JULES COLEMAN<sup>190</sup>. É, por essa razão, suscetível da mesma crítica muitas vezes feitas à teoria do *véu da ignorância*, qual seja – e valendo-nos precisamente da terminologia econômica sobre a qual o trabalho foi erigido –, a de que esse modelo pressupõe que os indivíduos são avessos ao risco (*risk averse*), ou seja conservadores, de forma que, numa situação de incerteza ou ignorância, optariam pelo curso de conduta que menos prejuízo lhes pudesse trazer. Seriam, portanto, *conservadores* na *aposta* que estariam a efetuar, preferindo sacrificar a possibilidade de enormes ganhos, para não correr o risco de serem grandemente prejudicados. Não há, todavia, base empírica que autorize essa conclusão. Não seria, em verdade, de se supor o contrário: que os indivíduos que fomentam a organização da coletividade (e que, portanto, estarão presentes no *momento constituinte*) são justamente os membros mais ativos, mais dinâmicos e empreendedores e, por isso, mais propensos ao risco? De qualquer forma, embora válida no campo teórico, essa crítica é igualmente desprovida de amparo empírico, razão pela qual não possui mais força argumentativa do que a tese à qual se opõe.

De qualquer forma, a concepção de BUCHANAN &

<sup>189</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, p. 70.

<sup>190</sup> Cfr. JULES COLEMAN, *Markets...*, p. xi.

TULLOCK é menos artificiosa do que a de JOHN RAWLS, pois não pressupõe que os indivíduos, no momento do *acordo constitucional*, sejam acometidos por uma amnésia coletiva, esquecendo as posições que ocupam naquele arranjo social. Diversamente, parte de uma assunção *realista*, no sentido de que as pessoas ocupam posições diferentes no *statu quo* e têm consciência disso. No entanto, como *as decisões constitucionais* dizem respeito apenas à estrutura fundamental da sociedade, portanto com alto nível de generalidade e abstração, não lhes é possível antecipar quais serão os impactos *concretos e precisos* que essas decisões terão em suas posições individuais. Ou seja: quando se estabelecem regras sociais num acordo constitucional, essas regras são necessariamente abstratas, pois dizem respeito aos pilares sobre os quais se estruturará o arranjo social. Como são traçados gerais, não se sabe, concretamente, como cada um dos indivíduos será afetado por elas. Por isso surgem menos restrições ao acordo, posto ninguém pode se dizer, nesse momento, que com certeza será prejudicado. Daí a situação de *incerteza* que, nesse contexto, acaba por facilitar o contrato social.

Note-se, ainda, que a concepção de BUCHANAN & TULLOCK diverge da solução rawlsiana em que essa pressupõe um parâmetro ideal para julgar tanto os arranjos constitucionais presentes, como as eventuais mudanças. No modelo apresentado no *Calculus of Consent*, o parâmetro não é o utilizado no sentido de *meta desejável como perfeita*, mas das mudanças *concretamente possíveis* a partir da situação dada. O parâmetro é, portanto, a situação atual. Confirma-se:

“At this more meaningful level of discussion, when we consider realizable organizational alternatives, no normative judgement can be formed concerning the extent of the public sector form a simple comparison of an existing organization with the bench-mark or ideal solution. Such meaningful

judgements can be made only on the basis of a comparison with realizable and relevant alternatives.”<sup>191</sup>

Portanto, a posição de cada indivíduo no que tange às decisões constituintes é aquela ocupada *concretamente* e da qual se tem *consciência*, sendo que o acordo constitucional se destina a ser o processo dialógico no qual cada membro da coletividade se posiciona acerca daquela que, *na sua concepção*, seria a melhoria *possível* do arranjo social atualmente existente.

