

O FATO GERADOR DA NORMA JURÍDICA À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (I)

†

Luciano Taques Ghignone

Sumário: Introdução. Capítulo 1 – Breves Notas sobre o Surgimento e a Evolução da Análise Econômica do Direito. 1.1. Os Campos de Investigação da Análise Econômica do Direito. 1.2. A Função do Direito à Luz do Paradigma Contratual – O Problema do Custo Social. Capítulo 2 – Individualismo Metodológico e Filosófico. 2.1. O Modelo de Ação Racional. 2.2. Método Econômico e Ciências Sociais. 2.3. Individualismo Metodológico. 2.4. O Fundamento Filosófico Individualista. 2.4.1. A autonomia individual como valor nuclear do arranjo social. 2.4.2. A autonomia individual assenta-se nos postulados da igualdade e da liberdade. Bibliografia.

INTRODUÇÃO



Este relatório aborda um tema nuclear da Teoria do Direito. Com efeito: o estudo do surgimento da normatividade jurídica tem nesse campo a sua sede própria¹.

Embora o assunto seja, há séculos, objeto de indagação – e não se trata de investigações superficiais, pois sobre ele se debruçaram os pensadores que compõem o cânone

† 1ª 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.

¹ Note-se que não consideramos que a Teoria do Direito e a Filosofia do Direito são campos distintos e incomunicáveis. Assim, no âmbito da primeira cabem, segundo o posicionamento que adotamos no relatório, a apreciação crítica do fenômeno jurídico sob o aspecto filosófico.

cultural da civilização ocidental, como veremos ao longo do trabalho – poucas foram as conclusões obtidas que não são objeto, ainda na atualidade, de intensa controvérsia. O interesse na investigação do fato gerador da norma jurídica tem relação com o esforço em se determinar *o que é o Direito*. Trata-se, portanto, de uma área palpitante, o que constitui forte estímulo para que – sem pretendermos comparar os grandes com o pequeno – nele busquemos garimpar algumas ideias que possam iluminar o entendimento do tema.

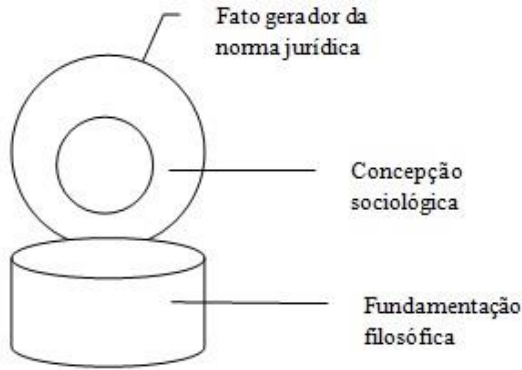
Isso será feito sob um prisma específico, adotando como marco teórico a escola da Teoria do Direito denominada Análise Econômica do Direito. O que essa corrente doutrinária tem a contribuir com a discussão, ou seja, a sua concepção acerca da origem da normatividade jurídica é, segundo cremos, praticamente desconhecido nos ordenamentos jurídicos de matriz europeia continental. Vemos nisso outro incentivo de monta para a empreitada que assumimos.

O relatório assenta-se em algumas ideias nucleares que podem ser sintetizadas da seguinte forma: a) A Análise Econômica do Direito é uma corrente da Teoria do Direito, e não uma construção teórica limitada ao campo do Direito Econômico, ou cujos conceitos e soluções aplicam-se, no máximo, ao equacionamento de problemas concretos no âmbito do Direito Privado, destacadamente às questões de natureza patrimonial. b) Ela possui uma concepção acerca do surgimento da normatividade jurídica – ou, como indicamos, no título, acerca do *fato gerador da norma jurídica*, expressão esta que não é imune a críticas². c) Essa concepção é extraída de outra, de cunho sociológico. Por seu turno, essa concepção sociológica assenta num determinado fundamento filosófico.

A ideia enunciada no parágrafo acima pode ser represen-

² Há quem sustente, no campo da Filosofia Moral, que é incorreto – ou impossível – derivar fatos de normas, erro esse que recebe o nome de *falácia naturalística*. O ponto, no entanto, não é pacífico. Cfr. ALASDAIR MACINTYRE, *After Virtue*, 3ª ed., University of Notre Dame Press, Notre Dame, 2007, p. 148.

tada graficamente da seguinte forma:



É certo que essa relação estrutural não é peculiar à Análise Econômica do Direito. Em geral, as correntes da Teoria do Direito possuem uma concepção acerca do fato gerador da norma jurídica, a qual está radicada numa determinada concepção sociológica, que, por sua vez, apoia-se numa base filosófica³. Nem sempre esse relacionamento é expressamente afirmado ou desenvolvido – pode ser que uma escola do pensamento jurídico centre sua atenção no aspecto normativo (o fundamen-

³ Apresentando esquema diverso, ALASDAIR MACINTYRE sustenta que uma Filosofia Moral sempre pressupõe uma sociologia. Para ele, a Filosofia Moral tem por objeto a análise das relações de um indivíduo com seus motivos e ações e, para isso, necessariamente presume alguns postulados acerca de como o mundo social realmente é – ou seja, presume uma Sociologia. O autor coloca, assim, a concepção sociológica na base, assentando sobre ela a construção filosófica. Cfr. ALASDAIR MACINTYRE, *After Virtue*, p. 23. Dois pontos merecem destaque. Em primeiro lugar, a asserção de que é em estrito condicionamento pela estrutura social real que são construídos os valores comunitários, numa relação unidirecional, aproxima o nomeado autor do paradigma marxista de estrutura-superestrutura – aproximação que cremos involuntária, pois MACINTYRE rejeita o marxismo como uma das construções teóricas características da modernidade por ele (MACINTYRE) combatida (op. cit., pp. 261-263). O segundo ponto diz respeito ao fato de que o filósofo escocês refere-se à Filosofia Moral, a qual, por sua vez, pressupõe uma Filosofia Geral. Essa Filosofia Geral – se compreendida, como a compreendemos, como uma apreciação crítica da relação do homem com o mundo que o cerca, abrangendo, portanto, uma Teoria do Conhecimento – só pode anteceder, e nunca suceder, uma Sociologia. Assim, ainda que a Filosofia Moral encontre lastro numa Sociologia, essa está alicerçada numa Filosofia Geral.

to da normatividade jurídica), outra no fático (sociológico), e uma terceira no axiológico (a base filosófica) – temos, aqui, a clássica tríade, segundo a qual o Direito pode ser perspectivado como *fato, valor e norma*⁴. Ainda assim, é possível inferir de todas, mesmo que não completamente desenvolvida, uma visão sobre os outros dois aspectos não expressamente contemplados em seu discurso. Ou, ao menos, é isso o que se espera, para que uma corrente da Teoria do Direito possua um mínimo de consistência: se a sua construção acerca do Direito sob um dos prismas – como fato, por exemplo – não puder ser articulada coerentemente com uma concepção normativa ou axiológica, mesmo que não desenvolvida expressamente, mas que possa ser extraída de seus cânones, a teoria deve ser considerada *insatisfatória*, pois possuirá poder explicativo e utilidade limitados.

O percurso que empreenderemos abordará os pontos que acabamos de expor. Em primeiro lugar, enunciaremos qual é a concepção filosófica que subjaz à Análise Econômica do Direito. Em seguida, discorreremos sobre o fundamento sociológico da sua visão do surgimento da normatividade do Direito. Após, com base nos postulados filosóficos e sociológicos assentados, analisaremos a sua teoria acerca do surgimento da normatividade jurídica. Por fim, na conclusão, será possível avaliar se esses aspectos se relacionam de forma consistente.

Não podemos deixar de frisar que, sendo o direito “uma esfera cuja superfície na sua globalidade se mostra insusceptível de ser conhecida por completo por um único sujeito situado no mesmo momento num único ponto de observação”⁵, não temos a ambição de esgotar o tema, ainda que esse fosse pequeno (o que não é). Parafraseando um dos textos fundacionais da Análise Econômica do Direito, propomo-nos a oferecer

⁴ Cfr. MIGUEL REALE, *Lições Preliminares de Direito*, 27ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2004, pp. 64 ss..

⁵ Cfr. PAULO OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito – I Volume*, Pedro Ferreira – Artes Gráficas, Lisboa, 1998, pp. 31-32.

apenas “uma visão da catedral”⁶. Buscaremos enriquecer e colorir essa visão através de um permanente diálogo com outros prismas de investigação do fenômeno jurídico, o que permitirá, ou mesmo exigirá, a tomada de posição, muitas vezes crítica, acerca das soluções apresentadas tanto pela Análise Econômica do Direito, quanto por outras escolas, para os problemas fundamentais da Ciência Jurídica. De qualquer forma, não se pode perder de vista que o intento fundamental será sempre compreender melhor o que é o Direito, e todas as observações críticas fundamentam-se nesse único desejo. Valendo-nos do que disse PAULO FERREIRA DA CUNHA, “É evidente que o que aqui fica registrado não pode agradar a todos, embora a todos respeite.”⁷.

CAPÍTULO 1. BREVES NOTAS SOBRE O SURGIMENTO E A EVOLUÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

1.1. OS CAMPOS DE INVESTIGAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito surgiu na década de sessenta do século passado, nos Estados Unidos, a partir da aplicação de conceitos e métodos da Economia ao estudo do Direito. Em verdade, como veremos nos capítulos que seguem, muitos desses conceitos e métodos não são realmente oriundos da

⁶ Trata-se do artigo *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, de GUIDO CALABRESI & A. DOUGLAS MELAMED. Explicam os autores que o título remete às pinturas que Monet fez da Catedral de Chartres, as quais, embora magníficas, constituem apenas uma visão do monumental edifício. Para compreender a catedral em sua plenitude, seria necessário vê-la por todas as vistas possíveis. Cfr. GUIDO CALABRESI & A. DOUGLAS MELAMED, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, vol. 85, nº 6, 1972, pp. 1089-1128, p. 1090.

⁷ Cfr. PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Amor Juris – Filosofia Contemporânea do Direito e da Política*, Edições Cosmos, Lisboa, 1995, p. 20.

Economia, mas procedem de concepções sociológicas e filosóficas, embora tenham ganhado na área econômica peculiar atenção e desenvolvimento.

Dois são os campos de exploração do fenômeno jurídico que figuram na origem dessa escola do Direito, e que abrangem os temas fundamentais da Teoria do Direito:

1. O primeiro é o problema da *função do Direito na sociedade* (o *para quê* do Direito, na terminologia adotada por CASTANHEIRA NEVES⁸). Nesse campo, investiga-se o impacto das regulações jurídicas na obtenção dos fins socialmente eleitos. Sob essa perspectiva, o Direito é tomado como um *dado* e a Ciência Jurídica como uma *técnica*. Não se questiona a origem das normas jurídicas, mas apenas as suas consequências. As prescrições jurídicas são avaliadas em atenção à sua capacidade de promoção dos bens coletivos, sendo nítido o viés de *engenharia social* que orienta essa forma de pensar: seu propósito é avaliar a *eficiência* das normas jurídicas, bem como propor soluções para que essa *eficiência* seja aprimorada, quer através da mudança da postura interpretativa dos órgãos de aplicação do Direito, quer por meio de alterações normativas. Deve-se ao economista inglês RONALD COASE a fundação desse campo de investigação do fenômeno jurídico no âmbito da Análise Econômica do Direito.
2. O segundo consiste no problema da *origem da normatividade jurídica* (que diz respeito tanto ao *por quê*, quanto ao *quê* do Direito, na já referida terminologia de CASTANHEIRA NEVES). Diversamente da

⁸ Cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *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, pp. 145-146. As concepções do *por quê*, do *para quê* e do *quê* do Direito, desenvolvidas pelo professor coimbrão, serão apreciadas com mais vagar no Capítulo III.

perspectiva anterior, o que se investiga aqui é a *causa* do fenômeno jurídico – a razão do seu surgimento em sociedade –, bem como o seu *fundamento de validade* – a legitimidade do Direito. Portanto, este não é tomado como um *dado*, mas como um *problema*. O economista americano JAMES M. BUCHANAN é o fundador dessa linha de investigação no âmbito da Análise Econômica do Direito, denominada de Teoria da Escolha Pública, ou, no original, *Public Choice Theory*.

