

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS
DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

A ANARQUIA ORDENADA E SUAS REGRAS DE DECISÃO
Uma concepção da emergência da cooperação social

Heraldo Elias de Moura Montarroyos

SÃO PAULO
2006

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS
DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

A ANARQUIA ORDENADA E SUAS REGRAS DE DECISÃO
Uma concepção da emergência da cooperação social

Heraldo Elias de Moura Montarroyos

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia, do Departamento de Filosofia, da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Doutor em Filosofia.

Orientador: Prof. Dr. José Raymundo Novaes Chiappin

São Paulo
2006

AGRADECIMENTOS

À Universidade de São Paulo (USP); à Universidade Federal do Pará (UFPA); ao Campus de Marabá; à Capes; ao Tribunal de Mediação e Arbitragem de Santos (SP), e especialmente, ao professor dr. José Raymundo Novaes Chiappin, pelo trabalho de orientação desta tese, o meu muito obrigado.

ÍNDICE

Índice das tabelas e quadros	p. 04
Resumo	p. 05
Abstract	p. 06
Apresentação	p. 07
Introdução	p. 12
Capítulo 1: o programa de pesquisa da anarquia ordenada	p. 22
Capítulo 2: a hipótese do auto-interesse	p. 61
Capítulo 3: a virtude política da anarquia ordenada	p. 74
Capítulo 4: a alternativa política da anarquia ordenada	p. 90
Capítulo 5: o desenho institucional da anarquia ordenada	p.106
Capítulo 6: tecnologias civis e anarquia ordenada	p.124
Capítulo 7: previsões institucionais (I): condomínio e anarquia ordenada	p.150
Capítulo 8: previsões institucionais (II): firmas e anarquia ordenada	p.170
CONCLUSÃO	p.187
GRÁFICOS E QUADROS	p.197
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	p.208

GRÁFICOS E QUADROS

GRÁFICO 1: os três “ps” da Justiça	p.198
GRÁFICO 2: prisão existe para ricos	p.199
GRÁFICO 3: fatos que contribuem para o descrédito da Justiça	p.201
GRÁFICO 4: a imagem do Ministério Público	p.202
GRÁFICO 5: fatos recentes e preocupantes ocorridos no Brasil	p.203
GRÁFICO 6: empresas abertas em 1999 por setor de atividade	p.204
GRÁFICO 7: por que resolveu abrir a empresa?	p.205
GRÁFICO 8: por que a empresa foi fechada ou deixou de funcionar?	p.206
GRÁFICO 9: sobrevivência e mortalidade acumulada das empresas	p.207
QUADRO 1: a confiança nas instituições brasileiras	p.200
QUADRO 2: matriz de utilidade	p.114

ABSTRACT

Our first aim at this thesis is to provide an outline of a rational reconstruction of the book *The Limits of Liberty* by James Buchanan with the methodological resources of the Methodology of Theory of Science and the Research Program with the purpose of defining our conceptual framework out of which we pretend to build up the problem and the specific way of organizing the conception of state or institutional order in Buchanan's view. The core of this conception is based upon the ontological thesis according to which the only entity existing is the individual, free, self interested and rational and also the guideline of pursuing the analogy with the notion of market in economics. This process of reconstruction follows, therefore, the idea of a emergency of cooperation that it is translated into the notion of political order as a middle way between anarchy and Leviathan. This is done pursuing the methodological rules and theses that controls its balance or skewness at the political order towards one of the boundaries. The image of this balance, that is moulded by this analogy with the idea of market, is properly defined as ordered anarchy. The main rule coordinating the other rules, a radical one, is that one should optimize the delegation of authority for citizen to control the political powers in order to work out the basic postulates of democracy in order to avoiding, on the one hand, any possibility of anarchy and in the other hand, Leviathan's excessive control. It follows the basic idea of valuing the rationality and capacity of negotiation of the individual who knows best its own interest but it is also limited by the interest of the others. The operationalization of this rule is based upon the development of a institutional design with resources of technologies, rules and systems and criteria of decision that are supposed to solve the problems related to the conflict of public and private interests coming from the interactions among the individuals in the ordered anarchy. In this perspective, a relevant element of this institutional design is that one of the electoral and judiciary system inside of which the technologies and its innovations will play a very meaningful role for implementing this view of ordered anarchy.

KEY WORDS

METHODOLOGY OF THEORY OF SCIENCE; RESEARCH PROGRAM; PUBLIC CHOICE; ORDERED ANARCHY; EMERGENCE OF COOPERATION.

RESUMO

Nosso objetivo principal, nesta tese, é fornecer um esboço de reconstrução programática do livro Os Limites da Liberdade, escrito por James Buchanan, aplicando os recursos da Metodologia da Teoria da Ciência e do Programa de Pesquisa, visando, especificamente, definir a nossa estrutura conceitual, que pretende reconstruir o problema e o modo de organizar a concepção de Estado ou da ordem constitucional, na perspectiva do autor James Buchanan. O núcleo da concepção deste autor é baseada na tese ontológica que considera o indivíduo uma entidade livre, auto-interessada e racional, dentro de uma perspectiva analógica, ligada com a noção econômica do mercado. O processo de reconstrução, deste trabalho, acompanha a idéia de emergência da cooperação, traduzida na ordem política pela noção do meio-termo entre a Anarquia e o Leviatã. Isto é feito buscando-se as regras metodológicas e as teses programáticas que controlam o equilíbrio ou balanço democrático da ordem política, em relação a esses dois extremos ou limites institucionais. A imagem deste equilíbrio, que é modelada pela analogia com a idéia econômica de mercado, está definida, apropriadamente, na expressão anarquia ordenada. A regra fundamental deste sistema institucional propõe otimizar a delegação de autoridade para o cidadão controlar poderes políticos, resgatando as premissas fundamentais da democracia, no sentido de evitar qualquer possibilidade da anarquia e do controle excessivo do Leviatã. A idéia básica da anarquia ordenada consiste em valorizar a racionalidade e a capacidade de negociação dos indivíduos, que são conhecedores de seus próprios interesses e limitados pelo interesse dos outros participantes. A operacionalização da anarquia ordenada é fundamentada no desenvolvimento de um projeto institucional que disponibiliza tecnologias, regras, sistemas e critérios de decisão que, supostamente, podem resolver problemas relacionados ao conflito dos interesses públicos e privados, através da interação democrática dos indivíduos. Nesta perspectiva, são elementos relevantes no contexto público do desenho institucional da anarquia ordenada, os sistemas político e judiciário, onde as tecnologias legais e as inovações legislativas podem desempenhar significativo papel na implementação da visão democrática da anarquia ordenada.

PALAVRAS-CHAVE

METODOLOGIA DA TEORIA DA CIÊNCIA; PROGRAMA DE PESQUISA; ESCOLHA PÚBLICA; ANARQUIA ORDENADA; EMERGÊNCIA DA COOPERAÇÃO.

APRESENTAÇÃO

Elaboramos uma série de procedimentos metodológicos neste estudo, objetivando sistematizar, descrever e avaliar as regras institucionais do conceito de anarquia ordenada, que foi apresentado por James Buchanan em sua obra *Os Limites da Liberdade* (1975). Especificamente, procuramos demonstrar neste estudo, a validade empírica da anarquia ordenada na ordem civil brasileira, aplicando o significado político deste conceito sobre as regras da arbitragem e mediação.

No primeiro capítulo, organizamos a estrutura dedutiva do programa de pesquisa da anarquia ordenada, acompanhando o roteiro epistemológico idealizado por Imre Lakatos, composto, seqüencialmente, pelo núcleo rígido e pelas heurísticas negativa e positiva. Estes elementos funcionam como regras de trabalho e são utilizados, neste estudo, objetivando reorganizar, por completo, a estrutura teórica original da obra *Os Limites da Liberdade*.

O núcleo do programa de pesquisa da anarquia ordenada pressupõe que existe uma relação de interdependência democrática entre os indivíduos racionais e a ordem constitucional. A heurística negativa recomenda, na seqüência, que sejam descritas as escolhas públicas, a partir do critério racional de maximização de utilidade dos indivíduos. A heurística positiva disponibiliza, por sua vez, modelos que simulam o comportamento estratégico inter-relacionado com as externalidades do ambiente social.

Dentre os vários fatores problematizantes do ambiente público, o mais importante deles, na abordagem do programa de pesquisa da anarquia ordenada, é a desordem constitucional do Estado. Debatendo esse problema político, especificamente, o programa de pesquisa, deste estudo, desenvolve sua argumentação democrática em defesa da instituição e aprimoramento das regras da anarquia ordenada.

A desordem constitucional do Estado é um mal público. Desestabiliza os processos democráticos e reforça a preferência dos cidadãos por alternativas inconstitucionais. A desordem pode se manifestar, concretamente, nas seguintes

modalidades: através do aumento abusivo de autoridade do poder público sobre os direitos individuais; na cobrança excessiva de impostos e taxas; na quebra da autonomia política do poder Legislativo ou Judiciário por influência do Executivo; na dominação das elites; no corporativismo; no personalismo eleitoral; ou mesmo através do pragmatismo dos planos federais de governo.

Contra este tipo de problema institucional, o programa de pesquisa da anarquia ordenada procura mostrar que, além de ser uma possibilidade teórica, uma necessidade histórica e um ideal democrático, o desenho político da anarquia ordenada é uma realidade empírica na ordem civil brasileira e funciona positivamente, em muitas situações, como alternativa para o cidadão evitar ou se proteger da desordem constitucional do Estado.

No segundo capítulo, fazemos uma reconstrução programática do pensamento político de Rousseau e Kant, argumentando, neste processo, que a racionalidade das escolhas não inviabiliza, necessariamente, a possibilidade do comportamento altruísta na produção do bem público.

Embora a concepção altruísta clássica não considere, positivamente, a hipótese do auto-interesse nos governos ideais, este capítulo tenta reconciliar o comportamento virtuoso com a racionalidade utilitarista e maximizadora dos indivíduos. O capítulo defende a seguinte proposição: a dicotomia entre egoísmo e utilitarismo social é falsa e enganosa em muitas situações da vida pública. Os membros de um grupo podem ter interesses que são em parte convergentes e em parte conflitantes. Todo ser moral, quando recorre ao uso de alguma tecnologia institucional, pode se comportar como se fosse um agente racional, avaliando custos e benefícios no processo de produção de bens públicos ou coletivos.

No terceiro capítulo, continuamos o processo de fundamentação conceitual da anarquia ordenada e exaltamos a sua virtude pública, tendo como referência inicial o próprio título da obra *Os Limites da Liberdade: entre a anarquia e o Leviatã*. Para maximizar o objetivo deste capítulo, empregamos, como conceito operacional de trabalho, o conceito de virtude, na forma descrita originalmente por Aristóteles (Livro II e III, *Ética a Nicômaco*), de onde extraímos os procedimentos estruturais que formam a base filosófica do meio-termo. Neste capítulo, a virtude pública da anarquia ordenada é uma disposição e não uma certeza institucional. A exemplo do

que ressalta Aristóteles, alcançar o meio-termo é uma proposta sempre difícil, e não raramente somos mais arrastados para os vícios ou erros das paixões.

No quarto capítulo, procuramos reforçar, teoricamente, a base política da anarquia ordenada, identificando a sua metodologia e balança democrática, onde figuram a anarquia e o positivismo como contra-pesos institucionais. Para cumprir o objetivo central deste capítulo, realizamos três atividades complementares: primeiramente, criticamos determinados aspectos do contratualismo clássico e da anarquia, visando diferenciar a solução pacífica da anarquia ordenada em relação a estas duas matrizes teóricas. Em seguida, mostramos que a anarquia ordenada pressupõe, na prática, o exercício da metodologia do individualismo democrático. Finalmente, reafirmamos que a anarquia ordenada possui capacidade política para moderar o livre-arbítrio e o excesso de controle do Leviatã.

No quinto capítulo, detalhamos as regras teórico-empíricas do desenho institucional da anarquia ordenada, valorizando a Lei de Arbitragem como exemplo concreto desta alternativa política na ordem civil brasileira. Acompanhando a estrutura de raciocínio do programa de pesquisa como um todo, o desenho institucional da arbitragem apresenta, seqüencialmente, cinco regras conceituais ou programáticas:

- 1- primeiramente, a regra ontológica constitui a regra fundamental e representa a liberdade dos indivíduos inter-relacionada com os parâmetros da ordem pública.
- 2- A regra metodológica, em segundo lugar, recomenda que seja observado, essencialmente, o individualismo maximizador no processo de instalação e funcionamento da arbitragem.
- 3- A regra axiológica, em terceiro lugar, define, como essencial, a crença democrática de que as regras são tecnologias necessárias para fornecer informações e promover, idealmente, o equilíbrio público-privado e o bem comum em geral.

4- A regra praxiológica, em quarto lugar, determina que se observe o individualismo contratual, ou seja, o processo empírico das escolhas que atendem às demandas dos indivíduos participantes no mundo coletivo.

5- A regra contextual, por último, considera essencial problematizar as escolhas públicas, destacando a incerteza do ambiente, que pode ser provocada pela falta de informação ou de confiança sobre os acontecimentos institucionais do futuro.

No sexto capítulo, identificamos, programaticamente, no Código Civil brasileiro e na Lei de Arbitragem, as tecnologias (ou regras) que possibilitam a organização coletiva e a solução de conflitos individuais. Nesta etapa de trabalho, o programa de pesquisa da anarquia ordenada acumula conhecimento técnico sobre as regras civis brasileiras, desenvolvendo o instrumentalismo da racionalidade individual como critério metodológico. Nesta linha de trabalho, incluímos o conceito operacional das regras, como instrumentos ou tecnologias da informação que delimitam os espaços das trocas constitucionais. Também problematizamos, neste capítulo, o funcionamento das tecnologias civis, observando a influência externa dos incentivos paralelos que podem alterar ou reforçar o equilíbrio dos interesses público e privado na estrutura dos contratos. O capítulo produz, no final, a seguinte afirmação teórico-empírica: a arbitragem e mediação constituem tecnologias institucionais da ordem civil brasileira e guardam capacidade instrumental para produzir justiça com maior grau de liberdade dos participantes e menor grau de interferência da burocracia estatal do Leviatã.

No sétimo e oitavo capítulos, o programa de pesquisa da anarquia ordenada avança, empiricamente, na ordem civil brasileira, investigando a dinâmica institucional dos condomínios e firmas. Nestes dois últimos capítulos da tese, identificamos as condições lógicas e econômicas que justificam a instituição da anarquia ordenada como alternativa política, em relação ao modelo contratual da anarquia e do Leviatã. Uma questão importante levantada neste processo de investigação é como se pode descrever a complexidade dos fluxos decisórios entre os indivíduos racionais? A resposta metodológica do capítulo acontece através dos modelos analógicos da heurística positiva do programa de pesquisa da anarquia

ordenada, que simplificam e sistematizam a variabilidade das respostas maximizadoras dos indivíduos no ambiente público da ordem constitucional.

Em síntese, a trajetória dos capítulos mostra, ao longo deste estudo, que a descrição teórico-empírica da anarquia ordenada, para ser bem sucedida, precisa observar algumas regras básicas que, no seu conjunto, formam um programa mínimo de pesquisa constitucional. Em primeiro lugar, devemos considerar, como regra ontológica, a relação de interdependência do indivíduo com a estrutura pública dos direitos e deveres constitucionais. Simultaneamente, é importante reconhecer o fato de que os indivíduos comportam-se estrategicamente, neste contexto, tentando resolver suas demandas através das regras públicas, o que justifica, por sua vez, o uso da analogia econômica como recurso metodológico para descrever e compreender a dinâmica desse processo racional. Em terceiro lugar, é necessário valorizar as regras públicas do ordenamento jurídico mais amplo, preservando a expectativa institucional de que a escolha das regras poderá facilitar a busca da negociação e do equilíbrio público-privado pela via democrática. Do ponto de vista prático, também precisamos reconhecer o fato de que existem alternativas contratuais extremas, e que cada uma delas possui uma estrutura objetiva de custos e benefícios institucionais. A prática da anarquia ordenada se relaciona, conseqüentemente, com o espaço público mais amplo, onde registramos instabilidades, incertezas, incentivos paralelos, interesses privados e preferências discrepantes entre os atores racionais. No ambiente de incerteza sobre os resultados finais dos contratos, a virtude pública da anarquia ordenada é, portanto, uma disposição política e não uma certeza do meio-termo, localizada, variavelmente, por força da racionalidade econômica, entre a anarquia e o excesso de ordem estatal.

INTRODUÇÃO

Existe alguma alternativa democrática para o cidadão se proteger ou escapar da desordem constitucional do Estado? Na concepção política do programa de pesquisa que desenvolvemos ao longo deste estudo, a anarquia ordenada pode ser uma alternativa eficaz para o cidadão evitar esse tipo de mal público, porque oferece, necessariamente, uma estrutura jurídica participativa e maximizadora da liberdade e da responsabilidade civil com a presença mínima do Leviatã. No contexto da desordem constitucional do Estado, a anarquia ordenada pode proporcionar uma verdadeira revolução democrática para o cidadão, moderando os alicerces normativos do Leviatã, ao mesmo tempo, incentivando o poder de controle individual no processo de produção, regulação e fiscalização do autogoverno civil dos contratos. Dentro dessa possibilidade institucional, a anarquia ordenada reforçaria o alargamento da democracia direta, durante o processo de produção da justiça privada, legitimando regras que maximizam a liberdade de escolha e a pluralidade dos interesses individuais em jogo no contrato social, com menor grau de interferência burocrática do Estado. Constitucionalmente, a anarquia ordenada propõe a radicalização dos direitos individuais, já declarados na ordem política tradicional, que podem ser resumidos nos seguintes termos: 1º - todos são iguais perante a Lei; 2º - o cidadão possui responsabilidade civil sobre seus atos na sociedade; 3º - é um agente livre para assumir direitos e deveres contratuais.

A filosofia contratualista da anarquia ordenada avalia e propõe mudanças no sistema político-jurídico já existente e evita fazer explicações a-históricas sobre a origem da ordem legal-constitucional, como assim fariam os clássicos. O contratualismo da anarquia ordenada parte do princípio lógico de que os indivíduos fazem acordos quando precisam obter benefícios coletivos ou públicos, entretanto, no contexto histórico da desordem constitucional, admite e valoriza a importância do meio-termo para o cidadão satisfazer as suas demandas, dentro da Lei, com menor grau de intromissão do Leviatã no cumprimento dos contratos. Diferentemente, portanto, do que pensaria o contratualismo clássico de Hobbes, no desenho

democrático da anarquia ordenada, os indivíduos têm ampla liberdade para escolher os árbitros não-estatais e as regras de solução de conflitos.

A racionalidade estratégica dos indivíduos participantes fundamenta a instituição da anarquia ordenada. No sistema democrático, pluralista e competitivo, os indivíduos têm interesses e preferências contratuais muito diferentes uns dos outros. A consequência política, que deriva deste tipo de constatação, é que os indivíduos buscam não apenas tecnologias institucionais para obter justiça, neste contexto, mas, fundamentalmente, reivindicam tecnologias públicas eficientes que possam produzir com rapidez, menor custo e maior benefício institucional, a produção de bens coletivos, como ordem, segurança, justiça e previsibilidade.

No imaginário democrático da anarquia ordenada, o Leviatã transformou-se em um monstro burocrático, produtor de males públicos. Os políticos e burocratas, por exemplo, dominam a máquina pública com seus interesses corporativistas, e progressivamente, é o próprio Estado quem maximiza a repressão fiscal sobre o cidadão que deve pagar, obrigatoriamente, taxas e impostos abusivos, em troca de serviços públicos de péssima qualidade.

Na situação crítica da desordem do Estado, os governos democráticos experimentam um longo processo histórico de corrosão institucional. Diminuem os sentimentos de respeito mútuo e de obrigação sobre as regras genéricas e os códigos de conduta nacional.

Nos sistemas democráticos contemporâneos, cresce a produção de males públicos, incluindo o totalitarismo, o burocratismo, a injustiça social e a incompetência administrativa, reforçando a necessidade de aperfeiçoamento dos modelos institucionais alternativos para o cidadão se proteger ou escapar da anarquia hobbesiana instalada no próprio Estado, e não fora dele, como foi inicialmente observado pelos contratualistas clássicos.

No estado de desordem constitucional, aumenta o número de pessoas que se identifica com grupos e unidades restritas a interesses privados, formando subtipos nacionais de participação. Ao mesmo tempo, o governo federal perde autoridade necessária para atrair o engajamento voluntário da população sobre matérias mais amplas que não envolvem, necessariamente, ameaças externas e crises diplomáticas.

Diante desse diagnóstico pessimista, a crítica democrática da anarquia ordenada recomenda que sejam aperfeiçoadas outras alternativas constitucionais, essencialmente descentralizadoras, a fim de proteger o cidadão dos abusos cometidos pelo Leviatã, incentivando-se, nesta direção, o exercício da democracia direta.

Quando os indivíduos escolhem, democraticamente, a anarquia ordenada na solução de conflitos, duas alternativas extremas de autogoverno civil dos contratos devem ser abandonadas, automaticamente. No modelo da anarquia, em um extremo teórico, é predominante a regra de confiança mútua entre os indivíduos. Neste contexto, as partes celebram o acordo, acreditando que todos os termos do diálogo serão cumpridos por força da palavra e da honra de cada um. Neste processo, o benefício institucional mais esperado é a rapidez através da qual se pode produzir determinado bem coletivo, principalmente, cooperação.

No modelo hobbesiano, ao contrário, o autogoverno civil dos contratos acontece através da objetividade máxima ou despotismo benevolente do Estado. Inversamente, portanto, a subjetividade é considerada um problema neste quadro social, quando se busca produzir justiça. Pode gerar confusão e estimular a anarquia do tipo hobbesiano. O desequilíbrio anárquico é, por exemplo, uma possibilidade nos aglomerados populacionais, onde são inexistentes ou inoperantes valores morais como respeitabilidade, confiança e altruísmo.

Quando as partes interessadas empregam, voluntariamente, o modelo hobbesiano para coordenar o processo das trocas institucionais, as expectativas econômicas sobre o tempo de solução de conflitos, no futuro, ficam totalmente concentradas na figura intervencionista do Estado-máximo. O risco institucional, neste modelo, aparece quando é reconhecida a possibilidade de o Estado desempenhar injustamente, ou com bastante lentidão, as suas tarefas burocráticas e repressivas oficiais.

Diferentemente, no desenho intermediário da anarquia ordenada a subjetividade não é classificada como problema na formação e condução do autogoverno civil, a exemplo do que acontece nos contratos da anarquia. É considerada, no entanto, uma solução parcialmente eficaz, que deve ser complementada com a objetividade das regras públicas do Estado.

Nesta dimensão intermediária da ordem constitucional, as partes são agentes potencialmente criativos. Desenvolvem poderes políticos mais amplos e podem, até mesmo, radicalizar, voluntariamente, os direitos e deveres individuais.

É uma virtude pública da anarquia ordenada incentivar a formação de arranjos contratuais inovadores, mas esta forma de comportamento poderá ser problemática em alguns casos. Há o risco da desordem privada quando são incluídas muitas interpretações e condicionantes na composição dos contratos.

CONSTRUÇÃO DO PROBLEMA

Os dicionários, em geral, definem o Leviatã como sendo um monstro marinho, representando o mal. No século XVII, Hobbes utilizou este termo para conceituar, politicamente, o Estado soberano. Atualmente, aplicamos a expressão para discutir os processos políticos e governamentais de modo *pejorativo*, e também quando nosso objetivo consiste em chamar a atenção para a expansão negativa do setor público na sociedade democrática¹. Quando criticamos, portanto, o controle do Leviatã, nos dias atuais, nos referimos à dominação que ele exerce sobre o autogoverno civil dos indivíduos, que sob nosso ponto de vista democrático, deve ser aperfeiçoado, evitando-se, deste modo, que se transforme em um instrumento arbitrário, manipulado pela influência de agentes burocráticos estranhos ao contrato social².

No sentido pejorativo do termo, a Democracia pode gerar excessos políticos e tornar-se um Leviatã, a não ser que novos limites constitucionais sejam impostos e executados. Historicamente, entretanto, no processo de expansão e crise burocrática do Estado, o sistema dos *checks and balances*, derivado de Montesquieu, tem sido reutilizado poucas vezes, neste debate, como critério para limitar os novos governos. De acordo com Buchanan, antes de 1960, nos Estados Unidos, por exemplo, o sistema dos *checks and balances* foi apresentado à estrutura constitucional apenas como uma força inibidora da ação governamental e não adequadamente como limitador democrático das ações abusivas.

¹ BUCHANAN, 1975, p. 147.

² Idem, p.149.

Paradoxalmente, o Estado é responsável pela desordem pública nos sistemas democráticos. Os processos governamentais modificam a estrutura básica dos direitos individuais e sociais que são definidos, antecipadamente, na estrutura legal, observando-se, portanto, uma freqüente usurpação ou invasão partidária sobre as funções do Estado protetor. As coalizões dominantes nos corpos legislativos, por exemplo, controlam o poder de mudar a Lei e a estrutura constitucional básica, de acordo com seus interesses eleitorais e oligárquicos. À medida que o Estado protetor vai concordando com estes excessos (ou abusos públicos), a estrutura social move-se em direção a uma desordem constitucional sistêmica, onde os direitos individuais ficam totalmente subjugados aos caprichos dos políticos que obtêm, por sua vez, a cumplicidade dos detentores do Poder Judiciário³.

Idealmente, o Estado protetor (que se diferencia, didaticamente, do Estado produtor de leis e políticas públicas) deveria obrigar a execução e respeito dos contratos e dos direitos individuais na sociedade. Esta dimensão do Estado, na definição buchiana, seria a materialização da Lei. Uma espécie de juiz, cujo papel público deveria estar limitado a fiscalizar as regras dos contratos. Mas em completa dissonância com o ideal público da ordem, verifica-se que os Poderes Judiciário e Legislativo, nos Estados Unidos e em outros países democráticos, têm alterado, pragmaticamente, a estrutura básica dos direitos sem consultar a maioria dos cidadãos, principalmente no decorrer dos anos de 1970, década na qual foi publicada a obra *Os Limites da Liberdade*. Os juízes americanos, por exemplo, monopolizam a autoridade para reescrever os princípios constitucionais básicos, conforme determinam as suas preferências particulares nos tribunais. A instância judiciária também toma decisões políticas elitistas, desempenhando o papel legislativo e executivo. Em muitos casos, chegando a redirecionar a vida político-partidária, a partir da avaliação de apenas alguns juízes.

Na desordem constitucional da Democracia, os processos políticos ocorrem dentro de um quadro institucional pré-estabelecido, repleto de incentivos perversos e com informações caras e tendenciosas. A escolha coletiva, neste cenário, é uma conseqüência inerentemente coercitiva e irracional no sentido econômico do termo, isto é, ineficiente. As políticas democráticas, como definem Mitchell e Simmons, não

³ Idem, p.163.

representam realmente o governo do povo, mas são uma competição intensa pelo poder e pelos votos entre os políticos. Na competição democrática, argumentam esses dois autores, os políticos acham altamente racional provocar confusão; inventar mitos; fazer rituais; esconder e distorcer informações; estimular o ódio e a inveja; e também promover excessivas esperanças⁴.

Ficando as normas públicas fundamentais subordinadas às mudanças arbitrárias e imprevisíveis da política partidária, influenciada por agentes que não representam a maioria dos cidadãos, incluindo-se, aqui, os tecno-burocratas, a voracidade do Estado deve tornar-se ainda mais ameaçadora, na avaliação de Buchanan. Se o Leviatã precisa ser controlado⁵ neste contexto, os políticos e juízes precisarão respeitar os limites da Lei. Mas o problema é que os próprios juízes perdem respeito pela legalidade, por este motivo, por que, então, deveriam os cidadãos respeitar os juízes? Também, se os direitos individuais estão sujeitos à confiscação arbitrária do Estado, porque devem os indivíduos abster-se de questionar radicalmente a legitimidade dos governos?⁶

Buchanan admite a hipótese de que o Leviatã pode manter-se pela força, ainda por muito tempo. O soberano hobbesiano, completa o autor, pode ser uma certeza política do futuro⁷. Mas também novas alternativas poderão ser descritas e imaginadas contra a sua autoridade, e o governo, neste processo histórico, necessariamente não precisará ficar fora do controle dos cidadãos⁸. A partir da desilusão pública, poderá surgir um consenso construtivo, objetivando materializar uma nova estrutura de *checks and balances*⁹.

Otimista, Buchanan enfatiza, neste ponto, que está na hora dos filósofos e cientistas políticos irem mais além do que sugerem os seus modelos elegantes, porém irrelevantes¹⁰. O que se precisa perguntar corretamente no momento é: qual tipo de ordem social pode o indivíduo moderno criar para si mesmo, neste atual estágio da história política?¹¹. Segundo Buchanan, existem duas abordagens

⁴ MITCHELL & SIMMONS, 2003, p. 144.

⁵ Idem, p. 164.

⁶ Idem, p. 164.

⁷ Idem, p. 165.

⁸ Idem, p. 165.

⁹ Idem, p. 165.

¹⁰ Idem, p. 166.

¹¹ Idem, p. 166.

distintas que poderiam ser consideradas para se responder a esta questão. A primeira envolve um diagnóstico estrutural, como foi feito ao longo do seu livro *Os Limites da Liberdade*. Nesta obra, as instituições possíveis ou existentes precisam ser aperfeiçoadas legalmente, objetivando facilitar o livre acordo, a escolha e a negociação dos interesses individuais. A segunda abordagem, que Buchanan rejeita, descreveria uma boa sociedade, independentemente da forma como funcionam os meios institucionais da negociação.

Buchanan rejeita o idealismo e o platonismo que induz pensar na existência de verdades eternas e universais dentro da política. Com este tipo de posicionamento crítico, o autor não procura definir o que deveria ser incluído nas reformas constitucionais, mas valoriza, filosoficamente, a importância dos instrumentos democráticos, baseados no consenso racional dos indivíduos livres. O autor reconhece, neste sentido, que existem muitos defeitos estruturais no sistema sócio-político que podem ser raramente remediados com alterações superficiais¹².

O pragmatismo, de acordo com Buchanan, é um tipo de resposta puramente circunstancial dos governantes e não é suficiente, neste contexto, como preceito filosófico para aumentar a confiabilidade do indivíduo nas instituições públicas. A História política não pode ser um caminhar aleatório no espaço social, adverte o autor. Não se pode depositar qualquer crença na eficácia do processo evolutivo das instituições a partir do pragmatismo. A sucessão de programas como *New Deal*, *Fair Deal*, *New Frontier*, *Great Society* e *New Federalism* representam, muito bem, o fracasso do pragmatismo no caso dos governos americanos. Ao longo do tempo, pouca ou nenhuma atenção foi dispensada à possível interligação de um programa com outro.

Os governos do ocidente também adotaram, como alternativa para o cidadão, a política do Bem-Estar Social, apostando na teoria de que o mercado falha na produção da ordem pública. O cenário internacional incentivou, em boa parte, o desenvolvimento do poder estatal e foram criados, com esta filosofia pública, novos mecanismos institucionais para se corrigir os defeitos do mercado, entretanto, esses mecanismos foram instituídos de forma independente um dos outros, ao longo dos governos, e o *bem-estar social* acabou limitado à lógica puramente estatal.

¹² Idem, p. 167.

A partir do desempenho ineficiente dos governos na promoção da justiça social, a teoria de que o Estado falha na produção da ordem pública conquistou popularidade nos centros acadêmicos e já nos anos de 1960, novos modelos democráticos e teorias dedicaram maior ênfase no poder do cidadão, acreditando-se que ele possuiria interesses e preferências diversas dentro da ordem legal, nem sempre coincidentes com os interesses estatais e do mercado.

Com esta filosofia política, surgiram novos grupos de pressão na sociedade civil. Os protestos ganharam destaque, com bandeiras invocando Lei e Ordem. Ao mesmo tempo, o Poder Judiciário foi questionado, radicalmente, pela população, sendo identificado como instituição injusta e racista. Os cidadãos, na década de 1960, invocavam a presença do Estado, exigindo punição aos criminosos, mas, paradoxalmente, sentiam insegurança devido à dominação dos governos. Devido à persistência dessas manifestações, a década seguinte foi considerada, por muitos analistas, como a era de crise intelectual do Leviatã nos Estados Unidos e em outros países democráticos.

No contexto da desordem constitucional, o cidadão comum experimenta dilemas ameaçadores em relação à ordem tradicional. Ele deve invocar ou rejeitar o mercado? Invocar ou repelir o Estado?¹³ Ficando claro, historicamente, que o mercado e o Estado falham na produção da ordem pública, qual pode ser a alternativa organizacional para os indivíduos democráticos, a partir de então? Neste clima de incerteza pública, o cidadão perde sua crença no governo, mas permanece, paradoxalmente, indisposto a jogar fora a *muleta governamental*¹⁴. O cidadão, mesmo não confiando na habilidade dos governos para fazer justiça com eficiência e legitimidade, ainda assim continua buscando, *silenciosamente*, uma filosofia que poderia lhe oferecer alguma reconciliação com o poder público e restaurar, parcialmente, a sua crença política¹⁵.

A desordem constitucional do Estado é uma realidade na vida pública brasileira, como sugere a opinião dos entrevistados pela pesquisa do Conselho Federal da OAB e do Instituto Toledo & Associados no ano de 2003, que avalia o

¹³ Idem, p. 167.

¹⁴ Idem, p. 177.

¹⁵ Idem, p. 176.

papel da Advocacia e do Poder Judiciário no Brasil¹⁶. Os dados da pesquisa revelam que a opinião dos brasileiros está dividida sobre o verdadeiro papel e a credibilidade das instituições públicas.

52% dos entrevistados concordam totalmente com a afirmação de que, no Brasil, a prisão existe apenas para pobres, pretos e prostitutas. 22% concordam em parte. 11% discordam em parte. Para os brasileiros entrevistados, a prisão não existe para os ricos. Na avaliação da maioria deles, não há justiça para todos no Brasil (GRÁFICO 1, ver apêndice final). Ao opinarem sobre a afirmação do presidente Lula, em um discurso na OAB, de que na década de 30, quem tivesse 27 contos de réis não seria preso, e que esta situação continua até hoje, 64% concordam totalmente com esta afirmação; 16% concordam em parte; 6% discordam em parte. A concordância é em igual proporção pelas classes sociais, onde se esperava que as classes A e B fossem mais reticentes (GRÁFICO 2).

A indisposição do indivíduo em recorrer à intervenção ou proteção do Poder Judiciário é uma hipótese confirmada pelos entrevistados. Ao se perguntar sobre a confiança total que o indivíduo tem sobre as instituições brasileiras, o Poder Judiciário ocupou um lugar periférico no *ranking* da credibilidade: 1º lugar, a Igreja, com 46,8 % dos entrevistados; 2º) Presidência da República, 21,4%; 3º) Imprensa, 20,1%; 4º) Advocacia, 14,9%; 5º) Ministério Público, 12,4%; 6º) Poder Judiciário, 12,0%; 7º) Congresso Nacional, 6,5% (QUADRO 1). No item que trata da desconfiança total sobre as instituições, o ordenamento desenhado pelos entrevistados reforça a imagem negativa do Judiciário. Em primeiro lugar, fica o Congresso Nacional, com 30,9%; 2º) Poder Judiciário, 23%; 3º) Ministério Público, 17,5%; 4º) Presidência da República, 17%, 5º) Advocacia, 16,7%; 6º) Imprensa, 15,2%; 7º) Igreja, 9,4% (QUADRO 1).

Ao se questionar sobre fatos como o escândalo do TRT Paulista envolvendo o juiz Nicolau dos Santos Neto; o Banestado; denúncias de venda de sentenças; e denúncias de assédio sexual que afetam a credibilidade da Justiça, 92% das

¹⁶ Os resultados da pesquisa OAB/ TOLEDOS & ASSOCIADOS (2003) estão disponíveis ao grande público. Representam expectativas e opiniões das classes A, B, C e D, em 16 capitais brasileiras, envolvendo indivíduos a partir dos 18 anos de idade, selecionados por uma metodologia amostral de sorteio que reuniu 1.700 entrevistados.

respostas acham que tudo isso e outras coisas mais afetam a credibilidade do Poder Judiciário. 8% acham que não afetam a credibilidade (GRÁFICO 3).

Sobre o fortalecimento do Ministério Público, a partir da Constituição de 1988, como instrumento de combate à corrupção pública, 58% dos entrevistados concordam que muitos promotores federais e estaduais passaram a extrapolar suas funções, abusando da exposição na mídia. Cerca de 37% confia (totalmente ou em parte) na instituição Ministério Público e cerca de 28%, não confiam totalmente, ou em parte (GRÁFICO 4).

Na pergunta sobre o que pode acontecer no Brasil, se fatos graves continuarem a ocorrer, com juízes, promotores e desembargadores ameaçando fazer greves em protesto pelas mudanças na legislação da Previdência; invasões de terras pelo MST; e invasões de edifícios e áreas desocupadas, pelo Movimento dos Sem-Teto, as respostas revelam que 48% dos entrevistados acreditam que pode haver uma revolta popular; 12% imaginam que pode surgir anarquia, caos, confusão social; 8% acreditam na possibilidade de guerras ou revoluções civis; 4% acreditam que é possível ocorrer um golpe militar; 3% admitem a possibilidade de mortes, violência, brigas e tragédias (GRÁFICO 5).

CAPÍTULO 1

O PROGRAMA DE PESQUISA DA ANARQUIA ORDENADA

O conceito¹⁷ de anarquia ordenada, proposto por James Buchanan em sua obra *Os Limites da Liberdade* (1975), não apresenta qualquer conteúdo empírico ou estudo de caso. Buchanan sugere, em seu livro, que a anarquia ordenada é uma possibilidade teórica, baseada no princípio do meio-termo¹⁸, que estabelece a relação de concordância das regras informais da anarquia com as regras formais da ordem constitucional. Esta possibilidade teórica, de acordo com o autor, é viável, empiricamente apenas quando o Leviatã for limitado e existirem livres relações entre indivíduos livres. Também a anarquia ordenada seria, para Buchanan, uma necessidade histórica, considerando-se o fato de que o Estado e o Mercado falham na produção da ordem pública e principalmente na formação do equilíbrio dos interesses público e privado. Segundo o autor, o Estado não é onipresente, nem onisciente. O mercado, por sua vez, manifesta preocupações exclusivas com o lucro, não sendo eficiente na produção de vários bens públicos, como leis e soberania nacional. A anarquia ordenada seria, portanto, um ideal político porque se apóia na crença da racionalidade e do progresso das instituições democráticas. Idealmente, deve possibilitar o equilíbrio dos interesses público e privado, mobilizando regras que maximizam a liberdade do cidadão dentro da ordem constitucional.

¹⁷Conceito é uma idéia que representa a identidade de determinado objeto no tempo e no espaço. Na sua parte interna, todo conceito é constituído por uma ou várias definições complementares entre si. Pode apresentar uma definição central e outras subsidiárias, envolvendo a identificação do mesmo objeto. O conceito é uma representação obtida por meio da reflexão intelectual, onde se encontra o essencial de determinado objeto ou fenômeno, e, possivelmente, os termos considerados acessórios. Para se produzir um conceito, empregamos o raciocínio lógico e discursivo, porque se trata de uma estrutura coerente de pensamento que se expressa por meio de definições verdadeiras, baseadas na certeza da opinião.

¹⁸Como define Aristóteles, em seu livro *Ética a Nicômaco*, a possibilidade do meio-termo implica a recusa do excesso e da carência de determinada qualidade, ao mesmo tempo, determina a busca da mediania através da crítica sobre os extremos, considerados, neste caso, como vícios ou erros. O meio-termo deve garantir, num terceiro conceito, a moderação, o equilíbrio e a coexistência de elementos diversos, sob determinadas condições previamente decretadas. Para isto acontecer, devemos neutralizar conflitos e descobrir as concordâncias. Neste processo de reflexão, a composição do meio-termo precisa desenvolver a unidade, a coerência, a clareza e a possibilidade de aplicação empírica do terceiro conceito no mundo real. Neste estudo, por exemplo, a possibilidade do meio-termo político nos proporciona uma nova unidade de pensamento, onde acontece a coexistência de elementos diversos, que pertencem às doutrinas da anarquia e do positivismo, no mesmo espaço constitucional, e a simultaneidade epistemológica do individualismo com o holismo social, através da metodologia intermediária do individualismo democrático, que se verifica no momento das escolhas contratuais.

1.1) OBJETIVO DO CAPÍTULO

Tendo em vista o elevado grau de abstração do conceito de anarquia ordenada, definimos, neste capítulo, as regras metodológicas que podem viabilizar a demonstração empírica deste conceito na ordem civil brasileira. A reorganização programática da obra *Os Limites da Liberdade* desenvolve, com esta finalidade, o roteiro epistemológico formulado por Imre Lakatos. Considera, seqüencialmente, o *núcleo rígido*, a *heurística negativa* e a *heurística positiva* como elementos organizadores da parte interna do programa de pesquisa da anarquia ordenada.

O núcleo rígido, de acordo com o modelo original de Lakatos, é um conjunto denso de leis, de princípios elementares ou axiomas que caracterizam a identidade substancial do programa de pesquisa. Por apresentar esta característica, o núcleo não pode ser questionado, internamente, pelo critério da refutação, embora seja demonstrável empiricamente. De maneira similar ao que acontece com o sistema teórico dos dogmáticos, as diretrizes do núcleo rígido não podem ser falseadas pela observação e ficam protegidas, estrategicamente, das anomalias ou contra-evidências¹⁹.