#### 4.3. O PARADIGMA DA UNANIMIDADE E AS IDEIAS DE BEM COMUM E DE JUSTIÇA

A teoria política da Análise Econômica do Direito opõe-se às concepções orgânicas do Estado, baseadas na noção de *vontade geral* (as quais chama de posições anticontrualistas-anticonstitucionalistas), porque essas desconsideram que a vontade resultante de qualquer processo de decisão coletiva tem como núcleo essencial as diferentes vontades *individuais* reveladas ao longo desse processo. Rejeita, portanto, o que chama de *fé platônica* daqueles que pretendem identificar verdades objetivas e imutáveis em política, e sustenta que a noção de *bem comum* é socialmente construída<sup>192</sup>. O Estado é, portanto, um construto humano e, por isso, passível de modificação através da vontade humana coletivamente organizada – modificação essa que pode ser para *melhor* ou *pior*<sup>193</sup>. Em vista disso, como garantir, *no nível do acordo constitucional*, que a decisão é boa? Aplica-se aqui a distinção feita anteriormente entre a escolha *das* regras que regerão a convivência coletiva (*choice of rules*) e a escolha *de acordo com* as regras que regulam a convivência coletiva (*choice within rules*). Quando as regras de

<sup>191</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, p. 204.

<sup>192</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN, *The Limits...*, p. 03.

<sup>193</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, p. 13.

convívio social já existem, é relativamente simples saber se uma conduta é boa ou má: será boa a conduta que se adéqua às regras, e má a que as contraria. Mas, quando a escolha recai exatamente *sobre* quais as regras a serem criadas – e isso é o que ocorre no plano do contrato social? Nesse âmbito, não há regra social anterior: está-se, justamente, a escolhê-las. Sendo assim, não há outro recurso que não seja às posições individuais de cada um dos membros afetados pelas regras a serem selecionadas. Se não há *regra prévia* que permita aferir se uma solução é boa ou ruim, aplica-se um critério procedimental de clareza objetiva indiscutível: se todos os indivíduos, de forma livre, consentem com uma decisão, ela é *boa*<sup>194</sup>. O *bem comum* é o resultado do processo deliberativo, sendo, portanto, *interno* à comunidade, e não *externo*, *objetivamente* aferível<sup>195</sup>:

The question comes down to that of the place of politics in these two clearly contrasting paradigms. The anticontractarian-anticonstitutionalist's model of the social enterprise of politics is much like the model of science. Persons are seen to be engaged in a collectively organized, cooperative endeavor aimed at 'discovering' some 'public good' that is external to their own preferences or values. This 'public good' exists, 'out there', waiting to be found through the activity of politics.

Mas, uma vez rejeitada uma concepção objetiva de *interesse público*, como se aferir se uma mudança é melhor ou pior? Somente quando uma mudança é considerada como interessante por todas as partes (todos os indivíduos) de uma coletividade, segundo seus próprios pontos de vista, é que essa mudança pode ser considerada algo melhor<sup>196</sup>. O parâmetro utilizado é, portanto, o da *unanimidade*, segundo o qual cada indi-

<sup>194</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN, *The Limits...*, p. 9.

<sup>195</sup> Cfr. GEOFFREY BRENNAN & JAMES M. BUCHANAN, *The Reason...*, p. 44

<sup>196</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, p. 14.

víduo julga uma decisão como melhor *segundo o seu próprio interesse*. Com isso, BUCHANAN & TULLOCK evitam uma das grandes dificuldades da microeconomia, consistente na comparação interpessoal de utilidades (ou preferências). O emprego do critério da unanimidade constitui uma concepção ética assumidamente *fraca*, que se baseia numa ética comunitariamente construída, e não revelada.

Critica-se as correntes tradicionais da Teoria Política, pela ênfase conferida ao critério majoritário como *parâmetro*. Ocorre que a regra da *maioria* é apenas um de vários procedimentos de escolha possíveis e, por isso, não implica necessariamente que a escolha feita seja boa. Apartando-se do critério da unanimidade (no qual a opinião de todos é levada em consideração), qualquer outro procedimento decisório não oferece garantia alguma acerca da *bondade* das decisões tomadas (seja a regra da maioria simples, da maioria qualificada, ou mesmo o sorteio ou outro procedimento aleatório). Se, no entanto, *todos* os membros da comunidade assentem em uma determinada decisão, é certo que todos a consideram *satisfatória*. Há, portanto, sob o prisma individualista adotado pela Análise Econômica do Direito, a certeza de que a decisão se amolda ao *bem comum*.

Disso não decorre que todas as decisões socialmente relevantes devam ser tomadas com base na unanimidade, mas apenas que essa é tomada como *parâmetro*, e o desvio dela somente é concebível quando necessário (em geral, quando os *custos de transação* envolvidos na deliberação unânime a tornam desinteressante, e ainda assim somente no âmbito pós-constitucional)<sup>197</sup>. Isso porque quanto mais se afasta da regra da unanimidade, maior risco se corre de que algumas opiniões não sejam levadas em consideração, o que fere o postulado da igualdade de tratamento, já mencionado<sup>198</sup>. Por outro lado, em-

---

<sup>197</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, p. 96.