Embora os campos temáticos sejam diversos, o paradigma metodológico é o mesmo. Portanto, não se trata de duas correntes divergentes, ou que possuam entre si alguma incompatibilidade ou incongruência. O que se verifica, ao contrário, é a compatibilidade recíproca entre os postulados fundamentais de cada uma dessas áreas de investigação. Ademais, não se pode dizer que uma é alheia ao universo de investigação da outra: na literatura dedicada o primeiro campo é corrente o desenvolvimento de pontos relacionados à legitimidade do Direito. Da mesma forma, a escola da *Public Choice* possui rico manancial de textos voltados para aplicações práticas, com estrito viés de engenharia social. Ambas surgiram praticamente ao mesmo tempo: o texto *The Problem of Social Cost*, de RONALD COASE (considerado o marco inaugural da Análise Econômica do Direito) foi publicado no ano de 1960⁹. Já a obra *The Calculus of Consent*, escrita por JAMES BUCHANAN & GORDON TULLOCK, e que trata do problema fundamental do surgimento das normas de convivência na *comunidade política*, veio à luz em 1962¹⁰.

Embora novos autores tenham agregado contribuições

⁹ Cfr. RONALD COASE, *The Problem of Social Cost*, *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, nº 1, 1960, pp. 1-44.

¹⁰ Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus of Consent – Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor Paperback, Michigan, 1969.

significativas, é certo que as obras de COASE e de BUCHANAN constituem, ainda hoje, a espinha dorsal dos respectivos universos temáticos.

O presente trabalho versa apenas sobre o segundo campo de investigação, que tem por objeto o *surgimento da normatividade jurídica*. Assim, as referências aos estudos desenvolvidos no primeiro campo investigatório serão efetuadas somente de maneira incidental, naquilo que ajude a iluminar a compreensão do tema eleito. É conveniente, no entanto, traçarmos um breve esquema dos pontos principais do pensamento coaseano (a primeira corrente acima referida), naquilo que representa o núcleo que une a sua visão à de BUCHANAN, qual seja, o *paradigma contratual como referencial analítico do fenômeno jurídico*, haja vista que alguns dos conceitos fundamentais explicitados por RONALD COASE serão utilizados ao longo de todo o trabalho.

1.2. A FUNÇÃO DO DIREITO À LUZ DO PARADIGMA CONTRATUAL – O PROBLEMA DO CUSTO SOCIAL

A Ciência Jurídica anglo-saxã sempre teve, como traço distintivo, uma abordagem mais indutiva do que dedutiva do fenômeno jurídico. Partindo do caso concreto, busca-se construir uma solução adequada e, através da soma e consolidação incremental de soluções, procura-se indutivamente apreender a coerência sistemática que as integra numa teoria geral.

A primeira corrente da Análise Econômica do Direito enunciada no tópico anterior – aquela que tem como objeto de investigação o *para quê* do Direito – seguiu esse mesmo percurso evolutivo.

No artigo *The Problem of Social Cost*, RONALD COASE propôs-se a investigar a estrutura jurídica da responsabilização de atividades empresariais que causam danos a tercei-

ros¹¹. Segundo COASE, numa situação ideal de negociação, na qual: (a) as partes possam livremente convencionar a solução que lhes pareça melhor e (b) as consequências de suas decisões recaiam exclusivamente sobre elas, (c) o resultado atingido, qualquer que seja, será sempre eficiente. A ideia coaseana de eficiência centra-se na premissa de que, se duas ou mais partes têm perfeita informação dos custos e benefícios advindos da negociação entabulada e internalizam todos esses custos e benefícios, o resultado que venham a atingir será reputado satisfatório por todos e cada um dos envolvidos. Se cada parte, sob sua própria perspectiva, considera que o resultado lhe foi benéfico, e se nenhum terceiro, alheio à negociação, tem que suportar algum prejuízo, esse resultado é *eficiente*.

Numa situação dessa natureza, é indiferente a qual das partes o Direito confere a propriedade sobre o bem negociado. Esse ponto é melhor esclarecido através do seguinte exemplo:

Pedro tem uma maçã. Sua intenção é comê-la, mas tanto Ana, quanto João, dizem ter interesse na fruta e se propõem a comprá-la de Pedro. O preço mínimo pelo qual ele aceita vender a maçã é \$ 1. Ana está disposta a pagar até \$ 2 pela fruta, ao passo que João não considera mau negócio desembolsar até \$ 3. Os três negociam e a maçã acaba por ser vendida a João, pelo preço de \$ 2,5.

No exemplo dado, Pedro tem a propriedade do fruto. Todavia, ao cabo do relacionamento travado com Ana e João, a propriedade da maçã termina nas mãos desse último, por uma razão simples: ele confere ao fruto valor maior do que o conferido por Pedro. Em vista disso, Pedro considera um bom negócio vendê-lo, da mesma forma que para João é interessante comprá-lo. Note-se, ainda – e aqui reside a primeira conclusão obtida por COASE –, que o resultado final seria idêntico, ainda que a maçã pertencesse a Ana ou João. De fato: caso Ana fosse

¹¹ Cfr. RONALD COASE, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, nº 1, 1960, pp. 1-44, pp. 1-2.

a proprietária do fruto, ainda assim João, por lhe atribuir mais valor, tenderia a comprá-la, sendo certo que o resultado final da negociação entabulada (no exemplo, o pagamento do preço de \$ 2,5) representaria vantagem para ambos. Assim, também nessa hipótese a maçã terminaria nas mãos de João. Por identidade de razões, caso esse último fosse o proprietário inicial do fruto, o raciocínio desenvolvido leva a crer que permaneceria, ao final, com o seu domínio, posto que nenhum dos demais – nem Pedro, nem Ana – lhe atribui valor superior ao conferido por João.

A configuração dessa situação ideal traz implícitos os seguintes pressupostos:

1. *É irrelevante quem é o titular do direito, embora alguém necessariamente deva sê-lo.* Como dito há pouco, na hipótese ideal não interessa a quem é atribuído inicialmente o direito de propriedade, posto que o resultado final da negociação sempre conduzirá a uma solução eficiente. Contudo, embora seja indiferente quem possui a propriedade, é necessário que a propriedade seja atribuída a *alguém*¹². O direito de propriedade de Pedro sobre a maçã é reconhecido e respeitado por Ana e João, que não tentam arrebatar o fruto, mas adquiri-lo por negociação. Está claro para todas as partes envolvidas que Pedro somente pode abdicar da propriedade voluntariamente e que essa propriedade é transmissível através de acordo.

2. *Ausência de custos de transação.* Sobre a transação não incidem custos informacionais ou negociais. Em primeiro lugar, as informações disponíveis permitem a todas as partes saberem aproximadamente o preço mínimo aceito pelo vendedor, bem como o máximo que os potenciais compradores se dispõem a pagar. Assim, é possível a Pedro escolher João em detrimento de Ana. Além disso, os envolvidos não incorrem em outros custos, relacionados, por exemplo, com a cobrança

¹² Cfr. JULES COLEMAN, *Markets, Morals, and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 80.

de tributos em decorrência da negociação efetuada, gastos com o transporte do bem, ou pagamento de comissão a eventual intermediário. Esses custos acabariam por repercutir no resultado final do acordo e, portanto, na eficiência do resultado. A situação proposta é bem mais simples: os únicos valores que as partes devem levar em consideração são os atribuídos ao fruto.

3. *Ausência de externalidades negativas.* A negociação não produzirá impactos negativos a serem absorvidos por terceiros que não participaram do acordo. Se, por exemplo, o objeto negociado não fosse uma maçã, mas o maquinário necessário à instalação de um curtume, que João pretendia por em funcionamento na sua residência, a transação importaria consequências negativas a terceiros (os vizinhos de João), decorrentes do mau odor produzido pela atividade. Todavia, da simples transferência de propriedade do fruto sob as condições enunciadas, não advém qualquer resultado desfavorável que ultrapasse a esfera dos diretamente envolvidos na transação.

4. *Maximização racional das utilidades.* A pressuposição mais significativa contida na *Situação A* diz respeito a uma determinada forma de encarar o comportamento humano. De acordo com essa concepção, os indivíduos buscam sempre orientar suas escolhas de forma a satisfazer seus interesses pessoais¹³. Pedro e João encaminharam suas decisões de forma a obterem aquilo que, no contexto, mais valorizavam – um, o dinheiro, outro, a maçã. Da mesma forma, a certa altura, Ana retirou-se do processo de negociação, porque percebeu que o preço que teria que pagar pelo fruto era mais do que considerava satisfatório. Trata-se do modelo do *agente racional*¹⁴.

Ocorre que a situação ideal quase nunca se verifica no

¹³ Cfr. RICHARD A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, New York, 2011, pp. 03-05.

¹⁴ A compreensão desse modelo é fundamental para que se evitem os equívocos encontrados em algumas críticas à Análise Econômica do Direito. Contudo, por dizer respeito à concepção sociológica que permeia essa corrente do pensamento jurídico, será examinada com mais vagar no Capítulo 2.

mundo real. Ao contrário disso, é corrente a existência de custos de transação (tanto informacionais, quanto de outras naturezas), bem como de externalidades (negativas e positivas). Quando isso acontece – e temos aqui a segunda conclusão relevante de COASE –, é necessário que o Direito regule claramente a distribuição de direitos e deveres: já não é mais irrelevante *quem é o titular do direito*.

A necessidade da regulamentação jurídica decorre, portanto, da impossibilidade de se obter uma solução satisfatória pela via negocial. Pense-se no caso-paradigma da teoria coaseana: o da fábrica que emite poluição, prejudicando a população vizinha. É impossível para o proprietário do estabelecimento industrial negociar individualmente com cada um dos moradores da região (que podem ser centenas, ou mesmo milhares). Em primeiro lugar, o tempo necessário para entabular todos os ajustes tornaria inviável qualquer intenção de resolver o problema através de acordos individualmente celebrados. Em segundo lugar, a grande quantidade de partes envolvidas faria com que a coordenação da conduta de todos os envolvidos fosse, se não insustentável, ao menos extremamente arriscada. Com efeito: imagine-se que, de uma população vizinha de mil habitantes, o proprietário da fábrica obtenha êxito na negociação com novecentos e noventa e nove moradores, desembolsando considerável soma de dinheiro para indenizá-los ou comprar as suas propriedades. Todavia, um único morador pode, impelido por razões nobres ou oportunistas, recusar qualquer proposta de acordo, colocando por terra todo o esforço negocial empreendido com os demais habitantes. A situação de impasse pode representar um malefício tanto para o empreendedor, quanto para os demais moradores, gerando insegurança em suas posições.