É função da heurística negativa, por sua vez, manter a integridade do núcleo e apontar os caminhos que devem ser, ou não, evitados no desenvolvimento da pesquisa. Com esta finalidade, a heurística negativa identifica os procedimentos que precisam ser efetuados para diminuir o risco de ataque ou de contestação dos adversários sobre o núcleo. Além disto, a heurística negativa disponibiliza critérios técnicos e normativos para selecionar o que fica dentro e fora do programa, e assume, na prática, o papel de *cinturão protetor*²⁰ do núcleo. Dependendo da qualidade do seu desempenho metodológico e axiológico, o programa pode ser bem ou mal sucedido em suas atividades.

A heurística positiva, por último, é um conjunto articulado de *pistas* ou *sugestões* que podem modificar, positivamente, o *cinturão protetor*, e se caracteriza como a região do programa de pesquisa que está mais exposta à crítica pública. Entretanto, quando enfrenta este tipo de situação, a tendência racional da heurística

¹⁹ LAKATOS, 1984, p.132-135.

²⁰ Idem, p. 133.

positiva consiste em rejeitar os contra-exemplos e os dados empíricos contrários às suas expectativas teóricas fundamentais.

A heurística positiva despreza o critério das refutações e procura apenas verificar, empiricamente, seus postulados teóricos. Uma forma tradicional de atuação programática da heurística positiva é através do uso de modelos que simulam a realidade empírica e orientam o cientista para enfrentar o *oceano de anomalias* ou *contra-exemplos*.

Da mesma forma, o núcleo do programa de pesquisa da anarquia ordenada considera fundamental descrever a racionalidade do indivíduo no interior de uma estrutura pública, onde localizamos os direitos e os deveres legais que têm poder limitante sobre a liberdade e o cálculo individual. Na concepção filosófica do núcleo, existe, essencialmente, uma relação de *interdependência* entre a subjetividade utilitarista e a ordem jurídica, verificável, empiricamente, sob determinadas condições institucionais.

Na heurística negativa, a *metodologia interacionista* do programa deve complementar a proposição ontológica do núcleo, privilegiando a inter-relação da racionalidade com a estrutura objetiva dos custos e benefícios institucionais. A integração metodológica das categorias econômicas tem base empírica através do paradoxo *custo-prazer* ou *sacrifício-benefício*, experimentado, economicamente, pelo consumidor de regras nas escolhas racionais. A heurística negativa também define que tipo de cenário institucional apresenta condições normativas para ser praticada a anarquia ordenada. Informa, nesta direção, que as análises serão mais consistentes e progressivas onde existe uma interseção, co-existência ou metodologia policrática, constituída pelo uso formal das regras flexíveis (ou regras formais da liberdade) que podem reforçar a convivência dos princípios morais da *anarquia* com o *despotismo benevolente do Estado* na composição dos contratos.

Na heurística positiva do programa de pesquisa, por último, ficam localizados os modelos possibilistas, que simulam a realidade empírica da ordem civil brasileira. No primeiro modelo, o de participação social, a racionalidade do indivíduo é aplicada sobre três alternativas institucionais distintas: ficar isolado; agir voluntariamente no grupo; e delegar poder coletivo para a maioria. No segundo modelo, o de solução de conflitos, é realizado o mesmo procedimento combinatório, considerando como

alternativas civis para se produzir justiça, o modelo anárquico; intervencionista; e intermediário da anarquia ordenada. De maneira semelhante a um laboratório, os modelos analógicos possibilitam sistematizar as respostas racionais dos indivíduos quando são confrontados, teoricamente, com os incentivos positivos e negativos do ambiente social.

1.2) CONCEITO OPERACIONAL

Programa de pesquisa científico

Todo e qualquer programa de pesquisa científico tem como referência básica um problema, o qual deve ser resolvido ou explicado programaticamente²¹. Esse problema pode ser apresentado por meio de uma ou várias questões, de natureza teórica ou factual. Na busca de soluções, o programa de pesquisa também pode oferecer alguma idéia de como deve ser a resposta para o problema, ou então, efetivamente, ele já conhece a resposta e recomenda que sejam feitas demonstrações empíricas, envolvendo a aplicação de novos critérios de trabalho. Neste processo, deve existir algum grau de racionalidade em jogo²², porque são escolhidos, estrategicamente, procedimentos que viabilizam as diretrizes programáticas do núcleo.

A racionalidade deve ser supervisionada, neste contexto, *por um critério de operacionalidade*²³. Na prática, a racionalidade é *a posse de um conjunto de meios, isto é, de regras, critérios e métodos capazes de proporcionar a operacionalidade de processos de decisão quanto às situações de dilema ou conflito*²⁴.

Uma estratégia racional de solução de conflitos pode revelar as seguintes etapas de trabalho²⁵: na primeira estratégia, por exemplo, são apresentados os dados empíricos ou teóricos. Em seguida, são levantadas as questões que podem juntar os dados inicialmente disponíveis com as hipóteses do programa de pesquisa. Na terceira estratégia, são feitas tentativas para se encontrar as possíveis soluções do problema. Na quarta, o pesquisador avalia e escolhe critérios que melhor

²¹ CHIAPPIN, 1996, p. 181.

²² Idem, p. 181.

²³ Idem, p. 188.

²⁴ Idem, p. 181.

²⁵ Idem, p. 182.

atendem a sua meta. Na quinta estratégia, o pesquisador busca resolver o problema. Finalmente, pode ser testada a solução em outras alternativas ou possibilidades do mundo real.

A metodologia de qualquer programa de pesquisa científico também disponibiliza um conjunto de normas de procedimentos, de métodos e técnicas para resolver problemas. Além disto, possui a responsabilidade crucial de apontar o caminho que provará empiricamente, a ontologia do núcleo rígido.

O núcleo é a parte mais importante do programa de pesquisa, onde se encontra, inicialmente, a concepção científica essencial do sistema, bem como os fins a serem perseguidos pelas heurísticas negativa e positiva durante a busca de solução dos problemas. *O núcleo pode conter conceitos, princípios e pressuposições básicas do programa, e uma regra, que tem a função de desviar do núcleo, toda tentativa, por força das evidências negativas, de rejeição desse núcleo*²⁶. Assumindo o papel de causa ou ontologia do conhecimento programático em questão, o núcleo delimita o campo de conhecimento a ser investigado; pressupõe os problemas relevantes; e estabelece certas regras de trabalho, segundo certos valores fundamentais de como este conhecimento deve ser concebido intelectualmente; em outras palavras, estipula a fonte e o modo de produção filosófica do conhecimento científico.

Na parte metodológica do programa de pesquisa (ou seja, na sua heurística negativa) encontramos considerações acerca dos valores e fins (a axiologia) que devem ser partilhadas através de uma ou várias teses axiológicas²⁷. A axiologia de um programa de pesquisa científico pode agregar três eixos valorativos: 1- a racionalidade científica; 2- o pluralismo dos interesses e 3- a publicidade da ciência. *A operacionalização intersubjetiva do conceito de decisão e, portanto, da racionalidade, requer que o sistema de conhecimento com a base, os apetrechos, os métodos, critérios e regras de decisão seja estabelecido de maneira explícita para discuti-los*²⁸. A pluralidade de interesses, ou seja, a inexistência da neutralidade científica, pode reforçar, por sua vez, a dinâmica de qualquer atividade programática. Considera-se, nesta perspectiva, que *a estrutura e o conjunto dos*

²⁶ Idem, p.179.

²⁷ Idem, p.198.

²⁸ Idem, p.188.

*instrumentos que compõem o sistema conceitual para tratar do problema epistemológico da racionalidade não fica completo sem a introdução do tema da dinâmica do conhecimento científico, uma vez que estes dois temas encontram-se freqüentemente conectados*²⁹. A publicidade das idéias científicas é outro valor importante que faz parte do programa de pesquisa, valorizando a aplicabilidade e a utilidade na solução de problemas práticos da vida humana. Nesta linha de argumentação, podemos classificar, finalmente, qualquer programa de pesquisa como uma *tecnologia heurística*, formada por um conjunto de regras, cuja natureza se dedica a proporcionar meios eficientes para realizar metas utilitárias.

Na heurística positiva do programa de pesquisa, localizamos, particularmente, uma série de teorias complementares entre si, que explicam os fatos empíricos obtidos e selecionados pela heurística negativa. As teorias científicas³⁰ reúnem *conceitos, modelos e enunciados do tipo geral, sobre mecanismos e forças estruturais e relações causais entre tipos, espécies e classes de entidades, eventos e processos, dentro de um domínio de investigação*. As teorias são usadas diretamente para explicar fenômenos e processos particulares.

Segundo Lakatos, a parte externa do programa de pesquisa também deve ser lembrada no debate epistemológico porque influencia o curso das investigações, embora de maneira não lógica. Nos governos socialistas, ilustra Lakatos, certos programas de pesquisa foram valorizados ou adaptados em função dos interesses dominantes do Estado.

A progressividade de um programa de pesquisa, completa o autor, não é apenas uma consequência da sua capacidade lógica, mas também depende da agilidade que demonstra para responder às pressões e mudanças sociais externas, que exigem a sua constante atualização. Se o programa A produz fatos novos, exemplifica Lakatos, por definição, o material será uma anomalia para o programa de pesquisa adversário. Se o programa B reage, por sua vez, aos novos fatos, somente com hipóteses *ad hoc*, resgatando apenas o impacto lingüístico ou retórico de suas teorias, é um sintoma de que está se degenerando.

²⁹ Idem, p.203.

³⁰ LLOYD,1995, p. 47.

O programa de pesquisa é degenerativo ou regressivo, neste processo, quando não consegue acompanhar o ritmo de seus competidores ou recebe menos investimentos dos cientistas no desenvolvimento de sua heurística, diminuindo, pouco a pouco, a sua habilidade para prever fatos novos e incluir teorias auxiliares. Existem ainda duas outras possibilidades que podem degenerar um programa de pesquisa. Se o programa é caracterizado pela adição ilimitada de ajustes *ad hoc*, pode se acomodar e degenerar diante do progresso de seus competidores. Outro fator prejudicial é a proliferação de fatos contraditórios no contexto social do programa (parte externa), que o tornam, eventualmente, inconsistente para acompanhar a complexidade da realidade. Quando o programa se movimenta lentamente no contexto competitivo, ou apenas reage às explicações formuladas pelos seus rivais, produzindo explicações condicionadas ao progresso dos adversários, o programa fica estagnado e, provavelmente, degenera-se.

1.3) O NÚCLEO DO PROGRAMA DE PESQUISA

Regra fundamental: Existe uma relação de interdependência entre os interesses públicos e privados que deve ser maximizada constitucionalmente.

A exemplo do que sugere a dinâmica do mercado, as decisões racionais do indivíduo não são praticadas de modo aleatório ou independente da estratégia de outros atores e da estrutura de preços que é imposta pela concorrência das firmas. Os indivíduos racionais, neste cenário, têm consciência de suas metas, avaliam a importância de suas atitudes no processo de negociação, e escolhem, finalmente, as melhores alternativas ofertadas pelo ambiente do mercado que sejam compatíveis com as suas preferências e limitações orçamentárias³¹.

³¹No capítulo 2, do livro *Os Limites da Liberdade*, intitulado BASES PARA LIBERDADE NA SOCIEDADE (p. 17-34), Buchanan destaca a importância e a necessidade das regras e da estrutura constitucional para delimitar as trocas econômicas. Enfatiza, neste sentido, que as regras devem conciliar os interesses público e privado. Ele também declara que a teoria econômica serve para este debate porque envolve a relação de troca contratual representando os interesses privados dentro da ordem pública. A exemplo do que sugere o modelo clássico do mercado, as trocas entre dois indivíduos, não precisam da força ou da coerção, mas da liberdade de escolha e de negociação. O conceito central deste capítulo é o *network interdependence*. Neste cenário, o conflito aparece como algo natural e normal da ordem, mesmo quando existe abundância de recursos, pois há preferências individuais diversas sobre o uso e apropriação de determinado bem. Na distribuição natural dos bens, pode existir cooperação ou conflito no processo de apropriação. Por este motivo, há necessidade de se definir direitos à propriedade, por causa das demandas que estão em jogo. Neste quadro, é válido recuperar as idéias de

Na ordem civil, o que se prevê através da analogia com o modelo de maximização de utilidade, é que os indivíduos utilizarão as regras públicas demonstrando, igualmente, algum tipo de interesse econômico, subordinado, entretanto, às limitações constitucionais que restringem suas operações. Entre o individualismo maximizador e seus objetivos, portanto, a política e as regras institucionais tornam-se, na prática, instrumentos estratégicos que devem beneficiar, de algum modo, a satisfação do auto-interesse e a preferência individual nas relações de troca com outros indivíduos, o que se manifesta, concretamente, através da comparação econômica envolvendo os custos e benefícios institucionais que fazem parte das alternativas públicas disponíveis na ordem civil.

Por analogia, a transitividade caracteriza o processo de escolha do individualismo constitucional. *Se A é melhor que B, e B é melhor que C, então A é melhor que C.* A capacidade para combinar e avaliar, seqüencialmente, o valor das alternativas que surgem espontaneamente, ou são impostas pelas instituições, gera, deste modo, um princípio lógico e reorganizador da ordem social, fundamentado na racionalidade do indivíduo. O processo público da escolha transitiva representa a habilidade do cidadão em reordenar e escolher o que existe de melhor na sua escala subjetiva de preferências.

De maneira geral, o núcleo do programa de pesquisa não reforça a tese de que os indivíduos atuam sempre racionalmente ao longo de toda sua existência política e social. Apenas sob determinadas *condições programáticas* o indivíduo deve comportar-se desta maneira, especificamente quando utiliza algum tipo de tecnologia civil. Nesta situação em particular, o indivíduo reconhece, objetivamente, que existem *custos* e *benefícios* institucionais no processo de tomada de decisão. Burocracia, possibilidade de exclusão dos sócios nas coalizões, contratação de advogados e pagamento de indenizações, dentre outros itens, acarretam custos que

Hobbes, porque ele mostra que precisamos fugir da desordem da guerra que é um mal público, uma externalidade econômica negativa na visão do economista contemporâneo. O modelo contratualista de Hobbes serve como ferramenta heurística para repensar muitos problemas atuais da ordem democrática. Este modelo clássico é ligado ao modelo micro-econômico (através da regra de eficiência), formando a base do raciocínio buchaniano no estudo da anarquia ordenada. Para demonstrar quando e como acontece a obediência e a desobediência civil, Buchanan apresenta uma matriz de utilidade, envolvendo a interação de dois atores (semelhante ao esquema do dilema do prisioneiro). O conceito de interdependência, neste capítulo, junta a regra de eficiência com regra de obediência visando otimizar a previsibilidade, a segurança, a estabilidade e a justiça público-privada. Finalizando, Buchanan destaca, neste capítulo, que a definição dos direitos individuais é fundamental através da Lei, no aspecto formal do termo.

o indivíduo não está isento de pagar quando participa no mundo coletivizado. Os benefícios institucionais, por outro lado, podem incluir compensações como: previsibilidade dos negócios, estabilidade social, objetividade do processo interativo, justiça privada, cooperação e garantias individuais³². Dependendo, portanto, da relação dos custos com os benefícios, o indivíduo escolhe o modelo tecnológico que melhor atende aos seus interesses e preferências constitucionais.

1.4) HEURÍSTICA NEGATIVA

O programa de pesquisa descreve a resposta racional dos indivíduos aos estímulos do ambiente público. A descrição analógica é econômica e interpreta as respostas, aplicando uma *metodologia interativa* que procura conciliar a teoria prognóstica de mercado (economia objetiva, *behaviorista*) com a teoria da lógica da escolha (economia subjetiva, utilitarista)³³. A *metodologia interativa* do programa de pesquisa também está localizada entre dois extremos axiológicos clássicos: entre o

³² No relatório intitulado *Public Choice: the origins and development of a research program* (BUCHANAN, 2003, 13 pgs.), publicado pelo Centro de Estudo da Escolha Pública, da Universidade George Mason, Buchanan considera três postulados que fazem parte do núcleo de um programa de pesquisa constitucional mais amplo. Para surpresa nossa, descobrimos, através de uma pesquisa intensa sobre a vasta produção bibliográfica de Buchanan, que ele utilizou, embora muito superficialmente, a epistemologia lakatosiana, coincidindo, portanto, com o modelo de trabalho desenvolvido pelo prof. Chiappin, no departamento de Filosofia da USP, desde a década de 1990, e também com o processo de reconstrução programática da obra *Os Limites da Liberdade*, que foi iniciado no ano de 2001, destinado à elaboração desta tese de doutorado. Afirma Buchanan, logo no início do relatório, que um programa de pesquisa científico da escolha pública deve possuir um núcleo rígido, que determinará os pressupostos que limitam o domínio da investigação. O núcleo de um programa de pesquisa da escolha pública pode ser objetivado por meio de três componentes inter-relacionados: 1) individualismo metodológico; 2) comunidade político-constitucional; 3) e política como troca. A partir destes elementos, Buchanan organiza a contribuição de diversos autores com destaque especial para Duncan Black; Kenneth Arrow; Gordon Tullock; Knut Wicksell; William Riker, Mancur Olson e James Colleman. Neste contexto intelectual delineado por James Buchanan, o programa de pesquisa da anarquia ordenada seria, para nós, um subprograma de pesquisa da escolha pública. Em relação ao núcleo proposto por Buchanan, neste relatório introduzimos algumas diferenças que fazem parte das proposições originais do livro *Os Limites da Liberdade* (1975) e que representam a aplicação mais aprofundada da metodologia lakatosiana. Deste modo, no núcleo rígido foi relacionada a escolha racional com as instituições. Na heurística negativa, redimensionamos o individualismo metodológico, incluindo limites constitucionais. Na heurística positiva, aplicamos, empiricamente, a analogia econômica das trocas, através dos modelos adaptados à ordem civil.

³³ Buchanan define estas duas teorias, separadamente, da seguinte forma (1993, p.46-47): *em uma teoria de escolha, o custo deve ser considerado como uma dimensão de utilidade. Contudo, na teoria prognóstica ortodoxa, o custo é considerado como uma dimensão de mercadoria (...). Na teoria da escolha, o custo representa a perda da utilidade prevista, resultante do sacrifício de uma alternativa rejeitada. Visto as funções de utilidades serem necessariamente de ordem pessoal, o custo está diretamente vinculado ao indivíduo que faz a escolha e não pode existir independentemente desse indivíduo. Na teoria prognóstica de comportamento econômico, o custo de produção de um "bem" é representado pela quantidade de um outro bem que poderia ser produzido em seu lugar. Desse modo, o custo existe independentemente do processo de escolha, não havendo um vínculo direto entre a escolha e a experiência do custo. Assim sendo, o custo é uma questão puramente subjetiva em qualquer teoria da escolha, enquanto que, em qualquer teoria que implique previsões genuínas, o custo é objetivo.*

individualismo anárquico, que trata o indivíduo exclusivamente como sujeito e despreza o valor público das instituições estatais, e o *despotismo benevolente* do Estado, onde o indivíduo governado é apenas considerado um objeto institucional, não apresentando, neste sentido, qualquer poder de contestação e criação sobre as determinações e matérias públicas.

O programa de pesquisa deste estudo não considera prioritário descrever a racionalidade social como se fosse uma categoria independente do valor individualista. As decisões coletivas resultam sempre da ação individual ou mais precisamente, de sua *inter-relação*. Racionalidade ou irracionalidade como atributos coletivos de um grupo exigiriam a aceitação de uma existência orgânica à parte dos componentes individuais, o que não é compatível com a *metodologia relacional* do programa de pesquisa.

A inter-relação entre a Lei e o indivíduo racional acontece na fronteira do individualismo com o holismo metodológicos. Na abordagem do individualismo, inicialmente, a sociedade não é um produto extra-individual, mas é consequência da ação dos indivíduos que buscam defender seus interesses. Neste tipo de análise, as instituições públicas são meios, os quais devem beneficiar apenas o cálculo do egoísmo. O individualismo radical parte da suposição de que existe uma microdeterminação sobre os fenômenos sociais, e não o inverso. O holismo, por outro lado, explica a ação das estruturas, o comportamento social, a consciência coletiva e a mudança dentro de categorias macro-sociais (*sistema, cultura, classe, estrutura*) e enfatiza, nesta direção, que as instituições têm uma forma de existência diferenciada da vontade particular das pessoas e dos eventos individuais rotineiros. Neste quadro conceitual, o indivíduo governado é apenas objeto, réplica do sistema, e possui pouca ou nenhuma capacidade para transformar as estruturas dominantes quando pratica suas atividades ordinárias.

Diferentemente do individualismo e do holismo metodológicos, o programa de pesquisa da anarquia ordenada não considera o indivíduo uma entidade plenamente soberana em seus atos (porque pertence a uma estrutura constitucional prévia), e nem descreve a estrutura social como se fosse independente da capacidade transformadora e estruturante dos indivíduos. Na fase *constitucional*, como define Buchanan, os indivíduos têm poder para reformar e sistematizar as leis. No estágio

pós-constitucional, em seguida, respeitam as leis e as regras que foram instituídas consensualmente. Nesta perspectiva de análise, os indivíduos poderiam ser considerados objetos da Lei, mas, racionalmente, eles próprios criam estratégias no seu cotidiano que possibilitam ajustar seus interesses à ordem constitucional mais ampla.

Freqüentemente, Buchanan se auto-identifica, em suas obras, como um autor *profundamente* individualista, mas reconhece, ao mesmo tempo, a necessidade de uma metodologia relacional para compreender a dinâmica das instituições democráticas e da ordem pública que existem como um *fato objetivo* e nem sempre resultam do consenso da maioria dos indivíduos³⁴. No livro *Os Limites da Liberdade*³⁵, Buchanan admite a importância da metodologia relacional, combinando as tradições individualista e sistêmica. Sua análise política, como define o autor, neste livro:

³⁴O programa de pesquisa da anarquia ordenada apresenta estratégias para que um programa científico, aplicado no campo da economia política institucional, seja uma alternativa epistemológica consistente e progressiva em relação às abordagens do individualismo e do holismo ontológicos. Estas duas filosofias de trabalho apresentam recursos heurísticos insuficientes para se organizar um programa de pesquisa especializado na descrição e avaliação do comportamento institucional do individualismo democrático. A epistemologia individualista é tradicionalmente bem sucedida na descrição da racionalidade individual. A existência da sociedade e das instituições fica em segundo plano. As estruturas de significados que aparecem como resultado da interação dos interesses dos indivíduos, constituem seu principal objeto de análise. Os fenômenos, processos e comportamentos sociais ganham explicações fazendo-se referência constante às motivações e atitudes dos indivíduos (LLOYD: *As Estruturas da História*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editora, 1995). A explicação individualista é redutível às decisões dos indivíduos e deve ser fatorada em termos das escolhas individualizadas. No estudo das políticas públicas, a concepção individualista do Estado destaca apenas as estruturas de finalidades individuais. O Estado não possui uma função de bem-estar própria. É simplesmente um meio pelo qual os indivíduos podem satisfazer coletivamente algumas de suas demandas (BUCHANAN, 1949, in: DOWNS, 1999, p. 37). Por outro lado, a ontologia holística é bem sucedida na descrição da racionalidade social. Na concepção organicista, a teoria da escolha coletiva é bastante simplificadora do comportamento individual. O cientista social deve buscar justificativas que reforçam os valores e as atitudes racionais da comunidade e do Estado, que apresentam existência e motivação conceitual próprias. O ser humano isolado é apenas parte de um mais amplo e significativo conjunto. Admitindo que existe um interesse público na “democracia ideal”, a epistemologia holística supervaloriza o papel das estruturas sociais sobre o comportamento dos indivíduos que seriam, ordinariamente, objetos reprodutores da ordem social. No Direito, as doutrinas holísticas ou supra-individualistas definem o Estado e a comunidade jurídica como se fossem um organismo biológico (ver RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.84).

³⁵No primeiro capítulo introdutório do livro *Os Limites da Liberdade* (p. 1-16), Buchanan procura diferenciar suas idéias do platonismo e do individualismo radical. Propõe como conceito fundamental, o individualismo democrático (no sentido ontológico e metodológico) e para compor este conceito, critica principalmente a anarquia que é um ideal ultra-individualista e uma utopia moderna. Buchanan admite, no entanto, que essa idéia atrai muitos simpatizantes nas universidades. Mas sua instituição é frágil, por falta de mecanismos coercitivos públicos, adverte o autor. Também neste capítulo, Buchanan se declara ser: um individualista, contratualista, democrata e constitucionalista. Ressalta, neste sentido, que a obra *Os Limites da Liberdade* é destinada a explicar o mal público (porque explora a falta de eficiência e fiscalização das Leis, que já existem). Nesta linha de abordagem, o autor usa o termo anarquia constitucional para falar da desordem do Estado. Neste capítulo, Buchanan também afirma que pretende fazer um diagnóstico dos processos e não uma ficção, sonho ou utopia sobre o que seria uma boa sociedade.

(...) é profundamente individualista, em um sentido metodológico e ontológico do termo, embora a aderência consistente a esta norma é quase difícil como diferente. Isto não implica que a abordagem é personalista e que o individualismo metodológico é necessariamente inviável por causa da projeção de seus próprios valores (...) A abordagem precisa ser democrática, no sentido de que é meramente uma variante da norma conceitual para o individualismo (...) Um critério de *melhorismo* é sugerido. Uma situação é julgada *boa* quando ela permite aos indivíduos obterem aquilo que eles desejam, independentemente do que isto poderia ser, limitado apenas pelo princípio do acordo mútuo. A liberdade individual torna-se o objetivo predominante para a política social, não como um elemento instrumental na conquista de alguma felicidade econômica ou cultural, e nem como algum valor metafisicamente superior, mas simplesmente como uma consequência necessária da metodologia do individualismo democrático(...)³⁶.

1.4.1) RESPOSTAS RACIONAIS

Além dos incentivos econômicos, na ordem civil existem forças motivacionais para se obter prestígio, respeito, amizade e outros objetivos de fundo social, moral e psicológico. É característica dos indivíduos racionais, automotivados pelo princípio de maximização de utilidade, responder de modo positivo ou negativo a todos esses estímulos sociais, contextualizando as alternativas do ambiente, e transformando as instituições em autênticas tecnologias para viabilizar os seus propósitos iniciais.

1.4.1.1) RESPOSTA PREDITIVA

HIPÓTESE: Se o cidadão pode prever o desempenho das instituições, ele calcula custos e benefícios institucionais durante processo de tomada de decisão.

³⁶BUCHANAN, 1975, p. 2: [(...) is profoundly individualistic, in an ontological methodological sense, although consistent adherence to this norm is almost as difficult as it is different. This does not imply that the approach is personal, and the methodological individualist is necessarily precluded from the projection of his own values (...). The approach must be democratic, which in this sense is merely a variant of the definitional norm for individualism (...) A criterion for "betterness" is suggested. A situation is judged "good" to the extent that it allows individuals to get what they want to get, whatsoever this might be, limited only by the principle of mutual agreement. Individual freedom becomes the overriding objective for social policy, not as an instrumental element in attaining economic or cultural bliss, or not as some metaphysically superior value, but much more simply as a necessary

Na sociedade, os indivíduos racionais enfrentam um dilema na ocasião de suas escolhas institucionais: seria mais lucrativo aumentar ou reduzir a liberdade pessoal? Ao buscar uma alternativa no lugar da desordem e *da guerra de todos contra todos*, os indivíduos racionais podem concluir, comparativamente, que é mais vantajoso fixar contratos civis e delegar poder decisório ou fiscalizador para um agente soberano ou assembléia, com a expectativa econômica de que serão produzidos bens públicos como ordem, justiça, paz e segurança, não obtidos, com eficiência, no ambiente da anarquia. Por antecipação, a troca da anarquia pelo estado civil deve produzir alguma forma de restrição sobre a liberdade individual. Suportar o peso da Lei proporciona sempre um custo subjetivo³⁷ (ou internalidade) que o indivíduo precisa pagar como pré-condição do consumo das regras públicas, o que não acontece, obrigatoriamente, no sistema político da anarquia.

1.4.1.2) RESPOSTA SELETIVA

HIPÓTESE: Se o cidadão pode escolher meios eficientes, ele seleciona regras que maximizam a utilidade individual.

Quando se aplica a regra de *unanimidade* no grupo, podem existir gastos com barganhas estratégicas³⁸, porque a lógica original deste tipo de regra é destinada a promover decisões homogêneas entre os participantes. Entretanto, barganha é um empreendimento que gasta tempo e recursos, e pode ser uma estratégia improdutiva, economicamente³⁹, porque os benefícios adicionados para um indivíduo significam a redução de benefícios potenciais para a maioria do grupo.

Uma tecnologia institucional que pode evitar possíveis custos sociais de barganha consiste na delegação da autoridade decisória para um único indivíduo. Do ponto de vista puramente econômico, a regra da *ditadura*⁴⁰, em determinadas condições, pode ser uma tecnologia eficaz, porque produz elementos práticos que

consequence of an individualistic democratic methodology.(...) the constitutional setting determines the size of community relevant for individual behavior].

³⁷ Idem, p.111.

³⁸ Idem, 1962, parte teórica.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Idem.

fazem os governos serem mais ágeis e produtivos do que os governos democráticos em muitas áreas⁴¹. A escolha da ditadura exige, no entanto, a solução de um dilema institucional. Se o indivíduo comum reconhece a possibilidade de que poderá, no futuro, discordar das decisões do ditador, ou que as decisões autocráticas poderão causar danos privados, racionalmente não será vantajoso delegar o poder para uma única autoridade. Por outro lado, se o interesse político e o bem comum são opiniões e preferências que podem ser determinadas com relativa tranqüilidade, e se o ditador sempre age politicamente visando promover o bem comum, pode parecer pouco razoável para o cidadão preferir os incômodos e as instituições que custam alto para funcionar e que são tradicionais do processo decisório democrático. A delegação de poder para uma autoridade centralizada pode parecer perfeitamente racional, em alguns casos, se for constante a *benevolência* do ditador. Enquanto a maioria for beneficiada, não existirá motivo geral para se questionar o sistema autocrático da ditadura.

A regra de *maioria* é um terceiro tipo de tecnologia institucional que o grupo utiliza para fazer escolhas públicas quando o consenso entre os participantes parece trabalhoso e difícil de ser obtido em curto prazo. Democraticamente, a decisão majoritária é um meio (e não um fim em si mesmo). Serve para quebrar um empate ou adiantar determinadas ações coletivas. Como tentativa de escolha pública, a política da maioria será sempre melhor do que a falta de ação⁴², mas não deve ser considerada, obrigatoriamente, como uma decisão irreversível na escala do tempo. A dinâmica da regra de maioria incentiva a mudança e o movimento de opiniões. Filosoficamente, sugere também que deve existir uma nova oportunidade para que a decisão anterior seja alterada no futuro, através do consenso. Muitas vezes, entretanto, a capacidade democrática da regra de maioria é subestimada. Na realidade, como destaca Buchanan⁴³, a racionalidade coletiva tem sido geralmente assegurada por meio da imposição da regra de maioria, formando uma verdadeira *tiranía benevolente do grupo*.

No processo democrático ideal, nenhum indivíduo deveria impor a sua escolha na coletividade sem observar o valor e a opinião dos outros participantes

⁴¹ Idem.

⁴² Idem.

⁴³ Idem.

dentro de um debate franco e aberto. Se ocorre este tipo de constrangimento, por que, então, a regra de maioria é aplicada amplamente nos sistemas democráticos? De acordo com a análise sugerida por Buchanan⁴⁴, a decisão majoritária facilita a definição de uma vontade pública e guarda a possibilidade institucional do *reverso* e da mudança ao longo do tempo. Isto pode acontecer, muito provavelmente, porque os valores individuais modificam-se após cada decisão na sociedade moderna, pluralista e competitiva.

1.4.1.3) RESPOSTA CRIATIVA

HIPÓTESE: Se o cidadão pode agir livremente, ele cria estratégias que melhor se ajustam aos seus interesses e preferências institucionais.

Na ordem civil brasileira, os cidadãos podem fazer renegociações; estipular contratos atípicos; incluir compensações e punições extra-oficiais; estipular regras informais; e invocar a tradição e o costume do lugar como critérios de solução de conflitos nas trocas individuais. Todas estas estratégias racionais, dentro da Lei, são previsíveis pelo programa de pesquisa e fazem um contra-peso institucional, equilibrando a superestrutura pública e os interesses privados dos indivíduos.

As leis ou regras informais, por exemplo, podem representar padrões éticos (tolerância, respeito mútuo, confiança, altruísmo, lealdade) e funcionam, contextualmente, como instrumentos de auto-ajuste do ambiente dos indivíduos ao sistema democrático mais amplo. As regras informais são capazes de evitar o rigor (peso, austeridade) da superestrutura e podem, até mesmo, suprir falhas, quando, por exemplo, o Estado não informa os procedimentos técnicos que devem ser introduzidos em situações mais específicas ou então, quando as instituições públicas se mostram ineficientes na solução de determinados problemas coletivos⁴⁵.

⁴⁴ Idem, 1987, p. 177.

⁴⁵ No capítulo 7, do livro *Os Limites da Liberdade*, intitulado A LEI COMO CAPITAL PÚBLICO (p. 107-129), Buchanan define a Lei como um tipo de um incentivo público positivo (ou dependendo do caso, negativo) para coordenar as trocas institucionais. As Leis incentivam os indivíduos a se relacionarem racionalmente entre si. Devem servir como tecnologias ou instrumentos de utilidade. Para discutir o papel das leis, Buchanan utiliza o conceito de racionalidade nos seguintes termos: é todo esforço ou tentativa de maximização das oportunidades institucionais. A Lei é uma relação de reciprocidade e deve facilitar as trocas constitucionais, racionalmente. É um processo, um bem público, portanto, uma externalidade positiva. A base operacional da Lei é, classicamente, traduzida pela regra de obediência; depois pelo consenso. Na concepção mais moderna de Buchanan, a Lei

As compensações e punições paralelas são outros meios destinados a aumentar a eficiência do grupo. Acordos localizados servem, por exemplo, para definir os tipos compensatórios e punitivos sobre os indivíduos que não respeitam as leis informais do grupo, no futuro. As sub-regras são instituídas democraticamente, nas assembleias ou reuniões com a participação direta da comunidade. Nesta situação, o desempenho das instituições deverá refletir a ação direta dos indivíduos que atuam sobre as estruturas de poder e os processos decisórios.

Hipoteticamente, portanto, a capacidade produtiva das instituições não se limitará ao formalismo da Lei que define, por antecipação, o comportamento esperado dos indivíduos. O desenho empírico das instituições resulta de um processo racional que inter-relaciona a superestrutura jurídica com a necessidade prática dos participantes.

1.4.1.4) AXIOLOGIA⁴⁶

Os filósofos idealistas imaginam corrigir a civilização humana, propondo, como alternativa política, regras de conduta mais justas, pacíficas e fraternas. A ética religiosa é um exemplo claro deste tipo de preocupação. De fato, a ética pode exercer grande influência sobre o comportamento dos indivíduos e não deve ser

deve incorporar a regra de eficiência para compor o *mix* constitucional dos sistemas democráticos. Neste capítulo, Buchanan também desenvolve a economia política da lei: 1-identificando custos e benefícios; 2 valorizando as regras de obediência, do consenso, e de eficiência; 3- e incluindo os incentivos positivos e negativos do ambiente social (como códigos, informações, instituições fortes, etc). Novamente, a anarquia, com seu sistema de regras informais, é rediscutida para refletir o papel da Lei e do Estado na vida moderna. No confronto crítico de idéias, Buchanan encontra apoio para valorizar a importância da obediência como princípio ético número um da ordem pública. Sem coerção, há violação. Por conseqüência, surge alguma forma de mal público nos termos hobbesianos. Uma teoria econômica do mal público, segundo Buchanan, deve estudar as externalidades negativas, que geram a desordem, o caos, a poluição e a insegurança. A Ética, diz Buchanan, é uma regra informal importante e está presente, nesta teoria, estudando a qualidade das trocas constitucionais. Se a Ética ou o capital moral (como respeitabilidade, solidariedade, civismo, etc) que é uma forma de incentivo positivo, sofre corrosão, os contratos sociais podem passar por desequilíbrios; provocar o papel repressivo do Estado; ou então, aumentar a sobrecarga de processos judiciais no Estado protetor. Estes problemas misturados com a desordem constitucional aumentam o clima de incerteza e insegurança pública. Se a proteção pública básica não acontece, porque, então, o indivíduo deveria buscar as instituições estatais? Buchanan acrescenta, neste capítulo, outras formas de incentivos negativos que aumentam a instabilidade social, dentre eles: o pluralismo cultural; o crescimento demográfico; as migrações e a quebra dos valores comunitários. A política, transformada em meio de dominação dos partidos e corporações, também desestabiliza a ordem e a credibilidade das instituições estatais.

⁴⁶ A heurística negativa do programa de pesquisa critica cinco tradições políticas: 1) idealismo; 2) anarquismo; 3) positivismo; 4) evolucionismo; 5) e marxismo. A axiologia é uma dimensão inerente da heurística negativa, uma vez que lhe compete decretar o que tem valor ou não para o programa de pesquisa ser bem sucedido empiricamente. Buchanan afirma que sua abordagem se baseia nos seguintes valores: individualismo, contratualismo, constitucionalismo e democracia (1975, p. 7).

desprezada na construção de uma nova ordem social, mas é perigoso, segundo Buchanan⁴⁷, generalizar o comportamento ideal do indivíduo em termos morais e religiosos, visando compor a base de uma nova organização pública homogênea, onde todos seriam iguais e perseguiriam os mesmos propósitos econômicos. A ética constitucional de uma sociedade moderna, ao contrário, deve ser estruturada sobre princípios políticos não totalitários e reforçar a ordem global da sociedade estimulando justamente a liberdade de expressão, as diferenças individuais e a pluralidade dos interesses econômicos na vida social.

Nossa ênfase deve situar-se no diagnóstico mais do que nos sonhos (...) Minha análise emprega alguns poucos conceitos críticos que têm sido mencionados: - a indicação e fiscalização dos direitos entre as pessoas, e os limites do poder coletivo. (...) Dois conceitos, um pouco mais técnicos, emergem. O primeiro é a *publicidade* da lei em si mesma, lei definida como regra para o comportamento, seja esta regra voluntariamente escolhida ou imposta. O segundo é o investimento capital, característico da aderência às regras ⁴⁸.

De maneira semelhante aos idealistas morais e religiosos, os filósofos anarquistas também acreditam na eficácia da reciprocidade interpessoal, imaginando que os indivíduos respeitarão voluntariamente a liberdade das outras pessoas, sem precisar de mecanismos públicos de vigilância e repressão. O receio subjetivo de perder o controle da privacidade serviria, para os anarquistas, como força autoreguladora de manutenção dos contratos⁴⁹. No mundo moderno, entretanto, esse tipo de doutrina política representa uma utopia ameaçadora sobre a ordem pública tradicional porque faz acreditar que não serão necessários limites coercitivos do Estado sobre a ação das pessoas.

(...) A sociedade ideal é anárquica, onde nenhum indivíduo ou grupo de pessoas coage os outros. O ideal tem sido expresso

⁴⁷ Idem, 1975, p. 15.

⁴⁸ Idem, p.15: (...) *Our emphasis must lie in diagnosis rather than in dreams (...) My analysis employ a few critical concepts some of which have been mentioned: the assignment and enforcement of rights among persons, the limits of collective power. As these are elaborated two somewhat more technical concepts emerge. The first is the "publicness" of law itself, law defined as rules for behavior, whether these rules be voluntarily chosen or externally imposed. The second is the capital investment characteristic of adherence to rules.*

⁴⁹ Idem, p.92.

variavelmente através dos tempos, e por diversos filósofos das mais amplas e divergentes persuasões ideológicas. *O governo é mais ético quando menos governa*, diz a mesma coisa como *estando longe do Estado*⁵⁰.

O *laissez-faire* apóia sua doutrina política parcialmente na idéia da anarquia. No mercado, em especial, a *anarquia ordenada* seria caracterizada pela síntese voluntária dos direitos individuais (minimamente formalizados pelo Estado) com a liberdade máxima para se criar e modificar os contratos econômicos, *sem qualquer regra formal regulando a liberdade* dos indivíduos, neste processo. Segundo Adam Smith, a *liberdade natural* deve ser o primeiro princípio ético de uma sociedade justa:

(...) Para Smith, existe claramente uma invasão injustificada sobre a liberdade natural se a liberdade de escolha de um indivíduo (qualquer indivíduo) é restringida quando não existem prejuízos demonstráveis sobre outras pessoas na comunidade. Por outro lado, Smith sancionou interferências na liberdade de escolha individual quando o exercício de tais escolhas (por exemplo, *construindo-se paredes de um prédio que não são à prova de incêndio*), poderia ameaçar a segurança da sociedade como um todo. Smith declara, explicitamente, que tais restrições sobre as escolhas individuais precisam ser consideradas com respeito a alguma violação da liberdade natural, mas tais escolhas deveriam ser *restringidas pelas leis de todos os governos*⁵¹.