<sup>198</sup> Cfr. HERBERT L. A. HART, *The Concept...*, p. 167: “For here what is justly

bora seja possível que a legislação produza uma distribuição desigual de encargos, ela deve ser considerada justa se, para a sua confecção, foram ouvidos todos os grupos envolvidos, e levadas em consideração as suas opiniões e diferentes posições<sup>199</sup>. Portanto, a unanimidade inicial pode deliberar que as decisões posteriores (e hierarquicamente inferiores) sejam tomadas com base em decisões não unânimes, e essas últimas serão consideradas *justas*.

Nesse ponto, faz-se oportuna uma breve observação acerca da concepção da escola da *Public Choice* acerca da ideia de *justiça*. Segundo essa corrente, existe uma relação entre normas sociais e justiça, mas essa relação é colocada sob uma perspectiva diversa da convencionalmente adotada no âmbito da Teoria do Direito: em primeiro lugar, entende que *Justiça* não é um conceito objetivo e universal, mas situado espacial e temporalmente. Em segundo, sustenta que a ideia de Justiça deriva das normas sociais, e não o contrário. Estabelecidas as normas de convivência através do consenso social, a violação delas é que faz surgir a noção mais abstrata de (in)justiça<sup>200</sup>:

“Once this view is taken, justice is seen to be

---

*‘distributed’ is not some specific benefit among a class of claimants to it, but impartial attention to and consideration of competing claims to different benefits.”*

<sup>199</sup> Cfr. HART, Herbert L. A., *The Concept of Law*, p. 167.

<sup>200</sup> Cfr. GEOFFREY BRENNAN & JAMES M. BUCHANAN, “*The Reason of Rules – Constitutional Political Economy*”, Indianapolis, Liberty Fund, 2000, p. 109. A concepção acerca da origem socialmente condicionada da ideia de *justiça* é partilhada por MAQUIAVEL, para quem: “No começo do mundo, os habitantes da terra eram pouco numerosos, e viveram por muito tempo dispersos, como animais. Com o crescimento da população, os homens se reuniram e, pra melhor se defender, começaram a distinguir os mais robustos e mais corajosos, que passaram a respeitar como chefes. Chegou-se assim ao conhecimento do que era útil e honesto, por oposição ao que era pernicioso e ruim. Viu-se que quem prejudicava o seu benfeitor provocava nos homens sentimentos de ira – e de piedade pela sua vítima. Passou-se a detestar os ingratos, a honrar os que demonstravam gratidão; e, pelo temor de sofrer as mesmas injúrias que outros tinham sofrido, procurou-se erigir a barreira das leis contra os maus, impondo penalidades aos que tentassem desrespeitá-la. Estas foram as primeiras noções de justiça.”. Cfr. MAQUIAVEL, *3 Comentários...*, p. 24.

not so much an external criterion for the evaluation of alternative rules and/or social orders as an intrinsic part of the relevant rule structure. Considerations of justice argue not so much for a wholesale reconstruction and reformation of rules as for a proper understanding of which rules actually prevail and for a reconciliation of conflicts, inconsistencies, and ambiguities among those prevailing rules. Justice is seen to demand a harmonization of the rules and possibly an extension of the domain of rule-governed behavior. Justice is not, however, seen to provide an independent norm on the basis of which *ab initio* design of ideal rules might be structured. It is *consensus* that performs that basic normative function. In our conceptualization, rules set the terms of justice, rather than the reverse. For this reason, justice takes on a certain ‘nonteleological’, history-dependent cast. It is no longer possible to give an account of what justice entails – in terms either of conduct or of the nature of rules – that is entirely general, abstract, and descontextualized. What justice requires depends on what particular rules individuals happen to have agreed to”.

Assim, as noções de *bem comum* e de *justiça* não são absolutas e universais, mas relativas e locais, e a sua *legitimidade* será tanto maior, quanto mais próxima a sua eleição se encontre do critério da *unanimidade* do grupo em que vigem.