Em situações dessa natureza, o Direito representa a solução mais adequada, estabelecendo de maneira clara e uniforme quem tem direito a quê. A coordenação das condutas efetuada

dessa maneira é mais rápida e eficiente, permitindo a todos os potenciais envolvidos saberem com antecedência quais são os seus direitos e deveres. Valendo-nos do exemplo da fábrica, as normas legais estabelecem, de antemão, se a fábrica tem ou não direito de produzir as emissões poluentes. Além disso, também é comum que sejam juridicamente delimitadas as possibilidades indenizatórias. De forma bastante sintética, pode-se conceber que, uma vez que a lei proíba a fábrica de emanar resíduos poluentes, seja legalmente estabelecida, também, qual é a forma de compensação cabível. Pode-se dar aos prejudicados o direito de exigir que a fábrica compre os seus imóveis ou lhes pague indenização – sendo admissível, igualmente, a combinação dessas soluções, de forma que as normas jurídicas prevejam apenas uma, outra, ou ambas as possibilidades concomitantemente. Além disso, caso a lei determine que os moradores têm o direito de ser indenizados, o *quantum* dessa reparação pode ser fixado no próprio texto legal, ou podem ser estabelecidos apenas parâmetros gerais para a sua fixação. Por outro lado, é concebível que a lei autorize a fábrica a produzir as emissões, mas permita aos moradores que, mediante indenização ao estabelecimento comercial, impeçam a continuação de sua atividade. Frente à diversidade de soluções que podem ser estabelecidas cogentemente, a regulação jurídica exerce influência direta nas opções adotadas pelas pessoas (coletivas ou individuais).

Percebe-se, portanto, que o Direito constitui um mecanismo indispensável de ordenação da convivência social, eis que a crescente complexidade das relações em comunidade faz com que sejam raríssimos os casos de contato social que não envolvam alguma espécie de custos de transação ou de externalidades.

A terceira conclusão de COASE é no sentido de que toda a regulação jurídica consubstancia uma opção acerca da distribuição mais adequada dos custos sociais decorrentes das ativi-

dades por ele examinadas. Assim, não se pode dizer que é neutra a opção do legislador ou do juiz entre conceder o direito de propriedade ou de indenização a uma ou outra das partes que se relacionam: conceder-se o direito a uma implica em atribuir-lhe uma vantagem e retirar a vantagem correspondente da parte adversa. A ideia fundamental consiste na natureza recíproca de toda atribuição de direitos, no sentido de que a escolha acerca de quem (ou de qual grupo na sociedade) será titular de um direito implica na privação imposta a alguém (ou ao grupo) que não foi eleito pela lei como titular daquele direito¹⁵. Conferir a alguém direito de propriedade sobre um terreno é impedir que outrem possa passear pelo jardim localizado naquele terreno. Da mesma forma, conferir aos cidadãos o direito a usufruírem o meio ambiente paisagístico significa privar o proprietário de um terreno à beira-mar de edificar em seu terreno acima de determinada altura, pois isso impediria as pessoas de usufruírem da vista desimpedida à praia e ao mar. Reciprocamente, relativizar o direito de propriedade privada resulta em obrigar o proprietário do terreno a suportar que pessoas caminhem pelo jardim nele situado, assim como conferir direito pleno à edificação em terreno sob propriedade privada significa tolher o direito dos demais cidadãos ao usufruto da beleza cênica de uma paisagem. Assim, *a atribuição de um direito a alguém deve sempre levar em consideração se essa é a solução mais vantajosa sob o ponto de vista social, relativamente à possível atribuição desse mesmo direito a outra pessoa ou grupo.*

A missão do Direito consiste em refletir de forma correta as opções coletivas, obrigando ou permitindo as condutas valoradas positivamente pela sociedade, e proibindo aquelas valoradas negativamente. Ele é visto não como um fim em si, mas como um instrumento cuja função é possibilitar que sejam atingidos os objetivos eleitos pela comunidade organizada. Pressupõe, assim, que as pessoas geralmente reagem de forma

¹⁵ Cfr. GUIDO CALABRESI & A. DOUGLAS MELAMED, *Property...*, p. 1.090.

racional aos incentivos recebidos, e que os comandos legais servem de estímulos para induzir ou inibir condutas. O Direito desempenha, dessa forma, o papel de uma *arquitetura de escolhas* (*choice architecture*), estruturando contextos nos quais os indivíduos tomam decisões acerca dos cursos de conduta que empreenderão¹⁶. Suas funções específicas são: (a) reduzir os custos de transação, e (b) corrigir externalidades¹⁷.

Sintetizando o que foi dito até agora, pode-se dizer que, sob o prisma do *para quê* – da função – do Direito:

1. A Análise Econômica do Direito considera que os indivíduos orientam suas condutas com base na análise das consequências que cada comportamento possível pode gerar. A isso se chama escolha racional.
2. Ocorre que a escolha racional, ou seja, a persecução dos objetivos individualmente traçados, gera por vezes externalidades negativas, que são os custos sociais.
3. Em atenção a isso, a finalidade da Ciência Jurídica é determinar ou fomentar a solução mais eficiente sob o ponto de vista social, levando em consideração a natureza recíproca dos direitos, no sentido de que a opção de conferir um direito a determinado indivíduo ou grupo de indivíduos significa privar outros indivíduos ou grupo de indivíduos de gozarem as possibilidades correlatas a esse mesmo direito.

¹⁶ Cfr. RICHARD H. THALER & CASS R. SUNSTEIN, *Nudge – Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, New Haven, 2008, p. 02.

¹⁷ Cfr. RICHARD A. POSNER, *Economic...*, p. 318: “Correcting externalities, positive (external benefits) as well as negative (external costs), is only one economic function of Law; another is to reduce transaction costs and thus enable or facilitate, as distinct from simulating, market processes.” Em outra passagem, a mesma idéia é repetida: “Two types of rule efficiency should be distinguished. A rule is *substantively* efficient if it sets forth a precept that if obeyed will internalize an externality or otherwise promote the efficient allocation of resources...”, e “A rule is *procedurally* efficient if it is designed to reduce the cost or increase the accuracy of using the legal system” (*Economic...*, p. 335).

Note-se que o *contrato* é tomado como modelo analítico fundamental de forma apenas simbólica, por representar a forma de relacionamento social essencialmente calcada na liberdade de escolha dos indivíduos, bem como no objetivo de alcançarem, através da colaboração recíproca, um resultado final superior ao ponto inicial em que se encontravam antes da avença. Cabe ao Direito assegurar o máximo de espaço para o exercício dessa autonomia individual e, apenas quando ela não for possível – em decorrência de custos de transação ou externalidades negativas inaceitáveis –, intervir de forma cogente, substituindo a autonomia individual pela regulamentação genérica de direitos e deveres.

Note-se que esse espaço de liberdade não é *indiferente* ao Direito. Não há, em outras palavras, uma oposição entre uma área isenta de intervenção jurídica – o âmbito de plena autonomia individual – e outro no qual o Direito se faz presente – o âmbito da normatividade jurídica. Pelo contrário: o Direito está *sempre* presente, (a) quer quando intervém, prescrevendo de forma cogente as condutas proibidas, permitidas ou obrigatórias, (b) quer quando opta por não intervir, deixando às partes envolvidas que produzam as normas que regularão os casos concretos. Em qualquer das duas situações, a opção entre conferir prestígio à autonomia individual ou efetuar a regulamentação cogente é tomada visando aquilo que melhor atende ao interesse social. Sob essa ótica, a divisão entre Direito Público e Direito Privado, tão cara aos ordenamentos jurídicos de matriz europeia continental, faz menos sentido: mesmo as ações que se desenvolvem na órbita privada podem gerar custos sociais e, por isso, sua regulação é feita sob o prisma da melhor consecução do interesse de todos, e não meramente dos interesses das partes envolvidas. Isso porque não basta ao Estado garantir um espaço de autonomia; é sua missão, igualmente, fazer com que esse espaço não sofra interferências alheias. Assim, direitos não são simples *imunidades* contra a interferência go-

vernamental: eles demandam proteção¹⁸ (conforme ensina a velha máxima, segundo a qual a cada direito corresponde um remédio que o assegura), o que significa um *custo social*. Tome-se como exemplo aquela que figura como a instituição capital do Direito Privado: a propriedade privada. A sua regulamentação jurídica tem por propósito assegurar um espaço livre de exercício da vontade. A propriedade privada não pode ser retirada à força e, como regra, o titular apenas pode ser dela privado voluntariamente. Ocorre que, para que esse direito efetivamente *exista*, é necessário um aparato institucional mantido pela coletividade, tanto para garantir a certeza da propriedade (pense-se nos órgãos de registros públicos), quando a sua proteção contra turbações (pense-se nos órgãos de polícia e judiciais).

Em que pese o Direito, assim como os demais processos sociais de adaptação, ter por missão promover o equilíbrio entre os interesses individuais e os coletivos, o seu ponto de partida é sempre a *liberdade individual*: parte-se da ideia de que o maior espaço possível deve ser concedido ao livre desenvolvimento da personalidade, estatuiendo-se regulações cogentes apenas quando o exercício da autonomia privada possa causar danos à liberdade individual dos demais. *O referencial é a liberdade*.

A autonomia privada se manifesta através do poder de escolha individual, e essa noção é simbolizada pela figura do *contrato*. Assim, a palavra *contrato* é usada pela Análise Econômica do Direito em sentido apenas metafórico, como a relação interpessoal caracterizada pela adesão voluntária das partes, na qual os envolvidos obtêm benefícios recíprocos em decorrência do ajuste. É o modelo de relação *colaborativa*, diferenciando-se das relações *competitivas*, nas quais o benefício almejado por uma das partes (a vitória) corresponde ao pre-

¹⁸ Cfr. STEPHEN HOLMES & CASS R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights*, W. W. Norton & Company, New York, 2000, p. 44.

terimento das demais partes (que são derrotadas).

Segundo essa acepção, várias relações interpessoais podem ser examinadas a partir do paradigma contratual, e não apenas as de cunho pecuniário. Isso porque nem a expressão *contrato* tem, nesse contexto, relação necessária com *dinheiro*, nem os *benefícios* a serem obtidos pela coordenação da conduta são exclusivamente *monetários*. Da mesma forma, a expressão *custo social* não se refere a *custo pecuniário*, mas a toda e qualquer modificação que importe, sob o ponto de vista individual, numa piora – seja sob o prisma financeiro, moral, estético ou qualquer outro¹⁹. O ser humano é visto como um *agente racional* que busca, sempre que possível, a *maximização de suas utilidades individuais*, quaisquer que sejam elas: pecuniárias ou não pecuniárias, egoístas ou altruístas.

De qualquer forma, subjazem ao *contrato como metáfora do relacionamento interpessoal*:

1. Uma *teoria da normatividade jurídica*, que decorre de
2. uma determinada *concepção da normatividade social*, a qual
3. vê as normas sociais (e, dentre elas, o Direito), como uma *forma de coordenação da ação coletiva*, que

¹⁹ Cfr. GUIDO CALABRESI & A. DOUGLAS MELAMED, *Property...*, p. 1.094: “The word ‘costs’ is here used in a broad way to include all the disutilities resulting from an accident and its avoidance. As such it is not limited to monetary costs, or even to those which could in some sense be ‘monetizable’, but rather includes disutilities or ‘costs’ – for instance, the loss to an individual of his leg – the very expression of which in monetary terms would seem callous.”. Note-se que nesse ponto reside um dos principais equívocos em algumas das críticas formuladas à Análise Econômica do Direito, segundo as quais essa escola pretenderia efetuar a redução de todos os valores sociais a valores pecuniários. Ilustrativo dessa má compreensão da (ou má vontade em compreender a) Análise Econômica do Direito é o artigo de ALEXANDRE MORAIS DA ROSA & 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, 2009, 7-23.