A interferência mínima do governo no mercado é aprovada por Adam Smith, desde que as decisões públicas estejam restritas ao uso da Lei e representem, sistematicamente, o princípio da eficiência econômica do mercado. Nesta linha de raciocínio, Smith aprova a interferência do Estado objetivando maximizar a eficiência e a liberdade dos *trade-offs*, mas não admite outra possibilidade, como, por

⁵⁰ Idem, p.92: (...) *The ideal society is anarchy, in which no one man or group of man coerces another. The ideal has been expressed variously through the ages, and by philosophers of widely divergent ideological persuasions. "That government is best which governs least" says the same thing as the "withering away of the State."*

⁵¹ Idem, 1987, p. 256: [(...) *To Smith, there is clearly an unwarranted invasion of natural liberty if an individual's (any individual's) freedom of choice is restricted when there are no demonstrable spillover damages on the others in the community. On the other hand, Smith sanctioned interferences with individual freedom of choice when the exercise of such choices (for example, the building of walls that were not fireproof) "might endanger the security of the whole society". Smith explicitly stated that such latter restrictions on individual choices may be considered as in some respect a violation of natural liberty, but that such choices ought to be "restrained by the laws of all governments].*

exemplo, a execução de políticas distributivas de renda⁵². O equilíbrio do sistema econômico precisa de menos intervenção do Estado, de acordo com Adam Smith, porque a *mão invisível* do mercado, baseada no critério da eficiência das trocas, é plenamente capaz de converter os interesses econômicos em bem público ou ordem social, desde que haja ampla liberdade natural nas negociações dos indivíduos. Neste ponto, especificamente, Buchanan critica Adam Smith, destacando que os problemas distributivos no mercado devem ser avaliados não apenas observando-se o tamanho dos ganhos proporcionados pelas transações econômicas, mas também considerando a distribuição institucional das regras públicas que determinam as condições objetivas das negociações e da liberdade individual⁵³. De acordo com a crítica de Buchanan:

Adam Smith buscou libertar a economia das garras dos controles mercantilistas; ele não propôs quais metas específicas ou políticas seriam colocadas em andamento. Ele não atacou, pouco a pouco, as falhas dos instrumentos governamentais de modo pragmático; ele atacou num sentido compreensível e constitucional muito distante. Ele tentou demonstrar que, removendo restrições governamentais efetivas sobre as trocas, os resultados que surgissem seriam considerados melhor por todos os participantes (...) Ele e seus seguidores propuseram uma autêntica *revolução constitucional*, e suas propostas foram em grande parte, adotadas no curso de meio século⁵⁴.

O programa de pesquisa da anarquia ordenada emprega uma filosofia pública diferente de Adam Smith no que se refere, pontualmente, ao papel democrático do Estado no mercado. O programa defende o equilíbrio dos interesses privados com as instituições públicas. Argumenta, neste sentido, que o Estado e os agentes econômicos têm o mesmo grau de importância para o desenvolvimento democrático. Dependendo da situação, o programa de pesquisa delineado por Buchanan admite,

⁵² Idem, p. 259.

⁵³ Idem, 1975, p. 51-52.

⁵⁴ Idem, p. 170: *Adam Smith sought to free the economy from the fetters of mercantilist controls; he did not propose that the specific goals or policy be laid down in advance. He did not attack the failures of governmental instruments in piecemeal pragmatic fashion; he attacked in a far more comprehensive and constitutional sense. He tried to demonstrate that, by removing effective governmental restrictions on trade, results would emerge that would be judged better by all concerned (...) He and his compatriots proposed genuine "constitutional revolution", and their proposals view, in large part, adopted over the course of a half-century.*

até mesmo, o intervencionismo do Estado porque o mercado é capaz de cometer *falhas* durante o processo de produção da ordem social.

No desenvolvimento do mercado competitivo, por exemplo, o princípio da igualdade de oportunidades pode beneficiar apenas uma classe de trabalhadores. As empresas selecionam a mão-de-obra pelo critério da competência e não observam se estão realizando justiça social⁵⁵. A liberdade do mercado, sem regras formais para cada atividade ou setor da economia, pode reforçar o preconceito, que seleciona, inconscientemente ou não, trabalhadores qualificados que pertencem apenas a uma determinada classe. Nesta situação, o Estado precisa intervir, criando mecanismos que fazem a discriminação dos indivíduos positivamente, propondo um sistema de cotas que deve garantir o acesso de determinado grupo ou segmento excluído ao período de experiência das empresas, antes, portanto, do processo final de contratação. A inclusão artificial, obrigatória constitucionalmente, funcionaria, neste exemplo, como incentivo para o mercado descobrir novos talentos que pertencem à classe excluída, ao mesmo tempo, cumpriria seu papel de ordenador social, equilibrando a cidadania com o princípio da eficiência do mercado. A discriminação ao *reverso* é, no entanto, uma expressão de certa forma imprecisa para definir a intervenção do Estado neste contexto, porque aconteceria sob força das circunstâncias e em nenhum momento pretenderia determinar quem seria contratado pela empresa, mas apenas procuraria obrigar que os indivíduos das classes ou grupos excluídos tivessem iguais oportunidades para serem avaliados pelas empresas. No período de experiência, seria possível obter informações mais justas sobre a produtividade de cada candidato e tomar decisões menos arriscadas, selecionando logicamente trabalhadores competentes pelo critério real da eficiência, após a oportunidade, justa e democrática da experiência⁵⁶.

O programa de pesquisa da anarquia ordenada também critica o adversário tradicional da anarquia política, o positivismo ortodoxo, que é identificado por Buchanan⁵⁷ como uma doutrina resistente à possibilidade de fiscalização do cidadão comum sobre as atividades do Estado. Para os positivistas dogmáticos, como assim escreve Buchanan, somente a burocracia estatal pode instituir e redefinir os direitos

⁵⁵ Idem, 1987, p. 284.

⁵⁶ Idem, p.284.

⁵⁷ BUCHANAN, 1975, p.177.

individuais e os seus próprios direitos burocráticos. Nesta doutrina jurídica, o princípio institucional mais importante é a cultura da obediência e não a do consenso, como prática transformadora e criativa dos direitos individuais e democráticos.

Finalmente, Buchanan rejeita a influência teórica da doutrina evolucionista no aperfeiçoamento da ordem legal-constitucional. Em sua avaliação política, é necessário existir um Estado produtor de leis porque a competitividade no mundo moderno, sem monitoramento, é capaz de levar o comportamento maximizador a um nível extremo e insustentável de conflito, acarretando resultados que não seriam racionalmente desejáveis por todos na sociedade. Os resultados negativos provocados pelas instituições devem ser corrigidos e racionalizados, através das reformas, procurando beneficiar os novos e os antigos setores da sociedade, simultaneamente⁵⁸.

Na concepção constitucional buchaniã, a reforma, como tecnologia política, deve eliminar: 1- a visão estacionária ou formalista sobre as instituições, como propõem os positivistas dogmáticos; 2- o *laissez-faire* institucional dos evolucionistas; 3- e a receita marxista, que justifica as mudanças estruturais através de um processo violento e revolucionário⁵⁹.

⁵⁸ De acordo com RUTHERFORD (*Institutions in economics: the old and the new institutionalism*. Cambridge University Press, 1996, p. 82;90;91), a discussão sobre o desenho constitucional e o evolucionismo é variável dentro do chamado neo-institucionalismo. A importância do desenho constitucional é mais presente na abordagem da escolha pública. Por outro lado, os argumentos evolucionistas surgem mais frequentemente no debate sobre a emergência das convenções sociais paralelas. Entre os austríacos, por exemplo, o destaque é sobre os processos espontâneos do desenvolvimento institucional. Hayek e outros autores tendem a dicotomizar as explicações institucionais entre desenho constitucional versus evolução. Os processos espontâneos seriam não intencionais em relação aos efeitos sociais que provocam. Hayek, em especial, preocupa-se com os efeitos da ação humana. Seu *laissez-faire* institucional focaliza as estruturas que se constituem, de maneira informal, através da seleção dos fatos empíricos, decorrentes de procedimentos competitivos e cooperativos que têm o poder de modificar as regras e as leis impostas ou desenhadas pelo Estado. As limitações desta vertente neo-institucionalista são, de maneira geral, desenvolvidas em três direções críticas: 1) os mecanismos da *mão invisível* podem gerar efeitos adversos para as instituições; 2) as consequências agregadas das ações individuais descentralizadas podem produzir externalidades sociais negativas; 3) as forças evolutivas da competição e da seleção institucional não garantem que as instituições que sobreviverem servirão, de fato, para o benefício social. Este tipo de crítica é bastante familiar entre os constitucionalistas-contratualistas da escolha pública, principalmente para James Buchanan.

⁵⁹ No capítulo 10, do livro *Os Limites da Liberdade*, intitulado PERSPECTIVA PARA UMA REVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL (p. 166-180) Buchanan rejeita a idéia de construir uma boa sociedade, intelectualmente. Neste capítulo, não lhe interessa saber dos fins, nem das origens, mas dos meios. Defende a necessidade de novos meios que sejam eficientes do ponto de vista constitucional (com mais liberdade; mais rapidez; e mais legitimidade democrática). Neste capítulo, o autor critica o evolucionismo; o positivismo dogmático; o idealismo religioso; o *laissez-faire*; o anarquismo; o marxismo e o pragmatismo dos governos americanos. A conclusão do autor é que tudo isso falha num ponto concreto, ou seja, não consegue manter, eficiente e democraticamente, o equilíbrio dos interesses público e privado. A solução apresentada por James Buchanan, e pela primeira vez revelada no livro, surge nas últimas cinco linhas da obra. Buchanan destaca, neste ponto, a necessidade e a

1.5) HEURÍSTICA POSITIVA

O programa de pesquisa da anarquia ordenada descreve o *comportamento institucional* do cidadão na ordem civil brasileira, aplicando três conceitos econômicos fundamentais: 1) *racionalidade*; 2) *custos*; e 3) *benefícios*. Por analogia, o cidadão é considerado um agente racional, neste estudo, porque utiliza meios eficientes para solucionar as suas demandas institucionais. Desenvolvendo este pressuposto comparativo, o programa de pesquisa não defende, ao longo de suas análises, a tese de que a personalidade do indivíduo é constituída apenas por raciocínios lógicos ou que suas emoções sejam inoperantes ou inexistentes de maneira geral. A abordagem econômica do comportamento institucional procura compreender somente a *circunstância* na qual o indivíduo se move para viabilizar os seus objetivos institucionais. Neste processo estratégico, o cidadão racional deverá utilizar meios que são classificados pelo programa de pesquisa como *tecnologias institucionais*, subdivididas em duas categorias.

As *tecnologias ilícitas* ou *inconstitucionais*, primeiramente, causam algum tipo de dano moral, seja por negligência ou imprudência do usuário. Nesta condição extrema, os limites legais têm pouca ou nenhuma importância para o contraventor. Ele ignora a eficiência do Estado na punição e manutenção da ordem pública e age contra os princípios morais de tolerância e de respeito mútuo que são necessários, em parte, para o funcionamento equilibrado da ordem civil. O indivíduo despreza, por exemplo, a coisa alheia e destrói o patrimônio público quando os seus interesses econômicos, mais imediatos, estão em jogo. Ignora, neste sentido, os efeitos negativos e desestruturantes que podem ser provocados pelo mau uso das tecnologias institucionais. Poluição, violência e corrupção caracterizam alguns dos males públicos produzidos, direta ou indiretamente, pelas tecnologias ilícitas. Quando manipula as tecnologias inconstitucionais, o indivíduo age de má fé dentro e fora das instituições democráticas. Abusa, portanto, do poder físico, provocando danos estruturais sobre os direitos civis, idealmente invioláveis de cada cidadão. Não pagar suas dívidas, por exemplo, constitui uma estratégia do comportamento

possibilidade da anarquia ordenada ser praticada como princípio dentro da Lei, quando o Leviatã for limitado e existirem livres relações entre indivíduos livres.

ilícito. Não demonstrando disposição subjetiva para pagar os credores, o indivíduo se recusa a corrigir os prejuízos que ele causou aos parceiros do contrato social.

As *tecnologias lícitas* ou *constitucionais*, ao contrário, reafirmam o princípio da obediência às Leis definidas pelo Estado. Apresentam várias funções institucionais: 1) a *negociação* produz previsibilidade dos resultados no processo das trocas constitucionais; 2) a *centralização consensual* consiste na delegação voluntária do poder decisório para alguma estrutura coletiva ou para determinados indivíduos. Sua aplicação, através da arbitragem, em particular, possibilita a organização de um processo cooperativo na solução dos conflitos contratuais, incluindo a presença de um terceiro agente, que deve proferir uma sentença justa ou motivadora do diálogo progressivo entre as partes; 3) a *descentralização*, por sua vez, é representada pelo mandato e procuração. Ela reduz, temporariamente, o grau de envolvimento de uma das partes na organização e execução de determinada atividade civil; 4) a *coalizão*, por último, proporciona cooperação que é um bem coletivo instrumental para realizar vários tipos de interesses.

Durante o funcionamento das tecnologias institucionais lícitas, o cidadão age ordenadamente dentro da Lei, mesmo quando celebra acordos amigáveis no estilo moral da anarquia, dispensando qualquer estrutura repressivo-burocrática. Na ordem jurídica, o comportamento lícito revela-se cumpridor das obrigações públicas. Neste caso, o indivíduo negocia interesses e preferências de forma disciplinada, instituindo *contratos atípicos* e *reparos contratuais*, desde que beneficiem as partes interessadas, simultaneamente.

Na instalação das tecnologias contratuais, o cidadão declara apenas objetos lícitos, determináveis e defesos em Lei. Para não cometer atos abusivos, procura também informações (através dos modelos oficiais de contratos ou advogados, por exemplo) para ter clareza dos direitos e deveres civis. Em síntese, podemos afirmar que a prática das tecnologias contratuais lícitas não ultrapassa os limites do *teto constitucional*. O princípio básico dessas tecnologias consiste na obediência à legalidade imposta pelo Estado.

Além da racionalidade dos indivíduos, das tecnologias e dos benefícios institucionais, há também *custos operacionais* que o programa de pesquisa subdivide em dois tipos. O primeiro deles, o *custo objetivo*, é mensurável através

dos gastos monetários. Conceitualmente, é caracterizado pelos dados numéricos ou financeiros, não considerando o impacto subjetivo que o indivíduo possa experimentar quando realiza as escolhas racionais. Teoricamente, neste conceito, são relevantes apenas as medições externas e as relações espaciais (ou físicas) entre os valores das alternativas. Na teoria do preço ortodoxa, segundo Buchanan, o custo objetivo ou *real* classicamente é uma unidade econômica representante dos desembolsos monetários. Nesta linha de raciocínio, a *economia objetiva* trata o indivíduo, no mercado, como se ele fosse um *autômato* e não experimentasse custos psicológicos que derivam de suas escolhas estratégicas.

O *custo subjetivo* ou de *oportunidade*, por sua vez, complementa a abordagem objetivista dos *custos reais*, ressaltando que existem, nos processos de tomada de decisão, efeitos negativos que afetam a subjetividade do indivíduo. O custo *interno* ou *psicológico* é uma conseqüência do *sacrifício*, *abandono* ou *corte* de determinadas alternativas quando se faz uma escolha contextualizada, sob influência de restrições orçamentárias ou institucionais. Representa, ainda, a avaliação que o indivíduo tem sobre o prazer ou utilidade da escolha projetada no futuro. Sendo experimentado inicialmente pelo indivíduo, o custo subjetivo encontra sua base na mente e em nenhum outro lugar que não seja o próprio indivíduo que toma a decisão, embora, posteriormente, exerça algum tipo de impacto na sociedade (construtivo ou prejudicial). O custo de oportunidade pode ser também caracterizado, objetivamente, pelo cientista social, considerando-se o fato de que existem perdas reais ou potenciais dentro de um cenário possibilista de escolha. Este tipo de custo deve representar, neste caso, a perda de utilidade prevista pelo próprio cidadão ou, hipoteticamente, pelo observador social no seu estudo de caso contextualizado, refletindo, sempre, o sacrifício ou rejeição de uma ou várias alternativas de escolha. Em suma, o custo subjetivo é uma conseqüência da avaliação do indivíduo quando ele determina quais são os prazeres que precisam ser sacrificados. Quando o custo de oportunidade fica teoricamente separado do processo de escolha, não existirá *dor*, *sofrimento*, *privação*, *cortes* ou *perdas*, como acontece, de fato, no processo jurídico das escolhas tecnológicas.

1.5.1) MODELO DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Este modelo oferece três alternativas institucionais para o indivíduo racional: a) *ficar isolado*; b) *cooperar pelo critério da regra de unanimidade*; c) *e participar em grupo, com uso da regra de maioria*. As alternativas, no modelo, são organizadas, variavelmente, pelo princípio utilitarista e maximizador dos indivíduos em interação com o ambiente social. Cada uma das alternativas apresenta, por sua vez, uma estrutura fixa de custos e benefícios institucionais. As substituições das alternativas realizadas pelos indivíduos, no futuro, podem gerar, no modelo, dois custos subjetivos ou de oportunidade: 1) a redução do grau de liberdade e 2) o sacrifício (ou corte) da cooperação, que seria a demanda inicial dos indivíduos. Para funcionar, o modelo estabelece alguns pré-requisitos: os indivíduos são racionais; têm liberdade para escolher as alternativas programáticas; possuem o mínimo de informações institucionais; e subjetivamente, são capazes de organizar uma escala decrescente de utilidade⁶⁰.

A > B > C

Neste ordenamento hipotético, o indivíduo supervaloriza sua liberdade e autonomia decisória, mas se for necessário fazer alguma troca institucional no futuro, é razoável, na sua avaliação, preferir imediatamente a alternativa B, se este arranjo cooperativo for realmente uma estrutura voluntária e não produzir externalidades negativas que reprimem a liberdade e a opinião de cada um dos participantes. A preferência dominante do indivíduo, neste ordenamento (item A), consiste em não

⁶⁰No capítulo 4, do livro *Os Limites da Liberdade*, intitulado CONTRATO CONSTITUCIONAL: A TEORIA DA LEI (p.53-73) Buchanan manifesta seu respeito intelectual pelo positivismo, apesar do controle excessivo do Estado não lhe agradar politicamente. É o Estado quem melhor produz o sistema legal e os critérios de troca social, admite o autor. Neste capítulo, Buchanan propõe repensar a Lei usando outro critério (não estatal), que seria a racionalidade dos indivíduos. Buchanan desenvolve a doutrina da anarquia (baseada na regra do consenso) para se contrapor, intelectualmente, ao excesso de positivismo da ordem, mesmo reconhecendo prós e contras desta doutrina institucional. Ao mesmo tempo, Buchanan relembra os contratualistas clássicos e valoriza a importância da fiscalização e da regra de obediência na ordem pública. Ele considera que a coerção não é necessariamente um mal, e pode ser um bem público no ambiente de incerteza. Analisando as leis, Buchanan argumenta que elas servem como capital para produzir bens públicos estratégicos. Um modelo mais inclusivo de leis deve incorporar, portanto, novas combinações ou *mixes*. Ou seja, combinar a liberdade com a obediência; ou então, a eficiência com a obediência, dentro da Lei com menor presença do Leviatã, ou do Estado protetor. Buchanan pensa nestes termos, porque é economista. Observa as relações contratuais modernas e sente a necessidade de um novo ambiente institucional, mais livre e eficiente dentro da ordem pública.

participar em qualquer modalidade de grupo. Em segundo lugar, a alternativa B é, potencialmente, mais produtiva do que a opção C, onde o grau de liberdade e a administração dos interesses ficariam subordinados, totalmente, ao poder da maioria, o que, neste ordenamento, não sensibiliza as expectativas egoístas do cidadão (item A).

A > C > B

Os custos de oportunidade na organização voluntária (tipo B) revelam-se bastante altos, neste ordenamento, provavelmente devido à dificuldade ou indisposição para se trabalhar acordos conjuntos gratuitamente ou espontaneamente, como indica a preferência dominante do indivíduo em ficar isolado (A) e não se expor, voluntariamente, aos custos coletivos de tomada de decisão (nem B, nem C). A desconfiança e a falta de credibilidade entre os atores podem justificar o pessimismo ou retraimento deste *ranking*, fazendo o indivíduo evitar custos coletivos de negociações (item B) envolvendo assembléias, barganhas, gastos com material administrativo, agenda de reuniões, etc. A alternativa C é lucrativa para este mesmo indivíduo, em segundo lugar, quando comparada com o modelo extremo B, porque utiliza um poder coletivo externo que tem condições de garantir a coesão do grupo. No modelo C, os custos institucionais podem assumir um significado positivo ou instrumental para o indivíduo egoísta e serem mais convenientes na sua avaliação preditiva, quando se leva em conta o fato de que o grupo, ao qual o indivíduo pretende ingressar no futuro, é uma organização grande ou bastante numerosa, que pode inviabilizar o perfeito funcionamento da regra de unanimidade (B), o que aumenta o risco dos conflitos e da desordem institucional.

B > A > C

A expectativa econômica do indivíduo, neste ordenamento, é que a organização voluntária (B) será produtiva para todos os participantes do grupo. A expectativa institucional desta primeira alternativa é solucionar a incapacidade do indivíduo (por exemplo, monetária) para produzir determinados bens e serviços estratégicos. Entretanto, se os custos da participação coletiva (B), que são internalizadas por

cada um, forem se tornando altos com o passar do tempo e exigirem sacrifícios que não estavam planejados inicialmente, o ordenamento sugere que o meio mais produtivo, visando operacionalizar o interesse pessoal, em substituição, seria o isolamento (alternativa A), que assegura total liberdade decisória para o indivíduo e responsabilidade econômica completa. Neste *ranking*, a segunda opção (A) é uma alternativa com maior grau de utilidade se for comparada com a participação extrema do tipo C, onde a estrutura organizacional impõe custos de oportunidade, associados à submissão coletiva (trazendo perdas de utilidade como, por exemplo, relativas à diminuição drástica da soberania individual; à supressão do poder de realizar justiça sem o consentimento da coletividade, e associadas ao fim do exclusivismo individual sobre o destino dos negócios).

No início, a participação voluntária (B) é motivada pelo desejo de maximizar o interesse pessoal. Esta estrutura organizacional garante que o custo coletivo será positivo, comparado com as outras duas opções. A ação coletiva, neste tipo de organização voluntária, pode neutralizar o impacto das ações individuais adversas, porque cada membro do grupo tem o monopólio da decisão, através da regra de unanimidade. O acordo voluntário (B) é a participação mais eficiente na preferência dominante do indivíduo, entretanto, implica custos coletivos para financiar as tecnologias complementares do consenso, onde se destacam, por exemplo, a negociação e os *lobbies* internos. Comparativamente, será mais vantajosa a alternativa B quando os grupos são pequenos e predomina o contato direto entre os participantes. Por outro lado, se o grupo cresce, o indivíduo pode reduzir o seu nível de motivação coletiva e optar pelo isolamento (A). Os indivíduos podem preferir o modelo A, em substituição, justamente porque os custos de tomada de decisão privada ficam totalmente livres dos custos negativos da coletividade.

$$B > C > A$$

O indivíduo escolhe o arranjo voluntário (alternativa B) e evita a participação isolada (item A) que fica no extremo do *ranking*. Em segundo lugar, as decisões, com poder coletivo (C), podem ser institucionalizadas, no futuro, a fim de coordenar os interesses dos participantes reunidos em grupo. A ação voluntária (B) não introduz

qualquer restrição sobre o uso da propriedade particular de cada um. No entanto, antes de fazer a escolha entre os modelos de participação, o indivíduo reconhece que os custos da ação voluntária (B) não serão positivos numa situação instável, quando, por exemplo, as barganhas são freqüentemente necessárias para manter a coesão voluntária. Este tipo de situação problemática poderá motivar o indivíduo a migrar para a segunda alternativa (C), onde existe, positivamente, um poder coletivo estrutural de fiscalização e de monitoramento coletivos.

C > A > B

Na dinâmica da regra de maioria (alternativa C), o indivíduo sabe, por antecipação, que pode sofrer algumas ou várias perdas de utilidade significativas, devido às decisões finais do grupo (internalizando, por exemplo, decisões coletivas que não lhe agradam), mesmo possuindo liberdade para intervir no processo das votações⁶¹. O isolamento (item A) pode ser uma alternativa racional produtiva, no futuro, em consequência de várias hipóteses: 1) se a maioria representa sempre uma parcela fixa de pessoas da comunidade, o indivíduo perde o sentimento coletivo; 2) se por falta de quorum, as decisões tornam-se monopólio de um segmento, o resultado é o mesmo descrito anteriormente; 3) se durante as assembleias, o debate é violento e não há negociação; 4) ou, então, se nada do que foi decidido em longas reuniões se materializa, o indivíduo perde a motivação pelo grupo.

⁶¹No capítulo 3, do livro *Os Limites da Liberdade*, denominado CONTRATO PÓS-CONSTITUCIONAL: A TEORIA DOS BENS PÚBLICOS (p. 35-52) o conceito fundamental de trabalho é o bem público – indivisível, não-excludente, genérico, na concepção tradicional do termo, embora posteriormente, seja revisto por Buchanan em outro trabalho, quando ele produz o conceito de bem público-privado ou intermediário. Desenvolvendo este conceito clássico de bem público puro, Buchanan reconhece, neste capítulo, que o mercado falha na produção das leis e da ordem em geral. Se não houver fiscalização e incentivos públicos (a exemplo do que sugere Olson) podem surgir abusos. A ordem espontânea do mercado é inviável se não existirem regras regulando a competição. Buchanan lembra no caso do bem público puro, que há razões para surgirem os oportunistas, porque calculam que têm direitos e não poderão ser excluídos do consumo final do produto coletivo. No processo de produção do bem privado, podemos encontrar, por exemplo, a regra de unanimidade funcionando eficientemente (*eu quero, você concorda, então fechamos o contrato*), entretanto, na teoria da escolha pública democrática, a unanimidade é menos eficiente (perdendo lugar para a regra de maioria, muitas vezes), porque existem muitos atores no contrato social, incluindo coletividades. No modelo econômico de troca entre duas pessoas, a regra de unanimidade serve para compreender a dinâmica comercial dos interesses privados, mas no mundo público esta regra precisa ser redimensionada, porque envolve muitos participantes ao mesmo tempo. Buchanan define, neste capítulo, a ordem pública em dois níveis: constitucional e pós-constitucional. Este último estágio, concentraria as estratégias individuais dentro da Lei. O autor reconhece, finalmente, que os limites e as restrições devem ser impostos sobre as operações e transações sociais, como bem público, ajudando as partes a ganharem benefícios como ordem, previsibilidade e informação. Para concluir, o autor diz que sua análise deriva do individualismo. Mas não precisa negar a visão “positivista”. Buchanan reconhece o papel central do governo no modelo positivista para impor e redefinir limites públicos.

De maneira geral, o ordenamento mostra que o indivíduo não está disposto a uma experiência voluntária na comunidade, como sugere o modelo B, que é desprezado na última posição do *ranking*. A preferência dominante, para o futuro, é compartilhar o poder coletivo (C), objetivando produzir soluções eficientes para toda comunidade com relativo grau de participação. Se esta expectativa institucional de utilidade não tiver correspondência na prática, o indivíduo encontra motivação para ficar isolado (A) dentro ou fora do grupo.

C > B > A

Se não existe uma ação com poder coletivo (tipo C), imediatamente o acordo voluntário (B) deve reduzir ou evitar os custos negativos que os indivíduos estariam sujeitos a enfrentar na situação desprezível do isolamento (A). Empiricamente, a variabilidade desta escala de utilidade pode ser compreendida através do seguinte exemplo, semelhante ao que foi sugerido por Buchanan em seu livro *O Cálculo do Consenso*. Se nenhuma proteção policial for produzida pelo governo (C), acordos voluntários (B) podem garantir a cooperação na implantação de uma força policial em lugares que não oferecem proteção pública contra incêndios. Voluntariamente, portanto, é organizado um departamento contra o fogo (B), mas as dificuldades envolvidas para se aproximar os acordos gerais, entre todos os membros da comunidade, podem despertar, em seguida, a demanda por um poder coletivo ou governamental (C), quando se precisa incluir grupos mais amplos e indivíduos que se encontram, geograficamente, dispersos (A).

1.5.2) O MODELO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS (II)

Neste modelo, são apresentadas três alternativas públicas para o indivíduo: a) *anarquia*; b) *anarquia ordenada dentro da Lei*; c) e o *despotismo benevolente do Estado*. As alternativas do modelo são organizadas, variavelmente, pelo critério utilitarista dos indivíduos em interação com o ambiente social. Cada uma das opções traz uma estrutura fixa de custos e benefícios constitucionais. No futuro, possíveis trocas das alternativas podem gerar dois custos de oportunidade: 1) diminuição do

poder de julgar e 2) sacrifício da cooperação, que seria a demanda inicial dos indivíduos para solucionar os conflitos internos. Para o modelo funcionar, devem ser consideradas as seguintes recomendações: os indivíduos são racionais; têm liberdade para escolher as alternativas do modelo; possuem o mínimo de informações institucionais; e subjetivamente, podem organizar uma escala decrescente de utilidade.

A > B > C

A soberania do indivíduo na produção da justiça é o benefício institucional mais importante, neste ordenamento. O modelo anárquico (A) apresenta um custo positivo ou instrumental de solução de conflito, desde que exista um capital moral acessível ou praticável entre os indivíduos, sem a intervenção do Estado (incluindo, neste caso, valores como tolerância, cordialidade, reciprocidade, etc). B fica em segundo lugar, neste ordenamento, porque implica a utilização de sub-regras formais que ficam a meio caminho do poder repressivo do Estado, o que é considerado uma alternativa institucional problemática na avaliação dos indivíduos, ficando no extremo da escala. O modelo B pode ser, no entanto, mais vantajoso em relação à alternativa C quando inclui soluções negociadas ou autorizadas diretamente pelos indivíduos, embora comporte, obrigatoriamente, a presença mínima do Estado, o que é uma preferência pública não desejada pelos indivíduos, neste contexto. Na situação B, é possível aproximar-se o interesse privado com as expectativas da ordem pública através do acordo negociado, institucionalizando regras consensuais de maneira semelhante à anarquia. A opção B também pode ser empregada no lugar de C, porque este último modelo implica uma ação pública que pode durar um longo período processual e produzir custos negativos, ou prejuízos, como: contratação de advogado, desatualização financeiro-patrimonial, e sentenças sub-ótimas na avaliação dos participantes⁶².

⁶²No capítulo 8, do livro *Os Limites da Liberdade*, intitulado DILEMA DE PUNIÇÃO (p. 130-146), Buchanan argumenta que existe um dilema (dúvida de escolha) entre os indivíduos. Para desenvolver sua idéia, Buchanan aplica, metodologicamente, o critério racional e maximizador de utilidade. Dentro da comunidade, os indivíduos podem sofrer vários níveis de punição por causa da proteção política. Paradoxalmente, os indivíduos podem criar regras de punição rigorosas, pensando na possibilidade de que, no futuro, essas mesmas regras não terão verdadeira aplicabilidade. Em abstrato, as regras de punição constituem um bem público, mas na prática, o cálculo do agressor ou criminoso pode ser amparado pela corrupção dos julgadores. No cálculo do criminoso, a

A > C > B

No cálculo institucional do indivíduo, o modelo *ilícito* (A) é a alternativa mais eficiente para se produzir justiça porque não considera a opinião da coletividade (C) e de outros indivíduos (B) nos processo de tomada de decisão. Como não existe um capital moral em ação, nesta alternativa o modelo do estado de natureza hobbesiano (desequilíbrio anárquico ou *guerra de todos contra todos*) se manifesta, claramente, através do uso da violência, da força física e da permissividade absoluta. Em segundo lugar, fica a alternativa C, onde o custo subjetivo (restrição do poder de julgar) provoca diminuição drástica (ou jurídica) da liberdade. O modelo B, por último, não parece motivador para o indivíduo, neste ordenamento, porque os custos de negociação são proibitivos ou bastante altos devido à escassez ou inexistência dos recursos morais, como sugere, inicialmente, a preferência dominante pela solução inconstitucional do tipo A.

B > A > C

Neste ordenamento, a expectativa econômica dos indivíduos é que os custos institucionais (diálogo, busca de informações técnicas, e restrição da liberdade) são positivos e menores do que as outras duas alternativas, na avaliação das partes envolvidas durante o processo de negociação, arbitragem ou conciliação no interior do grupo (B). A ação consensual, ou seja, o autogoverno civil da anarquia ordenada (B), é motivada pelo princípio da cooperação direta entre os indivíduos interessados dentro da Lei, contando com a presença mínima ou nula do Estado no processo de solução dos conflitos. O item A fica numa posição secundária, porque é um modelo que não inclui a intervenção de um agente público fiscalizador, sendo praticado na

impunidade deve ser o principal benefício institucional de seus atos. A punição ou castigo é um mal ou bem público, dependendo, portanto, do contexto. O fato geral é que existe um véu de incerteza cobrindo a utilidade das leis quando são aplicadas. No ambiente da desordem constitucional, esta incerteza é ainda maior. Como estratégias da desordem constitucional, destacam-se, por exemplo: fugir da aplicação da Lei; corromper os decisores; relaxar as sentenças; pressionar a mudança imediata das Leis; ou protelar decisões judiciais. Conclusão do capítulo: no estudo das instituições, existem muitas sanções que são totalmente repressivas para alguns; e outras desnecessariamente permissivas, para outros. Também as instituições punitivas representam motivações diversas, como amizade, ideologia e corporativismo que reforçam a insatisfação de uma parcela da comunidade que reivindica a aplicação justa e democrática do castigo.

ausência de qualquer formalismo jurídico mínimo, o que não ocorre, obrigatoriamente, no item B que é a primeira demanda institucional dos indivíduos.

B > C > A

A restrição sobre a liberdade (que é um custo subjetivo) existe na alternativa B, mas poderá ser renegociada coletivamente a fim de se estabelecer o ponto ideal de equilíbrio na visão de cada um dos participantes. Secundariamente, a preferência pela solução institucional C dependerá das circunstâncias reais, quando, por exemplo, forem esgotadas as possibilidades de autoregulação civil do item B. A possibilidade moral de escolha relacionada com o modelo A, na última posição, é desprezada e não é uma alternativa ótima, neste *ranking*, porque não assegura, formalmente, a previsibilidade jurídica dos acordos extrajudiciais.

C > A > B

A intervenção do Estado (C) é valorizada, neste ordenamento, através da ação judicial ou policial. A escolha deste tipo de estratégia implica custos institucionais. Estes custos podem ser objetivos e subjetivos, relacionados com o pagamento do serviço de um advogado e com a obediência compulsória à decisão do juiz que aprecia as provas e determina a sentença. Neste ordenamento, é possível, como sugere a segunda alternativa, que os indivíduos abandonem a intervenção do Estado (C), desejada inicialmente, e pratiquem, logo em seguida, algum ato ilícito como solução mais ágil e eficiente para satisfazer suas demandas pessoais (A). Isto pode ocorrer se o indivíduo, por antecipação, prevê que as instituições estatais não resolverão as demandas no prazo razoável, ou que a decisão judicial não será justa, o que estimula, em última instância, o indivíduo a fazer justiça por conta própria (A), avaliando, neste sentido, que as instituições punitivas não serão capazes de atingi-lo como criminoso. Na posição extrema, a solução B não é considerada eficiente para o indivíduo, neste contexto específico, porque falta uma ordem moral para estimular a autoregulação do processo extrajudicial.

Na avaliação política do indivíduo, o Estado (C) é uma tecnologia constitucional que tem capacidade para solucionar, objetivamente, os conflitos contratuais, entretanto, quando a *desordem constitucional* é um fato político dentro dos governos, o indivíduo experimenta um dilema institucional: invoca (C) ou rejeita (A) a intervenção do Estado? O dilema em relação ao Estado aparece quando se constata que as autoridades públicas desrespeitam as regras definidas universalmente e preocupam-se apenas em aumentar o seu capital pessoal, promovendo objetivos éticos e morais de determinadas elites⁶³. Neste contexto anticonstitucional, o indivíduo pode identificar o Estado (C) apenas como um árbitro repressor, portanto, um mal público que prefere evitar.

C > B > A

Se o *despotismo benevolente* do Estado for, na expectativa econômico-institucional do indivíduo, um processo longo e compromete a utilidade do contrato sob litígio; ou ainda, se as decisões judiciais tradicionalmente não produzem resultados justos em determinadas matérias e para certas classes de indivíduos, a estratégia mais razoável, neste ordenamento, seria a renegociação voluntária dentro da Lei, com apoio de um árbitro ou mediador (B) ou então, extraordinariamente, acompanhada por um grupo de agentes conciliadores do Poder Judiciário. Na alternativa C, os indivíduos também podem ser estimulados a realizar uma sessão conciliatória no Juizado Especial Cível, minimizando o tempo do processo judicial que poderia demorar vários anos, racionalizando, assim, o tempo de solução dos conflitos, com a proteção formal do Poder Judiciário através do instituto da mediação(C), sem a

⁶³No capítulo 6, do livro *Os Limites da Liberdade*, denominado O PARADOXO DO GOVERNADO (p. 91-106), a política é um meio de trocas. Neste processo, há custos de oportunidade, sejam eleitorais, administrativos ou pessoais. Na relação econômica, originalmente, há também custos de oportunidade que decorrem do sacrifício de certas alternativas no momento das escolhas racionais. Neste capítulo, Buchanan procura enfatizar que o problema da desordem constitucional aumenta o paradoxo do cidadão, que ao mesmo tempo invoca e repele a figura do Estado na sua vida particular. O conceito fundamental deste capítulo é a desordem (ou anarquia) constitucional. Buchanan descreve, neste capítulo, o oportunismo político, o abuso dos burocratas, os desvios do poder e os vícios eleitorais, criticando todas estas práticas, empregando a doutrina da anarquia (no sentido positivo e negativo do termo). Positivamente, a anarquia induz Buchanan a pensar na possibilidade de um arranjo institucional mais libertário, com nenhuma ou pouca intervenção do Leviatã. O autor lembra, inclusive, do personagem Crusoe, que vive no sistema da anarquia pura, e mesmo assim, experimenta o paradoxo de ser governado por ele próprio. Segundo Buchanan, sempre vivemos este paradoxo e experimentamos dilemas (ser livre ou não ser livre? Ser controlado ou não, pelo Estado?) Buchanan argumenta, neste capítulo, que o paradoxo do governado e o dilema público nos sistemas políticos atuais se agravam devido à desordem do Estado.

presença dos juízes; ou, em segundo lugar, por meio da arbitragem privada (B). A utilidade do modelo anárquico (A), no extremo, é desvalorizada, porque o indivíduo prefere obter benefícios dentro da estrutura jurídica formal com a intervenção mínima ou máxima do Estado.

1.6 AS TESES TEÓRICO-EMPÍRICAS DOS MODELOS ANALÓGICOS

1ª tese: existem razões econômicas para o cidadão utilizar as regras civis como tecnologias institucionais do auto-interesse.

A fim de satisfazer as suas demandas institucionais, racionalmente o cidadão compara custos e benefícios que fazem parte do processo de tomada de decisão pública, utilizando o contrato civil como *tecnologia da informação*, neste contexto. O ajuste da obediência pública ao interesse privado nos contratos, também pode motivar, neste processo, a criação de sub-regras que otimizam as restrições legais impostas, inicialmente, pelo Estado.

Qualquer contrato civil, celebrado voluntariamente, no contexto da racionalidade, é resultado de uma troca econômica. A incerteza contratual da anarquia é *substituída*, voluntariamente, pela ordem jurídica para resolver conflitos no futuro, seja no foro especial de determinada comarca ou através das tecnologias da arbitragem e mediação⁶⁴. Racionalmente, o indivíduo *transforma* as regras em tecnologias ou instrumentos que maximizam seus interesses. O *instrumentalismo*

⁶⁴No capítulo 5, do livro *Os Limites da Liberdade*, intitulado CONTRATO E STATUS QUO (p.74-90), a abordagem contratualista do autor enfatiza que existem razões econômicas para se manter uma obrigação contratual. Ou seja, obedecer não é sempre um mal, ou então, um jogo de soma zero, mas pode ser um meio para todos ganharem benefícios finais, conjuntamente. Do ponto de vista econômico, na ordem constitucional existe um cálculo de obediência. Obedecer é um meio e deve ser usado para maximizar e otimizar oportunidades. A desobediência também resulta de um cálculo institucional: se as condições não são favoráveis, pode ser lucrativo quebrar contratos e violar direitos. Quando se obedece, há um custo de oportunidade, que é o conceito central deste capítulo. Também na ordem pública, existe um cálculo do consenso. O que se busca através do consenso é a convergência de interesses visando aumentar as chances de lucro. Nesta situação, os indivíduos submetem-se a determinadas restrições, fazem sacrifícios, cooperam, e da mesma forma, assumem custos reais e subjetivos, decorrentes de suas participações. Além da racionalidade, do interesse e da preferência de cada um, a economia institucional da Lei deve registrar a influência dos incentivos positivos e negativos, ou paralelos, que alteram o desenho original dos contratos. Neste capítulo, Buchanan também sugere uma gradação da realidade: considera que existe o caos, a anarquia, a ordem, e ditadura do Estado. Este quadro é denominado pelo autor, de espectro. Na dinâmica dessa gradação, precisamos raciocinar economicamente, ou seja, admitir que existem interesses, demandas e choques externos (tecnológicos, financeiros, políticos, etc) que alteram o equilíbrio estacionário ou formal dos contratos. As oscilações dentro do sistema público derivam da racionalidade dos indivíduos.

encontra, no entanto, um limite crítico, porque existem regras rígidas e imposições ético-institucionais que nem sempre são modeladas pela preferência exclusiva do cidadão. Estrategicamente, portanto, o indivíduo procura ajustar (ou equilibrar na sua balança contábil) as imposições institucionais objetivando não assumir prejuízos, como prisão e multa.

Teoricamente, o indivíduo condicionado reproduziria, de modo mecânico, o comando das instituições, da cultura e das regras em geral como se fosse um objeto do poder. Mas se o indivíduo se comporta racionalmente, deve responder aos estímulos de maneira utilitarista, fazendo, voluntariamente, algum tipo de reparo formal ou contextual nos contratos civis. Os estímulos positivos e negativos são avaliados, dentro da lógica maximizadora, como valores públicos que o cidadão racional inclui em sua contabilidade de custos e benefícios institucionais. A exemplo do mercado, racionalmente o indivíduo reconhece que as instituições públicas criam barreiras (*custos*) e condições favoráveis (*regras; fiscalização e outros benefícios*) para solucionar demandas constitucionais.