#### 4.4. ACORDO CONSTITUCIONAL E ACORDO PÓS-CONSTITUCIONAL

A teoria contratualista da escola da Análise Econômica do Direito diferencia dois níveis nos quais as decisões coletivas são tomadas. O primeiro deles, e que constitui o tema do pre-

sente relatório, diz respeito ao *acordo constitucional*, no qual as normas fundamentais são selecionadas. Essas normas gerais dizem respeito à estrutura básica de direitos e deveres dentro da comunidade. Não se decide, nesse nível, qual a quantidade concreta de bens a serem providos com base nesses direitos, nem os procedimentos detalhados acerca da sua implementação e proteção. Isso é feito numa segunda etapa, que é chamada de *contrato pós-constitucional*. Nas palavras de BUCHANAN<sup>201</sup>:

“The analysis suggests that ‘social contracting’, defined as those negotiations which involve *all* members of the community, may take place conceptually at two levels or tiers: at some initial stage of constitutional contract, in which agreement is reached on an assignment of individual rights, and at some postconstitutional stage in which individuals agree on quantities and cost shares of jointly consumed goods and services.”

Diferencia-se o contrato *constitucional* do contrato *pós-constitucional*, segundo o seguinte esquema<sup>202</sup>:

De uma:

1. distribuição natural (ou seja, a partir das preferências e capacidades naturais dos membros da comunidade), um
2. contrato constitucional é negociado, a partir do qual, por sua vez,
3. um contrato pós-constitucional se torna possível, através do qual
  - a) ocorre a circulação de bens privados (bens com rivalidade no consumo) e/ou a
  - b) circulação de bens públicos (bens sem rivalidade no consumo).

A distinção entre o contrato constitucional e o contrato

---

<sup>201</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN, *The Limits...*, p. 44.

<sup>202</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN, *The Limits...*, p. 41.



pós-constitucional guarda relação com a distinção feita, no âmbito econômico, entre *alocação* e *distribuição*. A primeira diz respeito à atribuição inicial de posições. A segunda se refere à movimentação de bens (entendidos aqui em sentido amplo), tendo como parâmetro a alocação já feita<sup>203</sup>. No presente trabalho, o foco analítico incidiu apenas sobre o primeiro aspecto, constitucional, porque é aí que, segundo a teoria da *Public Choice*, *surgem* as normas jurídicas. É certo que no segundo momento, pós-constitucional, também são criadas normas, mas essas devem sê-lo em conformidade com aquelas surgidas do acordo constitucional. Portanto, são normas que derivam de outras normas. O momento *inicial* da normatividade jurídica identifica-se especificamente nas decisões de nível constitucional, pois essas não são derivadas de normas sociais outras, que lhes sejam superiores.

Uma consequência prática de extrema relevância pode ser extraída da distinção entre o acordo constitucional e o pós-constitucional. Dissemos antes que, na visão da escola da Análise Econômica do Direito, o Direito não deriva do Estado, mas da sociedade. Essa afirmação refere-se, naturalmente, às normas do acordo constitucional, sendo certo que o Estado possui, também, a função de produzir normas jurídicas, mas apenas em nível pós-constitucional. As normas de estatura constitucional lhe são indisponíveis. Assim, nenhum dos Poderes do Estado pode, nos termos dessa teoria contratualista, interferir na alocação de direitos individuais estruturada pelo acordo constitucional. Todavia, as decisões de nível distributivo, desde que indiretamente não impliquem na aniquilação das normas alocativas, podem ser tomadas pelo Poder Público. Nesse campo, é a específica estrutura procedimental estabelecida no arranjo constitucional que permitirá dizer quais os braços do Estado que terão o encargo de dispor sobre as questões distributivas, pós-constitucionais. Esse aspecto é particularmente importante

---

<sup>203</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN, *The Limits...*, p. 67.

no que diz respeito à discussão contemporânea acerca do chamado *ativismo judicial*, notadamente no que diz respeito à deliberação pelo Poder Judiciário acerca da regularidade de políticas públicas decididas por outras esferas do Poder Público. Numa dedução estrita das concepções antes enunciadas, conclui-se que o Poder Judiciário, assim como os demais Poderes do Estado, não possui *legitimidade* para interferir na alocação dos direitos individuais consagrada no acordo constitucional – isso porque o Estado como um todo não possui legitimidade para dispor nesse campo. Todavia, *se o acordo constitucional o permitir*, não há nenhum óbice a que o Poder Judiciário delibere sobre políticas públicas que versam sobre o aspecto pós-constitucional, distributivo. Por conseguinte, eventual impedimento à interferência judicial nesse campo não é *de raiz*. Em outras palavras, sua legitimidade ou ilegitimidade depende do que diz o *contrato social* a respeito.