4. *se estrutura de acordo com um paradigma contratual, o qual*
5. *está fundamentado num individualismo metodológico que tem, à sua base,*
6. *uma versão do individualismo filosófico.*

A conjunção de todos esses aspectos representa a perspectiva da Análise Econômica do Direito acerca do surgimento da normatividade jurídica, e a eles dedicaremos os capítulos que seguem.

A melhor compreensão do tema leva, no entanto, a que não sigamos rigorosamente a ordem acima referida. Começaremos, assim, pelo exame do individualismo metodológico, ao qual se seguirá o estudo do individualismo filosófico. Fixados esses pontos, será possível estudar a concepção dessa escola do pensamento jurídico acerca do surgimento das normas sociais como forma de equacionar o problema de articulação da ação coletiva. Por fim, será examinada a concepção da normatividade jurídica da Análise Econômica do Direito, que assenta num pressuposto contratualista.

CAPÍTULO 2. INDIVIDUALISMO METODOLÓGICO E FILOSÓFICO

2.1. O MODELO DE AÇÃO RACIONAL

O individualismo metodológico centra-se em algumas asserções acerca do comportamento humano, calcadas na (tendencial) racionalidade do agir individual.

Afirmamos que o *agente racional* orienta sua conduta para a maximização de suas utilidades. O termo *utilidade* não possui, atualmente, a mesma significação que possuía quando foi cunhado. De fato, na linguagem econômica clássica, *utilidade* é o desejo (*desirability*) ou vontade (*want*) de um indivíduo relativamente a algo que ele tem ou deseja ter, expresso

monetariamente²⁰, ou seja, o quanto esse indivíduo aceitaria pagar ou receber pelo objeto²¹. Contemporaneamente, o conceito recebe significação mais ampla. A ideia de *equivalência monetária* é bastante restritiva, pois é possível aos indivíduos formularem uma ordem de preferências (“Prefiro A relativamente a B, e B relativamente a C”), sem que consigam expressar essa relação numa correspondência monetária aproximada, ou mesmo sem que seja relevante expressá-la dessa forma. O que interessa – e o que mais fielmente corresponde à pressuposição econômica ou, mais especificamente, microeconômica, que é estendida pela Análise Econômica do Direito ao campo jurídico – é que os seres humanos possuem desejos e necessidades, mas vivem num mundo de recursos escassos e possuem capacidades limitadas para a satisfação de suas preferências. A microeconomia estuda a alocação desses recursos, de forma a satisfazer da melhor maneira possível as utilidades individuais. Por isso, seu objeto de indagação não é a moeda, mas a implicação das escolhas racionais na obtenção das utilidades desejadas²².

Perceba-se que as utilidades são apenas aquelas finalidades que se encontram no campo de escolha de ações racionais. É certo que os indivíduos possuem diversos interesses, mas alguns desses interesses não se encontram estruturados numa ordem de preferências pessoal, figurando apenas como avaliações genéricas, positivas ou negativas, acerca de diversos estados do mundo circundante. Essas opiniões pessoais esparsas e desestruturadas não são consideradas *utilidades*, porque não se encontram ordenadas numa escala de intensidade apta a influenciar as opções individuais. Assim, por um lado, as utilidades

²⁰ Cfr. DANIEL KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, Penguin, edição eletrônica (Kindle e-book), 2011, p. 272.

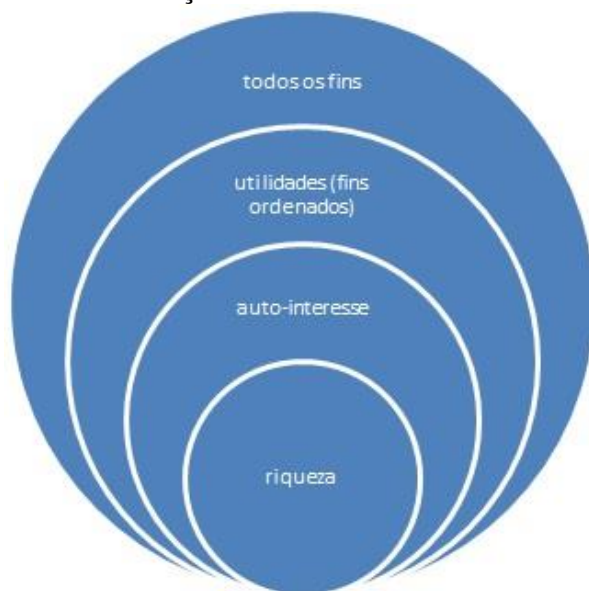
²¹ Cfr. ALFRED MARSHALL, *Principles of Economics*, London, Macmillan and Co., 1890, p. 151, consultado em www.achive.org.

²² Cfr. DAVID D. FRIEDMAN, *Law's Order*, Princeton, Princeton University Press, 2000, p. 08; RICHARD A. POSNER, *Economic...*, p. 03.

não se reduzem ao aspecto econômico (riqueza), porque outras há que se enquadram nessa categoria, mas, por outro, não são tão amplas de modo a abranger todos os fins considerados desejáveis, pois devem se encontrar estruturadas numa ordem, de forma que se possa, defronte a várias utilidades, optar-se por alguma delas, por ter prioridade no rol submetido à decisão.

Esse modelo pode ser representado graficamente da seguinte forma:

*Ordenação dos Fins Individuais*²³



Essas *utilidades* não possuem valor objetivo, mas subjetivo: as utilidades de um indivíduo são aquelas que ele elege como tais, e que podem não corresponder às de outras pessoas. Lembre-se da situação enunciada no tópico 1.2, acima, em que a utilidade da maçã é diversa para Pedro, Ana e João – respectivamente \$ 1, \$ 2 e \$ 3. É com vistas à satisfação dessas utili-

²³ Gráfico extraído de ROBERT D. COOTER & JODY KRAUS, *The Measure of Law and Economics*, 2010, p. 12 (paper), consultado em www.law.nyu.edu/ECM_PRO_065426.

dades pessoais que os indivíduos orientam suas ações. Note-se que, num sentido lato, a conduta *autointeressada*, que está na base da ideia de agente racional, não se confunde com conduta *egoísta*: o indivíduo pode se satisfazer com o bem-estar dos *outros* e, nesse caso, suas ações serão orientadas para as suas preferências *altruístas*²⁴. De qualquer forma, o móvel da ação foi aquilo que o indivíduo elegeu como *sua* preferência: é inconcebível que alguém se decida a fazer algo sem, antes, projetar o resultado dessa ação como um objetivo *seu*. O propósito de evitar a confusão entre *autointeresse* e *egoísmo* é um dos motivos que levou os economistas a cunharem o termo *utilidade*²⁵.

O modelo econômico presume que os seres humanos se orientam *racionalmente* para maximizarem as suas utilidades. Isso significa que, uma vez conscientes de suas preferências, os indivíduos irão planejar e desenvolver suas ações em consonância com o que se revela a melhor forma de atingir aquelas. Nisso consiste o *individualismo metodológico*. Esse modelo de *agente racional* corresponde, em sua versão tradicional, à concepção de *Homo Economicus*.

Essa concepção não se propõe a desempenhar o papel de descrição dos seres humanos efetivamente existentes. A análise econômica não toma o conceito de *Homo Economicus* como modelo por considerar que corresponde em todos os aspectos

²⁴ Cfr. ROBERT C. ELLICKSON, Robert C., *Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors*, in *Chicago-Kent Law Review*, 65, 1989, pp. 23-55, p. 23. Portanto, pressupor que os homens são autointeressados não é o mesmo que pressupor que são *maus* – como faz MAQUIAVEL, ao preconizar que as leis do Estado sejam editadas levando em consideração a essência maléfica dos seres humanos (NICOLAU MAQUIAVEL, *3 Comentários Sobre a Primeira Década de Tito Lívio*, 2ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 29). Embora não caiba aqui uma digressão a respeito do tema, parece-nos que o pensador florentino foi, em verdade, infeliz na escolha das palavras, pois a análise global da referida obra permite concluir que o aspecto por ele destacado aproxima-se mais do autointeresse do que da malignidade: as leis devem ser feitas em atenção ao fato de que, em geral, as pessoas agem de forma *autointeressada*, e não *perversa*.

²⁵ Cfr. RICHARD A. POSNER, *Economic...*, p. 04.

às pessoas reais. Não se pretende que seja um retrato fiel: considera-se, apenas, que se trata de uma *ficção útil*²⁶, que apresenta valor preditivo satisfatório e, por isso, é um recurso metodológico válido.

A racionalidade do *Homo Economicus* não é sinônima de onisciência. A asserção da racionalidade do comportamento humano não é assim tão forte. Em verdade, a modelagem contemporânea preenche esse conceito com mais nuances, conferindo riqueza maior aos elementos conformadores da ação individual. Se, em sua acepção original, atribuía-se ao *agente racional* total estabilidade em suas preferências, bem como grande capacidade de processamento de informações, elevada racionalidade nas expectativas e conduta voltada estritamente para a maximização das utilidades, a moderna formulação relativiza essas características, aproximando-as do comportamento humano real²⁷. Nesses termos, embora continue a considerar que a racionalidade, a força de vontade e o autointeresse são características do comportamento humano, assume-se que não são absolutos. Ou seja: a premissa contemporânea baseia-se na *racionalidade limitada, força de vontade limitada e autointeresse limitado*²⁸. Cada qual pode ser definida sinteticamente da seguinte maneira:

²⁶ Cfr. GEOFFREY BRENNAN & JAMES. M. Buchanan, *The Reason...*, p. 59. A noção de *ação racional orientada a fins* é também compartilhada pela sociologia clássica, que a entende como um artifício metodológico de grande poder explicativo. Cfr. MAX WEBER, *Wirtschaft...*, posição 1283.

²⁷ Em verdade, essa concepção *realista* do *agente racional* não é nova no âmbito da Teoria Política. Não é incorreto afirmar que se encontra na base do constitucionalismo norte-americano, conforme exposto por JAMES MADISON em *O Federalista nº 10*: “Enquanto a razão humana continuar a ser falível e o homem tiver a liberdade de exercê-la, formar-se-ão diferentes opiniões. Enquanto subsistir a conexão entre a razão e o seu amor-próprio, as suas opiniões e as suas paixões influenciar-se-ão reciprocamente umas às outras; e as primeiras serão objectos aos quais as últimas se afeiçoarão.” Cfr. HAMILTON, Alexander / MADISON, James / JAY, John, *O Federalista*, Edições Colibri, Lisboa, 2003, p. 80.

²⁸ Cfr. CHRISTINE JOLLS, CASS R. SUNSTEIN & RICHARD THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stanford Law Review*, 50, 1998, pp. 1471-1546, pp. 1476ss..