As instituições, idealmente, devem produzir bens públicos, porém, como cada indivíduo apresenta uma definição e hierarquia de prioridades para atingir ou consumir esta meta no poder, paradoxalmente, as instituições representativas da ordem civil podem criar males públicos ou coletivos, se os governos forem objeto de interesses predominantemente corporativistas e pessoais. As tecnologias públicas, formalmente democráticas, podem ser manipuladas para beneficiar determinadas elites, a partir do jogo instrumentalista dos atores racionais.

2ª tese: existe um meio-termo institucional na ordem civil.

A dinâmica pública do meio-termo institucional é análoga ao processo econômico do mercado de livre concorrência, onde os agentes racionais (firmas e consumidores) podem escolher e trocar bens e serviços que melhor atendem aos seus interesses e preferências, dentro de um cenário de regras públicas, previamente convencionadas pelo Estado, que incentivam o consenso e a flexibilidade dos contratos entre as partes envolvidas nas transações.

A estrutura do processo de escolha que define a anarquia ordenada como alternativa dominante é, inicialmente, um fenômeno paradoxal: o indivíduo autorestringe sua liberdade e declara sua disposição em obedecer a alguma forma de contrato civil, com a expectativa econômica de que receberá, em troca, benefícios institucionais.

No processo de escolha pública, existem três alternativas lógicas para o indivíduo resolver os conflitos. No contrato moral da anarquia, em um extremo teórico, são utilizadas, licitamente, as regras informais de tolerância, de respeito mútuo e de cooperação, não se aplicando qualquer formalidade jurídica, embora sejam respeitados os princípios constitucionais mais amplos. A anarquia é uma alternativa contratual eficiente quando existe um capital moral acessível entre os participantes, mas é ineficiente quando os princípios morais e culturais deixam de ser preponderantes na subjetividade de cada um.

Outra alternativa institucional extrema é o contrato no estilo hobbesiano. Nesta modalidade, os indivíduos acreditam na eficácia do Estado para produzir justiça e preferem abandonar a subjetividade como critério das trocas constitucionais. Calculam os participantes, neste sentido, que a objetividade máxima dos contratos e a proteção burocrática do Estado são bens institucionais estratégicos que podem garantir a eficiência dos contratos, no futuro.

Uma alternativa intermediária entre o contrato moral e o contrato hobbesiano é classificada, neste estudo, de *anarquia ordenada*. Neste tipo de comportamento institucional, o interesse econômico do cidadão é convertido em ordem pública, *indiretamente*, através da manipulação das regras flexíveis do Código Civil, e não através da *mão ou razão invisível* do mercado.

A anarquia ordenada é um *meio-termo institucional* porque reúne, positivamente, os princípios gerais da anarquia (*individualismo, autonomia, liberdade, tolerância, respeito mútuo, tradição, bons costumes*, etc) com a restrição formal da liberdade, arquitetada pelo Estado⁶⁵. Nesta dimensão intermediária da

⁶⁵É lícito celebrar contratos, na ordem civil, aplicando o modelo da anarquia. Neste tipo de modelo, as partes não precisam invocar a presença da burocracia estatal para resolver os conflitos que surgem entre os indivíduos, e são eles próprios que governam diretamente o processo interativo das trocas constitucionais, dispensando qualquer forma de interferência do Estado protetor no contrato. Por outro lado, também devemos reconhecer que é legal, na ordem civil brasileira, reivindicar a intervenção do Estado protetor na solução dos conflitos, utilizando as regras de Direito que são fiscalizadas e aplicadas, idealmente, pelo Leviatã. No modelo contratual positivo, é admitida a possibilidade de intervenção máxima do Estado através dos órgãos do Poder Judiciário, nos litígios

ordem jurídica (entre a *anarquia, de um lado, e o despotismo benevolente do Estado, de outro*), o cidadão maximiza a liberdade e a responsabilidade civil, empregando regras consensuais e de eficiência na produção da justiça privada, através das tecnologias de mediação e arbitragem, que são instrumentos mais rápidos e participativos de solução de conflitos⁶⁶.

3ª tese: existe uma economia política institucional na ordem civil.

No modelo de participação social, ficar isolado mobiliza uma estrutura de custos e benefícios. O indivíduo ganha benefícios como privacidade, autonomia, liberdade de decisão e monopólio dos lucros. Ao mesmo tempo, internaliza algumas restrições institucionais, ou custos de oportunidade, que não existiriam no estado da anarquia ilícita, como, por exemplo, registrando publicamente a natureza dos seus negócios em Cartório ou então, respeitando o contexto limitante da ordem jurídica sobre seus atos futuros na sociedade.

Em segundo lugar, a participação voluntária no grupo instrumentaliza o processo de cooperação e de representação direta dos interesses institucionais dos participantes, que são bens coletivos estratégicos. A presença dos custos operacionais, nesta alternativa de participação social, reflete a influência das externalidades coletivas (envolvendo gastos com secretaria, com serviços de informação técnica, contratação de advogados, consultorias, perícias, etc). Nesta segunda alternativa, apesar de todas as decisões coletivas serem produtos da regra de unanimidade, é preciso contar com a disposição psicológica permanente para o

que venham ameaçar os direitos contratuais do cidadão. No meio-termo político da anarquia ordenada, concebido, originalmente, por James Buchanan, o Estado protetor deve ser utilizado minimamente, ou então ser descartado na melhor das hipóteses, em decorrência do entendimento racional e democrático dos participantes que buscam resolver o litígio. O meio-termo institucional funciona, intelectualmente, como *link* epistemológico, juntando estas duas representações políticas da realidade social através da crítica democrática em torno da idéia do meio-termo contratual.

⁶⁶No capítulo 9, do livro *Os Limites da Liberdade*, intitulado AMEAÇA DO LEVIATÃ (p. 147-165), o conceito central é o Leviatã, usado por Buchanan, no sentido pejorativo, para discutir o excesso de Estado na vida pública. Como alternativa ao poder do Leviatã, Buchanan propõe uma nova estrutura de *check and balance*. Na formulação desta proposta, o autor aplica novamente a doutrina da anarquia política como contra-peso ao excesso de Estado. Segundo Buchanan, o Leviatã domina através dos políticos, burocratas, e partidos, que entram no espaço político em busca da vitória, da riqueza pessoal, da glória e do poder. Historicamente, os mecanismos clássicos de *check and balances* não têm conseguido, entretanto, frear os abusos do Estado, alerta o autor. O Leviatã pode manter-se pela força ainda por muito tempo, mas novas idéias alternativas poderão ser formuladas, tentando limitar o seu poder. O Leviatã pode manter-se pela força, admite Buchanan, mas podemos pensar numa nova estrutura de *check and balance*, onde o poder público seja descentralizado, principalmente para facilitar as trocas econômicas entre os cidadãos comuns.

diálogo e a negociação, envolvendo todos os participantes do grupo, a qualquer momento, o que não seria necessário se o indivíduo optasse pelo isolamento individual.

A delegação do poder decisório para uma estrutura coletiva constitui uma terceira possibilidade de participação social. Este tipo de alternativa civil produz benefícios como fiscalização e monitoramento da comunidade, cooperação, e visibilidade dos movimentos estratégicos do grupo no ambiente social.

Operacionalmente, a delegação coletiva impõe custos objetivos relacionados com o funcionamento da máquina coletiva, incluindo gastos com os serviços de administração, e contratação de peritos e agentes especializados para o repasse de informações técnico-constitucionais. Subjetivamente, a utilização do grupo também exige que os indivíduos manifestem, na prática, alguma disposição psicológica e moral para participar nas reuniões, assembleias e convocações extraordinárias, sendo, todavia, um custo de oportunidade inexistente na alternativa do isolamento individual.

No modelo geral de solução de conflitos, os meios ilícitos podem ser utilizados, instrumentalmente, objetivando produzir ganhos estratégicos como rapidez de execução, monopólio de decisão e liberdade absoluta de expressão; entretanto, do ponto de vista constitucional, tais benefícios colocam em risco a segurança econômica do próprio contraventor, porque existe a possibilidade de funcionar a intervenção repressiva do Estado, acarretando prejuízos futuros (ou externalidades negativas), através de multa, indenização, nulidade contratual e prisão. Por outro lado, na alternativa lícita da anarquia contratual, o indivíduo é capaz de produzir benefícios semelhantes, como rapidez de execução; autogestão dos contratos, baseada na palavra; e representação direta dos interesses, sem qualquer possibilidade de intervenção ou presença burocrático-estatal, no futuro. Constitucionalmente, a alternativa moral lícita não produz custos objetivos causados pelo uso formal da Lei, mas, em contra-partida, os integrantes do contrato desta natureza, devem manifestar intensa disposição psicológica e moral para gerenciar o processo coletivo de negociação, diálogo e cooperação, mantendo a informalidade jurídica entre as partes.

A autoregulação civil através da arbitragem e da mediação oferece, por sua vez, ganhos institucionais como rapidez na execução da vontade das partes, confidencialidade, privacidade absoluta, justiça, consenso, e legitimidade das regras instituídas no processo de julgamento. Os custos objetivos derivam dos gastos referentes à contratação de árbitros, peritos e ao trabalho de secretaria para viabilizar o procedimento arbitral. Os participantes também devem estar dispostos psicológica e moralmente a negociar os interesses em conflito. O custo de oportunidade, neste processo tecnológico, torna-se evidente por meio da renúncia do poder decisório unilateral e devido ao sacrifício parcial da subjetividade, como determina normalmente qualquer regra civil, o que não faz parte do critério inconstitucional da anarquia.

O intervencionismo ou despotismo benevolente do Estado traz para indivíduo outras vantagens institucionais como proteção burocrático-estatal, intervenção repressiva dos aparelhos públicos, impessoalidade ou objetividade do processo de solução dos conflitos, e direito de usar recursos judiciais, o que não faz parte do procedimento arbitral. Os custos operacionais, nesta alternativa, estão ligados ao pagamento de advogados e aos eventuais serviços extras do Judiciário, durante o processo judicial. O custo subjetivo decorre, particularmente, do fato de que o indivíduo atribui ampla e irrestrita autoridade para o Estado resolver o conflito, sacrificando, deste modo, a criatividade, a liberdade e o diálogo democrático, ao contrário do que ocorreria na alternativa da arbitragem.

CAPÍTULO 2

A HIPÓTESE DO AUTO-INTERESSE

Neste capítulo, reorganizamos, programaticamente, a filosofia altruísta dos clássicos e destacamos a afirmação de que o ser moral, quando recorre ao emprego de alguma tecnologia institucional, comporta-se como um ser econômico, avaliando custos e benefícios no processo de produção dos bens públicos, dentro do governo e assembleias. Também consideramos, neste capítulo, que a tradicional e clássica dicotomia entre egoísmo e utilitarismo social, como já reforçou Amartya Sen, em seu livro *Sobre Ética e Economia* (1999), é falsa em vários aspectos da vida pública. Grupos que atuam como intermediários entre o indivíduo e o todo – como classe, comunidade ou grupos ocupacionais – propiciam oportunidades para muitas ações serem bem sucedidas no espaço competitivo, e envolvem, simultaneamente, cooperação e comprometimento em sua dinâmica institucional. Muitas ações baseadas na lealdade ao grupo impõem sacrifício dos interesses puramente pessoais, por outro lado, podem facilitar perfeitamente a realização do auto-interesse de seus participantes.

2.1) OBJETIVO DO CAPÍTULO

Pretendemos reorganizar a filosofia dos clássicos, valorizando, neste processo, a hipótese política do auto-interesse na produção do bem público e coletivo.

2.2) CONCEITO OPERACIONAL

Racionalidade

No modelo de maximização de utilidade: 1) o indivíduo possui interesses; 2) busca meios institucionais para satisfazer suas demandas (através de meios lícitos ou ilícitos); 3) compara custos e benefícios institucionais; 4) e faz escolhas coerentes

(ou transitivas) de acordo com a sua avaliação individual. O desenvolvimento teórico dessa estrutura de raciocínio apóia-se no fato de que os cidadãos buscam mecanismos ou meios institucionais produtivos para atender suas demandas na ordem político-constitucional. O cidadão, durante esse processo estratégico, é semelhante ao modelo do *homo economicus*. O modelo é bastante familiar entre os economistas desde o século XVIII, e amplamente empregado por autores da *Rational Choice* americana, a partir dos anos de 1950. Segundo Buchanan, tradicionalmente este modelo permite fazer previsões científicas e explicar o comportamento racional dos seres humanos em condições específicas. No contexto da ciência econômica, estas condições iniciais envolvem a existência de uma rede de trocas dentro da qual os indivíduos calculam custos e benefícios antes de tomar suas decisões finais. A escolha desse modelo econômico não apresenta, paradoxalmente, uma explicação lógica sobre a sua inclusão ou origem programática. Buchanan admite, neste sentido, que existem modelos alternativos para o cientista explicar a realidade empírica, mas a preferência por este ou aquele tipo de modelo depende de muitos elementos que nem sempre são claramente compreensíveis⁶⁷, como, por exemplo, do estilo do observador, dos hábitos intelectuais, da moda e do grau de convergência da opinião teórica com os fatos.

O tipo racional é uma agente que se preocupa com os meios eficientes⁶⁸. Quando os economistas se referem, portanto, a um homem racional, eles não estão designando um indivíduo cujos processos e pensamentos consistem exclusivamente de proposições lógicas ou sem preconceito, onde as emoções seriam inoperantes. No uso normal, todos esses aspectos poderiam ser considerados racionais, mas a definição econômica se refere unicamente à pessoa que se move em direção a suas metas⁶⁹:

Suponha que um monge escolheu conscientemente, como sua meta, atingir um estado de contemplação mística de Deus. A fim de atingir sua meta, ele deve purificar sua mente de todos os pensamentos lógicos e da busca consciente da meta. Economicamente falando, essa purgação é bastante racional,

⁶⁷ BUCHANAN, 1987, p.51.

⁶⁸ DOWNS, p.27.

⁶⁹ Idem, p. 27.

embora fosse considerada irracional ou pelo menos, não racional por quaisquer das definições não-econômicas de racionalidade.

Embora se possa argumentar que as metas podem ser modificadas pelos processos que são usados para atingi-los, alguma separação entre fins e meios deve ser permitida, ou todo o comportamento se torna desorganizado e sem sentido. Por conseqüência, admite-se que todo aquele que toma decisão avalia as alternativas diante dele para um fim último. Entretanto, as metas escolhidas não precisam ser: 1) mantidas continuamente na consciência enquanto estão sendo perseguidas ou 2) ser, puramente, uma questão de livre escolha. Um agente racional também se comporta nos seguintes termos⁷⁰: 1) consegue sempre tomar uma decisão quando é confrontado com uma gama de alternativas; 2) classifica todas as alternativas diante de si em ordem de preferência de tal modo que cada uma é ou preferida, indiferente, ou inferior a cada uma das outras; 3) seu *ranking* de preferência é transitivo; 4) sempre escolhe dentre todas as alternativas possíveis, aquela que fica em primeiro lugar em seu *ranking* de preferência; 5) toma a mesma decisão, cada vez que é confrontado com as mesmas alternativas. Em síntese, a racionalidade do modelo refere-se, principalmente, ao processo de ação e não aos fins que serão alcançados.

2.3) ALTRUÍSMO E RACIONALIDADE: UMA RECONSTRUÇÃO PROGRAMÁTICA SOBRE OS CLÁSSICOS

A concepção de mundo altruísta, de maneira geral, se baseia na suposição normativa de que o indivíduo representativo deve maximizar o interesse público e o bem comum na esfera governamental, pensando exclusivamente no bem da comunidade. Na prática, os filósofos que defendem o altruísmo na política descrevem o funcionamento das instituições governamentais, confrontando a virtude cívica, a vontade geral e a soberania do Estado como forças superiores à ética do individualismo maximizador, durante o processo de produção das políticas públicas

⁷⁰ DOWNS, p. 28.

e das leis ideais.

O auto-interesse para esse tipo de corrente filosófica é apenas objeto de regulação e, por isto mesmo, deve ser desprezado, teoricamente, como sujeito moral qualificado para escolher e definir as políticas públicas, visando o bem-estar da comunidade. Na situação ideal, quem deve governar e produzir leis e políticas públicas, em geral, é o individualismo benevolente. O individualismo político maximizador seria prenúncio de anarquia, um problema político causador de males públicos que precisaria ser afastado do poder decisório. Ainda de acordo com a visão negativa dos altruístas sobre o individualismo maximizador, os políticos pragmáticos pensariam exclusivamente em seus distritos eleitorais; os governantes teriam como meta a reeleição para obter vantagens particulares, poder e visibilidade eleitoral em detrimento do espírito público empreendedor; ou então, o indivíduo racional perseguiria, livremente, o bem-estar privado com desprezo da ordem pública, das leis e da ética do bem comum, o que justificaria, portanto, o incremento moral do poder repressivo do Estado e da regra de obediência nas relações políticas.

Por outro lado, a filosofia altruísta não consegue responder, com habilidade, como são produzidas as políticas públicas nos sistemas democráticos, desenvolvendo, construtivamente, o auto-interesse como hipótese central de trabalho. Os pensadores altruístas afastam, no debate político, o ser ético (virtuoso, ideológico) do ser racional (que calcula e que tem interesses particulares). No pensamento político de Rousseau e Kant, por exemplo, as instituições ideais seriam comandadas por indivíduos moderados, virtuosos e esclarecidos intelectualmente, voltados para promover o bem comum e a felicidade do povo. Nestes autores, como exemplo, o individualismo político maximizador não encontra espaço como força positiva de produção do bem comum na administração pública ou coletiva. O auto-interesse no Estado é condenável moralmente e recebe um significado filosófico subalterno, sendo desvalorizado como fonte construtiva das instituições consideradas ideais.

Na obra *O Contrato Social*, o interesse público de Rousseau é produzir liberdade e igualdade social, combinando, publicamente, coerção e obediência.

Ficam fora as seguintes tecnologias políticas no processo ideal de produção do bem público: a negociação, a descentralização do poder decisório para o Povo, e o *lobby* (ou pressão) sobre os deputados, porque são figuras esclarecidas pela Vontade Geral que devem, portanto, ficar livres para decidir o que é mais justo para a sociedade.

Inicialmente, a coalizão é utilizada como tecnologia, numa situação social extraordinária, visando produzir um poder público que atuará de maneira soberana, sobre os próprios componentes fundadores do contrato social. A tecnologia da coalizão surge porque os indivíduos desejam renunciar ao estado de natureza e da anarquia. Através do consentimento da maioria da sociedade, os indivíduos instituem, tecnologicamente, o contrato social, cultivando a idéia da obediência incondicional à decisão coletiva e às futuras leis que farão movimentar o contrato. A minoria e os dissidentes, neste quadro, não têm outra alternativa a não ser acatar a imposição da Vontade Geral. Os governos podem ser destituídos, posteriormente, pelo Povo, segundo Rousseau, quando não desempenham com eficiência, a expectativa do contrato social. Normalmente, entretanto, deve existir entre a soberania da Vontade Geral e o Povo, governos eleitos pelo sufrágio universal. Por meio das eleições, enfatiza Rousseau, o Povo poderá exercer a sua autoridade, mas apenas, e exclusivamente, para mudar as políticas públicas do passado (em outras palavras, rejeitando pelo voto, a repetição da experiência política anterior). Seu poder não se estende ao controle direto das políticas que serão realizadas no futuro ou estejam em andamento no presente. Para Rousseau, a explicação é que o Povo nem sempre age com juízo perfeito ou esclarecido sobre o mundo, e não raramente, precisa de um guia para tomar decisões em seu favor ⁷¹. Rousseau guarda, neste ponto, uma visão otimista sobre os legisladores, homens extraordinários no Estado⁷², porque, segundo ele, sua natureza consiste em buscar sempre melhores leis para a evolução do Povo:

(...) A vontade constante de todos os membros do Estado é a vontade geral; é por ela que são cidadãos e livres. Quando se

⁷¹ O CONTRATO SOCIAL, livro I, cap. 6.

⁷² Idem, livro I, cap. 7.

propõe uma lei na assembléia do povo, o que se lhes pergunta não é precisamente se eles aprovam ou se a rejeitam, mas se ela está ou não conforme a vontade geral que é a sua; cada um, ao dar o seu voto, dá a sua opinião sobre o assunto; e do cálculo dos votos tira-se a declaração da vontade geral. Quando, portanto, a opinião contrária a minha vence, isso não prova outra coisa senão que eu me tinha enganado e que o que eu pensava ser a vontade geral, não o era (...) ⁷³.

Na filosofia pública de Rousseau, o Povo não deve participar em nenhuma decisão política do cotidiano, e somente uma elite governante poderá administrar o verdadeiro bem público. Um tribunal ou conselho pode ser estabelecido para fiscalizar, eventualmente, o desempenho das leis e dos governos, mas todas as decisões serão produzidas através de uma única tecnologia pública: a centralização do poder decisório no governo, que na descrição de Rousseau, seria uma consequência prática do contrato social.

A descentralização do poder para o Povo é uma tecnologia perigosa, para Rousseau. Sob nosso ponto de vista programático, ao contrário, essa tecnologia poderia ser um incentivo positivo para aumentar a coesão social em estados populosos e de grandes extensões. Para Rousseau, entretanto, a melhor solução é utilizar um incentivo negativo, ou seja, reforçar o poder repressivo quando é grande o tamanho da população. De acordo com o despotismo benevolente de Rousseau, os debates longos, as discórdias, e o tumulto, prenunciam o ascendente dos interesses particulares e o declínio do Estado⁷⁴. Para o governo ser bom, ele deve ser relativamente mais forte à medida que o Povo seja mais numeroso⁷⁵. Uma vez que o crescimento do Estado estimula os depositários da autoridade pública a maiores tentações, e a buscar meios para abusar do seu poder, o governo deve ter força para conter o Povo e o Soberano precisa apresentar, por sua vez, autoridade para conter os governos⁷⁶.

Originalmente, a meta do contrato social é produzir liberdade e igualdade pública, tendo como base o exercício da capacidade eleitoral dos cidadãos,

⁷³ Idem livro IV, cap. 2.

⁷⁴ Idem, livro IV, cap. 2.

⁷⁵ Idem, livro III, cap. 1.

⁷⁶ Idem, livro III, cap. 1.

entretanto, a forma de governabilidade é autocrática (planejamento participativo e influência de interesses particulares, através dos *lobbies* nos negócios públicos, é uma prática política estranha para o sistema constitucional idealizado no modelo elitista de Rousseau, a partir que sugere nosso olhar programático). A justiça social como bem público mais amplo, seria consequência da centralização do poder nos governos, negando qualquer oportunidade para o Povo ser sujeito ou co-autor das políticas governamentais do presente ou futuro. Existindo, por exemplo, escassez de verbas públicas, os governos poderiam negociar com as partes interessadas, definindo prioridades através da prática do orçamento participativo. Através desta tecnologia política, os governantes estariam, sob nosso ponto de vista programático, menos expostos ao despotismo malevolente, na avaliação dos opositores e excluídos.

A tecnologia da negociação popular não desperta interesse algum na filosofia pública de Rousseau porque o Povo sempre quer seu bem, mas nem sempre é capaz de descortinar onde ele se encontra. A Vontade Geral, diz ele, está sempre certa, mas o juízo, que o guia, nem sempre é esclarecido ⁷⁷. A negociação não é, neste contexto, uma tecnologia pública significativa tanto na origem como no funcionamento do contrato social. A partir do ato fundador, constituído por pura imposição da maioria, o movimento sucessivo da Soberania e da atividade política se caracterizará apenas pela obediência e uso da força repressiva do Estado.

A descentralização do poder público também poderia ser uma tecnologia institucional auxiliar do contrato social, mas Rousseau prefere racionalmente, não inclui-la no processo governamental ordinário. Nos Estados de maior extensão geográfica e populacional, o autor chega a reconhecer, inicialmente, o desafio de manter a unidade e a popularidade dos governos através da descentralização da máquina burocrática, porque a administração, segundo ele, fica mais onerosa com os escalões que se multiplicam em cada cidade. Tantos encargos com a descentralização, admite Rousseau, prejudicam as finanças públicas para atender problemas extraordinários⁷⁸:

⁷⁷ Idem, livro I, cap. 4.

⁷⁸ Idem, livro II, cap. 9.

(...) Em primeiro lugar, a administração torna-se mais difícil nas grandes distâncias, tal como um peso se torna mais pesado quando seguro na ponta de uma alavanca maior. Torna-se também mais onerosa à medida que os escalões se multiplicam, pois cada cidade tem, para começar, a sua própria administração que o povo paga, cada distrito ainda também a sua, que o povo também paga, depois cada província, depois os grandes governos, as satrapias, os vice-reinados, que custam cada vez mais caro à medida que se vai subindo na hierarquia, e sempre às expensas do pobre povo; e por fim, vem a administração suprema, que tudo esmaga. Tantos encargos esgotam continuamente os súditos, que, longe de serem bem governados por todas estas diferentes ordens, o são menos bem do que se só houvesse uma instância governativa com autoridade sobre eles. Entretanto, mal sobram recursos para os casos extraordinários, e, quando é preciso recorrer a eles, o Estado encontra-se sempre em vésperas de ruína⁷⁹.

Nos grandes Estados, reconhece Rousseau, o governo tem menos força e velocidade para observar os vexames, corrigir os abusos, prevenir as iniciativas de revolta, que podem surgir nos lugares mais afastados, como também o Povo, que tem menos respeito pelos seus chefes, que nunca vê, pela pátria, que parece tão grande a seus olhos como o mundo inteiro, e pelos seus co-patriotas cujo maior parte lhe são estranhos⁸⁰. As dificuldades de um corpo demasiado grande⁸¹ podem enfraquecê-lo, ficando sujeito a ser esmagado pelo seu próprio peso.

Sendo, portanto, o governo a suprema administração e o exercício legítimo do poder executivo⁸², o incentivo indicado para manter a ordem constitucional consistiria, finalmente, em institucionalizar a força repressiva e massificar as leis dentro do território onde é exercida a Soberania. A descentralização físico-burocrática da máquina estatal poderia ser aplicada pelos governantes em algumas situações, mas não deveria incluir a existência de conselhos populares porque, nos tempos modernos, alega Rousseau, é inviável, operacionalmente, reunir a maioria da população para decidir alguma demanda pública. A preferência autocrática de Rousseau despreza, deste modo, a possibilidade do contrato social ser uma prática

⁷⁹ Idem, livro II, cap. 9.

⁸⁰ Idem, livro II, cap. 9.

⁸¹ Idem, livro III, cap. 1.

⁸² Idem, livro III, cap. 1.

do cotidiano entre governados e governantes. Nesta linha de argumentação, o contrato social (bem público) pode ser modificado apenas em duas situações extraordinárias: na origem da Soberania ou na sua extinção.

O despotismo benevolente defendido por Rousseau, não nos autoriza imaginar, portanto, uma associação popular (coalizões com movimentos sociais ou com a totalidade do Povo) na formulação ou extinção de novas políticas públicas. O povo somente vota. Os políticos, por sua vez, executam o que acham de melhor para o Povo e para a Soberania do Estado. Eles podem assumir esta responsabilidade com maior grau de competência porque, pela sua natureza ocupacional, são figuras altruístas, que se dedicam ao trabalho, incansável, em favor do bem do povo.

No despotismo benevolente de Kant, encontramos essa mesma tendência de valorização do papel das elites virtuosas na construção do Estado ideal. No imaginário político de Kant, o Estado deve ser usado como tecnologia e pode ser aperfeiçoado com reformas imaginadas pela reflexão intelectual dos chefes de Estado. Ficam fora do processo ideal de produção do bem público, no dia a dia, as seguintes tecnologias institucionais: a negociação, o *lobby*, e a descentralização do poder decisório junto à sociedade civil, devido ao modelo político autocrático, representado pelo despotismo filosófico e benevolente do governo.

Na filosofia pública de Kant⁸³, a Política deve estar ligada, idealmente, à Moral, mas enquanto a união não se concretiza entre estas duas categorias, a Política deve subordinar-se ao Direito, que é uma externalidade necessária para os homens. Empiricamente, entretanto, a política tradicional tem dificultado a possibilidade do ideal kantiano, porque a atividade prática dos políticos se rende geralmente, à astúcia. Na teoria da Moral, a honestidade é, idealmente, superior a qualquer tipo de política desta natureza, mas na realidade os políticos práticos têm negado a esperança da paz através de suas decisões públicas. A vontade de todos os homens individualmente, de viverem em uma constituição legal, em harmonia com os princípios da liberdade, não tem sido suficiente para tornar factível esta

⁸³ Kant, A Política e a Moral, in: Paulo KRISCHKE (org), *O Contrato social, ontem e hoje*. São Paulo, Cortez, 1993, p. 131.

finalidade suprema⁸⁴. É preciso, portanto, criar uma causa unificadora, engendrar uma vontade comum, a começar pela força, argumenta, textualmente Kant⁸⁵, sobre cuja coação, será fundado o direito público.

A sabedoria do Estado pode coincidir com a Moral, através da ação racional de homens que concebem princípios nobres, os chamados políticos morais ou indivíduos virtuosos, que possuem a capacidade de estabelecer, como princípio fundamental, a correção dos defeitos do Estado e torná-lo adequado aos direitos naturais, observando-se a idéia da Razão como modelo, mesmo que cause sacrifícios sobre o amor próprio dos governantes e indivíduos em geral⁸⁶. Os moralistas despóticos⁸⁷, por outro lado, se vangloriam, projetam práticas para não perder suas vantagens privadas, e abandonam o povo. Seus negócios prevalecem, sua conveniência domina; e se recusam a praticar a obediência⁸⁸. O moralista político⁸⁹, diferentemente, desenvolve a sabedoria do Estado, o que lhe exige um grande conhecimento da natureza pública a fim de utilizar o seu mecanismo para atingir a finalidade pensada. Entretanto, todo este conhecimento, diz Kant, é incerto no que se refere ao seu resultado, que seria a paz perpétua, como bem público supremo.

A sabedoria do Estado também sofre influência do pluralismo social, mas Kant não admite este fato de maneira democrática na política moral. Existem subgrupos, partidos, e *lobbies* que atuam na máquina do governo e que desviam o ideal puro da vontade coletiva, mas Kant prefere considerar estes fatores como formas de anarquia que precisam de controles institucionais. Kant sugere que o cálculo individualista e os interesses pessoais no governo são forças do mal público e precisam, portanto de restrições jurídicas.

A crítica contra o auto-interesse dos governantes é claramente identificável quando Kant afirma que a boa vontade não está determinada por atitude alguma e por cálculo interessado, mas tão somente pelo respeito ao dever⁹⁰. Este tipo de

⁸⁴ Idem, p. 130.

⁸⁵ Idem, p. 130.

⁸⁶ Idem, p. 131.

⁸⁷ Idem, p. 132.

⁸⁸ Idem, p. 134.

⁸⁹ Idem, p. 135.

⁹⁰ Idem, p. 87.

afirmação nega a possibilidade do auto-interesse como um comportamento eticamente orientado para o bem público. Kant transfere, no entanto, o auto-interesse, que é uma realidade humana, para a tutela reguladora do Estado, a fim de ser domesticado ou civilizado na sociedade civil.

A imposição das regras do Direito, neste processo, representaria o interesse benevolente de determinados políticos morais, ou eticamente corretos, bem intencionados, que procuram apenas manter a ordem contra os abusos políticos e o individualismo anárquico, instituindo, nesta direção, os meios justos para que todos possam viver em liberdade dentro dos limites jurídicos.

A imposição do Direito deve ser um meio eficaz, nesta situação, mas Kant não considera o fato de que, para se alcançar o ideal da ordem civil nestes termos, as leis, mesmo sendo concebidas por um processo mental ou por uma revelação *a priori* dos legisladores e chefes de Estado, deverão representar opiniões diferentes, e até mesmo conflituosas sobre a sua natureza e aplicação no espaço público.

A negociação política dentro do conjunto filosófico kantiano poderia ser, em nossa visão programática, uma tecnologia política alternativa para a atuação do indivíduo moral ou virtuoso dentro do governo. Entretanto, o processo político kantiano supervaloriza o isolamento social do chefe de Estado com seu grupo dirigente. Apenas através desta metodologia autocrática é que se poderá descobrir o que é mais justo para povo em geral.

Mantendo ainda a nossa abordagem democrática, a importância da negociação pública poderia complementar, operacionalmente, a reflexão filosófica dos chefes de Estado, mas a axiologia autocrática de Kant não permite pensar nisto, porque sua concepção de poder é levada ao extremo do despotismo filosófico e benevolente:

O político moral estabelecerá como princípio fundamental o seguinte: quando se encontram defeitos na constituição do Estado ou nas relações entre os Estados, que não foi possível prevenir, é dever, primordialmente dos chefes de Estados, refletir no modo como esses defeitos poderiam o mais rapidamente possível, ser corrigidos, e tornados adequados ao direito natural, tal como

temos por modelo diante de nossos olhos na idéia da razão, mesmo que custe sacrifício a seu amor-próprio⁹¹.

A ausência do auto-interesse na hipótese kantiana, considerando, virtualmente, o cenário político dominado pela Moral, é uma suposição incompleta, sob nosso ponto de vista programático, porque não consegue apreender, com realismo, o comportamento político no ambiente competitivo e pluralista. Idealmente, o político moral, para Kant, é o indivíduo que busca a sabedoria do Estado e entra na política, tendo como meta produzir o bem público de forma ética, não praticando a corrupção no poder. O problema teórico, que levantamos em nossa reconstrução programática, é que não existirão apenas um, mas vários políticos moralistas apresentando opiniões e interesses diversos sobre a mesma demanda pública.

Concluindo: a tendência altruísta da política coincide, fortemente, com o pensamento de Aristóteles, que imagina, em seu livro *A Política*⁹², uma cidade perfeita ou república governada por cidadãos cheios de virtude⁹³. O homem virtuoso, diz Aristóteles, é aquela pessoa cuja virtude faz ascender os bens inferiores à altura dos bens absolutos⁹⁴. Para Aristóteles, não há dúvida de que os homens que estão no poder precisam possuir alguma superioridade sobre aqueles que são governados⁹⁵. A virtude do cidadão e do juiz, considera Aristóteles, é a mesma que a do homem de bem. Idealmente, o cidadão deve principiar por obedecer antes de ordenar, e o legislador deve encontrar o meio de fazer os homens virtuosos, regulando os exercícios que podem levá-los à virtude e também estabelecendo qual é o fim da existência perfeita⁹⁶. Ainda de acordo com o pensamento de Aristóteles:

Em um Estado, governado com perfeição, formado por cidadãos que são justos, no sentido total da palavra, os cidadãos não devem desempenhar as artes mecânicas, nem as profissões de comércio; pois este tipo de existência tem algo de vil, e é contrário à virtude. É necessário até, a fim de que sejam realmente cidadãos, que eles não se tornem lavradores; pois o descanso lhes é preciso para fazer

⁹¹ KANT, in: KRISCHKE, p.130.

⁹² ARISTÓTELES, Livro IV, cap. XII.

⁹³ Idem, §5.

⁹⁴ Idem, §4.

⁹⁵ Idem, cap. XIII, §3

⁹⁶ Livro IV, cap. XIII, §4.

a virtude em sua alma e para exercer os deveres civis⁹⁷.

Complementando, essa tendência ou tradição aristotélica, a crítica racional que o programa de pesquisa da anarquia ordenada procura fazer, neste capítulo, sobre o altruísmo dos clássicos ressalta, apenas, que os políticos virtuosos têm preferências e opiniões variadas sobre: a natureza do bem público, a hierarquia de prioridades nas tomadas de decisão, e o critério de escolha das tecnologias públicas mais eficientes na condução do governo. Nesta linha de raciocínio, o capítulo defende as seguintes proposições:

1-Os políticos e cidadãos virtuosos, ou democráticos, apresentam interesses e fazem escolhas estratégicas no espaço público.

2- Representam partidos, grupos, ideologias e são provenientes de uma sociedade competitiva, marcada por estilos múltiplos de convivência social.

3- Para alcançar seus objetivos públicos, os indivíduos utilizam, instrumentalmente, o Estado e suas regras como tecnologias do auto-interesse. Por extensão, calculam custos e benefícios institucionais em suas atividades; negociam com outros atores virtuosos ou não, para compor a maioria nas votações e podem, inclusive, distribuir cargos oficiais para seus aliados. Além disto, praticam o *lobby* sobre os governantes e centralizam o poder decisório, buscando obter, deste modo, maior velocidade de decisão, por força do mandato eleitoral.

⁹⁷ ARISTÓTELES, cap. VIII, §2.

CAPÍTULO 3

A VIRTUDE POLÍTICA DA ANARQUIA ORDENADA

Procuramos demonstrar, neste capítulo, que a virtude pública da anarquia ordenada é uma disposição institucional, voltada para alcançar o meio-termo político. Nesta linha de argumentação, acreditamos que a anarquia ordenada mobiliza regras que proporcionam uma terceira alternativa para os indivíduos autogovernarem seus contratos, democraticamente. Ao longo deste capítulo, entretanto, não consideramos a virtude pública da anarquia ordenada como uma certeza institucional do meio-termo, porque sua prática depende da ação maximizadora e utilitarista dos participantes.

3.1) OBJETIVO DESTE CAPÍTULO

Conceituar a virtude pública da anarquia ordenada, resgatando o título original da obra *Os Limites da Liberdade: entre a anarquia e o Leviatã*.

3.2) CONCEITO OPERACIONAL

Virtude

A virtude é uma disposição para o bem e o meio-termo. Toda virtude ou excelência faz com que as funções sejam bem desempenhadas. A virtude do homem será, por exemplo, uma disposição que o torna bom. A virtude pode ser também representada pela mediania que procura definir de maneira intermediária, uma solução ou qualidade que evita o excesso e a carência nas ações⁹⁸. Ou seja, a virtude é uma disposição de caráter relacionada com a escolha de certas ações e paixões, e fica consistente numa mediania, isto é, numa mediania relativa à nossa opinião, que é determinada por sua vez, por um princípio moral próprio do homem que é dotado de sabedoria prática.

⁹⁸ ARISTÓTELES, Livro II, 6.

Segundo Aristóteles, não é por natureza, nem contrariamente à natureza que as virtudes se geram em nós; antes devemos dizer que a natureza nos dá a *capacidade de recebê-las* e tal capacidade se aperfeiçoa com o hábito⁹⁹. As virtudes relacionam-se com ações e paixões, que são acompanhados de prazer e sofrimento. Paixões, de acordo com Aristóteles, são os apetites, a cólera, o medo, a audácia, a inveja e de um modo geral, os sentimentos que são acompanhados de prazer ou sofrimento. Nem toda ação ou paixão, admite, no entanto, um meio-termo, pois algumas entre elas têm nomes que já em si mesmos implicam maldade, como por exemplo, o despeito, o despudor, a inveja, e no âmbito das ações, o adultério, o roubo, o assassinato. Com efeito, nessas ações e paixões e outras semelhantes, explica textualmente Aristóteles, *a maldade não está na falta ou excesso, mas implícita nos próprios nomes*. Neles nunca será possível haver retidão, mas tão somente o erro. Não existe meio-termo nos excessos, porque sendo excessivos, não apresentam algum tipo de carência oposta. Em outras palavras, o meio-termo não pode ser o meio apenas do excesso. Conceitualmente, precisa contar com outra parte extrema, contrária, para indicar a possibilidade do meio-termo entre essas duas categorias¹⁰⁰. Para se descobrir e conceituar o meio-termo, Aristóteles propõe a seguinte metodologia:

1-identificar e confrontar os dois extremos opostos;

2-observar os erros que cometemos freqüentemente, através do prazer e sofrimento, visando reforçar empiricamente esses dois extremos;

3-procurar o extremo contrário dos erros;

4-nos forçar a ir na direção do extremo contrário desses erros;

5-idealizar um estado intermediário que deve estar longe, o mais possível, do erro;

⁹⁹ Idem, Livro II.

¹⁰⁰ Idem, Livro II, 6.

6-praticar o movimento reflexivo, no sentido do excesso e outras vezes no sentido da falta, como forma de atingir o meio-termo e aquilo que é certo;

7-considerar que os extremos apresentam uma certa semelhança com o meio-termo, porém, guardam grande disparidade, ou desigualdade, entre si;

8- definir a virtude do meio-termo como uma disposição, e não uma certeza, do indivíduo;

9-atribuir ao meio-termo a capacidade do bem;

10-finalmente, não considerar a descoberta do meio-termo das ações pelo processo matemático, mas pela importância que ele assume em relação à nossa opinião (em relação a nós, de acordo com as palavras originais de Aristóteles).

3.3) OS LIMITES DA LIBERDADE: ENTRE A ANARQUIA E O LEVIATÃ

No modelo político ditatorial, em um extremo teórico, o indivíduo governado e os interesses econômicos são objeto de intervenção do Estado e ficam subordinados ao interesse público (e transcendental) da comunidade, incondicionalmente. No modelo clássico do Leviatã, por exemplo, o Estado é absoluto em suas decisões jurídicas, devendo o princípio máximo da obediência ser respeitado por todos. Na doutrina apresentada por Hobbes, o hábito geral da obediência para o súdito estabelece em contrapartida, a ausência de uma conduta de obediência para o soberano. O Estado é quem produz o direito para os seus súditos a partir de uma posição exterior e neutra em relação aos interesses particulares. O Estado, segundo Hobbes, pode ser instituído voluntariamente pelos indivíduos ou através da força (aquisição), mas independentemente da origem, a realidade é que o Estado sempre existirá na sociedade como força exterior, sobrepondo-se à vontade individual de cada um.

O Estado é uma pessoa artificial, como define Hobbes. Por analogia, alimenta-se de impostos; pensa; avalia custos e benefícios; comanda a ação dos

indivíduos; fiscaliza; pune; e pode ser, até mesmo, vítima de enfermidades. Segundo Hobbes, a soberania é a alma do Estado, e apesar de ser imortal, na intenção daqueles que a criaram, não apenas ela se encontra, por sua própria natureza, sujeita à morte violenta através da guerra exterior, mas encerra também em si mesma, devido à ignorância e às paixões dos homens, e a partir da própria instituição, grande número de sementes de mortalidade natural, através da discórdia intestina¹⁰¹.