Note-se, todavia, que BUCHANAN apresenta conclusão diversa, afirmando que o Poder Judiciário não pode efetuar opções relativas a *escolhas sociais*, que devem necessariamente ser feitas por outras estruturas dentro da organização estatal, que ele chama do *braço da coletividade encarregado de fazer escolhas*. Sustenta o referido autor<sup>204</sup>:

“Appropriately, the judiciary, as an element of the enforcement structure, is independent of the choice-making arm of the collectivity, the legislature. However, as the judiciary itself violates the terms of its own contract by explicitly engaging in legislation, in genuine ‘social choice’, its independence from choice-making rules has been properly brought into question.”

Essa conclusão é atingida porque o citado autor adota, ao longo da obra, a premissa de que a função essencial do Estado é proteger direitos individuais contra violações, sendo essa a

---

<sup>204</sup> Cfr. JAMES M. BUCHANAN, *The Limits...*, p. 90.

missão *única* do Poder Judiciário. Embora o acordo constitucional possa prever que o Poder Público desempenhe alguma atividade distributiva, essa não seria da alçada da judicatura. Percebe-se, assim, que a posição apresentada pelo teórico mais destacado da escola da *Public Choice* é contrária à que apresentamos no parágrafo acima. Todavia, pensamos que o argumento de BUCHANAN não é uma consequência necessária ou lógica de suas premissas. Nem a adoção do individualismo metodológico e filosófico, nem a visão sociológica adotada acerca da coordenação da conduta coletiva, conduzem inevitavelmente a que se negue ao Poder Judiciário, *ab initio*, qualquer possibilidade de apreciação das normas distributivas produzidas pelo Estado. cremos, ao invés disso, que tal apreciação pode ser efetuada sem ofensa ao paradigma individualista, e sem recusar o papel fundamental do Poder Judiciário na *proteção* dos direitos individuais contra violação. Eventual proibição no sentido apontado apenas existirá se prevista no arranjo constitucional ou, caso não prevista, em argumentos que demonstram, em concreto, a inconveniência da intervenção judicial nessa seara.

## CONCLUSÃO

A concepção da Análise Econômica do Direito acerca do surgimento da normatividade jurídica funda-se numa concepção *liberal e individualista*. A missão que assumimos consistiu em transmitir com fidelidade, mas também com algumas notas críticas, os postulados fundamentais dessa concepção.

Enxergamos nessa teoria respostas mais satisfatórias ao problema investigado do que as fornecidas por outras teorias contratualistas e não contratualistas. A pesquisa efetuada amparou-se diretamente nos textos principais da escola da *Public Choice*. Ressentimo-nos de não haver, em língua portuguesa, textos que versem sob o tema específico do relatório sob o

prisma da Análise Econômica do Direito. Não receamos, contudo, a acusação de estarmos importando uma corrente de pensamento muito localizada no universo jurídico-político anglo-saxão, e que, por diferenças culturais evidentes, não seria aplicável em nosso universo jurídico-político (e com isso aludimos tanto ao Brasil, quanto a Portugal). Se fosse assim, as ideias de BURKE somente poderiam ser aproveitadas pelos ingleses do século XVIII e as de ROUSSEAU pelos suíços da mesma época. Da mesma forma, HEGEL e HABERMAS só fariam sentido para os alemães. Isso não é verdade: há muito que se aproveitar das ideias desenvolvidas em outros ambientes culturais e históricos.

No que nos interessa, pensamos que o que há de mais relevante na teoria da *Public Choice* é a ênfase na autonomia individual como a pedra de toque das normas sociais. O viés essencialmente normativo em que toma a ideia de *contrato social* o coloca como a meta, o valor para o qual o ordenamento jurídico deve convergir. E o contrato, como já dissemos anteriormente, é aqui usado como metáfora para o *acordo racionalmente fundamentado*. O respeito à individualidade e a eleição do acordo racional como paradigma de aferição da *legitimidade* das normas jurídicas são, a nosso ver, premissas de uma correção incontestável e que se encontram mais bem fundamentadas pelos argumentos elaborados no âmbito da Análise Econômica do Direito, do que das outras correntes da Teoria do Direito.



## BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce, *We The People – Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.

- ALEXY, Robert, *El Concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2004.
- ARAÚJO, Fernando, *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios – O Problema Económico do Nível Ótimo de Apropriação*, Almedina, Coimbra, 2008.
- ARISTÓTELES, *Política*, Editorial Gredos, Madrid, 2008.
- AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, John Murray, London, 1832, consultado em [archive.org](http://archive.org).
- BIER, Günther, *La Filosofia Política di Aristotele*, Il Mulino, Bologna, 1985 (tradução de Maria Lucia Violante).
- BRENNAN, Geoffrey & James M. Buchanan, *The Reason of Rules – Constitutional Political Economy*, Indianapolis, Liberty Fund, 2000.
- BRONZE, Fernando José, *Lições de Introdução ao Direito*, 2ª edição, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- BUCHANAN, James M. & Gordon Tullock, *The Calculus of Consent – Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor Paperback, Michigan, 1969.
- BUCHANAN, James, *The Limits of Liberty – Between Anarchy and Leviathan (The Collected Works of James Buchanan, Volume 7)*, Liberty Fund, Indianapolis, 2000.
- BURKE, Edmund, *Reflections on The Revolution in France*, edição do autor, Londres, 1791, p. 124, consultado em [www.archive.org](http://www.archive.org).
- CALABRESI, Guido, e A. Douglas Melamed, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, in *Harvard Law Review*, volume 85, nº 6, 1089-1128, 1972.
- COASE, Ronald, “The Problem of Social Cost”, in *Journal of Law and Economics* nº 3 (1), 1960, pp. 1-44.
- COLEMAN, Jules, “Efficiency, Utility and Wealth Maximization”, in *Hofstra Law Review* 8, 1980, pp. 509-551
- COLEMAN, Jules, *Markets, Morals, and the Law*, Oxford

- University Press, Oxford, 1998.
- COOTER, Robert D., “Normative Failure Theory of Law”, in *Cornell Law Review*, 82, p. 947-979, 1997.
- COOTER, Robert D., *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, Princeton, 2000.
- COOTER, Robert D. & Jody Kraus, “*The Measure of Law and Economics*”, 2010 (paper), consultado em [www.law.nyu.edu/ECM\\_PRO\\_065426](http://www.law.nyu.edu/ECM_PRO_065426).
- COUTINHO, Luiz Pedro Pereira, *A Autoridade Moral da Constituição – Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- CUNHA, Paulo Ferreira da, *Amor Juris – Filosofia Contemporânea do Direito e da Política*, Edições Cosmos, Lisboa, 1995.
- DURKHEIM, Émile, *The Elementary Forms of the Religious Life*, George Allen & Unwin Ltd., London, 1915.
- DWORKIN, Ronald, “Is Wealth a Value?”, in *Journal of Legal Studies*, volume 09, nº 2, 1980, pp. 191-226.
- \_\_\_\_\_. “Darwin’s New Bulldog”, in *Harvard Law Review*, volume 111, 1998, pp. 1718-1738.
- \_\_\_\_\_. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge, 2011.
- ELICKSON, Robert C., “Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors”, in *Chicago-Kent Law Review*, 65, 1989, pp. 23-55
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, São Paulo, Editora Atlas, 1996.
- FRIEDMAN, David D., *Law’s Order*, Princeton, Princeton University Press, 2000.
- HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade I*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro,

2003.