1. *Racionalidade limitada*. O pensamento humano se encontra sujeito a falhas e deficiências consideráveis. A limitada capacidade de memória, bem como a influência de pré-compreensões atávicas, acabam por interferir no processo decisório individual. A limitação da racionalidade se revela com mais intensidade nas situações de incerteza²⁹.
2. *Força de vontade limitada*. O fato de saberem qual é a decisão que melhor atende aos seus interesses (ou, na terminologia que vimos empregando, a que maximiza as suas utilidades) não conduz, de per si, a que os indivíduos ajam em conformidade com essa consciência. A limitação não diz respeito à racionalidade: não se verifica nenhuma falha na compreensão do problema e dos caminhos para que se alcance o resultado desejado. Apenas não se consegue implementar o curso de ação que conduz a esse evento³⁰.
3. *Autointeresse limitado*. O terceiro ponto que integra a moderna concepção de ação racional diz respeito ao *autointeresse limitado*. Em verdade, de todos os três pontos, esse é o que guarda menos novidade, haja vista que é antigo o entendimento, na teoria econômica, de que os indivíduos não agem apenas por motivos egoístas. É, todavia, aquele que é mais combatido pelos opositores da Análise Econômica do Direito, merecendo, por isso, tratamento mais detido.

²⁹ De forma bastante esquemática, pode-se distinguir escolhas em condição de certeza e de incerteza porque aquelas tratam da opção entre resultados determinados, e essas envolvem probabilidades. A escolha entre comprar uma maçã, que custa \$ 1, e uma banana, que custa o mesmo valor, se dá entre possibilidades determinadas. Já a escolha entre comprar uma maçã, que custa \$ 1, e pagar \$ 0,1 por uma chance de 10% de ganhar uma banana que custa \$ 1 envolve uma probabilidade e, portanto, uma situação de incerteza.

³⁰ Por exemplo, muitos fumantes desejam abandonar o vício, sabem o que devem fazer para atingir esse objetivo, mas não conseguem agir de maneira conducente ao resultado que consideram melhor.

O altruísmo sempre foi considerado um motivador da conduta humana. O núcleo da polêmica reside, apenas, nas duas posições que podem ser adotadas sobre o assunto. Pode-se, por um lado, entender que a decisão de agir de maneira altruísta é, inelutavelmente, uma decisão individual e, por isso, sempre será autointeressada. Nessa perspectiva, não existe contradição entre a satisfação dos interesses pessoais e a preocupação preponderante com o bem-estar alheio: age-se de maneira benevolente porque é do interesse pessoal (de quem decide pela ação altruísta) agir dessa maneira. *Interesse*, aqui, refere-se ao processo subjetivo de eleição das opções apresentadas. Se as opções são selecionadas de acordo com as utilidades pessoais, e se o altruísmo possui lugar destacado no elenco dessas utilidades, a ação benevolente atende à maximização das preferências do indivíduo que age dessa forma. Não ocorrendo nenhuma falha cognitiva (racional) ou de força de vontade, o curso de ação adotado será sempre *autointeressado*, embora nem sempre *egoísta*.

Divergindo dessa linha de pensamento, a outra posição considera que nem sempre se age de forma a maximizar as preferências individuais. Segundo esse entendimento, sempre que os indivíduos orientam suas ações para objetivos coletivos ou levam em consideração valores morais amplos ou normas de conduta, não estão agindo de maneira autointeressada³¹. Argumenta-se que, quando as pessoas subalternizam os objetivos que mais lhes agradam a outros, de natureza coletiva, não estão atuando de forma autointeressada e, a partir dessa conclusão, acusa-se a outra corrente de não apreender toda a complexidade do fenômeno relativo às motivações da conduta humana. Essa linha de entendimento desconsidera, no entanto, que a ideia de *utilidade* não se confunde com a de *felicidade*. Maximizar preferências pessoais não implica necessariamente ma-

³¹ Cfr. AMARTYA SEN, *The Idea of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p. 179.

ximizar a felicidade ou o bem-estar individuais. As preferências podem estar relacionadas com outros objetivos: é perfeitamente compreensível que uma pessoa religiosa se submeta a jejum em consonância com sua crença espiritual. Embora o jejum implique sacrifício, é certo que representa uma preferência individual. Da mesma forma, se alguém procura guiar-se em consonância com o interesse coletivo ou as normas sociais, é certo que elegeu esse interesse ou essas normas como suas preferências.

Percebe-se, portanto, que é a segunda posição, e não a primeira, que simplifica de maneira excessiva as motivações da conduta humana, ao compreender os interesses pessoais sob um prisma puramente hedonista, quando esses apresentam um elenco muito mais amplo de motivações possíveis, nem sempre ligadas à satisfação física ou imediata daqueles que agem.

2.2. MÉTODO ECONÔMICO E CIÊNCIAS SOCIAIS

Consoante expusemos no item acima, o modelo de ação racional que está na base do *individualismo metodológico* da Análise Econômica do Direito foi desenvolvido no campo da Economia³². A primeira questão que se coloca, portanto, diz

³² Com isso não queremos dizer que ele *surgiu* no campo da Economia, mas, apenas, que foi nessa área que ganhou mais atenção contemporaneamente, daí resultando os seus maiores desenvolvimentos. A racionalidade do agente também é tomada como pressuposto na análise sociológica clássica, conforme se depreende da seguinte passagem de MAX WEBER: “Für die typenbildene wissenschaftliche Betrachtung werden nun alle irrationalen, affektuell bedingten, Sinnzusammenhänge des Sichverhaltens, die das Handeln beeinflussen, am übersehbarsten als “Ablenkungen” von einem konstruierten rein zweckrationalen Verlauf desselben erforscht und dargestellt.”. Cfr. MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft – Grundriß der Verstehenden Soziologie*, Jazzybee Publishing, edição eletrônica (Kindle e-book), posição 1274. Em verdade, a pressuposição de racionalidade comportamental tem evidente raiz na psicologia, cuja relevância no campo das ciências sociais é destacada por VILFREDO PARETO, para quem “Fondamento dell’economia politica ed in generale di ogni scienza sociale è evidentemente la psicologia.”. Cfr. VILFREDO PARETO, *Manuale di Economia Politica con una Introduzione Alla Scienza Sociale*, Società Editrice Libreria, Milano, 1919, p. 35.

respeito ao cabimento da extensão de conceitos e métodos econômicos para o campo das demais ciências sociais, notadamente do Direito. Será isso possível?

Para que se possa responder essa indagação, é necessário antes precisar qual é o objeto de estudo da Economia: como referido anteriormente, não é a moeda, mas sim a escolha racional, voltada para a melhor alocação possível de recursos escassos. A função das normas sociais é propiciar a gestão eficiente desses recursos – que, não custa repetir, não têm conotação apenas monetária.

É certo que a Economia não é a única ciência social que trata da coordenação da conduta coletiva. Nesse sentido, afirma MANCUR OLSON: “aquilo que distingue a ciência econômica das outras ciências sociais não é propriamente o *objecto* do estudo, é, antes, essencialmente o método de investigação e os seus pressupostos”³³. Existe, assim, senão uma identidade, uma significativa semelhança entre os campos de investigação das várias ciências sociais.

A extensão desse paradigma metodológico da Economia para outras Ciências Sociais fundamenta-se na consideração de que o ser humano é o mesmo, quer interaja no ambiente econômico, quer em outros ambientes sociais – como o universo político-jurídico. É difícil explicar por que motivo as pessoas seriam, em geral, autointeressadas em suas vidas econômicas e altruístas em suas vidas públicas³⁴, ou vice-versa, ou que seriam mais suscetíveis a responder racionalmente a incentivos num campo do que no outro.

Na órbita do Direito, sinais dessa semelhança são encon-

³³ Cfr. MANCUR OLSON, *A Lógica da Acção Colectiva – Bens Públicos e Teoria dos Grupos*, Oeiras, Celta Editora, 1998, p. 157. O que a Análise Econômica do Direito se propõe a fazer é, justamente, estender esses pressupostos e métodos ao campo jurídico, sem a pretensão de que eles *substituam* os métodos e pressupostos tradicionais, mas sim que os *complementem*. Não se pode negar, todavia, que a *substituição* é por vezes almejada, conforme será visto logo abaixo.

³⁴ Cfr. GEOFFREY BRENNAN & JAMES M. BUCHANAN, *The Reason...*, p. 56.

trados mesmo em autores que não perfilham os ensinamentos da Análise Econômica do Direito. Por exemplo, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR assevera que o viés dogmático da Ciência do Direito visa “possibilitar uma decisão e orientar a ação”³⁵ – o que só é possível se: a) assumirmos o postulado de que o ser humano tende a se orientar racionalmente, e b) que os indivíduos levam em consideração as prescrições jurídicas (legais e judiciais) ao deliberar acerca de seus cursos de conduta, de forma c) que o Direito tem o poder de influenciar as decisões racionais. Confira-se, ainda, o que diz PAULO OTERO:

“...impossibilitada a satisfação de todos os interesses de cada membro da sociedade, tanto mais que alguns deles podem ser contraditórios ou gerarem em si conflitos, além de que os próprios bens são sempre escassos para a satisfação das necessidades, a sociedade encontra-se na contingência de definir objetivos, soluções ou meios que originam a preterição de outros objetivos, de outras soluções e de outros meios. Por outras palavras, cada escolha envolve, simultaneamente, uma decisão positiva e várias decisões negativas: ao escolher A, afasta-se B e C.”³⁶

A passagem transcrita deixa entrever não apenas a aparência no que diz respeito ao objeto (a coordenação da ação coletiva), mas também aos pressupostos (a escassez de bens e a possibilidade de conflitos em decorrência disso).

Em verdade, grande parte da doutrina jurídica respalda-se na assunção da racionalidade do comportamento individual e na necessidade de alocação de recursos escassos, e não seria exagero considerar que essas premissas se encontram na base das grandes construções teóricas da Ciência do Direito. Com

³⁵ Cfr. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, São Paulo, Editora Atlas, 1996, p. 91.

³⁶ Cfr. PAULO OTERO, *Lições...*, p. 108.

efeito, o quê são as noções de erro, dolo e coação no Direito Civil, se não a cristalização do paradigma individualista, no sentido de que o ser humano é capaz de eleger os fins a serem atingidos e de escolher livremente os meios para fazê-lo, sendo repudiada qualquer interferência nessa liberdade? E a Teoria Finalista da Ação, no Direito Penal? Essas construções não assumem apenas que o *modelo* (o parâmetro) de ação humana é *racional*, mas também que o Direito é um fator levado em conta na apreciação racional dos objetivos a serem eleitos e dos meios selecionados para atingi-los. Não pretendemos com isso afirmar que toda a Teoria do Direito já era adepta da Análise Econômica do Direito, mas não o sabia. A intenção é apenas destacar que o individualismo metodológico é um paradigma mais simpático a grande parte das correntes tradicionais do Direito do que talvez elas se dão conta.

Compreende-se, assim, porque não há nada mais equivocado do que rejeitar o modelo de ação racional sob o argumento de que ele implica na *robotização* do ser humano. Ao contrário disso, o que ele presume é que os indivíduos agem (ou são capazes de agir) finalisticamente, voltados para objetivos. É com base nesse agir finalístico que se afere a racionalidade do comportamento³⁷. A ação robotizada é justamente o oposto, eis

³⁷ A utilização do método econômico não significa reduzir os indivíduos à posição de autômatos que, ao receberem um *input*, produzirão um *output* específico. A própria Economia não tem essa pretensão de absoluta precisão, mas apenas de traçar modelos gerais que permitam decidir qual o curso de ação que mais provavelmente poderá conduzir ao resultado a ser atingido. Não é seu objetivo prever com exatidão, por exemplo, qual será a taxa de inflação no próximo mês, ou qual o número exato de pessoas que comprarão um novo modelo de veículo lançado no mercado, nem qual o preço específico que esse bem terá. Segundo JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, “Such predictions would require omniscience, not science.” (cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK *The Calculus of Consent – Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor Paperback, Michigan, 1969, p. 05). O que se almeja é construir uma teoria que permita algumas conclusões rudimentares, embora úteis, acerca de como as decisões coletivas são tomadas (cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, p. 05).

que o autômato não elege os fins de sua ação, mas apenas responde a uma programação externa, atuando *cegamente*.