A autoridade judicial do Leviatã possui o direito absoluto de ouvir e julgar todas as controvérsias que venham surgir a respeito das leis, tanto civis quanto naturais, ou com respeito aos fatos. Domina, também, o direito de fazer guerra e paz com outras nações; o poder de prescrever as regras através das quais todo homem pode saber quais os bens que pode desfrutar, e quais as ações que pode praticar, sem ser molestado por qualquer de seus concidadãos. Possui, ainda mais, o direito de cunhar moedas e de recolher impostos. A soberania do Leviatã é eficaz, para Hobbes, desde que sua autoridade seja indivisível e ilimitada. Apenas o Estado é capaz de produzir e fiscalizar as leis. O Estado não pode prestar fidelidade a outras entidades a não a ser a Deus. Em outras palavras, o Leviatã, sendo absoluto na Terra, não teria responsabilidade civil. Nesta direção, Hobbes declara que o rei cujo poder é limitado não é superior àquele ou aqueles que têm o direito de limitá-lo. Quem não é superior, não é supremo, isto é, não é soberano¹⁰².

No sistema filosófico do Leviatã, quando existir alguma lacuna no ordenamento jurídico, ela deverá ser preenchida, conforme destaca a explicação de Bobbio¹⁰³, sem que se abandone o sistema jurídico positivo. Porém, esta correção acontecerá de maneira um pouco diferente do que fazem os positivistas modernos, prossegue Bobbio, que utilizam, tradicionalmente, a analogia aos fatos conhecidos e aplicam os princípios gerais do direito vigente e formalizado (o chamado método da autocomplementação). Esse tipo de solução não se apresenta em Hobbes, e nem poderia se apresentar, explica Bobbio, porque Hobbes mesmo sendo aparentemente um positivista pelo resultado que visava, era um jusnaturalista pelo fundamento

¹⁰¹ HOBBS, Leviatã, cap. XXI, p.135.

¹⁰² Idem, cap. XIX, p. 118.

¹⁰³ BOBBIO, 1991, p. 116.

sobre o qual havia apoiado seu sistema ¹⁰⁴. A diferença fundamental entre Hobbes e um positivista do século XIX, reside no fato de que o sistema jurídico positivo, para os modernos, seria autosuficiente ¹⁰⁵, enquanto para Hobbes, o sistema jurídico positivo encontra a razão da própria legitimidade numa ordem natural (ou racional) pré-existente ¹⁰⁶.

Para Hobbes, nas matérias não previstas pelo ordenamento jurídico, deverá o juiz recorrer sempre à lei natural. Neste ponto, deve nascer uma outra argumentação politicamente significativa: as leis naturais são obrigatórias em todos os casos onde as leis positivas silenciarem ¹⁰⁷. Para um positivista, onde não chega a lei positiva, vigoram os princípios legais. Ou seja, quando existir um espaço juridicamente vazio, uma esfera mais ou menos ampla da liberdade de fato ¹⁰⁸. Para Hobbes ¹⁰⁹, entretanto, onde não se faz presente a lei positiva, vigoram as leis naturais. Ou seja, o espaço juridicamente vazio é preenchido por normas do estado de natureza, coerentemente, através da operação de recepção das leis naturais pelo ordenamento positivo, que é objetivamente dominante.

A função do ordenamento positivo para o Leviatã é fazer com que as leis naturais se tornem válidas. Para Hobbes, isto significa que as leis naturais obrigam apenas no âmbito de um ordenamento positivo já estabelecido. Obrigam somente aqueles indivíduos que, depois do pacto social, tornaram-se membros de um Estado. As leis naturais não obrigam no estado de natureza, obviamente, porque não podem ser cumpridas sem provocarem dano; obrigam, ao contrário, no estado civil, porque o soberano está comprometido a fazê-las executar rigorosamente.

A lei natural que acompanha, implicitamente, a lei positiva, não pode ser aplicada ao caso não previsto e ficar livre de interpretações ¹¹⁰. Mas a quem caberia, finalmente, a responsabilidade de interpretar a lei natural? Segundo Bobbio, não resta dúvida de que, para Hobbes, *ela cabe unicamente à autoridade do Leviatã, personificada no juiz estatal* ¹¹¹. A interpretação das leis naturais não depende dos

¹⁰⁴ Idem, p.116.

¹⁰⁵ Idem, p. 116.

¹⁰⁶ Idem, p. 116.

¹⁰⁷ Idem, p. 116.

¹⁰⁸ HOBBS, cap. XIX, p. 116.

¹⁰⁹ Idem, cap. XIX, p.117.

¹¹⁰ Idem, cap. XIX, p. 118.

¹¹¹ Grifo nosso.

livros de filosofia moral, os quais expressam simplesmente opiniões pessoais dos filósofos, freqüentemente contraditórias, *mas sim da sentença do juiz nomeado pela autoridade soberana* ¹¹²*para ouvir e deliberar nas controvérsias*. O recurso à lei natural depende, única e exclusivamente, do arbítrio do juiz e de sua determinação. Isto quer dizer, em outras palavras, o seguinte: quem faz vigorar uma lei de natureza e quem lhe atribui esse e não aquele conteúdo continua a ser o soberano, através de uma dupla operação do recurso à lei e da determinação de seu conteúdo específico.

No desenho contratualista hobbesiano, a fronteira jurídica entre a ordem civil e o estado de natureza aparece, nitidamente, quando os indivíduos celebram seus contratos, enquadrando, voluntariamente, o seu interesse privado aos ditames da racionalidade pública. A liberdade combinada com a submissão jurídica se verifica, positivamente, nesta situação, quando os indivíduos adotam regras civis, e respeitam os termos acordados até a extinção do contrato, porque esperam obter, racionalmente, algum benefício institucional em troca, evitando qualquer influência da subjetividade das partes na estruturação do contrato civil.

Na teoria autocrática hobbesiana, o fato de o soberano Leviatã permitir a autoregulação civil dos indivíduos, através da liberdade para comprar e vender, fazer contratos, escolher a residência, profissão, investimentos, estilo de vida, etc, não nos permite concluir que se está abolindo o poder soberano do Estado sobre a vida e morte dos súditos, nem que se esteja delimitando a sua responsabilidade civil, abaixo da Lei. A liberdade dos súditos está apenas garantida naquelas matérias que o soberano autorizou. Em outras palavras, o soberano deve fazer o melhor que pode, para satisfazer a expectativa pública dos súditos, mas não precisará, para isto, obedecer a qualquer limite jurídico.

A supervalorização do Estado-máximo, absoluto, onipresente e onisciente, instituído pelo contrato, como indica o pensamento de Hobbes, fundamenta-se na hipótese de que os súditos fizeram a promessa de respeitar a lei civil no futuro (espontaneamente ou não) por influência da racionalidade. A meta política das leis seria, neste contexto público, restringir a liberdade privada, sem o que não seria possível haver paz coletiva. A Lei foi trazida ao mundo, de acordo com a crença

¹¹² Grifo nosso.

estatal desenvolvida por Hobbes, para limitar a liberdade natural dos indivíduos de maneira que eles sejam impedidos de causar danos uns aos outros, e possam ajudar-se e unir-se contra o inimigo comum, que é o estado de guerra¹¹³.

Considerando essa possibilidade negativa, em certo sentido, é convincente, portanto, a argumentação autocrática de Hobbes, que recomenda que as leis e as regras civis sejam rígidas, baseadas no princípio da obediência ao Estado e na separação, inquestionável, da anarquia em relação à ordem civil. Nesta linha de reflexão, as leis não devem apresentar flexibilidade quando se encontram nas mãos dos cidadãos, porque se forem traduzidas pelo livre arbítrio, tendem a cair na confusão da anarquia, usando-se o comentário recorrente de Buchanan.

Sob este ponto de vista, portanto, a fronteira político-jurídica de Hobbes é eficaz quando são introduzidas regras rígidas, produzidas absolutamente pelo Estado para serem aplicadas, sem interpretação ou subjetividade dos cidadãos comuns. Não pode haver plasticidade nas leis porque existe um medo coletivo que é evitado institucionalmente. Ou seja, quanto mais próximo se estiver do Leviatã, existirá maior grau de segurança pública entre os indivíduos.

Com a finalidade de fugir da guerra civil, as regras rígidas, na filosofia do Leviatã, são eficazes porque estabelecem previsibilidade dos contratos, exigindo, em contrapartida, obediência integral a todos os parâmetros estabelecidos pelo despotismo benevolente do Estado, sobre o que é justo e injusto, bem ou mal.

Além do Leviatã, o socialismo, e outras formas de utilitarismo social podem representar a ditadura do Estado e da mesma forma, contrariam a filosofia democrática da anarquia ordenada defendida neste estudo, uma vez que se fundamentam na supremacia do interesse social e no excesso de poder burocrático do Estado. De acordo com a crítica de Olson¹¹⁴, por exemplo, a doutrina marxista busca eliminar a racionalidade através da metafísica ideológica (a consciência de classe), e substitui o interesse individual pela idéia de uma vontade coletiva e universal da classe proletária. Ao fazer tais proposições, o marxismo nega o tema da racionalidade econômica e hostiliza a burguesia como classe do mal e do individualismo anárquico. Para o socialismo, não existe lugar para a racionalidade

¹¹³ Idem, cap. XXI, p. 163.

¹¹⁴ OLSON, 1999, p.124.

individual, porque seria um comportamento burguês, socialmente desestruturante e desumano.

Na filosofia revolucionária de Marx, originalmente, a ditadura do Estado burguês na sociedade capitalista é um problema institucional que deve ser resolvido através da revolução armada, e não através de reformas políticas ou negociações entre classes.

O Estado moderno é, para Marx, um aparelho utilizado para oprimir e explorar o trabalho da classe proletária. Funciona como se fosse um comitê para gerir os negócios comuns de toda a classe burguesa¹¹⁵. A estrutura legal-burocrática do Estado destina-se a proteger privilégios de uma fração minoritária que detém o monopólio da propriedade do capital. As evidências históricas, segundo Marx, mostram, neste sentido, a importância do Estado como instrumento de maximização do poder da burguesia na conquista de novas fronteiras de mercado durante a descoberta da América, na colonização da Ásia e da África; no incentivo tecnológico dos meios de troca e na implantação de uma complexa infra-estrutura de transportes e de comunicação para o escoamento e circulação das mercadorias. Todo este processo de expansão capitalista, segundo Marx¹¹⁶, foi acompanhado por um progresso político correspondente. Neste processo histórico, a burguesia conquistou, com o estabelecimento da grande indústria e do mercado mundial, a soberania exclusiva, adaptando a superestrutura do Estado moderno aos seus interesses mais egoístas. Já no século XIX, ressalta Marx, a sociedade capitalista possui civilização em excesso; meios de subsistência em excesso; indústria em excesso; comércio em excesso¹¹⁷. Simultaneamente, cresce a superpopulação de indivíduos miseráveis e a mão-de-obra desempregada. O consumismo da modernidade, que beneficia apenas uma classe econômica privilegiada, também determina um ritmo de concorrência e de produtividade ecologicamente insustentável. *Tudo o que era sólido e estável se desmancha no ar; tudo o que era sagrado é profanado e os homens são obrigados, finalmente, a encarar, sem ilusões, a sua posição social e as relações com os outros homens*¹¹⁸.

¹¹⁵ MARX & ENGELS, Manifesto do Partido Comunista, 1998, p.42.

¹¹⁶ Idem, p.41-42.

¹¹⁷ Idem, p.45.

¹¹⁸ Idem, p.43.

Para se liquidar a burguesia, responsável pela desordem pública na sociedade moderna, a solução, para Marx, é a derrubada violenta de todas as formas tradicionais de exploração e opressão praticadas através do Estado. A meta seria, portanto, transformar o capital econômico em uma nova forma de poder social.

A sociedade comunista, pós-estatal, seria uma realidade para Marx, desde que determinadas pré-condições institucionais fossem cumpridas, logo após a revolução armada. Idealmente, no estágio comunista, não existiria qualquer tipo de dominação e de exploração entre classes, porque desapareceriam os antagonismos históricos e a produção econômica ficaria concentrada nas mãos dos indivíduos associados. Neste caso, o poder público perderia o seu significado tradicional, que sempre foi organizado para uma classe oprimir o restante da comunidade. Este poder desapareceria, completamente. No lugar da antiga sociedade burguesa, deveria surgir uma associação livre de indivíduos, onde o livre desenvolvimento, de cada um, seria a condição para o livre desenvolvimento de todos.

Para se atingir este estado de progressiva liberdade individual, Marx propõe um segundo instrumento político (além da violência). Por meio da ditadura do proletário, o Estado socialista decretaria as pré-condições sócio-econômicas para se atingir o ideal comunista.

A primeira fase da revolução operária, diz Marx, seria a elevação do proletário à classe dominante, o que significaria politicamente, a conquista verdadeira da democracia¹¹⁹. O processo histórico-revolucionário somente poderia acontecer com as intervenções despóticas no direito de propriedade e nas relações de produção burguesas, ou seja, aplicando-se medidas que, do ponto de vista econômico, parecerão insuficientes e insustentáveis, mas que no curso do movimento ultrapassarão a si mesmas e serão indispensáveis para transformar, radicalmente, todo o modo de produção¹²⁰.

Dentre as medidas mais representativas da ditadura do Estado, destacam-se¹²¹: 1- a expropriação da propriedade fundiária e emprego da renda da terra para despesas do Estado; 2- imposto fortemente progressivo; 3- abolição do direito de herança; 4- confisco da propriedade de todos os emigrados e rebeldes; 5-

¹¹⁹ Idem, p.58.

¹²⁰ Idem, p.58.

¹²¹ Idem, p.58.

centralização do crédito nas mãos do Estado por meio de um banco nacional com capital do Estado e com o monopólio exclusivo; 6- centralização de todos os meios de comunicação e transporte nas mãos do Estado; 7- multiplicação das fábricas nacionais e melhoramento das terras cultivadas, segundo um plano geral.

Semelhante à receita marxista, a filosofia revolucionária dos anarquistas também defende uma solução institucional extrema em relação ao papel do Estado, que deve ser eliminado da vida política e social dos indivíduos. Os anarquistas atribuem grande importância à liberdade privada, sem qualquer influência estatal, mas mesmo assim acreditam que fora da sociedade é impossível se praticar a individualidade, porque cada um precisa dos demais para se desenvolver, expandir e crescer.

A formação do ser humano, para os anarquistas, é um processo coletivo onde comunidade e indivíduos participam mutuamente. A liberdade anárquica precisa do meio social descentralizador, possibilitando, desta forma, a gestão direta dos contratos. Centralização quer dizer, para os anarquistas, autoridade coercitiva e estatal, enquanto autogestão seria essencialmente, liberdade plena.

O anarquista opõe-se à toda forma de propriedade privada, e pensa substituir a exploração do capital privado pelo corpo coletivo de trabalhadores autônomos. Eliminando--se os padrões autoritários da economia capitalista, através da figura estatal, a autogestão significaria, portanto, autogovernabilidade dos indivíduos, tendo como regra fundamental não mais a violência e opressão burocrática do Estado, mas a regra do consenso entre os participantes. Somente através da liberdade, como destacam os anarquistas, é que a dignidade humana pode emergir plenamente no ideal político da anarquia.

A liberdade, neste sistema, não atribui poderes para se explorar os demais, nem a igualdade nega a diversidade ou individualidade que existe realmente na sociedade moderna. As diferenças sociais e individuais são reconhecidas, mas serão, idealmente, coordenadas pelo interesse social. No mundo do trabalho, por exemplo, a igualdade quer dizer que cada um terá direito a ter a mesma chance de se expressar nas decisões por meio do voto direto.

A solidariedade ou apoio mútuo constitui uma das idéias fundamentais do anarquismo. É o laço de união entre indivíduo e sociedade. O meio através do qual

os indivíduos trabalham juntos para satisfazer seus interesses comuns, sem hierarquia. Os anarquistas são contrários a todas as formas repressivas e essencialmente a qualquer idéia de Estado. No lugar da ordem estatal tradicional, idealizam uma sociedade descentralizada, baseada na livre associação, tendo como normas fundamentais a igualdade, liberdade e solidariedade. A liberdade é fundamental para florescer a inteligência, a criatividade, e a dignidade humana. Segundo a filosofia anarquista, a dominação reprime a individualidade, a inovação e as responsabilidades pessoais. A autonomia verdadeira do indivíduo pode se realizar, politicamente, apenas por meio da livre organização.

O anarquismo propõe resgatar o amor próprio e a independência do indivíduo de todos freios e invasão da autoridade estatal. Apenas no estado de perfeita liberdade o homem poderá desenvolver-se. Uma comunidade livre, saudável, produzirá indivíduos livres que, por sua vez, moldarão a comunidade e as relações sociais entre os seres que a compõem. Bakunin afirma, nesta direção, que a unidade política do Estado *é uma ficção (...) ele produz discórdia artificialmente ali onde, sem sua intervenção, uma unidade viva não deixaria de emergir*¹²². E mais enfaticamente, completa o autor: *Quando os Estados tiverem desaparecido, uma vívida, fértil e benéfica unidade de regiões, bem como de Nações (...) por meio de uma federação livre, estruturada de baixo para cima, se desdobrará em toda sua majestade, não divina, mas humana*¹²³.

O anarquista, de acordo com a opinião de Kropotkin¹²⁴, imagina uma sociedade onde as relações mútuas seriam regidas não por leis estatais, ou por autoridades auto-impostas ou eleitas, mas pela mútua concordância de todos os seus interesses e pela soma de usos e costumes sociais – não imobilizados por leis, pela rotina ou por superstições – mas em contínuo desenvolvimento, sofrendo constantes reajustes para que possam satisfazer as exigências sempre crescentes de uma vida livre, estimulada pelos progressos da ciência, por novos inventos e pela evolução ininterrupta de ideais cada vez mais elevados¹²⁵.

¹²² In: OLSON, 1999, p.144.

¹²³ Idem, p. 144.

¹²⁴ Em sua obra *A ciência moderna e anarquismo*, segundo George WOODCOCK, 2003, p. 23.

¹²⁵ WOODCOCK, p. 23.

Os anarquistas imaginam suas táticas políticas na teoria da ação direta. As estratégias incluem uma grande variedade de formas, que vai desde a greve geral, resistência ao serviço militar até a formação de comunidades cooperativas¹²⁶. William Godwin, por exemplo, em sua obra *Justiça Política* (1793), ao examinar as várias formas de governo – monarquia, aristocracia e democracia - não busca o bem maior, mas o mal menor que estas formas políticas proporcionam¹²⁷. Suas objeções à monarquia e à aristocracia não são muito diferentes das críticas feitas por outros filósofos do século XVIII a essas formas de governo. Mas a Democracia, na opinião de Godwin, é a forma de governo através da qual temos perspectivas reais para se chegar a alguma situação melhor. Da forma com que se apresenta a sua definição ideal, a Democracia já traz, em si mesma, as sementes de uma sociedade melhor.

A Democracia, diz o anarquista, é um sistema de governo em que cada membro da sociedade é considerado apenas um homem e nada mais. De acordo com Godwin, a Democracia devolve ao homem a consciência de seu próprio valor, ensina-o a remover a autoridade e a opressão e a ouvir apenas os ditames da razão. Confere-lhe a confiança necessária para tratar os outros como seus semelhantes e leva-o a considerá-los não como inimigos contra os quais deva manter-se sempre em guarda, mas como irmãos, a quem cabe ajudar¹²⁸.

Até o momento, entretanto, reconhece o autor, a Democracia jamais conseguiu atingir uma situação de verdadeira justiça social. Esse fracasso, diz ele, deve-se em parte à falta de sensibilidade para entender o justo poder da verdade e o valor da sinceridade. Ainda persistem não apenas as invenções da religião, como também os mitos políticos, dividindo os homens entre uma elite esclarecida e uma casta ignorante e submissa¹²⁹. *As razões que nos levam à certeza de que a virtude é melhor do que o vício, não são complicadas, nem abstratas*, enfatiza textualmente, Godwin, e quanto menos sofrerem a leviana interferência das instituições políticas, *realmente serão melhor entendidas e aprovadas por cada homem*¹³⁰. Godwin defende a simplificação e a descentralização de todas as formas de administração. Grandes Estados complexos e centralizados, segundo ele, são nocivos e

¹²⁶ Idem, p. 34.

¹²⁷ Idem, p. 87.

¹²⁸ Idem, p. 88.

¹²⁹ Idem, p. 88.

¹³⁰ Idem, p. 89.

desnecessários ao bem da Humanidade. À medida que estes forem desaparecendo, deverão surgir formas locais de administração, nas quais as desvantagens do governo possam ser imediatamente atenuadas pela redução da cobiça. Sobriedade e justiça devem ser as características óbvias de um círculo limitado de pessoas. Esse tipo de localismo esclarecido não levaria, segundo Godwin, a um *paroquialismo* acanhado, mas ao contrário, transformaria o mundo numa grande república, na qual os homens poderiam transitar e discutir livremente, sem os obstáculos impostos pelas fronteiras nacionais¹³¹. O idealismo de Godwin afirma, neste sentido, que o pequeno grupo social levará vantagem sobre a instituição política mais ampla. A opinião será suficiente. Deverá prevalecer o exame de todos os homens sobre a conduta de seus semelhantes¹³². Será a manifestação livre da inteligência humana, e não a coerção da Lei, a força decisiva para manter o equilíbrio público-privado entre os homens.

3.4) O DIFERENCIAL DA ANARQUIA ORDENADA

Entre a ausência do Estado (que constitui o extremo da anarquia) e seu excesso (através do Leviatã, Socialismo, ou Estado do Bem-Estar Social), consideramos, como diferencial e virtude pública da anarquia ordenada, neste capítulo, a disposição para o meio-termo político, imaginada no sentido aristotélico em relação a esses dois erros ou vícios institucionais¹³³. A natureza da virtude, conforme sugere, originalmente, Aristóteles, busca a mediania nas paixões e nos atos¹³⁴. Quem visa ao meio-termo, diz Aristóteles, deve afastar-se primeiro do que lhe é mais contrário, conforme aconselha Calipso: *Mantenha-se ao largo desta ressaca e turbilhão*. A virtude ou excelência não apenas põe em boa condição a coisa que dá

¹³¹ Idem, p.89.

¹³² Idem, p.91.

¹³³ A prática da arbitragem no Brasil tem revelado vários vícios e erros institucionais: venda de carteiras que credenciam pessoas despreparadas para o exercício da atividade; utilização de pessoas sem nenhum conhecimento na área do Direito; venda de sentenças; livre tabelamento de preços dos serviços, entre outros problemas. Estes vícios não invalidam, entretanto, a nossa proposição aristotélica, visto que a anarquia ordenada, sob nosso ponto de vista democrático, é uma disposição para o meio-termo, e não exatamente uma certeza institucional.

¹³⁴ ÉTICA A NICÔMACO, Livro II, 9, p.54.

excelência, como também faz com que a função dessa coisa seja bem desempenhada¹³⁵.

O meio-termo nos objetos, explica Aristóteles, é tudo aquilo equidistante em relação aos extremos. Em relação às pessoas, o meio-termo é aquilo que não é nem demasiado nem muito pouco, o que também nem sempre é único e idêntico para todos os homens. Em se tratando de objetos, por exemplo, Aristóteles fornece o seguinte exemplo: se dez é demais e dois é pouco, seis seria o meio-termo. Seria, portanto, um número intermediário de acordo com as regras da aritmética. Por outro lado, em relação a nós, destaca Aristóteles, o meio-termo não pode ser obtido desta forma. Quando um mestre qualquer em arte evita o excesso e a falta, buscando e preferindo o meio-termo, este ponto não é em relação ao objeto, mas em relação a nós¹³⁶.

A virtude deve ter a qualidade de buscar o meio-termo. Esta atitude, de acordo com Aristóteles, é moral porque se relaciona com as paixões e ações, e nestas é que pode existir excesso, carência e meio-termo¹³⁷. A virtude é uma forma de acerto digno de louvor. *Estar certa e ser louvada* são características da virtude¹³⁸. Ela é uma espécie de mediania, cujo alvo é o meio-termo. Todavia, é possível errar de várias maneiras, sendo muito mais difícil acertar, reconhece Aristóteles. *É fácil errar a mira, difícil atingir o alvo*.

A virtude é uma disposição de caráter relacionada com a escolha de ações e paixões, e consiste numa mediania relativa a nós. É um meio-termo entre dois vícios, um por excesso e o outro pela falta, pois nos vícios ou há falta ou há¹³⁹ excesso daquilo que é conveniente no que concerne às ações e paixões, ao passo que a virtude se encontra e escolhe entre dois vícios. Portanto, acerca do que ela é, ou seja, qual é a definição de sua essência, *a virtude é uma mediania, porém, apenas com referência ao sumo bem e ao mais justo ela seria, na verdade, um extremo*¹⁴⁰.

¹³⁵ Idem, Livro II, 6, p.47.

¹³⁶ Idem, Livro II, 6, p. 47.

¹³⁷ Idem, 6, p. 48.

¹³⁸ Idem, 6, p. 48.

¹³⁹ Idem, 6, p. 48.

¹⁴⁰ Idem, 6, p. 49.

De acordo com Aristóteles, existem três espécies de disposição; duas delas são os vícios que envolvem excesso e carência, e a terceira, que é uma virtude, ou seja, o meio-termo¹⁴¹. Sendo estas qualidades opostas umas às outras, o maior grau de oposição é o que se observa entre os extremos, e não destes extremos para com o meio-termo, *pois os extremos estão mais afastados entre si do que cada um deles em relação ao meio-termo, do mesmo modo que o grande está mais distante do pequeno e o pequeno do grande, do que ambos estão do médio*¹⁴².

Pelo fato de um dos extremos estar mais próximo do meio-termo e ser mais parecido com ele, não opomos ao meio-termo esse extremo, e sim o seu contrário. Por outro lado, admite Aristóteles: *tendemos mais naturalmente para os prazeres e, por isto, somos levados, mais facilmente, à intemperança do que à moderação*¹⁴³. A conclusão de Aristóteles, diante dessas dificuldades, é a seguinte:

Visto que alcançar o meio-termo é extremamente difícil, devemos atentar aos erros para os quais somos mais facilmente arrastados porque algumas pessoas tendem para uns e outras tendem para outros; e isto, podemos reconhecer pelo prazer ou sofrimento que experimentamos. Após isso, devemos nos forçar a ir na direção do extremo contrário, pois chegaremos ao estado intermediário, afastando-nos o mais possível do erro, tal qual se faz para endireitar uma madeira empenada¹⁴⁴.

Neste capítulo, a definição aristotélica do meio-termo nos possibilita concluir, por analogia, que a anarquia ordenada é uma disposição política, inspirada no princípio da moderação, que tenta equilibrar a maior ou menor presença do Estado com o maior ou menor grau de liberdade dos indivíduos nos contratos sociais. Compondo um processo democrático de equilíbrio dinâmico, baseado na opinião dos participantes, a elasticidade ou variabilidade da anarquia ordenada deve passar infinitamente, na escala do tempo, por constantes avaliações públicas, a fim de se

¹⁴¹ Idem, Livro II, 7, p. 50.

¹⁴² Idem, Livro II, 6, p. 47.

¹⁴³ Idem, Livro II, 7, p. 54.

¹⁴⁴ Idem, Livro II, 7, p.54.

corrigir possíveis desequilíbrios institucionais (vícios ou erros) que oscilam entre a desordem constitucional (excesso de liberdade privada e falta de ordem pública) e a ditadura do Estado (excesso de controle público e falta de liberdade privada).

CAPÍTULO 4

A ALTERNATIVA POLÍTICA DA ANARQUIA ORDENADA

Objetivando conceituar a anarquia ordenada como alternativa democrática, realizamos, neste capítulo, três atividades teóricas complementares: primeiramente, criticamos o contratualismo clássico e a anarquia política, que recomendam ações extremas para corrigir a desordem constitucional do Estado. Em seguida, desenvolvemos a estrutura democrática da anarquia ordenada, usando como exemplo prático, o instituto da arbitragem e mediação. Por último, reconstruímos a balança política da anarquia ordenada, destacando seus componentes teóricos que funcionam como contra-peso no processo de moderação do excesso de controle do Leviatã e da ausência de autoridade estatal nas relações contratuais.

A anarquia ordenada é uma alternativa democrática para o cidadão escapar ou proteger-se da desordem constitucional do Leviatã. Sua metodologia institucional procura encaixar, democraticamente, na Lei, o individualismo, o consenso, a liberdade de ação, a eficiência e a autogovernabilidade dos contratos, contando com a presença mínima do Estado. Diferente, portanto, do que sustenta a filosofia hobbesiana, que considera o Estado uma solução institucional absoluta para manter e aperfeiçoar a ordem social, ou a filosofia de Locke, que justifica o poder da comunidade limitado por Lei, sempre superior ao interesse dos indivíduos isolados, a possibilidade política da anarquia ordenada introduz uma novidade conceitual no debate contratualista, disponibilizando uma nova metodologia democrática por meio da qual os indivíduos podem neutralizar a presença do Leviatã e afastar, simultaneamente, a permissividade e informalidade que domina o sistema contratual da anarquia.

4.1) OBJETIVO DESTE CAPÍTULO

Pretendemos reforçar, conceitualmente, a identidade política da anarquia ordenada, aplicando a metodologia do individualismo democrático.

4.2) CONCEITO OPERACIONAL

Individualismo democrático

O individualismo democrático é uma metodologia institucional, intermediária entre o individualismo e o holismo metodológicos. Na metodologia individualista radical, em um extremo teórico, domina o livre-arbítrio dos indivíduos participantes. Processualmente, portanto, a base de todos os fenômenos e entidades macroscópicas deve ser caracterizada, nesta metodologia, pela dinâmica dos componentes microscópicos individuais. A metodologia individualista radical é redutível única e exclusivamente, às decisões individuais e decompõe os fenômenos sociais ao nível das escolhas dos indivíduos. Qualquer formação social é concebida, nesta direção, a partir da somatória das motivações particulares que estão em jogo. No campo das políticas públicas, por exemplo, a concepção individualista do Estado deve considerar apenas os indivíduos com suas estruturas de finalidades e interesses privados. As pessoas são teorizadas neste quadro, em livre movimento, e ficam destituídas de prévia determinação institucional, social, ideológica ou cultural. Duas importantes questões problemáticas decorrem desse tipo de metodologia: qual é a legitimidade do padrão sócio-comportamental agregado, tomando-se, como referência, exclusivamente, as escolhas individuais? Em segundo lugar, como se pode explicar a mudança estrutural e a produção dos bens públicos indivisíveis, altamente genéricos e não excludentes, neste contexto isolacionista?

Na metodologia holística, por outro lado, dominam o controle social das instituições e a racionalidade pública do Estado, que impõem a metodologia oficial dos contratos. O que se privilegia, neste processo institucional, é apenas o funcionamento das categorias sociais, como sistema, raça, classes sociais, época e totalidade. Conseqüentemente, o comportamento metodológico do indivíduo é apenas uma extensão do poder condicionante das estruturas sociais vigentes. Para o holismo metodológico, os procedimentos coletivos modelam os cursos de vida particular do indivíduo por força do despotismo social. Para Durkheim, por exemplo, a Sociologia, que é uma ciência institucional, deve descrever o *fato social*, que é toda *maneira* de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior. O fato social, segundo Durkheim, tem uma existência própria,

independente das manifestações individuais isoladas. No holismo metodológico, o individualismo racional fica marginalizado teoricamente. A coletividade torna-se uma entidade viva, atuante, soberana, cabendo ao analista social precisamente justificar e reforçar os seus meios e os valores que são impostos pela figura do Estado ou pelo grupo. O indivíduo comum, fora das elites decisoras do poder público, teria, portanto, muito pouco poder criativo e transformador sobre as regras oficiais. O ser humano isolado, no seu dia a dia, seria apenas uma parte de um mais amplo e mais significativo organismo. Existindo um interesse público na democracia ideal, por exemplo, a metodologia jurídica representaria, processualmente, o poder de dominação das estruturas sobre o comportamento dos indivíduos, que seriam objetos reprodutores da ordem social.

A metodologia crítica do individualismo democrático, diferentemente dessas duas metodologias tradicionais, observa a origem, funcionamento, mudança e fim das instituições, considerando a interação do comportamento estratégico do indivíduo racional com a ordem pública. Essa dinâmica institucional é apreendida através de um *mix* epistemológico, caracterizado pela combinação da tradição individualista com o holismo metodológico, aplicada no estudo das tecnologias institucionais. O individualismo democrático procura resolver duas questões básicas: 1) como a estrutura das instituições serve (ou serviria) melhor aos interesses dos indivíduos? 2) como se pode racionalizar os custos institucionais que decorrem da utilização contextualizada das regras? Ao contrário do institucionalismo tradicional, onde predomina a concepção organicista dos fatos sociais, o individualismo democrático desenvolve a idéia de que os indivíduos são agentes racionais, ontologicamente automotivados e, neste sentido, reorganizam, constitucionalmente, a estrutura do sistema político de acordo com as suas preferências e interesses localizados, alterando pela via democrática, o desenho original das instituições que funcionam como instrumentos ou tecnologias do auto-interesse.

A metodologia crítica do individualismo democrático descreve e avalia a relação institucional que produz o interesse público-privado, e conseqüentemente, os resultados práticos que beneficiam tanto os indivíduos como a sociedade em geral. A análise programática, que aplica a metodologia da interdependência e da

participação democrática, pode observar, deste modo, o impacto simultâneo da racionalidade do indivíduo sobre as instituições, e vice-versa.

4.3) A CRÍTICA MODERADORA DO INDIVIDUALISMO DEMOCRÁTICO

A solução programática da anarquia ordenada diverge dos contratualistas clássicos e dos anarquistas radicais, que sugerem o uso da violência para resolver o problema da desordem pública ou da ditadura do Estado em situações extremas. Hobbes, já no século XVII, admite a possibilidade da desordem pública ao considerar as *coisas* que enfraquecem ou levam à destruição de um Estado. Dentre as enfermidades, ele destaca: 1-as falhas no desempenho da autoridade das instituições; 2-a disseminação de doutrinas sediciosas; 3-o livre-arbítrio dos indivíduos em detrimento das regras públicas; 4-as superstições que ofuscam a razão; 5-a idéia de que o soberano deve estar abaixo das leis; 6-a idéia de que o indivíduo tem propriedade absoluta de seus bens, excluindo o direito do soberano; 7-a doutrina da divisão dos poderes do soberano; 8-as dificuldades do Estado para conseguir dinheiro; 9-o corporativismo dentro do espaço público; 10-o esbanjamento de riquezas em detrimento do Exército; 11-as guerras desnecessárias; 12- a impunidade; 13- e a imposição desigual de impostos.

Para enfrentar a desordem dos governos e do Estado, os contratualistas clássicos recomendam, de modo geral, resistência nas situações extremas de crise pública. Hobbes sugere, por exemplo, prudência e cautela, mas chega a admitir que para se depor o Leviatã será preciso pegar armas e correr o risco de um estado futuro de desordem social. Locke, por sua vez, defende o direito de resistir e até mesmo a possibilidade de uma luta armada para retirar o monarca que oprime seu povo. Na argumentação lockeana, a resistência pode acontecer nas seguintes condições:

1- *se uma longa série de abusos, prevaricações e artifícios, todos tendentes ao mesmo fim, tornam o desígnio visível ao povo, não podendo este deixar de sentir o que o ameaça, e ver para onde está indo, não será de admirar que se levante e*

*procure depor o mando em mãos que lhe assegurem os fins para que se instituiu primeiramente, o governo*¹⁴⁵.

2- *quando se muda o legislativo ou os legisladores agem contrariamente ao fim ao que foram instituídos, os que têm culpa são culpados de rebelião. Os que afastam ou mudam o legislativo tiram esse poder pacífico das leis, por consentimento do povo, e destruindo assim a autoridade que o povo estabeleceu e ninguém podia estabelecer, e introduzindo um poder que o povo não autorizou, de fato introduz um estado de guerra que consiste na força sem autoridade; e por essa maneira, eliminando o legislativo estabelecido pela sociedade – em cujas decisões o povo aquiesceu e se uniu como sendo da sua própria vontade – apertam o nó e o expõem de novo o povo ao estado de guerra*¹⁴⁶.

3- *quando o povo resiste pela força aos súditos que atentam pela força contra a propriedade individual, merece aprovação de todos. Quem quer que use força sem direito, como o faz todo aquele que deixa de lado a lei, coloca-se em estado de guerra com aqueles contra os quais assim a emprega*¹⁴⁷.

Anarquistas, como David Thoreau, também defendem, como solução extrema, a desobediência civil contra os abusos cometidos pelos governantes e órgãos estatais. Em seu manifesto anarquista e libertário, escrito na primeira metade do século XIX, Thoreau afirma que o melhor governo é aquele que absolutamente não governa¹⁴⁸.

A máquina do governo, de acordo com Thoreau, está sujeita a muitos abusos e perversões. O cidadão aceita com resignação as leis que os legisladores decretam, porque tem medo das multas e prisões controladas pelo governo. As leis injustas são muitas, porém, os cidadãos são obrigados a contentar-se e obedecê-las. No atual governo (1846), prossegue Thoreau, os cidadãos esperam pelas mudanças, dependendo apenas da boa vontade da maioria representativa do

¹⁴⁵ Idem, cap. XIX, 224.

¹⁴⁶ Idem, cap. XI X, 226.

¹⁴⁷ Idem, cap. XIX, 232.

¹⁴⁸ THOREAU, 1997, p. 5.

Congresso. Politicamente, instituiu-se, portanto, um conformismo generalizado na população. Os mais livres, por exemplo, afirmam que não podem dispensar a proteção do governo existente e temem as conseqüências negativas que podem recair sobre as suas propriedades e suas famílias, se houvesse, por exemplo, uma desobediência civil. Thoreau, ao contrário da maioria do povo, não gostaria de pensar que alguma vez tenha confiado na proteção do Estado¹⁴⁹.

O governo está mais preocupado em coletar impostos e a cada ano, diz o anarquista, são contratados novos coletores públicos e produzido menor número de obras significativas para o povo. Apenas durante a coleta de impostos existe, na crítica de Thoreau, a certeza de que o Estado é uma instituição eficiente, sendo, ainda, a única oportunidade que o cidadão tem de se colocar frente a frente com o governo.

Em nome da ordem e do governo civil, todos têm sido obrigados a sustentar a máquina que é dominada por práticas imorais dos políticos. Neste contexto público, certamente o Estado é uma máquina inconveniente para população. Se mil homens se recusassem a pagar seus impostos, protesta Thoreau, *não seria, portanto, uma medida violenta e sangrenta, como é o ato de pagá-los.*

Dentro deste contexto de desordem, o coletor de impostos, deveria, segundo Thoreau, pedir demissão do seu cargo público; recusar-se a prestar lealdade ao soberano, e começar, pacificamente, uma revolução, sem derramar sangue na sociedade.

Pergunta Thoreau, neste sentido¹⁵⁰: *não se derrama uma espécie de sangue quando a consciência é ferida? Com este tipo de ferimento, perde-se a verdadeira coragem e imortalidade de um homem, e ele sangra até a morte, responde o próprio Thoreau. Vejo este sangue correndo neste momento.*

Na filosofia institucional da anarquia ordenada, ao contrário do que propõem Thoreau, Locke e Hobbes, anarquistas e contratualistas em geral, não se procura, portanto, incentivar a desobediência civil, nem possíveis revoltas armadas para enfrentar o Leviatã. Buchanan é um intelectual otimista e acredita, contrariamente,

¹⁴⁹ Idem, p. 33.

¹⁵⁰ Idem, p.30.

que há outras soluções institucionais que podem ser extraídas do próprio sistema democrático.

A filosofia da anarquia ordenada, nesta linha de raciocínio do autor, deve ser uma alternativa pacífica para o cidadão escapar da tirania ou ditadura do Estado, e embora não solucione o problema da desordem constitucional como um todo, pode proteger o cidadão dos abusos e ineficiência praticados pela burocracia estatal, disponibilizando uma metodologia jurídica potencialmente mais eficaz para os indivíduos autogovernarem seus contratos, com o mínimo de intromissão do Leviatã.

4.4) FUNDAMENTAÇÃO DEMOCRÁTICA DA ANARQUIA ORDENADA

A filosofia política da anarquia ordenada atribui grande valor à liberdade dos indivíduos, mas não defende a idéia de que a individualidade deve ser praticada dentro de um vazio institucional, sem a presença mínima de algum tipo de convenção jurídica. A liberdade privada pode começar, oficialmente, no momento de escolha do procedimento arbitral (que é uma prática da anarquia ordenada, utilizada para solucionar litígios relacionados com os direitos patrimoniais disponíveis). Entretanto, esse tipo de liberdade não sugere que os indivíduos poderão praticar a autogestão dos conflitos contratuais como instrumento de dominação, empregando regras impostas arbitrariamente, com descaso completo das regras da ordem legal-constitucional. No desenho público-privado da anarquia ordenada, através da arbitragem, as partes escolhem as regras (de direito ou equidade), mas todas essas regras não podem ultrapassar dois extremos constitucionais invioláveis: os bons costumes e a ordem pública.