- HAMILTON, Alexander / MADISON, James / JAY, John, *O Federalista*, Edições Colibri, Lisboa, 2003.
- HART, Herbert L. A., *The Concept of Law*, 2ª edição, Oxford University Press, Oxford, 1997.
- HOLMES, Stephen & Cass. R. Sunstein, *The Cost of Rights*, W. W. Norton & Company, New York, 2000.
- JOLLS, Christine, Cass R. Sunstein & Richard Thaler, “A Behavioral Approach to Law and Economics”, in *Stanford Law Review*, 50, 1998, pp. 1471-1546.
- KAHNEMAN, Daniel, *Thinking, Fast and Slow*, Penguin, 2011 (livro eletrônico).
- KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, Almedina, Coimbra, 2008.
- KELSEN, Hans, *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzsch-Verlags, Wien, 1979.
- LUHMANN, Niklas, *Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*, Il Mulino, Bologna, 1978.
- LUHMANN, Niklas, *Sociologia do Direito I*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1983.
- LUHMANN, Niklas, *Law as a Social System*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- MACINTYRE, Alasdair, *After Virtue*, 3ª ed., University of Notre Dame Press, Notre Dame, 2007.
- MAQUIAVEL, *3 Comentários Sobre a Primeira Década de Tito Lívio*, 2ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1982.
- MARSHALL, Alfred, *Principles of Economics*, London, Macmillan and Co., 1890, p. 151, consultado em [www.archive.org](http://www.archive.org).
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, *Sistema de Ciência Positiva do Direito – Tomo 1*, Editora Bookseller, Campinas, 2005
- MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*, Martins Fontes, São

Paulo, 2000.

- NEVES, António Castanheira, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- \_\_\_\_\_. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia – Tópicos para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- NIETZSCHE, Friederich, *Jensteins Gut um Böse – Zur Genealogie der Moral (Nietzsches Werke – Siebenter Band)*, Alfred Kröner Verlag, Stuttgart, 1921, consultado em [www.archive.org](http://www.archive.org).
- NOZICK, Robert, *Anarquia, Estado, Utopia*, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1991.
- NUSSBAUM, Martha Craven, “Shame, Separateness, and Political Unity”, in *Essays on Aristotle’s Ethics*, Amélie Oksenberg Rorty (ed.), University of California Press, Berkeley, 1980, p. 395-435, p. 396-397.
- \_\_\_\_\_. *Creating Capabilities – The Human Development Approach*, Harvard University Press, Cambridge, 2011.
- OLSON, Mancur, *A Lógica da Acção Colectiva – Bens Públicos e Teoria dos Grupos*, Celta Editora, Oeiras, 1998.
- OÑA, Fernando Vallespín, *Nuevas Teorías del Contrato Social: John Rawls, Robert Nozick e James Buchanan*, Alianza Editorial, Madrid, 1985.
- OTERO, Paulo, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito – I Volume, 1º Tomo*, Pedro Ferreira – Artes Gráficas, Lisboa, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Lições de Introdução ao Estudo do Direito – I Volume, 2º Tomo*, Pedro Ferreira – Artes Gráficas, Lisboa, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Instituições Políticas e Constitucionais – Volume 1*, Almedina, Coimbra, 2009.
- PARETO, Vilfredo, *Manuale di Economia Politica con una Introduzione Alla Scienza Sociale*, Società Editrice Libreria, Milano, 1919.



- PLATÃO, *A República*, Editora Nova Cultural Ltda., São Paulo, 1997.
- POPPER, Karl R., *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos – Tomo 1*, Editora Itatiaia, São Paulo, 1987.
- \_\_\_\_\_. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos – Tomo 2*, Editora Itatiaia, São Paulo, 1987,
- POSNER, Eric A., *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge, 2000.
- POSNER, Richard A., *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, Cambridge, 2003, (livro eletrônico).
- \_\_\_\_\_. *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, New York, 2011.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2003.
- RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, 2ª edição, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, 27ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2004.
- ROSA, Alexandre Moraes da & Julio Cesar Marcellino Junior, “Os Direitos Fundamentais na Perspectiva de Custos e o seu Rebaixamento à Categoria de Direitos Patrimoniais: Uma Leitura Crítica”, in *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, 1, 7-23, 2009.
- SCHWABE, Jürgen, *Grundkurs Staatsrecht*, 5ª edição, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1995.
- SEN, Amartya, *The Idea of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Desenvolvimento como Liberdade*, Companhia das Letras, São Paulo, 2010.
- STRAUSS, Leo, *Natural Right and History*, The University of Chicago Press, Chicago, 1965.
- THALER, Richard H. & Cass R. Sunstein, *Nudge – Improving*

*Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, New Haven, 2008

TULLOCK, Gordon, Arthur Seldon & Gordon L. Brady, *Government Failure – A Primer in Public Choice*, Washington, Cato Institute, 2005.

WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft – Grundriß der Verstehenden Soziologie*, Jazzybee Publishing, edição eletrônica (Kindle e-book), 2010.