Nota-se, portanto, que a linha geral de raciocínio que subjaz à Análise Econômica do Direito não é incompatível com o estudo do fenômeno jurídico, nem pode ser considerada totalmente nova a sua aplicação nessa área. Essa conclusão não é abalada por outra crítica, no sentido de que o exame do Direito através do instrumental econômico representa um empobrecimento do estudo do fenômeno jurídico, por deixar de lado aspectos relevantes que não são captados pela visão econômica. Em primeiro lugar, porque essa crítica adota, em geral, uma visão restritiva do que é a Economia, visão essa que não corresponde ao objeto real dessa ciência social. Em segundo, porque desconsidera *o quê*, na Economia, é estendido para a análise do Direito: apenas uma parte do instrumental metodológico, concernente ao modelo de ação racional e à dinâmica de coordenação da conduta coletiva. Em terceiro, porque o que se pode pretender de uma escola da Teoria do Direito é que ela apresente respostas consistentes às perguntas que se propõe enfrentar. É possível que alguns aspectos do fenômeno jurídico não tenham, ainda, recebido desenvolvimento aprofundado, o que não impede que venham a recebê-lo no futuro. Isso porque a concentração do foco de investigação em um campo de análise faz, necessariamente, com que outros campos acabem por receber menos atenção. De qualquer forma, crítica dessa natureza pode ser estendida às demais escolas da Teoria do Direito, as quais desenvolveram de maneira bastante limitada (ou mesmo não desenvolveram) uma concepção acerca da relação entre as prescrições jurídicas e a coordenação das condutas em sociedade (o viés tecnológico do Direito) – ponto esse indispensável para a boa compreensão do fenômeno jurídico, e que é central nos estudos da Análise Econômica do Direito. Por último, em quarto lugar, as críticas supõem erroneamente que a Análise Econômica do Direito deixa sem resposta a questão acerca do

fundamento material de validade do fenômeno jurídico. Dito isso, retornemos ao exame do *individualismo* como pressuposto analítico a ser compartilhado pelas Ciências Sociais.

2.3. INDIVIDUALISMO METODOLÓGICO

O individualismo pode ser tomado como um *método de análise* ou como uma *norma de organização da sociedade*³⁸. No primeiro sentido, significa que a teoria deriva de considerações que tomam o indivíduo como o centro de decisões acerca do arranjo social. Opõe-se, portanto, a um coletivismo metodológico, segundo o qual o modelo fundamental de análise não é o indivíduo, mas a coletividade (ou qualquer grupo de dois ou mais indivíduos). Em paralelo a essa abordagem calcada no aspecto metódico, pode-se erigir, como *norma de organização social*, um postulado também individualista ou coletivista. Por exemplo: sob um prisma individualista, pode-se afirmar que o fim da sociedade é promover a liberdade individual, sob um prisma coletivista, que o fim é promover o bem público³⁹. A teoria da *Public Choice* é individualista tanto no aspecto metodológico, quanto normativo. Nesse item, examinaremos a vertente metodológica.

Referimos que, no que diz respeito ao individualismo metodológico, a postura individualista parte da premissa de que todas as decisões socialmente relevantes são, antes de tudo,

³⁸ Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, p. 315.

³⁹ BUCHANAN, em apêndice à obra *The Calculus...*, sustenta que as perspectivas podem se combinar: é possível ser-se individualista sob o prisma metodológico e coletivista sob o ponto de vista normativo, e vice-versa. Como exemplo da primeira posição, cita FICHTE, que seria metodologicamente individualista, por força de sua posição favorável ao contrato social, e normativamente coletivista, dado o viés socialista de seu pensamento. Por outro lado, aponta BURKE como metodologicamente coletivista, por rejeitar qualquer tentativa de se explicar a organização social como produto de escolhas racionais dos indivíduos, e normativamente individualista. Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, pp. 315-317.

decisões de indivíduos. Seja na órbita privada, seja na órbita pública, a unidade *que decide e que é afetada pela decisão* é sempre o ser humano. Mesmo num corpo assemblear – pense-se num parlamento – a lei votada representa o produto de um processo de negociações e ajustes entre posições antagônicas, que são assumidas por *pessoas* – os parlamentares. Ainda que cada parlamentar creia estar manifestando a opinião da *coletividade*, ou do grupo que representa, é de acordo com a sua concepção *pessoal* acerca de qual é essa opinião que ele se manifesta. *A unidade nuclear de decisão é, portanto, o indivíduo.* Da mesma forma, a rigor a lei editada não vai ser boa ou má para a *coletividade*, mas sim para os indivíduos que a compõem – ou poderá ser boa para alguns e má para outros. Portanto, *a unidade nuclear afetada pela decisão é, também, o indivíduo.* Em face dessa constatação, o referencial analítico somente pode ser *individual*.

Esse paradigma presume, também, que os indivíduos são diferentes entre si e, portanto, têm preferências diferentes. Assim, a dissensão entre indivíduos é não só possível, como provável, e não tem nenhuma relação com a ignorância deles (ou de alguns deles), mas com as diferentes preferências. A assunção é mais realista e menos paternalista que a de JOHN RAWLS – que também adota um postulado metodologicamente individualista –, para quem a divergência só é explicável pela ignorância, porque alguns indivíduos não são *racionais* o suficiente para entenderem qual é a melhor solução⁴⁰. Posicionando-se mais humildemente frente ao tema, a Análise Econômica do Direito não confere uma acepção tão rigorosa à *racionalidade*, considerando racional toda conduta individual que se baseie num agir finalisticamente orientado para a satisfação das utilidades eleitas⁴¹. Subjaz-lhe, portanto, um certo

⁴⁰ Cfr. JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, pp. 368ss..

⁴¹ Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, p. 36: “Rational action requires the acceptance of some end and also the ability to choose

pluralismo, que será tratado com mais vagar no item seguinte.

Outro ponto deve ser destacado: sem embargo da sua centralidade, o individualismo de que ora tratamos limita-se a ser uma pressuposição metodológica do *comportamento individual*, não sendo extrapolado para a sociedade. Em outras palavras, a Análise Econômica do Direito não passa da consideração metodológica de que os indivíduos são *rational maximizers* para a pressuposição de que a sociedade em que vivemos é uma sociedade centrada na maximização de suas utilidades⁴². Ao contrário disso, tem presente que a sociedade é composta pela interação entre os indivíduos, e é essa interação que produz os objetivos socialmente desejados – que podem implicar, inclusive, no sacrifício da maximização das utilidades individuais em prol de alguma concepção previamente estabelecida de justiça distributiva. Portanto, os objetivos eleitos por uma determinada comunidade política é diferente da mera *soma* das preferências individuais de seus membros. Esse aspecto será melhor explicado quando tratarmos da coordenação da ação coletiva, e será fundamental, também, para a compreensão de outro ponto: ainda que nos atenhamos ao aspecto *individual* da maximização das utilidades, é certo que nem sempre as pessoas conseguem atingir seus objetivos valendo-se apenas de suas condutas individuais isoladas. Todavia, ainda nesse campo – da coordenação da ação coletiva –, o referencial analítico permanece sendo o *indivíduo*. Essa postura metodológica se lastreia, como deixamos entrever anteriormente, num determinado fundamento filosófico, ao qual dedicaremos o próximo capítulo.

2.4. O FUNDAMENTO FILOSÓFICO INDIVIDUALISTA

O embasamento filosófico individualista da concepção da Análise Econômica do Direito acerca do surgimento da norma-

the alternatives which will lead toward goal achievement”.

⁴² Cfr. GEOFFREY BRENNAN & JAMES M. BUCHANAN, *The Reason...*, p. 03.

tividade jurídica pode ser sintetizado nos seguintes aspectos:

1. A autonomia individual é o núcleo axiológico do arranjo social.
2. A autonomia individual assenta-se nos postulados da igualdade e da liberdade.

Enfrentaremos, na sequência, cada um desses aspectos.

2.4.1. A AUTONOMIA INDIVIDUAL COMO VALOR NUCLEAR DO ARRANJO SOCIAL.

Num tópico destinado à investigação do fundamento filosófico de uma teoria qualquer, o recurso à Filosofia grega clássica é praticamente inevitável. Isso se aplica ao ponto sobre o qual agora nos voltamos, notadamente porque os cânones do pensamento político grego – PLATÃO e ARISTÓTELES – fornecem subsídios importantes para se compreender o embasamento filosófico do individualismo metodológico – o que é dizer, para entendermos qual é a concepção do *individualismo normativo* abraçada pela Análise Econômica do Direito.

É certo que os pensamentos éticos de PLATÃO e ARISTÓTELES estão calcados numa pressuposição comum, consistente na existência de um laço indissociável entre indivíduo e comunidade. Assim, para saber qual é a conduta eticamente exigível de uma pessoa, é necessário saber qual é a sua posição e o papel que ela desempenha no grupo social do qual faz parte. O *universalismo ético*, nos moldes kantianos, lhes era estranho. Esse e outros pontos distanciam grande parte das ideias platônicas e aristotélicas do pensamento contemporâneo. Embora de grande repercussão prática, o exame desses aspectos foge ao âmbito do presente relatório e, por isso, não será aqui efetuado. Limitaremos-nos a destacar uma nuance que distingue entre si as Filosofias Moral e Política de PLATÃO e de ARISTÓTELES, e que é útil para a nossa empreitada. Trata-se da relevância concedida por PLATÃO à comunidade em detri-

mento do indivíduo, contrária à ênfase de ARISTÓTELES na centralidade do indivíduo frente à comunidade. Para o primeiro, o indivíduo é um instrumento para a busca do bem comum, e tudo em sua vida – seus gostos, seus objetivos – deve ser moldado de acordo com vistas ao arranjo social perfeito. O Estado ideal de PLATÃO é centrado num autoritarismo comunitário, no qual desde as refeições, até a propriedade imobiliária e a criação dos filhos, são subtraídos do indivíduo e transferidos à coletividade. Nessa visão orgânica da sociedade, o *prius* valorativo é da coletividade, e a sociedade que se visa construir acaba por aniquilar qualquer traço de individualidade.

ARISTÓTELES percebe claramente o viés autoritário da concepção platônica e a ele se opõe, alegando que a sociedade é, e deve necessariamente ser, pluralista. Nesse sentido⁴³ afirma que, ainda que a unidade preconizada por PLATÃO fosse possível, ela não seria desejável, pois imporiam uma uniformização de vontades que faria com que a comunidade não fosse mais uma comunidade *política*, mas um bloco único⁴⁴.

A Análise Econômica do Direito filia-se, nesse ponto, ao pensamento aristotélico, sendo visceralmente contrária à filosofia política platônica⁴⁵: rejeita qualquer pressuposição autoritária que instrumentalize os indivíduos frente a *objetivos sociais maiores*, ao *bem coletivo*, ao *interesse público* ou algo que o

⁴³ A contraposição frontal da concepção pluralista de ARISTÓTELES à concepção autoritária de PLATÃO é apontada por MARTHA NUSSBAUM, *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.

⁴⁴ ARISTÓTELES, *Política*, Editorial Gredos, Madrid, 2008, 1261a16.