A autogestão da anarquia ordenada considera a cooperação entre os indivíduos, *a priori*, declarada na composição da cláusula compromissória ou no estágio pré-conflito, como sendo uma estratégia facilitadora, visando produzir uma solução pacífica do conflito. Se a cooperação espontânea falha durante o funcionamento da arbitragem e mediação, a tecnologia da negociação dos interesses conflituosos pode ser incluída como estratégia complementar, admitindo-se o fato de que as duas partes em questão, apresentam interesses distintos, mas, simultaneamente, concordantes no sentido de que precisam buscar uma solução

rápida e justa que esteja longe do alcance da anarquia, do autoritarismo e da ineficiência do Leviatã. A tecnologia da negociação consiste em determinar, primeiramente, qual é a área de interesse comum e depois trazê-la à consciência dos interessados, pelo uso da razão e persuasão. O exercício dessa arte exige conhecimento das partes e do modo como elas percebem seus interesses. Requer imaginação para conceber propostas, habilidade e experiência na sua formulação e proposição. A negociação e o consenso sobre os resultados finais possibilitam atingir racionalmente o ideal político da anarquia ordenada, evitando a decisão arbitrária de cada um e a intromissão ineficiente (neste caso, lenta e autoritária) da burocracia estatal.

A ação direta da anarquia ordenada proporciona um efeito potencializador e libertador sobre aqueles que estão, democraticamente, comprometidos com o funcionamento da ordem pública. Criatividade constitucional, iniciativa privada, imaginação jurídica e pensamento crítico-democrático podem desenvolver-se, de forma altamente participativa e cooperativa no desenho institucional da anarquia ordenada, para evitar a coerção e a centralização decisória, que são características da burocracia estatal. Tem grande valor para os indivíduos, neste tipo de procedimento, a associação e a cooperação na busca de soluções constitucionais que sejam imanentes (e não transcendententes) ao instituto da arbitragem e mediação, por exemplo.

Na tecnologia da arbitragem, responsabilidades centralizadas, historicamente, na superestrutura do Estado, são democratizadas através de determinadas regras públicas, que reforçam a prática do poder legislativo, judiciário, executivo e moderador, entre os próprios cidadãos.

1-PODER JUDICIÁRIO: As sentenças do juiz arbitral (que é um leigo ou profissional autônomo, de origem não-estatal) têm a mesma autoridade de um juiz togado do Poder Judiciário. Os árbitros escolhidos pelas partes interessadas, ou indicadas pelo Tribunal de Arbitragem, quando do exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, sujeitos aos efeitos da legislação

penal¹⁵¹. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação do Poder Judiciário¹⁵².

2- PODER EXECUTIVO: na arbitragem, é necessário que, em algum momento, antes ou durante o conflito, os contratantes aceitem a cláusula da arbitragem. Posteriormente, as partes devem cooperar entre si, na composição do tribunal de árbitros, o que deverá ser aceito apenas em comum acordo. Pode ser escolhida, como árbitro, qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança dos participantes¹⁵³. Os juízes escolhidos devem ser, preferencialmente, especialistas na área do litígio (trabalhista, comercial, educacional, previdenciária, etc). Na parte final do procedimento, os juízes enviam cópias da decisão às partes a fim de serem esclarecidas algumas dúvidas e corrigidas imperfeições da sentença. No fim de todo o procedimento, a sentença arbitral ganha o mesmo efeito de uma sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário. Sendo condenatória, constitui, em seguida, título executivo¹⁵⁴.

3-PODER MODERADOR: o árbitro ou o tribunal arbitral pode empenhar-se, no início do procedimento, em estimular a conciliação entre os indivíduos¹⁵⁵. Se as partes chegarem ao acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral¹⁵⁶, que deverá conter, por sua vez, os seguintes requisitos¹⁵⁷: a) o relatório que resume o litígio; b) os fundamentos da decisão, que identificam se foram utilizadas regras de equidade ou não; c) o registro das questões que foram submetidas ao tribunal; d) e a data e o lugar da sentença.

4-PODER LEGISLATIVO: dois tipos de regras podem ser escolhidos, livremente, pelo cidadão no uso da tecnologia da arbitragem: as regras de direito e de equidade. Independentemente do tipo de regras, quando as partes definem o árbitro e os

¹⁵¹ LEI DE ARBITRAGEM, 1996, art. 17.

¹⁵² Idem, art. 18.

¹⁵³ Idem, art. 13.

¹⁵⁴ Idem, art. 31.

¹⁵⁵ Idem, art. 2, § 4º.

¹⁵⁶ Idem, art. 28.

¹⁵⁷ Idem, art. 26.

procedimentos de tomada de decisão, o juiz arbitral fica liberado para julgar a disputa que lhe é submetida sempre de acordo com os princípios de probidade e de justiça públicas. Se o julgamento for realizado através das regras de direito, cria-se necessariamente um vínculo com as regras jurídicas oficiais, subordinando-se os árbitros aos ordenamentos que formam sistematicamente os mandamentos legais da ordem interna do país ou internacional, se for o caso.

A regra de equidade, por sua vez, permite ampliar as fontes para a solução de litígio com a ajuda de considerações mais variadas do que aquelas unicamente oriundas dos mandamentos estatais. Possibilita a integração de uma ampla faixa de meios, de interpretação e de decisão que são postos à disposição dos árbitros, que poderão, deste modo, agir livremente, definindo o que sua consciência julga ser mais adequada para solucionar o litígio.

A cláusula da equidade amplia os poderes do árbitro sobre o modo de apreender o conflito. Ela se baseia em critérios subjetivos do árbitro em consonância, obviamente, com os princípios constitucionais mais amplos. Pelo critério das regras de equidade, o árbitro abandona a regra geral e abstrata previamente definida pela legislação do Estado e formula, ele próprio, uma regra particular adequada para solucionar um determinado caso.

No processo de elaboração da regra de equidade, a subjetividade do árbitro leva em consideração determinados princípios sociais e morais, de maneira análoga àqueles que inspiram o legislador quando elabora a regra abstrata ou norma legal. Este é o sentido de equidade enquanto justiça do caso concreto¹⁵⁸. A Lei, quando autoriza o juiz (árbitro) a julgar de acordo com a equidade, permite que ele atue como se fosse, ao mesmo tempo, legislador e juiz¹⁵⁹.

A utilização das regras de direito constitui, por outro lado, uma prática institucionalmente questionável quando é realizada por indivíduos que não dominam as letras jurídicas¹⁶⁰. Segundo os especialistas na matéria, é como autorizar quem não seja médico a operar um paciente, não sabendo sequer onde fica o órgão a ser operado¹⁶¹. Entretanto, reconhecem vários autores, como Alvim¹⁶², que a eficiência

¹⁵⁸ ALVIM, 2002, p. 37.

¹⁵⁹ Idem, p.38.

¹⁶⁰ Idem, p.36.

¹⁶¹ Idem, p.36.

¹⁶² Idem, p.36.

das regras de eqüidade é um instrumento que melhor condiz com as decisões dos leigos, porque sua natureza institucional destina-se a organizar a justiça do caso particular¹⁶³.

A regra de eqüidade possibilita, em muitas situações, ajustar ou especificar determinados elementos que não estão configurados, em abstrato na Lei, como ocorre nos casos de determinação de um dano que não pode ter provado o seu valor exato. Decidir por eqüidade apresenta a mesma significação do compositor amigável que fundamentalmente identifica-se com a renúncia da partes, cabendo ao árbitro, neste caso, o poder de moderar os efeitos do contrato na busca de uma solução justa.

4.5) A BALANÇA DEMOCRÁTICA DA ANARQUIA ORDENADA

No meio-termo democrático da anarquia ordenada, a anarquia serve como contra-peso institucional para moderar o excesso de ordem estatal defendido, tradicionalmente pelos positivistas. No contra-peso anarquista, o mundo ideal é ocupado por pessoas exclusivamente solidárias que respeitam o mínimo de normas, ditadas pelo respeito mútuo e tolerância. Os indivíduos são livres para atender suas demandas e todas as tentativas de cooperação individual devem ser exclusivamente voluntárias. As pessoas aplicam, na sociedade anárquica, a sua liberdade para formar arranjos coletivos que lhes interessam de alguma forma. Nenhum homem exerce coação sobre outro, e não existe nenhuma burocracia impessoal, militar ou civil que lhes imponha restrição externa. O Estado fica longe dessa utopia. O contra-peso anarquista não é, na sua essência, uma idéia comunista, de acordo com Buchanan, porque não existe pré-determinação dos preceitos comunais de partilha sobre a propriedade individual. Os arranjos cooperativos são necessariamente livres e contratuais, e devem refletir ganhos mútuos para os participantes envolvidos, pelo menos em um estágio teórico, *ex-ante* ou antecipado. As pessoas que vivem no esquema anarquista precisam apenas contar com o respeito mútuo e com o mínimo de limites que estejam diretamente sob seu controle. Possuindo, cada pessoa,

¹⁶³ Idem, p.38.

liberdade para produzir seu próprio critério de justiça, é praticável o sistema da anarquia enquanto houver consenso entre os participantes.

Apesar de existirem fragilidades institucionais no sistema da anarquia, há um ponto forte que é defendido por Buchanan, ao longo deste estudo¹⁶⁴. A anarquia falha como estratégia universal para se produzir e manter a ordem pública moderna, pluralista e competitiva como um todo, mas nem por isto se deve ignorar o fato de que suas propriedades essenciais podem ser operadas, positivamente, em muitas áreas da interação humana. É importante fazer este reconhecimento teórico, visto que a fragilidade da anarquia ordenada é lembrada, geralmente, na fronteira com a desordem, o que constitui um retrato parcial e tendencioso do assunto. Existem inúmeras atividades, como adverte Buchanan, que levam as pessoas a adotarem regras fundamentais de tolerância mútua, no dia a dia, sem qualquer uso de regras formais ou estatais. Este tipo de estratégia funciona porque os participantes aceitam, voluntariamente, padrões de conduta consensuais para a ordem ser mantida e estabelecida com rapidez e eficiência.

De fato, a anarquia funciona em muitas ocasiões da ordem constitucional, mas falha quando os indivíduos rejeitam o mínimo de regras de tolerância mútua. Qualquer equilíbrio institucional atingido pela anarquia será sempre vulnerável quando não houver algum tipo de capital moral, incluindo confiança, solidariedade e credibilidade entre as partes, que são essenciais para se manter o cumprimento espontâneo dos contratos.

Não raro, o anarquista é erroneamente associado ao nihilismo e ao terrorismo, e a maioria dos dicionários apresenta pelo menos duas definições. A primeira delas, o descreve como um homem que acredita ser preciso que o governo desapareça para que a liberdade possa viver. A outra vê nele um mero promotor da desordem, que não ofereceria nada para por no lugar da ordem que destruiu. Esta última concepção é a mais aceita pela opinião pública.

O estereótipo do anarquista é o assassino a sangue-frio, que ataca com punhais e bombas os pilares simbólicos da sociedade estabelecida. Na linguagem popular, anarquia é sinônimo de caos. Entretanto, parece óbvio que o objetivo de homens como Tolstói, Godwin, Thoreau e Kropotkin não foi jamais o de estabelecer

¹⁶⁴ BUCHANAN, 1975, p.4.

o caos. Encontramos, no entanto, alguma razão para os dois significados conflitantes que as palavras anarquia, anarquismo e anarquista receberam. *Anarchos*, a palavra grega original, significa apenas sem governante, e assim a palavra anarquia é usada, ao longo do tempo, para expressar a condição negativa da ausência do governo, como também a condição positiva de não haver governo, por ser ele desnecessário à preservação da ordem¹⁶⁵.

4.6) O CONTRA-PESO POSITIVISTA

A fim de moderar o excesso de idealismo da anarquia, a balança democrática da anarquia ordenada procura aplicar a doutrina positivista como contra-peso teórico, valorizando, constitucionalmente, a importância política do Estado, que é o extremo oposto da anarquia. Buchanan concorda, inicialmente, com Godwin, no que se refere à importância da ética na construção da ordem social, mas é muito perigoso, diz ele, concentrar expectativas democráticas em preceitos puramente subjetivos de conduta e censura, como sugere o roteiro proposto por William Godwin e outros anarquistas românticos¹⁶⁶. Apesar das limitações práticas, ressalta Buchanan¹⁶⁷, não devemos obrigatoriamente descartar a crença no progresso e aperfeiçoamento das instituições como sugere a filosofia anárquica. Mas a crença no aperfeiçoamento, como admite Buchanan, deve desenvolver-se dentro de limites. O progresso, por sua vez, deve ser temperado pela razão e não pelo romantismo das ideologias. O que o raciocínio anarquista ensina, positivamente, é que a própria pessoa pode e deve construir, livremente, a sua própria base institucional e elaborar mudanças participativas que se distanciam do ameaçador Leviatã¹⁶⁸.

Para se evitar o extremo teórico da anarquia política, o Estado deve ter autoridade garantida para formular regras e agir diretamente no processo de comunicação, dessas mesmas regras, envolvendo indivíduos e grupos que estão sob sua jurisdição. O Estado também deve administrar a aplicação das regras, e interpretá-las, principalmente através do Poder Judiciário. Ele poderá aplicar a Lei,

¹⁶⁵ WOODCOCK, 2002, p. 8.

¹⁶⁶ BUCHANAN, 1975, p. 175.

¹⁶⁷ Idem, 1975, p. 92.

¹⁶⁸ Idem, p.92.

mediante o recurso ou ameaça de recorrer à polícia e às forças armadas, ou executando as penalidades impostas pelos tribunais. Constitucionalmente, o Estado deve pacificar a insatisfação política; remover dificuldades sociais ou econômicas; suprimir agitadores, irreconciliáveis; remediar fossos sociais; ou superar antagonismos que ameaçam destruir a sociedade¹⁶⁹.

A doutrina positivista do Estado faz oposição às correntes idealistas, especialmente contra o Direito Natural. Enquanto que esta se ocupa do fundamento e legitimação do Direito Positivo, ressaltando a harmonia necessária com os princípios e valores absolutos, o positivismo cultiva a averiguação dos pressupostos lógico-formais da vigência do Direito. De um lado, os adeptos da filosofia positiva limitam-se a ordem do ser, do ordenamento jurídico, e emitem juízos de realidade; de outro, os idealistas que, sem desprezar o sistema da legalidade, apóiam-se mais na instância ética, elaborando juízos de valor. O positivismo jurídico trabalha com o método empírico, considerando a experiência, o real, como fonte do conhecimento¹⁷⁰. A corrente ideológica que reduz o Direito à categoria de fato social é, portanto, de índole positivista¹⁷¹. Outra forma de projeção da filosofia positiva no Direito é representada pelo decisionismo, concepção esta generalizada nas correntes realistas, que definem o Direito em função das sentenças judiciais¹⁷².

O positivismo jurídico pode ser resumido nas seguintes teses¹⁷³: 1- identifica o Direito com mandatos; 2- não há nexos essenciais entre as esferas da Moral e do Direito; 3- o estudo dos conceitos jurídicos deve ser impermeável às reflexões sociológicas, éticas e teleológicas; 4- dado o caráter lógico do sistema jurídico, as decisões judiciais podem ser inferidas independentemente de apoio em outros elementos, como o ético e o político.

Os positivistas, geralmente, estreitam o campo de abordagem do Direito, limitando-se à análise do Direito Positivo. O Direito é Lei; seus destinatários e aplicadores devem exercitá-lo sem questionamento ético ou ideológico. Para eles, não existe o problema da validade das Leis injustas, pois o valor não é objeto da pesquisa jurídica. Quanto à Justiça, consideram apenas a modalidade legal, mesmo

¹⁶⁹ BULL, p. 70;71;72.

¹⁷⁰ NADER, 2005, p. 175.

¹⁷¹ Idem, p. 176.

¹⁷² Idem, p. 176.

¹⁷³ Idem, p. 176.

porque não existiria a chamada justiça absoluta. O ato de justiça consiste na aplicação da regra ao caso concreto.

Os positivistas não desconsideram a validade das reflexões éticas, nem da pesquisa sociológica, pois a lição do cotidiano revela que a evolução do Direito é a contínua busca do ajustamento normativo, ético e sociológico. A reação positivista manifesta-se contrária à especulação ética, metafísica ou sociológica no momento da interpretação ou na etapa de preenchimento de lacunas. Diante do texto legal, não compete ao jurista emitir juízos de valor, apenas de realidade. Os adeptos da filosofia positiva enfatizam, deste modo, apenas o valor da segurança jurídica¹⁷⁴.

4.7) O PONTO DE EQUILÍBRIO DA ANARQUIA ORDENADA

A tentativa democrática do equilíbrio público-privado é um processo instável. Na prática e no contexto real dos indivíduos, deve a balança da anarquia ordenada pesar mais para o lado direito ou esquerdo? Seu equilíbrio será mais consistente, empiricamente, reforçando-se o modelo da anarquia, com suas regras de equidade, ou o modelo do positivismo, com suas regras de direito? No debate sobre a admissibilidade do procedimento arbitral, por exemplo, Edoardo Ricci¹⁷⁵ informa que existem muitos autores que partem da premissa de que a arbitragem é perfeitamente admissível e necessária com maior grau de liberdade dos indivíduos. Outros analistas sustentam, por sua vez, a possibilidade de intervenção da autoridade judiciária, antes e depois de proferida a sentença arbitral para evitar abusos inconstitucionais¹⁷⁶. Há também aqueles autores que defendem a harmonização destes dois argumentos extremos, mas no comentário crítico de Edoardo Ricci¹⁷⁷, parece impossível haver conciliação entre essas duas teses da admissibilidade porque o acesso ao Judiciário não pode ser, ao mesmo tempo, limitado e aplicado. Concorda Edoardo Ricci, entretanto, que deve ser aceito o princípio da impugnabilidade, mediante ação judicial da sentença arbitral. Isto deve ser aceito porque a sentença da arbitragem é ato que pode provocar lesão ou

¹⁷⁴ Idem, p. 177.

¹⁷⁵ RICCI, 2004, p. 21.

¹⁷⁶ Idem, p.21.

¹⁷⁷ Idem, p.21.

ameaça a direito de outros¹⁷⁸. Contra ela, portanto, a ação judicial é necessária. Mas não pode ser de qualquer tipo, segundo o autor. Deve-se tratar, ao contrário, da ação judicial como garantia. Os motivos devem assegurar a possibilidade de certo controle acerca da legalidade da arbitragem e da sentença arbitral.

¹⁷⁸ Idem, p.21.

CAPÍTULO 5

O DESENHO INSTITUCIONAL DA ANARQUIA ORDENADA

Neste capítulo, discutimos, metodologicamente, os seguintes aspectos: 1- o desenho institucional da anarquia ordenada, através da arbitragem e mediação, é uma síntese voluntária e democrática dos interesses público e privado. 2- Sua aplicação reflete um processo econômico de tomada de decisão, envolvendo custos e benefícios que são avaliados, estrategicamente, pelos participantes nos contratos. 3- A escolha desse tipo de alternativa, teoricamente intermediária entre o Estado-máximo e o Estado-zero, possibilita aos indivíduos a autogovernabilidade civil dos contratos. Neste capítulo, também procuramos demonstrar que o desenho programático da arbitragem brasileira representa, em detalhes, a estrutura do programa de pesquisa da anarquia ordenada como um todo¹⁷⁹.

5.1) OBJETIVO DO CAPÍTULO

Pretendemos detalhar as regras institucionais da anarquia ordenada, reutilizando a hierarquia epistemológica do programa de pesquisa da anarquia ordenada como um todo, relacionada, empiricamente, com a Lei de Arbitragem brasileira.

5.2) CONCEITOS OPERACIONAIS

Na estrutura jurídica da arbitragem e mediação, encontramos cinco regras conceituais definindo, empiricamente, a prática institucional da anarquia ordenada. A *regra ontológica* representa, inicialmente, uma idéia essencial que não pode ser refutada, por decisão metodológica. Ela relaciona-se ao que há de mais fundamental na composição da identidade do desenho institucional da anarquia ordenada e funciona como causa das regras subseqüentes, sendo, portanto, a norma

¹⁷⁹A partir do núcleo programático, formulamos a regra ontológica do desenho institucional da arbitragem. Da heurística negativa, extraímos as regras metodológica e axiológica. Da heurística positiva, concebemos as regras praxiológica e contextual. Para um maior detalhamento destas regras e do processo de emergência da cooperação entre os indivíduos, consultar CHIAPPIN, 1996; e CHIAPPIN & OLIVEIRA, 1999.

fundamental do sistema. *A ontologia delimita um determinado campo de conhecimento a ser investigado, conforme certas regras de conhecimento e certos valores de como este conhecimento deve ser produzido*¹⁸⁰.

Originalmente, a Ontologia é a parte da Filosofia que estuda o Ser, relacionada aos problemas da essência e da existência. O Ser é o fundamento de tudo que há no mundo, o que faz com que cada coisa seja algo, permitindo, assim, defini-la¹⁸¹. A essência é o elemento diferencial de uma espécie, e a particulariza. A essência também é uma qualidade permanente. A exemplo do que pensa Espinoza¹⁸², a essência é aquilo que, sendo dado, faz com que a coisa exista e, sendo retirada, faz com que ela não exista mais.

A *regra metodológica*, em segundo lugar, considera, conceitualmente, que são os próprios indivíduos interessados que determinam os procedimentos incluídos no contrato social. *O objeto da regra metodológica deve ser o processo de construção e de aplicação dos critérios que resolvem problemas, ou então, que buscam soluções alternativas para se evitar problemas. A metodologia operacionaliza a investigação empírica e mobiliza determinados valores*¹⁸³. Acompanhando este mesmo raciocínio, podemos afirmar, por analogia, que a parte operacional da metodologia da arbitragem compõe-se de três partes: em primeiro lugar, existe o *método formal de construção* que descreve o processo, os critérios e as regras públicas que fazem parte, teoricamente, das condições iniciais das trocas constitucionais entre os indivíduos. Em segundo lugar, existe o *método real de escolha*, que descreve o critério racional e as alternativas institucionais em relação à arbitragem. Em terceiro lugar, existe o *método democrático de solução de conflitos*, que é identificado pela metodologia do individualismo democrático.

De maneira geral, os problemas e soluções metodológicas da anarquia ordenada são mais concretas no momento em que os indivíduos preocupam-se com o delineamento do roteiro de ação e com as regras democráticas que maximizam o interesse dos participantes.

¹⁸⁰ CHIAPPIN, 1996, p. 199.

¹⁸¹ MAGALHÃES FILHO, 2003, p. 11.

¹⁸² Idem, p. 15.

¹⁸³ CHIAPPIN, 1996, p. 189.

Compete, em seguida, à *regra axiológica*, um detalhamento normativo do desenho institucional da anarquia ordenada, através de duas frentes de trabalho: 1) detalhando os valores institucionais que sustentam o núcleo do desenho institucional, realçando, portanto, a filosofia pública do sistema na sua totalidade; 2) e refutando as ideologias e valores que prejudicam a integridade do núcleo.

Entende-se por axiologia, neste estudo, todo conjunto de valores e fins que são partilhados e perseguidos pelos indivíduos, e que, teoricamente, podem ser traduzidos por meio de uma ou várias teses axiológicas¹⁸⁴. O valor ou determinada qualidade axiológica fica concentrado nas qualidades empíricas do objeto e deve ser considerado como um fato essencial, e não simplesmente acessório.

Nesta linha de pensamento, podemos afirmar que a relação dos sujeitos (indivíduos racionais) com o objeto (Lei de Arbitragem) busca o equilíbrio público-privado como ponto máximo de sua axiologia democrática. Como consequência, as demandas institucionais dos indivíduos nos remetem, obrigatoriamente, a um contexto público de regras e instituições fiscalizadoras e repressivas, que nos impede imaginar um processo absolutamente livre e independente entre os participantes.

Pode-se afirmar, ainda, que o valor corresponde a tudo aquilo que preenche (positivamente, pois do contrário, tem-se um contra-valor ou desvalor), uma determinada carência, vacuidade ou privação de um determinado Ser¹⁸⁵.

A *regra praxiológica* recomenda, por sua vez, que sejam descritas e avaliadas as práticas institucionais que maximizam, ou não, a regra ontológica. O objetivo desta regra conceitual é facilitar o acúmulo de dados empíricos, mantendo, com este propósito, uma constante reflexão crítica com o núcleo do desenho institucional da arbitragem.

Considera-se, nesta regra, que as questões práticas e suas aplicações geram algum tipo de impacto na estrutura epistêmica da arbitragem. Esta possibilidade de influência externa sobre qualquer unidade epistêmica, como ressalta Chiappin¹⁸⁶, tem grande utilidade para as Ciências Humanas, onde os problemas práticos, de

¹⁸⁴ CHIAPPIN, 1996, p. 198.

¹⁸⁵ BERESFORD, 1999, p. 82.

¹⁸⁶ BERESFORD, idem, p.197.

natureza social, ganham projeção teórica como fonte de informação a mais, devido ao impacto político do ambiente.

A *regra contextual*, por último, enfatiza que é necessário localizar a prática da arbitragem dentro de um cenário mais amplo possível, aumentando ou diminuindo incertezas institucionais. A exemplo do que informa a ciência econômica, existe uma interação ordenada dos consumidores com as empresas, incluindo, neste processo, os incentivos positivos e negativos do mercado. As empresas, por exemplo, aplicam uma série de estratégias, junto ao consumidor, visando aumentar a demanda de seus produtos (tais como, intensa propaganda, compromisso público de vender sempre mais barato do que o concorrente, flexibilização dos preços em determinadas épocas, etc). Também, na área política, notamos que o Estado distribui incentivos fiscais para as empresas desenvolverem suas atividades em certas regiões, com a expectativa pública de que serão produzidas externalidades positivas para a sociedade.

Entende-se por incerteza, nesta regra, *qualquer falta de conhecimento seguro* (dos indivíduos ou do pesquisador) *sobre o curso de acontecimentos, passados, presentes e futuros ou hipotéticos*¹⁸⁷. Quase toda incerteza, como explica Downs, é *removível através da obtenção de informações, se uma quantidade suficiente de dados estiver disponível*¹⁸⁸. Entretanto, a incerteza é inerente ao mundo real. Por exemplo, *o resultado de uma eleição livre é incerto antes que a eleição ocorra, porque os eleitores podem mudar de idéia no último minuto*¹⁸⁹.

Os indivíduos e o pesquisador raramente possuem dados suficientes para eliminar toda a incerteza, mesmo quando ela é teoricamente removível¹⁹⁰. Apesar disto, podemos supor que a intensidade da incerteza pode ser reduzida através da informação, que tem capacidade de aumentar, positivamente, o grau de confiança do indivíduo que toma decisão. A incerteza é apenas irrelevante para uma decisão trivial ou livre de qualquer interesse ou preferência do indivíduo¹⁹¹.

¹⁸⁷ DOWNS, p. 97.

¹⁸⁸ Idem, p. 97.

¹⁸⁹ Idem, p.98.

¹⁹⁰ Idem, p.98.

¹⁹¹ DOWNS, idem, p.98.

5.3) REGRA ONTOLÓGICA: INDIVIDUALISMO CONSTITUCIONAL

Na ordem civil, os indivíduos racionais são parcialmente livres. Podem fazer acordos criativos, mas são, paradoxalmente, obrigados a respeitar os artigos e os limites do Código Civil, que é uma formalidade universal, impessoal e padronizada de organização pública desenhada, primeiramente, pelo Estado. No modelo geral do Código Civil brasileiro, é o Estado quem: 1) classifica os atos lícitos e ilícitos; 2) produz e regulamenta as regras que devem ser obedecidas; 3) fiscaliza e reprime os abusos contra a ordem pública e os bons costumes; 4) tem uso legítimo da violência; 5) institui regras de pura obediência, que fixam procedimentos que podem ser ou não praticados pelos indivíduos, geralmente através de regras proibitivas ou restritivas; 6) e define as condições mínimas para os contratos terem validade jurídica. Também a responsabilidade civil dos indivíduos é objeto de determinação exclusiva do Estado. O indivíduo menor de idade fica impedido, legalmente, de exercer atos de responsabilidade civil sem o consentimento de tutores ou responsáveis. O indivíduo considerado juridicamente incapaz, responderá pelos prejuízos que causar, se as pessoas, responsáveis por ele, não tiverem obrigação de fazê-lo, ou não dispuserem de meios suficientes¹⁹². São responsáveis pela reparação civil¹⁹³: a) os pais, pelos filhos menores, que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; b) assim como o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições.

5.4) REGRA METODOLÓGICA: INDIVIDUALISMO MAXIMIZADOR

São os benefícios institucionais que justificam o ingresso voluntário do indivíduo na ordem civil, proporcionando a possibilidade de obter segurança; previsibilidade; garantias individuais; bem-estar; cooperação; limitação dos poderes; justiça e ordem privada. Benefícios também existem no sistema da anarquia inconstitucional, entretanto, neste sistema interativo, cada indivíduo estabelece os seus próprios critérios, ou parâmetros de troca e de justiça privada, sem levar em conta os

¹⁹² CÓDIGO CIVIL, art. 928.

¹⁹³ Idem, art. 932.

impactos negativos que sua atitude pode gerar na sociedade como um todo. De acordo com Buchanan, ao se descrever uma determinada transgressão, supõe-se que o criminoso exclua de seus cálculos qualquer tipo de consideração sobre o dano causado a *terceiros*. *Deve-se supor que isto não constitui obstáculo à sua escolha*. Para o criminoso, o importante é obter o máximo de vantagens. Por este motivo, podemos afirmar, categoricamente, que a *impunidade é o benefício institucional mais cobiçado pelo consumidor das regras ilícitas*¹⁹⁴.

Custos, por outro lado, são barreiras, obstáculos ou freios que inibem o consumo de determinadas regras, sejam legais ou ilícitas. No modelo microeconômico do mercado, os custos aparecem através dos preços que são pagos, instrumentalmente, no processo de aquisição de determinada mercadoria. Quanto maior for o preço de um produto, a previsão econômica mais simples sugere que menos unidades serão compradas, desde que o preço seja incompatível com a renda individual estacionária. Quando o preço de um produto sobe e tudo mais se mantém constante (*lei da demanda*), deve cair a quantidade demandada ou o número de unidades compradas do produto¹⁹⁵. Analogicamente, o aumento no valor dos custos operacionais das regras lícitas (que se verifica, por exemplo, no processo de aquisição de informações técnico-burocráticas; nas dificuldades de transporte para se deslocar até os órgãos do Poder Judiciário em certas regiões do Brasil; no pagamento de taxas, registros e papelada oficial; ou então, na demora das decisões judiciais que criam uma defasagem dos valores em litígio) são *custos objetivos negativos* que desaceleram o consumo das regras lícitas na sociedade. Paradoxalmente, entretanto, o aumento desses custos operacionais pode ser acompanhado, na realidade empírica, por uma subida, simultânea, do consumo das regras civis. Para se explicar este fenômeno, é preciso levar em conta o *grau de eficiência do Estado na punição e fiscalização das leis* como um fator externo para os indivíduos optarem pelo consumo compulsório das regras públicas, ou então, devemos localizar, positivamente, quais são os benefícios que esses custos têm conseguido instrumentalizar.

¹⁹⁴ BUCHANAN, 1993, p. 98.

¹⁹⁵ ANDRADE & MADALLOZO, 2003, p. 27.

A interação institucional dos indivíduos na ordem civil pode ser ilustrada por meio de um quadro de utilidade. Em primeiro lugar, o cidadão institui, voluntariamente, um acordo, mas, logo em seguida, desrespeita os deveres ou compromissos que foram declarados espontaneamente. Este comportamento anticontratural é possível na realidade empírica e está localizado na célula III da matriz¹⁹⁶.

Hipoteticamente, também, os dois indivíduos podem preferir não respeitar, simultaneamente, o acordo que eles mesmos celebraram, e ficam, por conseqüência, na condição do egoísmo radical da célula IV. Se ambos preferem ficar com esta opção e se recusam a cumprir o acordo, o resultado é equivalente a um equilíbrio anárquico (neste ponto, ineficiente para criar cooperação, que seria um bem público virtual). Se ambos respeitam os termos do contrato, as duas partes ficam, ao contrário, numa condição melhor, como indica a célula I, embora existam custos de oportunidade, ou subjetivos, a serem internalizados¹⁹⁷ (ver QUADRO 2).

Artificialmente, os números da matriz representam valores de utilidade distribuídos para duas pessoas que estariam participando numa interação voluntária. No lado esquerdo da matriz, fica o indivíduo A. No lado direito, o indivíduo B. Hipoteticamente, se A não cumpre o contrato que ele mesmo definiu, e B respeita os direitos de A, o resultado é a célula III, que é a alternativa mais permissiva e cômoda para o indivíduo A. Do mesmo modo, se B não cumpre as regras e A respeita o acordo, a célula II representa a mais permissiva de todas as posições de utilidade para B.

As perdas decorrentes da desobediência contratual são verificáveis na seguinte condição: o indivíduo A obtém apenas 3 unidades de utilidade, quando B não cumpre o contrato, como demonstra o resultado na célula II. Ao mesmo tempo,

¹⁹⁶ Esta situação é prevista, na Lei de Arbitragem, pelo artigo 22, § 3º: *a revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral*. Entretanto, ainda no início do procedimento arbitral, informa o artigo 21, § 4º: *competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral (...) tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o artigo 28 desta Lei*. Esclarece o artigo 28, neste sentido, que *se no decurso da arbitragem as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá a pedido das partes declarar tal fato mediante sentença arbitral (...)*.

¹⁹⁷ Na Lei de Arbitragem, os indivíduos ganham conjuntamente rapidez constitucional como indicam os seguintes artigos. a) artigo 23: *a sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Não tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado com a instituição da arbitragem, ou da substituição do árbitro*. § único: *as partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado*. b) artigo 31: *a sentença arbitral produz entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, e sendo condenatória, constitui título executivo*.

o indivíduo B, que desrespeita o contrato, ganha 11 pontos, portanto, 4 unidades a mais do que normalmente ele receberia se respeitasse todos os direitos contratuais, conforme se verifica na célula II versus a célula I.

Em certo sentido, seria mais lucrativo desrespeitar os contratos, mas, paradoxalmente, cada indivíduo avalia (baseado em informações institucionais mínimas) que a quebra do acordo não é uma atitude benéfica para os seus interesses e qualquer tentativa neste sentido pode induzir o sistema coletivo à falência, o que é uma externalidade indesejável e prejudicial para todos. Os créditos ou indicadores de utilidade da matriz sugerem, portanto, que A e B reconhecem, racionalmente, a importância da estabilidade do contrato como instrumento que produz cooperação (bem público), exatamente na célula I¹⁹⁸.

Se for incluída, na matriz de utilidade, uma comunidade de 100 indivíduos, a ordem pública poderá sofrer uma *desordem institucional*. Faltando uma fiscalização eficiente, B pode violar todos os termos do contrato e roubar os bens de A, que por sua vez, passa a ter motivos suficientes para reagir ou contra-atacar. Se esta forma de reação vira um padrão generalizado, o sistema coletivo se degenera em direção ao estágio pré-contratual da anarquia ilícita (célula IV).

Os indivíduos C, D, E..., no contexto da desordem, provavelmente não demonstram interesse direto ou explícito em punir o indivíduo B por ter violado o direito do indivíduo A. O restante da comunidade possui, na verdade, um interesse indireto no sentido de que a punição seja exemplar e contribua efetivamente para sanear o ambiente público, embora, na prática, demonstrem certa relutância ou comodismo para referendar alguma forma de castigo.

A popularização da desobediência contratual pode ser desestimulada através de um contrato social na comunidade (como sugere a célula I), através da instituição de um agente coercitivo ou de uma agência especializada para desempenhar o papel de fiscalizador e repressor. Os números da célula I registram, nesta linha de raciocínio, a presença dos custos de oportunidade para todos os indivíduos, em

¹⁹⁸ A nulidade da sentença arbitral, neste contexto, representaria um prejuízo ou custo negativo que os indivíduos preferem evitar. No artigo 32 da Lei de Arbitragem, é nula a sentença arbitral se: I) for nulo o compromisso arbitral; II) emanou de quem não podia ser árbitro; III) não contiver os requisitos do artigo 26 desta Lei; IV) for proferida fora dos limites da convenção da arbitragem; V) não decidir todo o litígio submetido à arbitragem. VI) comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VIII) forem desrespeitados os princípios de que trata o artigo 21, § 2º, desta Lei.

troca da segurança dos direitos contratuais, que é um bem coletivo estratégico. A punição, que é um mal coletivo, deverá funcionar racionalmente, neste quadro, não como um fim, mas como um instrumento de segurança pública, constituindo, paradoxalmente, uma forma de bem público¹⁹⁹.

QUADRO 2: matriz de utilidade

		B	
		Respeitar direitos	Não respeitar direitos
A	Respeitar direitos	Célula I 19,7	Célula II 3,11
	Não respeitar direitos	Célula III 22,1	Célula IV 9,2

Fonte: BUCHANAN, *The Limits of Liberty*, 1975, p. 65.

5.5) REGRA AXIOLÓGICA: INDIVIDUALISMO REGRADO

As regras coordenam os comportamentos individuais e são instrumentos importantes para se ter idéia de como será o processo de interdependência na sociedade. Como afirma, constantemente, Buchanan, precisamos de regras porque sem elas a vida pode se tornar *solitária, pobre, curta e miserável* como sugere a linguagem hobbesiana. No desenho constitucional da anarquia ordenada, as regras são igualmente fundamentais e aparecem numa espécie de *mix* dos interesses público-privado, aglutinando as regras formais de obediência com a regra do consenso. A combinação jurídica dessas duas categorias de regras estimula a formação de um ambiente público semelhante a uma anarquia ordenada de

¹⁹⁹ BUCHANAN, 1975, p. 65.

mercado, onde existe um alto grau de liberdade, de escolha e de criatividade²⁰⁰ nos contratos de natureza voluntária, com a presença mínima do aparelho estatal²⁰¹.

Além das regras formais (rígidas e flexíveis), no *mix* público-privado da anarquia ordenada os indivíduos também utilizam, informalmente, dois tipos de regras morais que atuam como pré-requisitos para se instalar a arbitragem e a mediação.

As regras morais podem ser de dois tipos: *comunitárias* e *individualistas*. As regras que representam a *comunidade moral* incentivam as pessoas a ficarem unidas, mantendo entre si, a identificação comum sobre determinados interesses gerais (baseados, por exemplo, na *tradição*, nos *hábitos culturais*, na *vontade coletiva*, na *identidade social* e nos *bons costumes*). Na comunidade moral, *nenhum indivíduo é totalmente autônomo e não raciocina como se fosse uma unidade solitária de consciência*²⁰².

As *regras individualistas*, por sua vez, motivam os indivíduos isolados a tratarem seus parceiros, na ordem civil, com *reciprocidade*, dispensando qualquer exigência de fidelidade a um grupo ou comunidade específica. No modelo da ordem moral, cada pessoa trata o outro parceiro com *indiferença comunitária*²⁰³. Quando são utilizadas as regras da ordem moral, é possível, portanto, que um determinado cidadão negocie com outro, que não seja membro de sua própria comunidade, desde que ambas as partes tenham decidido, como contra-partida, obedecer aos preceitos constitucionais mais amplos, fundamentais para estimular a *confiança recíproca*²⁰⁴.

Na ordem moral, não há partilha de valores e de lealdade a um setor coletivo previamente definido. Neste cenário, a interferência do governo tende a ser minimizada e, ao mesmo tempo, a liberdade dos indivíduos é maximizada através das regras morais²⁰⁵. Na situação extrema, onde todas as pessoas atuam de acordo

²⁰⁰ *Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção da arbitragem* (Lei de Arbitragem, art.19, § único).

²⁰¹ Complementa este tipo de afirmação a Lei de Arbitragem, art. 21: *a arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se ainda, às partes, delegar ao próprio árbitro ou ao tribunal arbitral regular o procedimento.*

²⁰² BUCHANAN, 1987, p. 290.

²⁰³ *Idem*, 1987, p. 290.

²⁰⁴ *Idem*, p.290.

²⁰⁵ *Idem*, p.292.

com as regras da ordem moral, não existirá necessidade de um governo como um todo. Idealmente, o governo deve apenas proteger os direitos individuais e sociais, e impor condições objetivas mínimas para a realização dos contratos livres.

Na filosofia pública das regras individualistas da ordem moral, os indivíduos não precisam demonstrar sentimento de benevolência, ou altruísta, para qualquer outra pessoa, seja um vizinho ou estranho. A expectativa institucional das regras individualistas é que os indivíduos respeitarão, voluntariamente, o mínimo de regras para *viabilizar a ordem moral; frear as ambições* e não se cair, finalmente, na *confusão da anarquia*²⁰⁶.

5.6) REGRA PRAXIOLÓGICA: INDIVIDUALISMO CONTRATUAL

Na ordem civil, as escolhas públicas revelam a existência de uma gradação contratual, delimitada por três modelos institucionais: a) o modelo da anarquia; b) o modelo hobbesiano ou despótico-benevolente do Estado; c) e o modelo formal da anarquia ordenada (ou intermediário). Cada uma destas alternativas apresenta sua própria estrutura de custos e benefícios institucionais que o cidadão confronta, economicamente, no processo decisório.

A) MODELO DA ANARQUIA: Estado-zero

O contrato da anarquia se fundamenta, constitucionalmente, nas regras subjetivas ou informais do ponto de vista jurídico. Os participantes conciliam diretamente seus interesses e ignoram, na prática, os critérios burocráticos e repressivos de natureza estatal quando organizam os termos do acordo subjetivo. Neste modelo, os indivíduos declaram espontaneamente no contrato, que estão motivados a internalizar os custos operacionais que fazem parte da produção, regulação e fiscalização do acordo, em troca, esperam obter rapidez na concretização de suas

²⁰⁶ As regras morais fazem parte, informalmente, da instituição da arbitragem. *Pode ser árbitro, qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes* (Lei de Arbitragem, art.13). *No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção* (idem, § 6º). *As pessoas indicadas para funcionar como árbitro tem o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência* (Lei de Arbitragem, art. 14, §1º).

metas (o que é um bem coletivo), afastando, deste modo, os prejuízos institucionais que decorrem da lentidão ou ineficiência da burocracia estatal.