⁴⁵ As designações PLATÃO e ARISTÓTELES serão utilizadas doravante em sentido figurativo e assumidamente simplificador. Assim, a contraposição entre PLATÃO e ARISTÓTELES é utilizada no texto para opor um modo de pensar idealista e autoritário, com pretensões escatológicas, de um empírico e individualista, com pretensões científicas. Sobre a oposição do pensamento aristotélico ao objetivismo idealista platônico, conferir GÜNTHER BIER, *La Filosofia Política di Aristotele*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 19-32. São deixados de lado, assim, aspectos autoritários do pensamento aristotélico, tal como a defesa moderada da escravatura.

valha⁴⁶. O valor fundamental é a pessoa, e a comunidade organizada existe para promover o pleno desenvolvimento das potencialidades individuais (diríamos das *virtudes*, na terminologia aristotélica). Todavia – e isso é fundamental – não cabe à coletividade *impô-las* aos cidadãos, mas criar meios para *fomentá-las*. Seu papel é, apenas, garantir-lhe o máximo espaço de liberdade para que desenvolvam as suas potencialidades e não prejudiquem o desenvolvimento das potencialidades alheias⁴⁷.

No que diz respeito à proximidade com outros pensadores políticos, JAMES M. BUCHANAN destaca a similaridade, em vários aspectos, com SPINOZA, HOBBS e DAVID HUME. De todos, é SPINOZA que considera o mais semelhante⁴⁸. Com relação a HOBBS, afirma divergir de suas ideias dada a consideração subalterna que o pensador inglês confere à soberania individual após o momento de constituição da sociedade. Segundo BUCHANAN, o contrato social hobbesiano acaba por se converter numa justificativa para a imposição irrestrita da vontade do soberano, amesquinhando as ideias de igualdade e liberdade do ser humano, que deixa de ser visto com o valor central da atividade política⁴⁹. O individualismo hobbesiano acaba por gerar um Estado autoritário⁵⁰.

Segundo BUCHANAN, a *bondade* de qualquer arranjo

⁴⁶ A teoria política da Análise Econômica do Direito possui declarada raiz aristotélica, cfr. RICHARD A. POSNER, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, livro eletrônico (Kindle e-book), posição 2027.

⁴⁷ Assim, o *individualismo filosófico* que está na base da Análise Econômica do Direito não diverge fundamentalmente da concepção *personalista* desenvolvida por PAULO OTERO, até porque ambos compartilham fundamentos comuns, notadamente: a) a matriz axiológica judaico-cristã, e b) o racionalismo kantiano. Cfr. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais – Volume 1*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 479ss..

⁴⁸ Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, p. 312.

⁴⁹ Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, p. 313.

⁵⁰ Portanto, equivoca-se ROBERT ALEXY ao atribuir a BUCHANAN uma concepção estritamente hobbesiana. Cfr. ROBERT ALEXY, *El Concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2004, p. 134.

social tem como condição indispensável que ele tenha, em sua origem, emergido de algo que represente da melhor forma possível a livre escolha dos indivíduos envolvidos, e que se *mantenha* assim ao longo do tempo. O fundamento material de validade (a legitimidade) da comunidade política (do Estado) pressupõe que esta seja a um só tempo a *consequência* e a *causa* da articulação de indivíduos livres e em condições mínimas de respeito e tolerância mútuos⁵¹. A base do arranjo social encontra-se, assim, na autonomia da vontade. Trata-se de um valor intrínseco ao ser humano⁵² e que, portanto, é um pressuposto da ordenação da vida coletiva.

Percebe-se, assim, que as premissas filosóficas são claramente assumidas⁵³, sendo a principal delas a assunção do *indivíduo* como entidade filosófica central. O oposto dessa concepção seria uma filosofia organicista nos moldes platônicos, na qual o indivíduo não seria o núcleo valorativo fundamental, mas um *instrumento* ou uma *parte* na realização da coletividade⁵⁴.

Há que se destacar, ainda, que o individualismo filosófico não é um *egoísmo* filosófico, pois pressupõe um *senso de comunidade*⁵⁵. A noção de *responsabilidade social* é fundamental nesse contexto, sendo repudiado o comportamento voltado para a obtenção de benefícios individuais à custa de atividades que tenham valor social negativo (que é denominado, na literatura da *Public Choice*, de captura de rendas ou *rent-seeking*)⁵⁶.

⁵¹ Cfr. JAMES M. BUCHANAN, *The Limits of Liberty – Between Anarchy and Leviathan (The Collected Works of James M. Buchanan, Volume 7)*, Indianapolis, Liberty Fund, 2000, p. 09.

⁵² Também considerando a autonomia da vontade um “elemento sagrado da própria natureza de pessoa concreta e viva”, PAULO OTERO, *Lições...1º Tomo*, pp. 223ss..

⁵³ Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, p. 265.

⁵⁴ Cfr. JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, p. 265.

⁵⁵ Cfr. JAMES M. BUCHANAN, *The Limits...*, p. 20.

⁵⁶ Cfr. GORDON TULLOCK, ARTHUR SELDON & GORDON L. BRADY, *Government Failure – A Primer in Public Choice*, Washington, Cato Institute, 2005,

2.4.2. A AUTONOMIA INDIVIDUAL ASSENTA-SE NOS POSTULADOS DA IGUALDADE E DA LIBERDADE.

A igualdade não é tomada como um *fato*: pelo contrário, assume-se que, desde a formação do grupamento social, os indivíduos são intrinsecamente diferentes entre si (em capacidades naturais, em desejos etc)⁵⁷. Todavia, independentemente dessas diferenças que podem ser chamadas *naturais*, todos os indivíduos são destinatários do mesmo respeito e preocupação por parte da coletividade. Embora nem sempre exista a igualdade *de fato*, existe o direito de ser tratado como um igual⁵⁸. Essa postura filosófica é revelada na seguinte passagem:

“By contrast, the individualist is forced to acknowledge the mutual existence of fellow men, who also have values, and he violates his precepts at the outset when and if he begins to assign men differential weights. He simply cannot play at being God, no matter how joyful the pretense; hubris cannot be descriptive of his attitude.”⁵⁹

Os direitos devem ser conferidos e assegurados de forma igualitária com fundamento naquele ponto que a organização

P. 43.

⁵⁷ Cfr. JAMES M. BUCHANAN, *The Limits...*, p. 16: “We live in a society of *individuals*, not of *equals*.”

⁵⁸ Cfr. JAMES M. BUCHANAN, *The Limits...*, pp. 16-17. É perceptível a semelhança da concepção de BUCHANAN com a de *equal concern and respect* que RONALD DWORKIN veio a defender pouco tempo depois, e que se tornou famosa. Cfr. RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 2002, p. 180. Sem embargo disso, em outros aspectos – notadamente na concepção do *para quê* (da função) do Direito – RONALD DWORKIN mantém-se um ferrenho opositor da Análise Econômica. Cfr. RONALD DWORKIN, *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, textos nos quais dirige suas críticas especificamente à versão de RICHARD A. POSNER acerca da função do Direito e de sua relação com a Moral.

⁵⁹ Cfr. JAMES M. BUCHANAN, *The Limits...*, pp. 03-04.

social deve eleger como igualmente partilhado por todos os seus membros (embora em vários outros aspectos esses membros sejam extremamente diferentes entre si), qual seja, a autonomia individual, a capacidade que deve ser assegurada a cada cidadão de, desde que não invada o espaço alheio, desenvolver de forma plena a sua personalidade⁶⁰. Desse *tratamento como um igual* infere-se que nenhum indivíduo pode ser tratado como *instrumento* para a satisfação da vontade de outro indivíduo, ou mesmo da comunidade globalmente considerada. *A pessoa é um fim, e não um meio.*

Posto isso, a igualdade de tratamento não significa que na comunidade política não haja *poderosos*, mas que esses não podem tudo. Há um limite intransponível no respeito à autonomia individual alheia. A desigualdade de fato é limitada pela igualdade valorativa. Por isso, como dito, essa última não é incompatível com a existência de diferenças concretas – ninguém nega que existem diferenças entre os cidadãos, por exemplo, para ocuparem cargos públicos: diferenciam-se tanto com relação ao mérito, quanto aos motivos que os impelem a ocupá-los, como a vaidade, o altruísmo, o desejo de poder⁶¹. E surge a necessidade de acomodar na sociedade não apenas as diferenças relativas a quem tem um mérito superior, mas também àqueles que têm menos mérito. Também esse *dado* deve ser levado em consideração, sendo necessário buscar o ponto ótimo de compatibilização com o *valor* que funda a convivên-

⁶⁰ Também nesse aspecto se vislumbra uma semelhança com o pensamento dworkiniano, no que se refere à sua concepção de *tratamento como um igual* (*treatment as an equal*), como distinta de *igualdade de tratamento* (*equal treatment*). DWORKIN afirma que o tratamento como igual consiste no direito de ser tratado com a mesma consideração e respeito do que qualquer outro (uma igualdade *valorativa*, conforme a defendida por BUCHANAN), cfr. RONALD DWORKIN, *Taking...*, p. 227.

⁶¹ Essa visão pragmática é outro traço distintivo entre o pensamento da Análise Econômica do Direito e a filosofia política platônica: para PLATÃO, os que governam devem ser dotados de um ascetismo monástico: só se não tiverem desejo de nada material é que devem chegar ao governo. Cfr. PLATÃO, *A República*, São Paulo, Editora Nova Cultural Ltda, 1997, p. 232.

cia comunitária.

De todo o exposto, conclui-se que não se trata de uma igualdade *tout court*, mas de uma igualdade *em algo*⁶². A ênfase numa igualdade vazia tem gerado dificuldades em lidar com esses problemas, notadamente o problema do que fazer com os piores de nossa sociedade – que, ainda assim, devem receber tratamento compatível com a sua dignidade individual.

É conveniente abrimos aqui um parêntese. Numa primeira aproximação, o reconhecimento de desigualdades fáticas inelimináveis pode gerar oposição, sob o argumento de que acaba por sufragar um *darwinismo social*. A consequência precipitada seria opor-lhe uma ideia de *igualdade natural*, buscando contrapor à visão supostamente darwinista uma outra, jusnaturalista. Uma breve digressão histórica revela, no entanto, o desacerto dessa tentativa. Para melhor compreendê-lo, no entanto, é oportuno repetir os dois sentidos em que estamos examinando a igualdade: (a) como fato, e (b) como valor. Para a Análise Econômica do Direito, a desigualdade é um fato; a igualdade, um valor. Pode-se, como dito, procurar opor-lhe a visão de que a igualdade é tanto um fato, como um valor, porque os homens foram *criados iguais* e, por isso, a igualdade fática e axiológica é de Direito Natural. Todavia, o exame da concepção jusnaturalista clássica acaba por conduzir a resultado diametralmente oposto, pois, como aponta LEO STRAUSS, o pensamento clássico considerava a desigualdade tanto um fato, como um valor. De fato: aponta LEO STRAUSS que a visão de direitos naturais na Grécia antiga é baseada numa concepção de virtude, segundo a qual os homens são, por natureza, diferentes, alguns mais virtuosos e outros menos. Assim, os mais virtuosos devem governar. Deixar-se isso para a decisão da maioria é ruim, pois os não-sábios não podem impor barrei-

⁶² A necessidade de um referencial para a igualdade, sob pena deste princípio cair no vazio, é enfatizada por MONTESQUIEU, *O Espírito...*, p. 87: “Os homens são todos iguais no governo republicano; são iguais no governo despótico: no primeiro, porque são tudo; no segundo, porque não são nada.”

ras à subida dos sábios ao poder – o que, em última análise, seria ruim para os próprios não-sábios, que se veriam privados de serem governados pelos *melhores*. Não é, portanto, uma visão igualitária de Direito Natural, conforme a que surgiu no século XVIII. Segundo essa visão, é o consenso – ou o contrato social – quem diz como será regida a *polis*. Na visão clássica, são os mais sábios que estabelecem o contrato social⁶³. A Análise Econômica do Direito é herdeira da concepção jusnaturalista moderna e, por isso, a única concepção de Direito Natural que se pode opor-lhe de forma consistente é aquela que lhe antecedeu, e que nega a igualdade axiológica.

Além disso, também sob outros dois aspectos a pecha de *darwinismo* deve ser rejeitada. Em primeiro lugar, a teoria da *Public Choice* não aceita a visão evolucionista da sociedade. JAMES M. BUCHANAN assevera que o corpo social não se encontra submetido a um processo de evolução natural, ou seja, não tem uma tendência espontânea ao aprimoramento. Por isso, uma linha contínua de desenvolvimento sustentável depende de que as interrelações sociais estruturem-se sobre uma bem definida concepção filosófica. As falhas do sistema político jamais serão solucionadas por um pretenso processo aleatório de evolução, sendo necessário que os membros da comunidade se engajem de forma consciente e criteriosa na busca de soluções⁶⁴. Em segundo, conforme já assinalado, o núcleo do paradigma econômico utilizado pela Análise Econômica do Direito é o *contrato*, que é, para essa escola do pensamento jurídico, uma relação de natureza *colaborativa*, e não *competitiva*. Diverge, portanto, de um aspecto fundamental do darwinismo,

⁶³ Cfr. LEO STRAUSS, *Natural Right and History*, The University of Chicago Press, Chicago, 1965, p. 141: “But whereas, from the point of view of egalitarian natural right, consent takes precedence over wisdom, from the point of view of classical natural right, wisdom takes precedence over consent.”

⁶⁴ Cfr. JAMES M. BUCHANAN, *The Limits...*, pp. 210-211. Afirma o autor, ainda: “I have no faith in the efficacy of the social evolutionary process. The institutions that survive and prosper need not be those that maximize man’s potential. Evolution may produce social dilemma as readily as social paradise.” (p. 211).

que é a incessante luta de todos contra todos.

Portanto, segundo o prisma individualista de BUCHANAN, o *darwinismo* não é sustentável filosoficamente nem sociologicamente. E assim fechamos o parêntese e retornamos ao tema.

Discorríamos sobre a concepção igualitária da Análise Econômica do Direito, e dizíamos que, sob o aspecto valorativo, a igualdade não é vazia, sendo igualdade *em algo*. Esse *algo* que preenche o conteúdo é a liberdade: os indivíduos devem ser tratados como iguais *em liberdade*: uma sociedade não é composta por indivíduos iguais, mas por indivíduos igualmente *livres*⁶⁵. Assim como a igualdade, a liberdade também é uma precondição para a constituição da organização política e um requisito para a sua preservação.

A essa afirmação pode ser contraposta a observação de que numa comunidade política os indivíduos não são livres para fazerem tudo o que querem. Pelo contrário: sua liberdade encontra-se constrangida por diversas normas sociais. Como conciliar essa constatação fática com o primado da liberdade?

Deve-se ter presente que a autonomia da vontade pressupõe o poder do indivíduo conscientemente *auto-obrigar-se*. Assim, o desejo de constituir uma ordem social, ou de viver dentro de uma ordem dessa natureza, implica na opção por submeter-se às regras de coordenação da convivência coletiva. Levando-se em conta que o exercício irrestrito da liberdade por cada um traria prejuízo a todos, o *consenso social* é estabelecido, de forma que todos aceitam uma parcela de restrição em sua liberdade, com o propósito de garantir a cada qual o máximo de liberdade possível. Há, portanto, uma limitação à liberdade, mas que é livremente construída e livremente aceita⁶⁶. É respeitado, portanto, o primado da liberdade. Esse princípio é o mesmo que se encontra subjacente ao pensamento de MON-

⁶⁵ Cfr. JAMES M. BUCHANAN, *The Limits...*, p. 27.

⁶⁶ Cfr. JAMES BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, pp. 70ss..

TESQUIEU, quando afirma que “Deve-se ter em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam esse poder.”⁶⁷.

A constrição na liberdade deve, portanto, ser mínima e apenas permitida com o propósito de evitar a intrusão no campo da liberdade alheia: “The acceptance of the right of the individual to do as he desires so long as his action does not infringe on the freedom of other individuals to do likewise must be a characteristic trait in any ‘good’ society.”⁶⁸. ROBERT D. COOTER assinala a origem econômica dessa concepção: cada indivíduo sabe o que é melhor para si (ou, em linguagem econômica, é quem tem capacidade para definir as suas *utilidades pessoais*). Por isso, uma constituição que pretenda garantir aos cidadãos a possibilidade de satisfazerem as suas preferências deve ter na *liberdade* um valor fundamental⁶⁹. Há, todavia, um campo no qual a autodeterminação é vedada: ninguém po-

⁶⁷ Cfr. MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 166.

⁶⁸ Cfr. JAMES BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *The Calculus...*, p. 301. A semelhança com o primeiro princípio de justiça de JOHN RAWLS é marcante. Cfr. JOHN RAWLS, *A Theory...*, p. 220.

⁶⁹ Cfr. ROBERT D. COOTER, *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, Princeton, 2000, p. 34. No que diz respeito à concepção de liberdade ora exposta, merece referência, ainda, a teoria do *enfoque nas capacidades*, ou *capability approach*, desenvolvido por MARTHA NUSSBAUM e AMARTYA SEN, que vê como fim da organização social propiciar aos indivíduos a liberdade de desenvolverem plenamente todas as suas *capacidades*, ou seja, todas as potencialidades de sua personalidade. Cfr. AMARTYA SEN, *Desenvolvimento Como Liberdade*, Companhia de Bolso, São Paulo, 2010, p. 10: “O desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente.” Cfr., ainda, AMARTYA SEN, *The Idea of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 2009, p. 157-164; MARTHA NUSSBAUM, *Creating Capabilities – The Human Development Approach*, Harvard University Press, Cambridge, 2011, *passim*. Embora a fundamentação desenvolvida por MARTHA NUSSBAUM seja predominantemente de cunho filosófico – notadamente aristotélico –, AMARTYA SEN recorre fortemente a conceitos e métodos econômicos no desenvolvimento de sua teoria.

de, mesmo livremente, abdicar da própria liberdade. Como vimos acima, BUCHANAN rejeita o *contrato de escravidão* hobbesiano, no qual os indivíduos livremente abrem mão de sua liberdade em prol de um Estado autoritário, porque isso representaria a negação do postulado individualista. Apenas no Estado que tem no individualismo um valor nuclear, a liberdade encontra sede segura⁷⁰.

Destaque-se, por outro lado, que o pensamento *liberal* ora exposto não se confunde com outro, denominado *libertário* (*libertarian*), de que é exemplo o defendido por ROBERT NOZICK. A Análise Econômica do Direito diverge do libertarianismo (*libertarianism*) em aspectos fundamentais, sendo o principal deles relativo à pretensão de *engenharia social* que a primeira extrai de sua concepção filosófica. Embora confira ao *indivíduo* a posição central de sua tábua valorativa, a filosofia política que embasa a Análise Econômica do Direito – ou seja,

⁷⁰ Embora partindo de premissas teóricas diversas, PAULO OTERO chega a conclusão semelhante, afirmando que “é no Estado de matriz individualista, seguindo uma concepção personalista do Direito, que o valor da liberdade, enquanto elemento inerente à dignidade do indivíduo como pessoa humana viva e concreta, ganha particular relevo como fim do Direito” (*Lições...1º Tomo*, p. 233). A diferença, poderá dizer-se, reside na afirmação do individualismo de acordo com uma concepção *personalista*. Mas será que há mesmo aí uma diferença? Talvez o critério possa ser buscado na distinção feita pelo autor entre o individualismo assumido pelo Estado liberal de Direito e o encampado pelo Estado social de Direito. Nos termos do primeiro, o *laissez faire* impera, permitindo que os fortes oprimam os fracos. Isso seria corrigido pelo segundo, que pregaria uma postura não absenteísta do Estado, no que toca à correção das desigualdades sociais (*Lições...1º Tomo*, pp. 234-241). Essa consideração crítica não se estende, no entanto, à Análise Econômica do Direito, posto que a *tecnologia jurídica* que ela deriva de sua concepção filosófica tem por preocupação central exatamente o *controle* do poder, nos moldes schumpeterianos, não se podendo acusá-la, portanto, de *neutralidade* nesse ponto. Pelo contrário, sua construção teórica é assumidamente avessa à distribuição desigual de dinheiro ou poder entre os membros da sociedade, e vê como missão fundamental do arranjo político conter abusos. Comunga da mesma percepção externada por JAMES MADISON em *O Federalista nº 10*, no sentido de que é impossível eliminar completamente as causas que dão surgimento às facções – porque o pluralismo de visões é da natureza humana -, devendo-se, contudo, controlar os seus maus efeitos. Cfr. HAMILTON, Alexander / MADISON, James / JAY, John, *O Federalista...*, p. 82.

a teoria da *Public Choice* – vê no Direito uma forma de conciliar os interesses do indivíduo com os do grupo social, conforme será exposto de forma detalhada no capítulo seguinte. O pensamento libertário não enxerga no Direito essa função *mediadora*, mas apenas uma *limitadora* da intervenção coletiva: o espaço privado deve ser preservado a todo custo. O modelo ideal é o Estado *mínimo*, centrado basicamente na proteção de direitos contra violações⁷¹. Essa concepção vê com extremo desagrado qualquer atividade redistributiva por parte do Estado, e considera que a redistribuição é necessária apenas nos estritos limites necessários à garantia de direitos. Existe, assim, um cerne, que NOZICK aponta como sendo a *propriedade*, que é inatingível por qualquer pretensão redistributiva. Se uma propriedade foi adquirida e/ou transferida de forma *justa* (numa sua aceção bastante restritiva do que seria essa *justiça*, sem qualquer consideração que ultrapasse a esfera privada das partes envolvidas na transação), então ela é intocável, sendo ilegítima qualquer interferência⁷². Por seu turno, a Análise Econômica do Direito tem como um de seus temas principais de investigação justamente a identificação dos casos nos quais é necessária (ou não) uma intervenção *corretiva* ou *substitutiva*⁷³, e não rejeita de antemão pretensões *redistributivas*.

Com isso concluímos a exposição dos traços principais do individualismo. Essa concepção filosófica constitui um dos componentes da teoria da normatividade jurídica da Análise Econômica do Direito. O outro componente consiste em uma determinada visão sociológica acerca das normas sociais. É da articulação entre os prismas filosófico e sociológico que a teoria da normatividade jurídica é construída. Assim, tendo-nos dedicado ao primeiro ponto, passamos, no capítulo que segue,

⁷¹ Cfr. ROBERT NOZICK, *Anarquia, Estado, Utopia*, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1991, pp. 67-68.

⁷² Cfr. ROBERT NOZICK, *Anarquia...*, pp. 171ss..

⁷³ Cfr. JULES COLEMAN, *Efficiency, Utility and Wealth Maximization*, in *Hofstra Law Review* 8, 1980, pp. 509-551, p. 538.

ao estudo do segundo.



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.
- 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.

- 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.
- 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.
- ELLICKSON, 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.achive.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.
- 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 Morais 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.