A autogovernabilidade é uma virtude política do *contrato da anarquia*. Além de ser uma forma livre de associação, este tipo de contrato exige uma estrutura coletiva descentralizada de poder. A autoridade pública é reduzida, neste contexto, para zero enquanto o poder decisório concentra-se apenas na base, ficando sob comando daqueles que serão atingidos, diretamente, pelas tomadas de decisões previstas pelo contrato.

O modelo da anarquia estabelece as seguintes responsabilidades contratuais. Em primeiro lugar, são os indivíduos interessados que devem escolher todas as regras, pelo critério da unanimidade. Em segundo lugar, eles fiscalizam as regras que foram instituídas, desempenhando a função de árbitros, cada um tendo poder de julgamento, distribuído eqüitativamente. Em terceiro lugar, os contratantes devem executar as promessas do acordo, cumprindo os objetivos que foram declarados através da palavra.

A regra do consenso atua, positivamente, como força motivadora do processo contratual dos bens privados e coletivos no modelo moral da anarquia. Esta regra máxima pressupõe que os indivíduos são livres para realizar trocas econômicas e para estabelecer acordos criativos. Neste sentido, todas as formas de organização contratual, baseadas no consentimento, devem satisfazer, do começo ao fim, o interesse de seus participantes.

É contrário à regra do consenso, o estabelecimento de acordos centralizadores, onde uma minoria eventualmente ganha e a maioria perde, ou vice-versa. A regra moral mais importante se fundamenta no princípio ético de que os ganhos econômicos serão mútuos, como se fosse um *jogo de soma positiva*. Por esta razão, a solidariedade entre os participantes é uma tecnologia complementar indispensável para o contrato moral.

Racionalmente, os indivíduos admitem cooperar e descartam a possibilidade da existência de uma autoridade, ou de um poder externo, comandando as atividades de cada um no grupo, porque existe um cálculo moral que justifica, economicamente, o processo interativo. É lucrativo, no contexto real do indivíduo,

dedicar uma taxa maior de sacrifício no contrato porque o produto coletivo, no futuro, deverá atender, obrigatoriamente, às expectativas iniciais de utilidade.

O ambiente moral da anarquia é de *paz, boa vontade, assistência mútua* e de *preservação*, como sugere a descrição naturalista de Locke. Quando os indivíduos vivem juntos conforme a razão, sem um poder superior comum sobre eles, que possua autoridade para julgar, existe, efetivamente, uma ordem moral. Entretanto, a força contra a dignidade das outras pessoas, *quando não existe qualquer superior comum sobre a terra para quem apelar, constitui a possibilidade do estado de guerra*²⁰⁷.

B) MODELO CONTRATUAL HOBBSIANO: Estado-máximo

Os indivíduos preferem reproduzir, integralmente, e por livre iniciativa, o modelo formal de contrato civil desenhado pelo Estado. Em troca, esperam obter maior grau de objetividade do acordo que é considerado, contextualmente, um benefício público pelos indivíduos. Os contratantes vinculam a produção, regulação e fiscalização dos seus interesses, neste cenário, ao poder do Estado, considerando a subjetividade um problema ou mal coletivo que os conduziria, em última instância, à confusão do estado de anarquia hobbesiana.

A multiplicidade de preferências e de opiniões da sociedade moderna reforça, na avaliação dos participantes, o sentimento institucional de incerteza sobre o destino dos contratos voluntários. As promessas declaradas verbalmente, neste ambiente de incerteza, são ameaçadas pela heterogeneidade cultural, instabilidade econômica e pelo desgaste dos valores morais.

Levando em conta este diagnóstico público, o modelo hobbesiano é utilizado como alternativa, objetivando diminuir incertezas sociais. Sua regra básica consiste na obediência consensual a todos os termos estabelecidos pelo poder público. Não há lugar para interpretações, nem disposição para o exercício da regra mútua de confiança. Os indivíduos preferem renunciar ao direito natural e constitucional de legislar e julgar conflitos, transferindo, neste sistema, seu poder político para a burocracia do Estado.

²⁰⁷ LOCKE , 1983, cap. III.

Quando o cidadão utiliza os modelos oficiais do Estado, visando otimizar os seus interesses privados, aparecem dois tipos de custos de oportunidade que não existem no estado de anarquia: 1) *a restrição do poder individual de julgar por conta própria*; 2) e *a diminuição do grau de liberdade*.

A restrição do poder de julgar, como sugere Locke, é inexistente no modelo moral da anarquia porque os critérios de julgamento estão subordinados exclusivamente ao livre-arbítrio de cada um. Na ordem civil, ao contrário, o cidadão substitui, intencionalmente, o poder absoluto de julgar pelo poder público do Estado protetor. A substituição é racional porque a ausência do Poder Judiciário é considerada, potencialmente, um risco para a sociedade e para os próprios indivíduos, que sem esta pré-condição institucional ficariam sujeitos à parcialidade dos julgamentos (o que na prática é um autêntico mal público).

Constitucionalmente, o modelo moral da anarquia é um paradigma insuficiente para produzir o equilíbrio dos interesses público-privado na sociedade pluralista, competitiva e democrática porque toda sua estrutura se fundamenta na boa vontade dos indivíduos, ou como sugere Locke, na *razão natural, prudência e bom senso*. Devido a esta característica, o contrato moral da anarquia não inclui qualquer referência objetiva ou padrão generalizado (*leis formais*) que possibilitem aos indivíduos avaliarem a qualidade e o impacto de suas escolhas em relação à ordem pública no aspecto mais amplo possível (regional, nacional e internacional, por exemplo).

Politicamente, a anarquia despreza a intromissão de um agente burocrático externo, que produza regras coercitivas e exerça papel fiscalizador e repressivo sobre a espontaneidade contratual dos indivíduos. O maior problema institucional da anarquia, na avaliação negativa do modelo de Hobbes, residiria, portanto, na falta, objetiva, de um poder público fiscalizador dos acordos. A regra do consenso como também reconhece Locke, é subjetiva e totalmente adaptável aos interesses dos indivíduos ou das comunidades no estado de natureza. Estimula um processo público aleatório e infinitamente descentralizador.

O risco da anarquia decorre do fato de que os indivíduos manifestam o mesmo poder para executar, legislar e fazer justiça sobre as matérias que tocam diretamente seu auto-interesse. Locke enfatiza, inclusive, que *o amor próprio pode*

*tornar os homens parciais para consigo mesmos e com seus amigos, e por outro lado, a inclinação para o mal, a paixão e a vingança, os levarão longe demais na punição de outrem, daí se seguindo tão somente confusão e desordem (...)*²⁰⁸.

C) MODELO DA ANARQUIA ORDENADA: Estado-mínimo

O desenho institucional da anarquia ordenada não utiliza apenas regras rígidas que demandam obediência ao despotismo benevolente do Estado. Admite também regras formais flexíveis que autorizam a maximização do poder político do cidadão para autogovernar seus contratos e produzir justiça privada com a presença mínima dos aparelhos burocrático-estatais. No modelo formal da anarquia ordenada, idealmente, este tipo de procedimento jurídico dependerá sempre da livre-iniciativa e do cálculo dos participantes. Não deve constituir, portanto, uma ação obrigatória porque é uma alternativa instituída, democraticamente, entre as partes interessadas.

No contrato intermediário da anarquia ordenada, os indivíduos podem ser criativos e desenvolver poderes políticos mais amplos. É plenamente viável na avaliação contextual dos interessados, portanto, aprimorar os direitos e deveres individuais. O risco institucional existe, todavia, quando os indivíduos radicalizam a criatividade e tornam demasiadamente complexos os condicionantes contratuais, comprometendo a clareza do diálogo e as decisões no futuro, como acontece com a regra de equidade transferida para o critério subjetivo do árbitro. Esta última possibilidade, numa situação crítica, pode gerar *desconfiança*, *descrédito* e *confusão de idéias*, exigindo no futuro gastos adicionais para se resolver os impasses coletivos sobre o valor, legalidade, entendimento e legitimidade das sentenças arbitrais.

5.7) REGRA CONTEXTUAL: AMBIENTE DE INCERTEZA

Atuam como reforçadores positivos da anarquia ordenada: a liberdade pública do indivíduo, o capital moral e o acesso às informações técnicas. A liberdade de escolha, em primeiro lugar, é um meio para os indivíduos otimizarem seus interesses e preferências constitucionais. Ela pode ser praticada, formalmente, porque existem,

²⁰⁸ LOCKE, 1983, cap. II, p. 38.

na ordem constitucional, regras jurídicas flexíveis que definem os modos pelos quais se podem celebrar contratos, não obrigando, necessariamente, as pessoas a atuarem de maneira particular pré-determinada. A existência destas leis ou regras não impõe deveres ou obrigações específicas. Apenas delega, aos indivíduos, dispositivos gerais para a realização dos seus objetivos, conferindo-lhes poderes jurídicos para criar, através de certos procedimentos especificados e sujeitos a certas condições, estruturas de direitos e deveres dentro do quadro coercitivo do Direito²⁰⁹.

O capital moral é outra forma de incentivo paralelo disponível no ambiente público. A mediação, por exemplo, deve basear-se na autonomia da vontade das partes e o mediador, por sua vez, precisa respeitar alguns princípios éticos. O mediador deve compreender a realidade dos mediados, neutralizando, necessariamente, seus preconceitos e valores pessoais quando desempenha o papel coletivo. Precisa, também, construir e manter um ambiente social de *credibilidade*, mantendo sua independência, franqueza e coerência pessoal. Tanto na mediação como na arbitragem, a base do procedimento consiste na disposição moral e psicológica para se desenvolver, cooperativamente, a solução dos conflitos. Se esta disposição não for consistente entre as partes não haverá pré-condições subjetivas para ser instalado, voluntariamente, o compromisso arbitral.

Outro incentivo paralelo da anarquia ordenada é a propaganda técnica, verificável nas iniciativas privadas de divulgação e informação do instituto da arbitragem e mediação. Os atendimentos ao grande público por telefone, *e-mails* ou visitas pessoais, por exemplo, são estratégias ou incentivos paralelos que têm ajudado na popularização da arbitragem.

Dentre os reforçadores negativos da anarquia ordenada, destacam-se: a cultura jurídica estatocêntrica, as dificuldades econômicas e a incerteza institucional sobre os resultados da sentença proferida pelos árbitros, no futuro. As dificuldades culturais, inicialmente, são notórias quando se considera, na prática, a pouca experiência dos brasileiros no manejo das alternativas institucionais produzidas pelo Poder Legislativo para solução de controvérsias. Culturalmente, é marcante o *fetichismo* pelo intervencionismo burocrático do Estado. Ao contrário desta tradição jurídica,

²⁰⁹ HART, 1994, p. 35.

entretanto, a proposta da Lei de Arbitragem visa justamente facilitar as relações pessoais, comerciais, científicas, ambientais, trabalhistas e familiares, aplicando critérios descentralizadores e menos burocráticos para os indivíduos produzirem justiça de maneira bastante participativa. Idealmente, a resolução dos conflitos pela arbitragem deve trazer, às partes, *celeridade e simplicidade de procedimento*.

Apesar das facilidades institucionais, devemos reconhecer, existem muitas *dúvidas* sobre o uso da arbitragem que comprometem a sua instalação inicial. Serão necessários um, três, cinco, ou maior número de árbitros? O procedimento precisará, no futuro, de um ou vários peritos? Os juízes arbitrais leigos possuirão realmente preparo técnico e teórico para enfrentar a complexidade do sistema jurídico?

Conforme determina a Lei de Arbitragem, a equipe de árbitros deve ser composta sempre por um número ímpar de juízes, a fim de se evitar possíveis empates técnicos. A escolha das partes pode recair, consensualmente, sobre um médico, um professor, um bancário, um fazendeiro, ou sobre qualquer outra pessoa que detenha conhecimentos sobre a matéria a ser analisada. Eventualmente, se for da vontade das partes, poderá ser incluído um profissional do Direito. Apesar disto, é comum se encontrar no processo de escolha dos árbitros, o *receio* de se entregar o poder de decisão do conflito para um terceiro agente que não seja a figura tradicional do juiz togado. Gradativamente, entretanto, a sensação de insegurança *vem sendo mitigada pela validade e eficácia das sentenças proferidas pelos juízos arbitrais nos últimos 10 anos*²¹⁰.

Durante a arbitragem, também podem existir situações que demandam esclarecimentos técnicos adicionais para subsidiar a convicção do juízo arbitral. Apenas se um dos árbitros for técnico no assunto, ou então se um dos árbitros da Câmara de Arbitragem dominar a matéria, poderá ser indeferida a diligência pericial. A possibilidade da perícia traz, no entanto, algumas *dúvidas orçamentárias associadas com o trabalho da arbitragem*, devido à complexidade do tema em litígio ou por influência da divergência entre os próprios peritos da equipe, reforçando, assim, o receio dos participantes de que surgirão custos imprevisíveis.

²¹⁵WWW.CAMARB.COM.BR, p.2.

A incerteza orçamentária do procedimento arbitral é um fato comum, sendo reconhecido, por exemplo, pelo Tribunal Metropolitano de Mediação e Arbitragem do Estado de São Paulo (TMMA, *material de divulgação*) nos seguintes termos:

o procedimento arbitral terá seu início após o recolhimento de 40% referente à taxa de Administração Procedimental pertinente à demanda. Na taxa administrativa, estão inclusos os honorários a serem pagos a arbitro único. Nos casos de identificação de mais de um árbitro, a tabela poderá sofrer alterações em razão da complexidade da matéria, tempo estimado para dirimir a arbitragem, montante em litígio, urgência do caso, volume das provas a serem produzidas, estudos processuais ou qualquer outra circunstância. Também, as partes em igualdade ou não, ratearão e efetuarão os depósitos das quantias necessárias ao bom andamento do Juízo Arbitral, no que diz respeito às despesas extraordinárias, tais como locomoção do juízo, traslados, requerimentos de documentos de obrigação da parte, tradução de originais, diligências itinerantes, honorários dos peritos, e realização de audiência fora do horário normal de funcionamento do tribunal. Deverá ser paga assim que for apresentado o documento demonstrativo.

Também existe a possibilidade do procedimento arbitral ser suspenso no futuro e passar para a esfera do Poder Judiciário, contrariando a expectativa inicial declarada, voluntariamente, pelos indivíduos. Segundo o artigo 25, da Lei de Arbitragem, *sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca dos direitos indisponíveis ou indivisíveis, e verificando-se que de sua existência ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.*

CAPÍTULO 6

TECNOLOGIAS CIVIS E ANARQUIA ORDENADA

O instrumentalismo da racionalidade pode ser ilustrado, de maneira bastante simplificada, através do exemplo fictício de Crusoé, que mora isolado numa ilha e precisa colocar ordem em suas atividades. Crusoé avalia, nesta situação, que é necessário disciplinar suas atividades para obter eficiência na jornada diária, por este motivo, decide tomar uma atitude racional, construindo uma tecnologia que funciona como um relógio natural (uma janela aberta para o sol nascente poderia ser um exemplo). Com esse tipo de solução, que delimita o período de descanso e trabalho, Crusoé submete-se, voluntariamente, ao comando da tecnologia e auto-impõe a *regra de obediência* uma vez diagnosticada sua imperfeição no controle da hora de acordar. O alarme natural é inventado, neste caso, para impor restrições com a expectativa econômica de que será possível receber, em troca, algum efeito compensador. Porém, quando o sinal incomoda a tranquilidade do indivíduo, aparece, inesperadamente, o *paradoxo do governado*. Crusoé sente o incômodo causado pelo comando externo da tecnologia que ele próprio construiu e, em vários momentos de sua rotina, passa a vivenciar um dilema de escolha.

6.1) OBJETIVO DESTE CAPÍTULO

Acompanhando a lógica instrumentalista que representa o modelo de maximização de utilidade, este capítulo pretende mostrar que o contrato civil, além de ser uma fonte de obrigação social, também pode ser usado como uma *tecnologia do auto-interesse*, propiciando informações estratégicas acerca do futuro. A reorganização tecnológica ou instrumental do Código Civil e da Lei de Arbitragem brasileira parte da suposição de que os indivíduos comportam-se racionalmente e classifica, neste sentido, as tecnologias públicas que maximizam o auto-interesse dos indivíduos, incluindo, tecnicamente, as tecnologias habilitadas para produzir justiça privada.

A reconstrução instrumental da ordem civil pretende demonstrar, neste capítulo, que existem quatro modalidades tecnológicas (negociação,

descentralização, coalizão e centralização), que funcionam em decorrência dos interesses e das preferências dos indivíduos participantes. A arbitragem e a mediação constituem, neste contexto, dois exemplos de tecnologias institucionais que têm capacidade para produzir justiça e cooperação, democraticamente. A organização das regras civis como tecnologias do auto-interesse se apóia, de maneira geral, nas seguintes afirmações:

1-as regras são meios institucionais;

2- produzem benefícios;

3- dependem da ação interessada dos indivíduos;

4- e sofrem interferência externa dos incentivos paralelos, que são avaliados, racionalmente, como valores ou instrumentos positivos e negativos do processo decisório. Os incentivos positivos incluem: a liberdade de escolha; o capital moral entre as partes; as regras flexíveis que autorizam contratos atípicos; e os prejuízos institucionais como multa, prisão e nulidade contratual, que inibem o avanço do individualismo anárquico ou ilícito. Dentre os incentivos negativos, destacamos a erosão do capital público, os hábitos culturais e as crises financeiras.

6.2) CONCEITO OPERACIONAL

Regras

Regras são instrumentos utilizados racionalmente para se impor ordem no caos. Elas coordenam as ações dos indivíduos e são importantes e cruciais para se ter conhecimento de qualquer processo de interdependência e previsibilidade sobre o futuro. As regras definem os parâmetros dentro dos quais o jogo tem seu lugar – as ações permitidas aos jogadores, os equipamentos a serem usados, o sentido contextual das disputas, a forma através da qual o vencedor é definido, etc.²¹¹. Além de estabelecer a definição do espaço onde os indivíduos podem operar seus

²¹¹ BUCHANAN, *A Razão das Regras*, 1985, cap. 1.

interesses, as regras também fornecem informações estratégicas para os processos de tomada de decisão.

Idealmente, as regras servem para facilitar a convivência de interesses e preferências, de modo que todos os envolvidos possam ganhar simultaneamente, determinados benefícios. A função social das regras é permitir que os indivíduos persigam seus interesses particulares, ou pessoais, dentro da ordem competitiva, dispondo informações técnicas para eles atingirem suas metas com menor risco, conflito e incerteza pública²¹².

As regras fornecem, para cada ator, previsibilidade sobre o comportamento dos outros participantes e podem formar um ordenamento composto de vários níveis de informações. Há regras superiores e inferiores, e sempre uma norma fundamental coordenando esse tipo de agregado. Por mais numerosas que sejam as fontes dessas regras, *é possível existir uma unidade pelo fato de que direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes podem ser conectadas a uma única norma*²¹³. A norma ou regra fundamental não é necessariamente expressa literalmente, mas podemos pressupor sua existência para o sistema normativo funcionar coerentemente.

Como forma de tecnologia institucional, o conjunto das regras deve aumentar *a eficiência da atividade humana*. Para servir a esta finalidade, é preciso, no entanto, mobilizar-se um conjunto organizado e sistematizado de diferentes conhecimentos técnicos, empíricos, e até mesmo intuitivos, voltados para uma função aplicada na produção e consumo de determinados bens e serviços finais.

Apesar do conjunto das regras contratuais disponibilizar informações especializadas e de rápido acesso sobre custos e benefícios, a compreensão técnica dos direitos e deveres básicos nem sempre é facilmente assimilável pelo cidadão comum. Provavelmente, para reduzir incertezas e eliminar dúvidas sobre as informações institucionais, é possível que o cidadão contrate alguma agência ou advogado para prestar serviços especiais de suporte técnico ou consultoria.

Os contratos civis, como tecnologias, estão ligados a uma rede constitucional. As falhas localizadas no sistema geral podem sofrer interferências ou reparos da

²¹² Idem, cap. 1.

²¹³ BOBBIO, 1999, p.49.

comunidade para evitar o caos, imediatamente; anulando-se, por exemplo, os contratos abusivos ou condenando os atos ilícitos.

As tecnologias contratuais quando são oficializadas, ficam conectadas, por analogia, a uma central (o Estado), que tem a função de proteger os cidadãos e a estabilidade do sistema constitucional. Confiabilidade e rapidez são fatores chaves, neste contexto, para se legitimar e garantir o funcionamento das instituições. Uma rede constitucional lenta pode reduzir a produtividade no campo da justiça, por exemplo. Uma falha pode provocar bloqueios no trabalho de produção da ordem social e se caracterizar como verdadeiro mal público.

6.3) MODELO DE CONTRATO DE SOCIEDADE

Na ocasião em que os indivíduos utilizam o contrato para fundar uma sociedade civil, eles se comportam de maneira similar aos *indivíduos racionais do mercado*. Inicialmente, eles apresentam, em comum, a demanda institucional pela previsibilidade das relações no grupo que pretendem investir, ao mesmo tempo, reconhecem a utilidade da tecnologia da coalizão para satisfazer a demanda coletiva através do consenso.

Durante a análise do contrato, os indivíduos comparam custos e benefícios institucionais que são pertinentes à estrutura da sociedade, e localizam as vantagens que não poderiam ser obtidas na situação de isolamento. Para fechar o contrato, os indivíduos comportam-se, finalmente, de forma coerente com suas limitações e determinam como será o funcionamento e a extinção da sociedade civil, empregando critérios avaliativos sobre o futuro dentro da lógica maximizadora.

Através do contrato, o indivíduo fica sabendo, por antecipação, que não continuará livre nas tomadas de decisões coletivas. Em algumas situações, a sociedade poderá exercer, até mesmo, uma *tiranía da maioria*, quando não existir, especificamente, unanimidade ou consentimento expresso de toda a coletividade sobre a divisão, concessão ou transferência das cotas que eventualmente sejam propostas por um dos sócios. Sempre existirá um custo subjetivo sobre a liberdade que é aceito, racionalmente, em troca da estabilidade organizacional e patrimonial do grupo, no futuro. Numa situação crítica, o grupo poderia sofrer uma contaminação

negativa da desordem, prejudicando a previsibilidade dos negócios. Sendo, portanto, a eficiência do grupo avaliada pelo indivíduo racional como um bem público instrumental, porque gera lucros no final do processo interativo, é razoável suportar a imposição da maioria, desde que não comprometa as expectativas financeiras e os direitos institucionais do sócio que foram declarados na base do contrato civil.

6.4) MODELO DE CONTRATO DE ALUGUEL

A previsibilidade do processo interativo é o bem público mais visado no contrato de aluguel. De um lado, o locatário compromete-se a preservar o imóvel tanto no seu aspecto físico como moral, e a pagar pontualmente a mensalidade, nos prazos ajustados. O locador, por outro lado, assume o compromisso institucional de não interferir na privacidade do locatário durante o uso do imóvel, e declara manter, neste caso, o contrato de aluguel vigente dentro do prazo convencionado, na hipótese contrária, fica ameaçado de pagar multa e indenização.

Regras flexíveis também podem ser incluídas no contrato civil de aluguel. O locador, se preferir, pode assumir o pagamento integral do IPTU; aceitar ou não a rescisão do contrato, sem multa, depois de 12 meses de aluguel; e renovar ou não, o aluguel por um novo período.

Os custos subjetivos fazem parte do contrato público. Obriga-se o locatário a pagar todos os prejuízos que provocar no patrimônio através de obras estruturais, sem autorização, que venham ameaçar a segurança e modificar a arquitetura original do imóvel. É obrigatório também, pagar multa quando não for mantida a pontualidade no pagamento das mensalidades.

A segurança do processo de negociação, entre locador e locatário, poderá incluir dois reforços positivos: o *serviço da imobiliária* e a *cláusula do fiador*. A imobiliária assume a responsabilidade gerencial do começo, meio e fim do contrato de aluguel. É uma agência especializada que se propõe, formalmente, a administrar as informações técnicas que norteiam o contrato social. A imobiliária fornece vários serviços, enviando, com antecedência e regularidade, os boletos, através dos quais se efetua o pagamento bancário mensal.

A *cláusula de fiador* determina, por sua vez, que será necessário um *pagador solidário principal*, no caso de uma futura inadimplência. Com este dispositivo, a expectativa institucional da imobiliária é desestimular os atos de irresponsabilidade civil. Desse modo, uma pessoa física de confiança do locatário deverá assumir, formalmente, a possibilidade de pagar os eventuais prejuízos financeiros que forem praticados sobre o imóvel alugado.

6.5) MODELO DE CONTRATO DE ADMINISTRAÇÃO DE CONDOMÍNIO

O contrato é uma *tecnologia da informação* que o síndico emprega de forma complementar ao seu interesse institucional, quando pretende terceirizar os serviços administrativos do prédio. Os benefícios institucionais previstos, neste tipo de contrato, podem ser representados por três modalidades: 1) *ordem patrimonial*, 2) *proteção jurídica*, 3) e *acesso rápido a informações especializadas sobre a solução de problemas condominiais*.

A *ordem patrimonial* é coordenada por cláusulas específicas, que tratam do registro contábil; da compra de material; da cobrança; das despesas; e do saldo do condomínio. Para ajudar na formação da ordem patrimonial, a administradora deve manter atualizada a escritura contábil do prédio, com o lançamento das receitas e das despesas. Também deverá enviar a todos os moradores do condomínio, um extrato da conta da receita e da despesa, ou balancete sintético, com a periodicidade indicada pelo síndico.

Por conta e em nome do Condomínio, a Administradora compra diversos materiais necessários para garantir a conservação do edifício, mediante pedido, por escrito, assinado pelo síndico, em impresso apropriado que é fornecido pela administradora. Os pagamentos, que são autorizados pelo síndico, incluem contas de energia elétrica, manutenção de gás, salários, taxas, e outros serviços, desde que haja saldo credor na conta corrente do condomínio.

A *proteção jurídica* aparece em cláusulas relacionadas com pagamentos; seguros de incêndio; e de pessoal. Em relação aos condôminos inadimplentes, esgotados os meios administrativos normais, a Administradora mandará efetuar a cobrança por meio de advogado, debitando ao Condomínio todas as despesas dos

processos judiciais ou extrajudiciais, além dos honorários do advogado. Para este fim, a Administradora fica autorizada a contratar, por conta do Condomínio, os advogados que se fizerem necessários, outorgando-lhes, em nome do prédio, os poderes para a consecução dos fins idealizados.

O *acesso rápido a informações técnicas* consta nas cláusulas sobre assistência jurídica. Neste caso, a administradora proporciona assistência e informa qual é a situação do prédio, invocando a cláusula contratual de inspeção. Também a conservação e a solução dos problemas ligados à infra-estrutura do condomínio são responsabilidades previstas, contratualmente, através dos relatórios periódicos de inspeção que devem sugerir as providências para correção das anomalias. Reparos estruturais, que forem necessários, serão feitos, da mesma forma, por conta e autorização expressa do Condomínio. O diagnóstico técnico, produzido pela administradora, abrange áreas comuns, caixas de esgoto e demais instalações, observando as condições de limpeza, de segurança e de conservação.

No contrato civil, existem três cláusulas, que geram custos institucionais, e que o síndico deverá arcar no futuro: 1) *relacionada ao pagamento do serviço da agência*; 2) *ao pagamento de serviços paralelos*; 3) *e ao grau de liberdade do síndico durante o contrato*.

O síndico deve pagar a importância mensal que será debitada na conta corrente do condomínio, assim como a 13ª taxa de administração, no mês de dezembro, conforme estabelece resolução da ABADI (Associação Brasileira das Administradoras de Imóveis) e do Sindicato das Empresas Administradoras. Também o síndico é obrigado a pagar despesas com transporte, telegramas (correios), impostos sobre serviços, e adiantamentos. Se na época prevista desses pagamentos, a conta corrente do Condomínio apresentar saldo devedor ou for insuficiente, a Administradora solicitará ao síndico as devidas providências para o rateio do saldo devedor. Neste caso, o condomínio obriga-se a pagar despesas decorrentes de adiantamentos feitos em conta corrente ou para fins administrativos, que forem devidos através de imposições legais ou convencionais.

Além disto, o Condomínio pagará os honorários do advogado, que for indicado para agir judicialmente, na defesa dos condôminos. E em qualquer caso, os

custos judiciais correrão por conta do Condomínio e serão reembolsados pela parte adversa, se for vencida.

A Administradora não assume qualquer responsabilidade pela eventual demora na solução das ações propostas. O síndico, mesmo contratando a agência, *continua tendo responsabilidades administrativas*. É ele quem recebe os relatórios de inspeção e decide a pertinência ou não, de reparos de infra-estrutura; aprova as receitas e despesas da agência contratada; e influencia, decisivamente, na forma como devem ser tratados os inadimplentes.

6.6) TIPOS TECNOLÓGICOS

A reconstrução programática sobre o Código Civil brasileiro e a Lei de Arbitragem revela que existem quatro tipos de tecnologias contratuais disponíveis para o cidadão. Cada uma dessas tecnologias apresenta várias possibilidades de uso:

1) negociações são introduzidas no processo de compra e venda; nas doações; na prestação de serviços ou na locação de bens privados. A tecnologia da negociação produz segurança e previsibilidade civil (que é um bem coletivo) no processo das trocas individuais.

2) A arbitragem e a mediação, por sua vez, produzem justiça privada que é um bem coletivo para os indivíduos. A arbitragem, como tecnologia democrática centralizadora na figura do árbitro é *o meio mais simples, mais acessível, mais rápido e menos dispendioso para a solução de querelas. Bem aplicado ou empregado, pode redundar em benefício para o próprio Estado, através do desafogo dos serviços judiciários*²¹⁴.

3) As coalizões podem representar interesses com fins econômicos ou não, como se verifica na estrutura das fundações culturais e filantrópicas, ou na união matrimonial, que é uma forma de coalizão entre os indivíduos para instituir uma sociedade conjugal. O objetivo principal de uma coalizão é produzir cooperação civil.

²¹⁴ MONTEIRO, 1960, p. 348.

4) A descentralização é outro meio disponível para se produzir bens privados ou coletivos, através do mandato e da concessão temporária de direitos ao uso da propriedade. Constitui, em algumas situações, uma alternativa estratégica para o Estado, atribuindo para o setor privado a responsabilidade de promover utilidade pública através da concessão do serviço de transporte de coisas e pessoas. Este tipo de tecnologia delimita o poder que emerge no processo de delegação voluntária entre as partes interessadas.

6.6.1) TECNOLOGIA DA NEGOCIAÇÃO

A validade do negócio jurídico requer²¹⁵ um agente capaz; um objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e uma forma prescrita ou não, que seja defesa em Lei. A incapacidade de uma das partes²¹⁶ não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, nem podem os co-interessados capazes reivindicar o benefício unilateral de um objeto indivisível ou de obrigação comum. São lícitas em geral ²¹⁷, todas as condições não contrárias à Lei; à ordem pública ou aos bons costumes. Dentre as condições defesas, incluem-se aquelas que privam de todo efeito, o negócio jurídico ou que deixam a sua finalidade ao puro arbítrio de uma das partes. Também invalidam os negócios jurídicos as condições físicas ou juridicamente impossíveis; as condições ilícitas ou de fazer coisa ilícita; as condições incompreensíveis ou contraditórias²¹⁸. Os negócios jurídicos são anuláveis²¹⁹ quando as declarações de vontade são fundadas no erro, substancial, que poderia ser percebido por uma pessoa de diligência normal em face das circunstâncias do negócio. O erro de cálculo apenas autoriza a retificação da declaração da vontade ²²⁰.

²¹⁵ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, art. 104.

²¹⁶ Idem, art. 105.

²¹⁷ Idem, art. 122.

²¹⁸ Idem, art. 123.

²¹⁹ Idem, art. 138.

²²⁰ Idem, art. 143.

a) COMPRA E VENDA

Os contratantes são obrigados a guardar, na conclusão e execução do contrato, os princípios de *probidade* e *boa fé*. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, será adotada a interpretação mais favorável ao aderente. É lícito às partes, estipular contratos atípicos, desde que sejam observadas as mesmas normas gerais. No contrato de compra e venda, um dos contratantes obriga-se a transferir o domínio de certa coisa, e a outra parte a pagar o preço com dinheiro²²¹. A compra e venda, quando pura, será obrigatória e perfeita desde que as partes acordem no preço e objeto²²². Se a venda for realizada à vista de amostras, protótipos ou modelos, a expectativa é que o vendedor garante que a coisa adquirida possuirá as qualidades amostradas.

A fixação do preço da mercadoria pode ser deixada ao arbítrio de um terceiro²²³ que os contratantes designarem ou prometerem designar. Se o terceiro não aceitar a incumbência²²⁴, ficará sem efeito o contrato, a não ser que os contratantes, através de acordo, designem outra pessoa. É lícito, aos participantes, fixar o preço em função de índices ou parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação. Na falta de acordo, por ter ocorrido diversidade de preço, prevalecerá o termo médio. O contrato é nulo quando se deixa ao árbitro exclusivo de uma das partes a fixação do preço²²⁵.

b) DOAÇÃO

O contrato de doação é celebrado quando o indivíduo, por liberalidade, transfere, do seu patrimônio, bens ou vantagens para o patrimônio de outra pessoa²²⁶. Nesta situação, o doador pode fixar prazo ao donatário para declarar se aceita ou não, a liberalidade²²⁷. Desde que o donatário, informado do prazo, não faça a declaração,

²²¹ Idem, art. 481.

²²² Idem, art. 482.

²²³ Idem, art. 485.

²²⁴ Idem, art. 485.

²²⁵ Idem, art. 488.

²²⁶ Idem, art. 538.

²²⁷ Idem, art. 539.

fica subentendido que aceitou a doação, no caso em que a doação não for sujeita a encargo. Qualquer doação pode ser feita por escritura pública ou instrumento particular²²⁸.

A doação verbal, por exemplo, será válida se tratar de bens móveis, e de pequeno valor, e neste caso, deve ser respaldada pela tradição²²⁹. A doação a uma entidade futura caducará se, em dois anos, não estiver constituída regularmente. A doação pode ser também revogada por ingratidão do donatário²³⁰, por inexecução do encargo; quando o donatário atentar contra a vida do doador ou cometer crime de homicídio doloso contra ele; se cometer crime ou ofensa física; se injuriar gravemente ou caluniar contra o doador; ou se recusar a fornecer ao doador, quando tinha meios para fazer o contrário, alimentos que este necessitava²³¹.

c) LOCAÇÃO

A obrigação inicial do contrato de locação exige que se entregue ao locatário a coisa alugada²³², com suas pertencas, em condições de servir ao uso que se destina, e que seja mantida a sua utilidade, pelo tempo do contrato, a não ser que exista alguma outra cláusula expressa ou contrária. Se durante a locação, a coisa alugada se deteriora²³³ sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim esperado. O locatário é obrigado a servir-se da coisa alugada para os usos convencionados ou presumidos, conforme sua natureza e circunstâncias, bem como tratá-la com o mesmo cuidado como se fosse sua propriedade. Ele deve levar ao conhecimento do locador as turbações de terceiros, que se pretendam fundadas em direito. Por outro lado, o locador resguardará o locatário dos embaraços e turbações de terceiros, que tenham ou pretendam ter direitos sobre a coisa alugada, e responderá pelos vícios ou defeitos anteriores à locação²³⁴. Se o locatário empregar a coisa em uso diverso

²²⁸ Idem, art. 541.

²²⁹ Idem, art. 539.

²³⁰ Idem, art. 555.

²³¹ Idem, art. 557.

²³² Idem, art. 566.

²³³ Idem, art. 567.

²³⁴ Idem, art. 569.

do ajustado ou do que se destina ²³⁵, ou se ela se danificar por abuso do locatário, poderá o locador além de rescindir o contrato, exigir perdas e danos²³⁶. Como existe um prazo estipulado do contrato, o locador e o locatário não poderão reaver a coisa alugada antes do prazo vencido, se isto ocorrer, alguma das partes está sujeita a pagar indenizações²³⁷.

d) PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

Toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição ²³⁸. No contrato de prestação de serviço, quando qualquer uma das partes não souber ler, nem escrever, o instrumento poderá ser assinado com a presença de duas testemunhas. Não sendo estipulado, nem chegado a um acordo, a retribuição do serviço será fixada por arbitramento, segundo o costume do lugar²³⁹. A prestação de serviços não poderá convencionar-se por mais de quatro anos. Não havendo prazo estipulado²⁴⁰, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode resolver o contrato. Finda o contrato civil, o prestador terá direito a exigir da outra parte a declaração de que o contrato foi extinto.

e) EMPREITADA

O empreiteiro de uma obra pode contribuir somente com seu trabalho ou com o serviço e materiais²⁴¹. A obrigação de fornecer os materiais não se presume. Resulta da lei ou da vontade das partes. Quando os empreiteiros fornecem os materiais²⁴², os riscos ficam por conta própria, até o momento da entrega da obra, a contento de quem a encomendou, se este não estiver em mora de receber. Se o empreiteiro só forneceu mão-de-obra²⁴³, todos os riscos em que não tiver culpa, correrão por conta

²³⁵ Idem, art. 570.

²³⁶ Idem, art. 570.

²³⁷ Idem, art. 571.

²³⁸ Idem, art. 594.

²³⁹ Idem, art. 595, 596.

²⁴⁰ Idem, art. 599.

²⁴¹ Idem, art. 610.

²⁴² Idem, art. 611.

²⁴³ Idem, art. 611.

do dono. Concluída a obra de acordo com o ajuste ou costume do lugar ²⁴⁴, o dono é obrigado a recebê-la. Poderá, entretanto, rejeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas, em trabalhos de tal natureza. Nos contratos de empreitada de edifícios e de outras construções²⁴⁵ consideráveis, o empreiteiro de materiais e de execução responderá, durante prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, envolvendo os materiais e o solo. Mesmo depois de iniciada a construção²⁴⁶, pode o dono da obra suspendê-la, desde que pague ao empreiteiro as despesas e lucros relativos aos serviços já feitos, incluindo indenização razoável, calculada em função do que teria ganhado, se concluísse a obra. Suspensa a execução da empreitada, sem justa causa, o empreiteiro responde por perdas e danos²⁴⁷. Poderá o empreiteiro suspender a obra por culpa do dono²⁴⁸ ou por motivo de força maior; quando no decorrer do serviço, surgirem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas, hídricas, ou semelhantes, e que tornam a empreitada excessivamente onerosa. A obra é suspensa se as modificações exigidas pelo dono da obra por seu vulto e natureza forem desproporcionais ao projeto aprovado, ainda que o dono se disponha a arcar com o acréscimo de preço.

6.6.2) TECNOLOGIA DA ARBITRAGEM

A estrutura da tecnologia da arbitragem, que funciona com a autoridade delegada do juiz arbitral, se propõe a resolver litígios relativos a direitos patrimoniais²⁴⁹. O critério de trabalho desta tecnologia é bastante flexível: as partes interessadas ficam autorizadas a contratar árbitros e peritos, e também a estipular o critério de julgamento, se com regras de direito ou de equidade²⁵⁰. As regras e os critérios em geral não podem, entretanto, violar os bons costumes e a ordem pública. O tribunal arbitral deve ter um número ímpar de árbitros. Mas se não houver acordo sobre a

²⁴⁴ Idem, art. 615.

²⁴⁵ Idem, art. 618.

²⁴⁶ Idem, art. 623.

²⁴⁷ Idem, art. 624.

²⁴⁸ Idem, art. 625.

²⁴⁹ LEI DE ARBITRAGEM, n. 9.307, de 1996, art. 1.

²⁵⁰ Idem, art. 2.

quantidade de juízes, o Poder Judiciário poderá ser procurado pelos indivíduos para incluir mais um componente na equipe.

O árbitro deve apresentar as seguintes características: 1) imparcialidade; 2) independência; 3) competência; 4) diligência; 5) e discrição. O juiz arbitral fica equiparado, durante o exercício de suas responsabilidades, aos funcionários públicos e conseqüentemente submete-se ao domínio da legislação penal através de seus atos. O árbitro é juiz de fato e de direito. A sentença proferida por ele, tem o mesmo efeito da sentença declarada por qualquer órgão do Poder Judiciário. Se a sentença for condenatória, constitui título executivo.

A sentença arbitral é nula nas seguintes situações²⁵¹: quando for produzida por quem não poderia ser legalmente árbitro; se for proferida fora dos limites da convenção arbitral; se não decidir todo o litígio que estava submetido ao julgamento da arbitragem; se for comprovada prevaricação, concussão ou corrupção passiva; ou, finalmente, se foi proferida fora do prazo definido pelas partes.

6.6.3) TECNOLOGIA DA MEDIAÇÃO

Existem duas tarefas significativas para o mediador: 1) criar um ambiente favorável ao diálogo, estimulando meios eficientes para se desenvolver uma discussão civilizada e não emotiva sobre o problema; 2) e intervindo, democraticamente, no sentido de guiar as conversações para um ponto de equilíbrio que seja ótimo para as partes. A colaboração do mediador é estratégica porque através dele existirá a possibilidade de mudança das opiniões pessoais e dos estilos de negociação no tratamento do conflito. O mediador não julga. Seu papel é, organizacionalmente, restrito a escutar e a promover condições objetivas para que haja um acordo final.

Em matéria constitucional de família, a mediação tem como objeto, a crise entre os familiares, e busca despertar a consciência coletiva das partes sobre a criação dos filhos. A mediação pode auxiliar na desobstrução dos trabalhos nas Varas de Família, influenciando as demandas judiciais para que tenham uma solução mais fácil, rápida e menos onerosa²⁵². A mediação exerce também um papel

²⁵¹ LEI DE ARBITRAGEM, art. 31.

²⁵² SILVA, 2004, p. 53.

pedagógico porque aborda a separação de casais, destacando a responsabilidade de cada um sobre os filhos, cultivando-se uma relação amigável.

Na área empresarial, a mediação enfrenta conflitos econômicos e psicológicos que comprometem o equilíbrio da organização social em vários aspectos. Neste setor, o trabalho de mediação pode ser cultivado através de duas modalidades: 1) *preventivamente*, procurando habilitar os funcionários da empresa para eles próprios resolverem, no futuro, os possíveis conflitos internos; 2) e *corretivamente*, onde o mediador interno tenta resolver o caso ou então encaminha o problema, na hora certa, para um tribunal de mediação externo. No campo empresarial, o mediador pode atuar na reformulação dos contratos societários e também nos contratos de parceria, de terceirização e de franquias. No plano macro-sistêmico, ele pode auxiliar o processo de alteração dos contratos que envolvem concorrentes, clientes e fornecedores, e também intervir em ações judiciais que estejam em andamento ou em fase de negociação²⁵³.

6.6.4) TECNOLOGIAS DA COALIZÃO

Associações representam a união de indivíduos que buscam fins não econômicos²⁵⁴. Entre os associados, não há direitos e obrigações recíprocos. Ficam sob pena de nulidade²⁵⁵, se não possuírem o estatuto que declara seus fins; as fontes de recursos; os direitos e deveres dos associados, como também as regras de funcionamento dos órgãos deliberativos e administrativos. Os associados devem ter iguais direitos, mas o estatuto poderá instituir categorias com vantagens especiais²⁵⁶.

As fundações são constituídas para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência²⁵⁷. O instituidor é obrigado a transferir-lhe a propriedade²⁵⁸ ou outro direito real, sobre os bens dotados, e se não o fizer, serão registrados em nome da fundação por mandado judicial. Se o estatuto não for elaborado no prazo assinado

²⁵³ Idem, p.73.

²⁵⁴ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, art. 53.

²⁵⁵ Idem, art. 54.

²⁵⁶ Idem, art. 55.

²⁵⁷ Idem, art. 62.

²⁵⁸ Idem, art. 64.

pelo instituidor, ou não se estipulando prazo em 180 dias, a incumbência caberá ao Ministério Público. Para que se possa alterar o estatuto da fundação²⁵⁹ é preciso que a reforma seja deliberada por 2/3 dos competentes para gerir e representar a fundação, ato este que deverá ser aprovado pelo Ministério Público ou pelo juiz, se for requerido pelos interessados. Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público ou qualquer interessado promoverá a sua extinção²⁶⁰.

As sociedades são coalizões que podem ter fins lucrativos²⁶¹. Nesta modalidade, os indivíduos obrigam-se, reciprocamente, a contribuir com bens e serviços para o exercício de atividades econômicas e a partilhar, entre si, dos resultados²⁶². Os bens e as dívidas sociais (ou coletivas) constituem patrimônio especial do qual os sócios são titulares em comum²⁶³.

6.6.5) TECNOLOGIA DA DESCENTRALIZAÇÃO VOLUNTÁRIA

Todas as pessoas capazes são aptas a transmitir procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha assinatura do outorgante. O mandato pode ser expresso ou tácito, verbal ou escrito. A outorga de mandato está sujeita à forma exigida por lei para o ato a ser praticado. Não se admite mandato verbal quando o ato deve ser celebrado por escrito. O mandato em termos gerais só confere poderes especiais de administração. Para alienar, hipotecar, transferir ou praticar outros atos quaisquer que exorbitem da administração ordinária, a procuração depende de poderes especiais e expressos²⁶⁴.

6.7) INCENTIVOS PARALELOS

As tecnologias contratuais são eficientes quando facilitam a troca dos interesses dos indivíduos. A intervenção do Estado é, no entanto, uma possibilidade empírica

²⁵⁹ Idem, art. 67.

²⁶⁰ Idem, art. 69.

²⁶¹ Idem, art. 981.

²⁶² Idem, art. 981.

²⁶³ Idem, art. 988.

²⁶⁴ Idem, art. 661.

quando o funcionamento das tecnologias não consegue assegurar o equilíbrio dos interesses que foram incorporados voluntariamente ou consensualmente no contrato civil. Esta última situação é influenciada por vários fatores externos que desestabilizam o cálculo do indivíduo racional. Os incentivos positivos que estimulam a adesão do indivíduo às leis e regras civis são, por exemplo: 1) a liberdade constitucional; 2) o capital moral; 3) as regras flexíveis; 4) os benefícios; 5) e prejuízos constitucionais. Dentre os incentivos negativos que inibem o uso ou perturbam o funcionamento equilibrado das tecnologias, destacam-se, por exemplo: 1) a erosão do capital público; 2) os hábitos culturais, 3) e os choques econômicos, dentre outros fatores externos.

6.7.1) INCENTIVO POSITIVO: a) LIBERDADE CONSTITUCIONAL

Na Constituição brasileira, é garantida a inviolabilidade do direito quanto à vida, liberdade, igualdade, segurança e à propriedade²⁶⁵. Na ordem constitucional, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. É livre a manifestação do pensamento. É assegurado também o direito de resposta, proporcional ao agravo, além do direito de indenização por dano material ou à sua imagem pessoal. A liberdade de consciência e de crença é inviolável, conseqüentemente, fica autorizado o livre exercício dos cultos religiosos e assegurada a proteção dos locais de culto e de suas liturgias. Ninguém, no Brasil, será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política²⁶⁶. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que sejam atendidas as qualificações profissionais que a lei a estabelecer²⁶⁷.

b) CAPITAL MORAL

Se não existe conflito entre os indivíduos, objetivamente não há necessidade de uma Lei, nem de um código moral mais amplo. No cenário de pura anarquia, onde é ausente qualquer conflito, este ideal é praticado por meio da liberdade absoluta de

²⁶⁵ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL, 1988, art. 5.

²⁶⁶ Idem, art. 5.

²⁶⁷ Idem, art. 5.

cada um. A anarquia moral disponibiliza suas normas básicas de tolerância mútua e de respeito aos direitos individuais, dispensando, nesta situação, os complicadores repressivos e burocráticos do sistema público. Entretanto, este tipo de arranjo comportamental pode atingir, em algumas situações, um ponto crítico que desestabiliza a convenção moral instituída voluntariamente. Se a quebra dos acordos individuais se generaliza, poderá surgir um efeito colateral para a sociedade, transformando-se num mal público. Este risco institucional justifica a decisão de muitos indivíduos que optam pelo *despotismo benevolente da Lei*, onde existem mecanismos objetivos e rigorosos de controle, baseados na obediência e no respeito à figura do Estado²⁶⁸.

c) BENEFÍCIOS INSTITUCIONAIS

Tecnologias institucionais são incentivos, ou forças externas, que reforçam o comportamento ordenado na sociedade. Elas orientam o processo de interação dos indivíduos e transmitem informações estratégicas sobre a origem, o funcionamento e as possíveis mudanças dos contratos no futuro. A obediência ao comando das regras é uma norma jurídica indispensável para o funcionamento dessas tecnologias.

c.1) ORDEM PATRIMONIAL

Os direitos reais sobre imóveis constituídos ou transmitidos por atos entre vivos só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis²⁶⁹. Entretanto, aquele indivíduo que por 15 anos, sem interrupção, nem oposição, possui como seu um imóvel, adquire também a propriedade, independentemente de título e boa fé²⁷⁰, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, e que servirá de título para o futuro registro no Cartório de Imóveis. O prazo para obtenção da propriedade será reduzido em 10 anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel, sua

²⁶⁸ BUCHANAN, 1975, p. 118,119.

²⁶⁹ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, art. 1245.

²⁷⁰ Idem, art.1238.

moradia habitual, ou tenha nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo²⁷¹. O possuidor de má-fé que reivindica alguma propriedade, responde por todos os frutos colhidos e percebidos²⁷² na propriedade, bem como pelos que, por sua culpa, deixou de perceber, desde o momento em que se constituía a má fé²⁷³.

c.2) GARANTIAS INDIVIDUAIS

O nome da pessoa não pode ser veiculado em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória²⁷⁴. Sem autorização, não se pode usar também o nome da pessoa em propaganda comercial²⁷⁵. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, a publicação, a exposição e a utilização da imagem poderão ser proibidas, a requerimento, se atingirem a honra, a boa fama, a respeitabilidade ou se forem destinadas a fins comerciais²⁷⁶. A vida privada da pessoa natural é inviolável e o juiz a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir e fazer cessar o ato contrário a esta norma²⁷⁷. No caso de lesão, ou de ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido²⁷⁸. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas de tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para o qual se inabilitou, ou da depreciação que a pessoa sofreu²⁷⁹.

Indenização é paga também por injúria, difamação ou calúnia na reparação do dano que resulte, delas, ao ofendido²⁸⁰. Se a pessoa ofendida não puder provar

²⁷¹ Idem, art.1238.

²⁷² Idem, art.1214.

²⁷³ Idem, art.1216.

²⁷⁴ Idem, art. 17.

²⁷⁵ Idem, art. 18.

²⁷⁶ Idem, art. 20.

²⁷⁷ Idem, art. 21.

²⁷⁸ Idem, art. 949.

²⁷⁹ Idem, art. 950.

²⁸⁰ Idem, art. 953.

prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento de perdas e danos²⁸¹. São ofensivos à liberdade: o cárcere privado, a prisão por queixa ou denúncia falsa de má fé, e prisão ilegal²⁸².

d) PREJUÍZOS INSTITUCIONAIS

Quando o indivíduo racional pratica algum ato ilícito no desenvolvimento do contrato, vários tipos de prejuízos públicos poderão incidir sobre a sua conduta irregular. Pratica ato ilícito, o titular de um direito que ao exercê-lo, excede os limites impostos pelo seu fim econômico, social, pela boa fé ou pelos bons costumes²⁸³. São ilícitos os atos praticados que não forem destinados à legítima defesa e ao exercício regular de um direito reconhecido publicamente. A deterioração ou destruição da coisa alheia, e a lesão da pessoa, sem justificativa de um perigo iminente, também são consideradas práticas ilícitas²⁸⁴.

d.1) MULTAS NO CONDOMÍNIO

O condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados, ou, não sendo previstos, os de 1% ao mês e multa de até 2% sobre o débito²⁸⁵. O condômino que não cumprir qualquer dos deveres estabelecidos pagará a multa prevista no ato constitutivo ou na convenção, não podendo ser superior a cinco vezes o valor de suas contribuições mensais, independentemente das perdas e danos que se apurarem. Não havendo disposição expressa, caberá à assembléia geral por 2/3, no mínimo dos condôminos restantes, deliberar sobre a cobrança de multa²⁸⁶. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social²⁸⁷ gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente

²⁸¹ Idem, art. 954.

²⁸² Idem, art. 954.

²⁸³ Idem, art. 187.

²⁸⁴ Idem, art. 188.

²⁸⁵ Idem, art. 1336.

²⁸⁶ Idem, art. 1336.

²⁸⁷ Idem, art. 1337.

ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembléia²⁸⁸. Também o condômino pagará multa se realizar determinadas obras que comprometem a segurança da edificação; se alterar a forma e a cor da fachada das partes e esquadrias externas; ou não der às suas partes, a mesma destinação que tem a edificação, ou ainda, se utilizar o seu espaço de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores ou aos bons costumes²⁸⁹.

d.2) INDENIZAÇÃO

Aquele que causar dano à outra pessoa, por ato ilícito, fica obrigado a repará-lo²⁹⁰. Haverá também obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem. O incapaz responde pelos prejuízos que causar²⁹¹, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não disporem de meios suficientes. Se a pessoa lesada ou o dono da coisa não forem culpados do risco, poderão ter direito à indenização do prejuízo que sofram²⁹². São também responsáveis pela reparação²⁹³: os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua companhia; o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados que se acharem nas mesmas condições; o empregador ou comitente por seus empregados, serviçais e propostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele; os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos.

d.3) DESAPROPRIAÇÃO

O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que não se encontra na posse de outrem, poderá

²⁸⁸ Idem, art. 1357.

²⁸⁹ Idem, art. 1336.

²⁹⁰ Idem, art. 927.

²⁹¹ Idem, art. 928.

²⁹² Idem, art. 929.

²⁹³ Idem, art. 932.

ser arrecadado como bem vago e passar, três anos depois, à propriedade do município ou do distrito federal, se estiver nas respectivas circunscrições²⁹⁴. O proprietário pode ser privado da coisa nos casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, bem como no de requisição em caso de perigo público iminente. O proprietário pode também ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto, ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante²⁹⁵. Neste caso, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário. Pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores. A propriedade presume-se, no entanto, plena e exclusiva, até prova em contrário²⁹⁶.

d.4) NULIDADE

O negócio jurídico perde validade quando é celebrado por pessoa absolutamente incapaz; for ilícito, impossível ou indeterminável seu objeto; se também o motivo determinante, comum, a ambas as partes, for ilícito; se não revestir a forma prescrita em Lei; ou se for preterida alguma solenidade que a Lei considere essencial para sua validade²⁹⁷. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se for válido, na substância e na sua forma²⁹⁸.

d.5) PRISÃO

Seja o depósito necessário ou voluntário, o depositário que não o restituir quando exigido pela Justiça, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano e também a ressarcir os prejuízos²⁹⁹. Os hospedeiros, por exemplo, responderão como depositários³⁰⁰, assim como pelos furtos e roubos que

²⁹⁴ Idem, art. 1276.

²⁹⁵ Idem, art. 1228.

²⁹⁶ Idem, art. 1231.

²⁹⁷ Idem, art. 166.

²⁹⁸ Idem, art. 167.

²⁹⁹ Idem, art. 652.

³⁰⁰ Idem, art. 649.

perpetrarem às pessoas empregadas ou admitidas nos seus estabelecimentos. Cessa a responsabilidade do hospedeiro, se for provado que os fatos prejudiciais aos viajantes ou hóspedes não podiam ser evitados³⁰¹ .

d.6) DESERDAÇÃO

São deserdados os herdeiros que forem autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso ou de tentativa contra a pessoa de cuja sucessão tratar-se³⁰² . É autorizada a deserdação dos ascendentes pelos descendentes devido às seguintes situações: ofensa física; injúria; relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta; desamparo do filho ou do neto com deficiência mental ou grave enfermidade³⁰³ . O direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data de abertura do testamento³⁰⁴ .

6.7.2) INCENTIVOS NEGATIVOS: a) EROSÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Escândalos, corrupção e uma falta aparente de responsabilidade do Estado levam os indivíduos a questionar a autoridade tradicional do sistema político³⁰⁵ . Neste contexto, o cidadão sente cada vez mais o desejo e a necessidade de questionar o que tem sido veiculado pelas agências estatais, estimulados pelas fontes alternativas de informações que mostram o funcionamento e os erros das instituições públicas. O papel a ser desempenhado pelo Estado é cada vez mais avaliado pelo grande público e vigiado pela imprensa³⁰⁶ . O fim do comunismo e a transição para sociedades³⁰⁷ mais abertas e democráticas, no mundo em geral, contribuem para que muitos cidadãos no século XXI ganhem acesso a informações críticas, com a Imprensa se tornando mais livre para divulgar os acontecimentos com

³⁰¹ Idem, art. 649.

³⁰² Idem, art. 1814.

³⁰³ Idem, art. 1963.

³⁰⁴ Idem, art. 1965.

³⁰⁵ GRAYSON & HODGES, 2002, p. 63.

³⁰⁶ Idem, p. 63.

³⁰⁷ Idem, p. 66.

precisão e pluralidade de pontos de vista³⁰⁸. À medida que surgem novas informações sobre as mentiras, a incompetência e a corrupção de vários regimes totalitários e democráticos, o que se percebe é uma contrariedade popular crescente em relação às autoridades dos poderes públicos³⁰⁹.

b) CHOQUES ECONÔMICOS

Fatores ambientais, como choques econômicos e tecnológicos, podem desestabilizar o interesse do indivíduo no grupo e ameaçar o equilíbrio público-privado da organização coletiva como um todo. As dificuldades orçamentárias, por exemplo, estimulam o desenvolvimento do comportamento conflituoso dentro da comunidade, produzindo custos negativos referentes às atividades do grupo para reprimir a desordem e renegociar as dívidas³¹⁰. Os choques econômicos também podem provocar uma redefinição de metas, incentivando um processo de racionalização dos custos e das tomadas de decisão. A reestruturação de uma empresa, por exemplo, traz a possibilidade de geração de novos empregos e de coalizão com outros grupos, e também a oportunidade para que sejam introduzidos critérios administrativos mais eficientes.

Qualquer reestruturação do negócio constitui sempre um momento de risco significativo e de novas oportunidades para as empresas³¹¹. Com a fusão ou aquisição de outras organizações, por exemplo, a empresa pode herdar ativos e responsabilidades menos evidentes que as responsabilidades financeiras, como relações ruins com os empregados e a comunidade, ou métodos de gestão ambiental inadequado.

A reestruturação da empresa é freqüentemente associada com o corte de pessoal e a imagem pública da empresa também pode ser afetada com o encerramento drástico das atividades ou devido ao corte no quadro de empregados, principalmente em lugares onde os níveis de desemprego e de pobreza são bastante altos.

³⁰⁸ Idem, p. 66.

³⁰⁹ Idem, p.73.

³¹⁰ BUCHANAN, 1975, p.89-90.

³¹¹ Cf. GRAYSON & HODGES, 2002, p. 154-155.

c) HÁBITO CULTURAL

Para muitos indivíduos no Brasil, predomina a cultura jurídica da litigância e do processo judicial que supervaloriza o papel intervencionista do Estado nos conflitos, mesmo quando não estão exauridas as possibilidades de uma negociação ou conciliação amigável. Historicamente, este tipo de condicionamento jurídico, que caracteriza ampla faixa da população brasileira, tem causado uma sobrecarga desnecessária sobre o Poder Judiciário e de certa modo, contribui para sua ineficiência devido ao grande número de processos que, muitas vezes, poderiam ser evitados através da mediação e da arbitragem numa agência especializada ou então, nos órgãos do Poder Judiciário, sem a presença do juiz.

Ao contrário desta tradição jurídica estatocêntrica, a mediação e a arbitragem constituem alternativas em relação à Justiça comum. Organizacionalmente, apresentam mecanismos rápidos de solução de conflitos. Como alternativa tecnológica, por exemplo, a arbitragem cumpre um prazo máximo ideal de seis meses para encontrar os resultados definitivos. A mediação, por sua vez, pode ser concluída no mesmo dia. Estes dois instrumentos constitucionais são confiáveis, em tese, porque o juiz e o mediador devem ser contratados diretamente pelas partes interessadas, em comum acordo.

A prática da anarquia ordenada dentro da Lei contrapõe-se à cultura *estatocêntrica*, porque desenvolve, radicalmente, as seguintes potencialidades democráticas:

1) *Consenso* – a arbitragem é um método extrajudicial de solução de controvérsias que envolvem direitos patrimoniais através da qual as partes envolvidas em uma relação jurídica específica decidem, em comum acordo, afastar a atuação do Poder Judiciário, conferindo a um terceiro imparcial, denominado árbitro, poder para que profira decisão a respeito do conflito.

2) *Autonomia*- o principal traço da arbitragem deve ser a adoção do princípio da autonomia da vontade das partes.

3) *Liberdade* individual - participando diretamente do procedimento arbitral, os indivíduos devem reconciliar o interesse privado com a ordem pública constitucional, tomando como ponto de partida a livre-escolha das regras e do próprio instrumento da arbitragem e mediação³¹².

³¹² Levantamento feito pelo CONIMA (Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem) revela que entre os anos de 1999 e 2003, o número de procedimentos aumentou 29,25% nas 75 Câmaras arbitrais até então existentes no Brasil. Os conflitos solucionados através da arbitragem que em 1999 chegaram a 2.591 casos, atingiram a marca de 3.644 casos em 2003, acompanhando uma média de crescimento anual entre 3 e 5% a partir de 2000. A mediação, por sua vez, cresceu 141,44%, passando de 263 casos em 1999 para 635 em 2003.

CAPÍTULO 7

PREVISÕES INSTITUCIONAIS (I): CONDOMÍNIO E ANARQUIA ORDENADA

Foi demonstrado, nos capítulos anteriores, que os indivíduos racionais apresentam, conceitualmente, interesses e preferências variadas na ordem constitucional e procuram meios ou tecnologias eficientes para atingir as suas metas (com menor custo e maior benefício). Se considerarmos a suposição política de que os indivíduos, além de racionais, têm liberdade para escolher alternativas públicas e possuem, teoricamente, o mínimo de informação técnica sobre os contratos civis, o problema metodológico que surge neste momento, é como podemos apreender a complexidade dos fluxos decisórios, neste tipo de situação? Para resolver este problema, argumentamos, neste capítulo, que a complexidade pública pode ser apreendida, na sua essência, através da aplicação dos modelos analógicos do programa de pesquisa da anarquia ordenada. No modelo de participação social, inicialmente, a racionalidade do indivíduo deve interagir com três alternativas constitucionais distintas: o isolamento individual; a ação voluntária em grupo; e a delegação de poder coletivo para a maioria. No segundo modelo, o de solução de conflitos, deve ser realizado o mesmo trabalho combinatório, considerando-se a opção anárquica, intervencionista e intermediária da anarquia ordenada.

7.1) OBJETIVO DESTE CAPÍTULO

De maneira semelhante a um laboratório, procuramos sistematizar e simplificar a complexidade das respostas racionais dos indivíduos quando são confrontados com os incentivos positivos e negativos do ambiente público. Especificamente, pretendemos demonstrar, através do raciocínio analógico, que existe uma economia política institucional, compondo a essência dos fluxos decisórios na ordem civil, onde se relacionam os indivíduos racionais e as regras públicas do Código Civil e da Lei de Arbitragem. A simulação deve provar os seguintes enunciados:

1º- existe uma estrutura objetiva de custos e benefícios institucionais;

2º- o indivíduo escolhe, contextualmente, a alternativa de sua preferência, mas internaliza determinados sacrifícios ou custos de oportunidade sobre a sua liberdade e privacidade;

3ª - o ambiente social é de incerteza;

4º- existe uma gradação na ordem civil que pode incluir o Estado-zero, o Estado-mínimo, e o Estado-máximo durante os processos interativos.

A complexidade das escolhas públicas, simplificada pelos modelos analógicos, deve revelar que os indivíduos usam o condomínio como uma tecnologia coletiva do auto-interesse, e em contra-partida, internalizam custos objetivos e subjetivos que fazem parte da dinâmica institucional. Na administração coletiva, idealmente se pressupõe que os síndicos democráticos e virtuosos obedecerão aos limites da Lei em comum acordo com os condôminos, ao mesmo tempo, eles buscarão maximizar a utilidade pública do seu cargo. Entre os condôminos, por sua vez, a expectativa institucional é que sejam participativos, atuantes nas assembleias e pontuais em seus pagamentos e deveres, de forma a garantir o equilíbrio dos interesses público e privado na comunidade. As administrações coletivas dos condomínios envolvem, necessariamente: 1- custos e benefícios; 2- indivíduos com interesses e preferências variadas sobre a natureza do bem público; 3- processos decisórios instáveis, que nem sempre agradam a totalidade dos participantes; 4- e demandas por alternativas de solução de conflitos.

7.2) CONCEITO OPERACIONAL

Condominio

Condomínio é um tipo de comunhão de propriedade. Pode surgir através de duas formas, dentro da Lei: voluntariamente, com o acordo de todos os condôminos, ou através de fatores que não dependem da escolha do indivíduo beneficiário, como,

por exemplo, através de herança comum deixada para vários herdeiros ou pela instituição obrigatória, por Lei, dos edifícios residenciais.

Os condomínios, quanto à sua existência, apresentam uma curta e longa duração. Existem casos *em que o condomínio perdura indefinidamente*³¹³. Esta possibilidade é verificada nos *condomínios forçados e necessários*, em que a divisão fica proibida por Lei. Como exemplo, são apontados os prédios indivisíveis e os tapumes divisórios entre as residências.

No Código Civil brasileiro, existem três formas de condomínios: *voluntário*, *necessário* e *obrigatório*. O condomínio *voluntário* é uma tecnologia definida por Lei, e funciona através da comunhão do uso e da propriedade de bens variados, que podem incluir prédios, fábricas, terrenos, automóveis e até mesmo, um quadro³¹⁴. O compáscuo é um exemplo de condomínio voluntário³¹⁵. Significa, na linguagem dos legisladores, comunhão de pastos. A base desta coalizão é a reciprocidade entre os proprietários: *assim como em meu campo se apascenta o rebanho dos vizinhos, também nos terrenos destes, tenho direito de colocar o gado de minha propriedade*³¹⁶. O compáscuo, por convenção, delimita as partes, a extensão do direito, o tempo em que o gado poderá permanecer apascentado, o número de reses empastadas, a espécie de gado, etc³¹⁷.

No *condomínio voluntário*, que se refere às coisas divisíveis, a comunhão é transitória e pode ser desfeita através de um processo legal a qualquer momento, a partir da iniciativa de um dos condôminos. Nesta perspectiva, se na avaliação do grupo, o uso conjunto da propriedade não estiver se mostrando eficiente, há três alternativas consensuais disponíveis para se resolver o impasse: 1) a venda; 2) a locação; 3) ou a administração especializada da coisa comum³¹⁸. Para que se venda o condomínio voluntário, basta apenas que um condômino manifeste a intenção. É suficiente a vontade de um co-proprietário apenas para que se imponha a venda. Tal solução perde sentido se a unanimidade dos consortes estipular que não se deve alienar a coisa comum³¹⁹.

³¹³ MONTEIRO, 1960, p. 213.

³¹⁴ Idem, p.211.

³¹⁵ Idem, p.223.

³¹⁶ Idem, p.222.

³¹⁷ Idem, p.222.

³¹⁸ Idem, p.220.

³¹⁹ Idem, p.220.

Ao contrário do condomínio voluntário, os conjuntos residenciais e prédios com mais de um pavimento são *obrigados* a registrar o condomínio no Cartório de Imóveis, depois de realizada a convenção que deverá incluir no mínimo 2/3 dos proprietários das unidades residenciais. No ato do registro público, a convenção que institui o condomínio define a forma de administração do prédio, as regras de eleição do síndico, os meios através dos quais serão adquiridos recursos para o fundo de reserva e outros tipos de responsabilidades coletivas aceitas em comum acordo pela maioria dos proprietários.

No *condomínio edilício* ou *obrigatório*, existem duas possibilidades internas de organização administrativa: na administração *voluntária* ou *descentralizada*, o síndico e a totalidade dos moradores atuam diretamente sobre a gerência do condomínio, não se limitando às assembleias extraordinárias. Neste caso, para manter a eficiência do grupo, além da boa vontade, é importante que todos os participantes possuam conhecimentos especializados e disponibilidade de tempo, o que nem sempre é realmente viável para a maioria dos moradores. Se os participantes forem desinformados administrativamente, as *decisões caseiras* podem trazer sérios prejuízos para o prédio por falta de habilidade no tratamento dos temas complexos da instituição, de natureza contábil, social ou trabalhista.

Além da falta de experiência técnica, o ritmo da vida moderna também desestimula as pessoas a se envolverem completamente nos assuntos do prédio, e aos poucos, a tendência é deixar o condomínio em segundo plano. De fato, no momento da eleição, o síndico pode ser escolhido com a promessa de que todos estarão empenhados para viabilizar uma administração mais eficiente que a anterior, entretanto, no dia seguinte, os condôminos afastam-se do compromisso e o síndico fica isolado com a responsabilidade de tomar decisões cruciais para que o equilíbrio da comunidade não seja efetivamente abalado.

Já na *administração delegada* ou *terceirizada*, as atividades burocráticas ficam restritas à autoridade do síndico, ou, então, são terceirizadas para uma empresa administradora. Nesta última situação, grande parte dos poderes e deveres da figura tradicional do síndico é transferida à administradora³²⁰. O síndico permanece, no entanto, respondendo legalmente pelo condomínio e faz

³²⁰ CONTRERAS, 2001, p. 23.

intermediação entre a administradora e as demandas apresentadas pelos condôminos, constantemente.

Através da administradora, são utilizados vários serviços: 1) elaboração de convenções e de regulamentos internos; 2) controle de inadimplência; 3) realização de vistorias periódicas; 4) prestação de contas mensais; 5) assessoria jurídica na contratação de seguros; 6) pagamento de fornecedores, de impostos e taxas; 7) recrutamento e admissão de funcionários; 8) emissão e cobrança de cotas condominiais.

7.3) A ECONOMIA INSTITUCIONAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Entre os condôminos, são freqüentes os seguintes benefícios inconstitucionais derivados da ilicitude: 1) a rapidez no processo de decisão unilateral; 2) o monopólio do interesse de uma das partes; 3) e a liberdade absoluta de ação, em detrimento do interesse coletivo defeso em Lei.

Quando é trocada a alternativa ilícita por uma outra de natureza legal, o condômino agressor ou dissidente passa a experimentar, constitucionalmente, dois custos subjetivos ou de oportunidade: 1) diminui, drasticamente, a liberdade natural; 2) e reprime o seu poder arbitrário de julgar.

Positivamente, a alternativa anárquica pode compreender a possibilidade de serem aplicados meios lícitos, objetivando produzir benefícios constitucionais como: 1) rapidez do processo de solução do conflito entre os condôminos; 2) autogovernabilidade moral, baseada na palavra, tradição, bom costume e honra dos participantes; 3) e representação direta dos interesses, sem qualquer presença repressiva e fiscalizadora dos aparelhos burocrático-estatais.

No modelo moral de solução de conflitos, os custos subjetivos existem porque as partes utilizam um capital moral mínimo para se garantir o diálogo e a cooperação, restringindo-se, portanto, a ambição e a soberania das partes, o que não aconteceria no sistema da ilicitude. Dependendo, ainda, do contexto social, a substituição da alternativa moral lícita por outra forma de solução do conflito, dentro da Lei, deve gerar, eventualmente custos de oportunidade relacionados com: 1) a

redução do grau de liberdade; 2) e a diminuição, ou mesmo supressão, do poder privado de julgar, moralmente, os conflitos.

Se o indivíduo preferir a alternativa da anarquia ordenada, ao invés das regras puramente morais, os condôminos obtêm, legalmente, benefícios institucionais como: 1) rapidez do processo de solução do conflito dentro da Lei; 2) cooperação civil; 3) participação direta das partes interessadas; 4) autonomia individual; 5) justiça privada; 6) e segredo de justiça. Os custos operacionais desta alternativa (anarquia ordenada) refletem várias responsabilidades civis, sobretudo pagando-se o trabalho de arbitragem e mediação. Os custos operacionais envolvem, ainda, outras atividades organizacionais, como negociação; participação sistemática em debates; e contratação de peritos e equipe de árbitros, que são demandas da tecnologia da arbitragem.

O custo de oportunidade da arbitragem é mais incisivo através da cláusula contratual, que impede, legalmente, a utilização do Poder Judiciário pelos indivíduos, no futuro, para julgar o litígio relacionado com o contrato. A possibilidade da troca constitucional, no futuro, pode acontecer, normalmente, apenas envolvendo a mediação. Entretanto, se uma das partes não se considerar satisfeita com o procedimento da mediação e arbitragem, baseada em fatos comprometedores, será legalmente possível recorrer-se à intervenção do Poder Judiciário. Nesta situação, as escolhas dos condôminos deverão acarretar três custos de oportunidade: 1) o abandono da cooperação, 2) da autonomia individual 3) e também a perda de privacidade, ou do sigilo do processo, que passa a tramitar nos órgãos do Poder Judiciário.

Na alternativa referente ao despotismo benevolente do Estado, há benefícios institucionais idealmente distintos, como: 1) gratuidade da justiça pública para pequenas causas; 2) autoridade técnica das sentenças proferidas pelos juízes públicos; 3) impessoalidade na solução do conflito; 4) imparcialidade dos juízes; 5) e proteção repressiva do Estado. A presença dos custos operacionais, nesta alternativa, representa a contratação dos advogados e as despesas burocráticas extraordinárias, relacionadas com a produção de provas, coleta de depoimentos e com o pagamento de honorários para o advogado que defende o vencedor futuro da causa. Eventualmente, se for abandonada a alternativa do despotismo benevolente

do Estado, os condôminos internalizam vários custos subjetivos. Abandonam, automaticamente, a impessoalidade do processo civil; a presença máxima do Estado; a possível gratuidade do serviço público, que depende do poder aquisitivo real dos indivíduos; a experiência burocrática dos agentes do Judiciário, e a representação técnica dos interesses individuais através dos advogados particulares.

7.4) CÁLCULO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

CONDIÇÕES INICIAIS: os indivíduos são racionais; têm liberdade para escolher as alternativas do modelo; apresentam o mínimo de informações institucionais.

HIPÓTESE GERAL: Se o indivíduo pode escolher a forma de resolver conflitos, ele prefere, racionalmente, a metodologia que maximiza seus interesses, através dos seguintes modelos: a) anárquico; b) autoregulador dentro da Lei; c) ou intervencionista do Estado.

$$A > B > C$$

O indivíduo prefere o modelo A porque a solução dos conflitos é realizada com absoluto grau de liberdade (um bem institucional estratégico, neste contexto). A restrição jurídica sobre a liberdade se iguala a um custo institucional zero, na avaliação do indivíduo, porque se localiza fora da Lei ou livre de sua interferência legal.

Positivamente, quando o indivíduo pretende construir um muro, parede, vala ou cerca ao lado do terreno do vizinho, o modelo moral da anarquia é o mais eficiente para o indivíduo, neste ordenamento. Através do diálogo, ambas as partes podem concordar com as obras, sem que se precise recorrer a qualquer intervenção burocrático-institucional. Havendo respeito mútuo e condições morais para o diálogo, o modelo anárquico é a solução mais imediata, utilizada, licitamente, para resolver a necessidade das obras, sem prejuízo para ambas as partes. Entretanto, se existir algum impasse persistente, o modelo moral (A) logo deve mostrar sua fragilidade na

solução dos conflitos institucionais. Como alternativa, os indivíduos podem recorrer, então, ao modelo B, dentro da Lei, através da arbitragem de um juiz de confiança, contratado consensualmente pelas partes em litígio. Com esta segunda possibilidade (B), é praticada uma anarquia ordenada dentro da Lei, afastando-se a intervenção repressiva do Estado e desenvolvendo-se maior disponibilidade para as conversações amigáveis.

A > C > B

O indivíduo pode iniciar, a partir de algum momento inesperado e de modo unilateral, as obras de seu interesse, quebrando o pacto anarquista de tolerância e de respeito mútuo, e ignorando a opinião e os direitos constitucionais do vizinho. Neste caso, o desequilíbrio anárquico é considerado como uma solução eficiente para o agressor porque o livre-arbítrio pode resolver, com rapidez, a demanda inconstitucional. Nesta perspectiva ilícita, o vizinho pode executar, arbitrariamente, obras de sua conveniência. Constrói valas que ameaçam a saúde pública da vizinhança; levanta muros sujeitos a desabamentos ou que prejudicam a estética do imóvel alheio, produzindo, portanto, resultados adversos que podem surgir, inclusive, sem a intenção premeditada do seu autor. Praticando o modelo ilícito (A), o proprietário agressor não suspende as obras e despreza completamente os efeitos punitivos que a Lei prevê com pagamento de perdas e danos para as vítimas³²¹. A preferência do agressor, por este tipo de metodologia, busca obter, exclusivamente, ganhos unilaterais dentro de uma área que é coletiva. O desequilíbrio anárquico (A) pode ser estimulado pela ausência repressiva do Estado protetor em certas áreas geográficas; ou devido à falta de informações do cidadão sobre as regras e punições legais. Nesta situação crítica, a vítima que acredita na eficiência das instituições burocráticas, ao contrário do agressor, transfere sua expectativa de utilidade para o Estado (C), identificado, neste contexto, como solução repressiva para proteger os direitos individuais.

³²¹ Idem, art.1312.

B > A > C

A predisposição dominante do indivíduo, neste ordenamento, é escapar do intervencionismo do Estado (C). Ele prefere a autoregulação dos contratos (B) aplicando mecanismos que promovem o equilíbrio institucional entre a liberdade e a formalidade da Lei. Em segundo lugar, o indivíduo é capaz de aceitar o modelo da anarquia moral (A), reafirmando sua avaliação negativa sobre o protecionismo do Estado. A resistência contra uma ação judicial (C), neste ordenamento, pode ter fundamento econômico como sugere a seguinte reportagem:

Há quatro anos, a então síndica do edifício Alessandra, no Sacomã, reduziu a multa para 5% (quando o governo recomendava 20) com a aprovação dos moradores em assembléia. Foi um desastre. A inadimplência passou de 10 para 20%. "As pessoas sem pagar e as contas correndo soltas", advertiu a administradora. "Lá se foram dois anos para resolver o problema". "As pessoas precisam entender que a taxa paga o consumo, a segurança, a água, e a luz delas. Se um falha, os outros também sofrem", diz Maria Lúcia.

De acordo com ela, o setor está dividido quanto ao reflexo da entrada em vigor da nova legislação: o aumento da inadimplência dos atuais 10% a 15 para 20% ou a permanência nos níveis costumeiros. "Porque um inadimplente contumaz será sempre contumaz e quem gosta de estar em dia vai permanecer assim". Maria Lúcia acredita que prevaleça a primeira possibilidade e faz um alerta: "As pessoas têm de pagar suas contas ou o condomínio fecha. Uma ação de cobrança na Justiça já pode levar cerca de quatro anos. Se houver aumento, haverá sobrecarga e mais atrasos"³²².

No modelo da autoregulação (B) do condomínio, o papel coercitivo do Estado não é fundamental entre os indivíduos. Publicações periódicas sobre a administração do conjunto; eventos de lazer para os moradores, e renegociação das dívidas, por exemplo, são incentivos positivos e constituem soluções democráticas do autogoverno civil dos condôminos, ao invés de se aplicar a força repressiva e intervencionista do Estado.

³²² WWW.ESTADAO.COM.BR , 12/jan/2003.

Para o presidente da Associação Brasileira de Administradores de Imóveis (Abadi), César Thomé Júnior, "a única solução para reduzir a inadimplência no curto prazo é torná-la incômoda para o condômino". Ele informa que a organização recomenda aos síndicos que, em último caso, movam ações judiciais contra o inadimplente (...). A saída encontrada pela administradora carioca Apsa para driblar a alta de inadimplência de curto prazo é intensificar as campanhas de *marketing*, estimulando as vantagens de "bom pagador" e reduzindo os prazos de pagamento para cobrança mais efetiva. Segundo o gerente da área de condomínio da Apsa, Washington Rodrigues, a Apsa registra dois tipos de taxa de inadimplência: a efetiva e a de curto prazo. A efetiva é a que registra a inadimplência após ter passado o mês de pagamento do condomínio. A de curto prazo, refere-se à conta que não é paga no início do mês, mas apenas no final do mês ou seja, fora do prazo de vencimento da conta que normalmente vencem entre os dias 5 e 11 de cada mês (...)³²³.

B > C > A

A expectativa econômica do indivíduo, para solucionar o conflito, é maior no modelo autoregulador da arbitragem e conciliação (alternativa B). No compromisso arbitral (B), celebrado voluntariamente entre as partes, constam o objeto da arbitragem, o local da sentença, o prazo da apresentação da sentença judicial, as regras de julgamento, e a responsabilidade de cada um no pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem. A passagem para o modelo C (protecionismo do Estado) pode acontecer, neste ordenamento, quando for questionada, legalmente, a validade das decisões arbitrais, considerando a desconfiança sobre a imparcialidade dos árbitros contratados. No modelo C, os indivíduos deverão aceitar, como custo subjetivo, a supressão do poder de decidir diretamente a matéria do conflito, como acontece na mediação.

³²³ Idem, 31 de julho de 2003.

C > A > B

Registros em boletins de ocorrência nas delegacias e ações no Poder Judiciário representam estratégias populares que o indivíduo pode acionar para resolver conflitos interpessoais, dentro da ordem jurídica tradicional (C). O protecionismo do Estado (C) é opção dominante, neste ordenamento, porque são inoperantes as pré-condições para se realizar um autogoverno civil do conflito. O indivíduo afasta o modelo da autoregulação dentro da Lei (B) porque não existem valores morais e informações que estimulem os acordos internos, preferindo, então, o intervencionismo do Estado. Na alternativa C, a ação judicial pode ser julgada gratuitamente, dependendo do poder aquisitivo dos autores e da natureza econômica do processo civil, mas também pode acarretar custos operacionais relevantes, para outra faixa de cidadãos, com renda maior, envolvendo a contratação de advogados e o pagamento obrigatório dos custos relativos às despesas do Judiciário e aos honorários futuros do advogado que representou o vencedor da causa no final do processo. As despesas judiciais envolvem custos do processo; indenização de viagens que foram necessárias para o deslocamento dos autores da ação judicial até o prédio dos órgãos do Poder Judiciário; a diária das testemunhas e a remuneração do assistente técnico. Durante o processo judicial, se for comprovado que o litigante é de má-fé porque alterou a verdade dos fatos ou falsificou provas, ele poderá também pagar indenização referente aos prejuízos causados à parte contrária.

Neste ordenamento, se o processo judicial for se tornando demorado, ou então, levantar a hipótese de que a decisão futura será injusta, no prognóstico do autor da denúncia, o modelo ilícito (A) é a solução mais eficiente, através do uso da violência física, da fraude e de outras técnicas ilegais que expressam o completo livre arbítrio do indivíduo insatisfeito.

C > B > A

A preferência institucional é ficar, formalmente, dentro da Lei, como demonstra a avaliação do indivíduo (opções C e B). Os custos subjetivos (fundamentalmente, a restrição individual sobre o poder de fazer justiça por conta própria) são avaliados positivamente, no contexto real do cidadão. O modelo anárquico (A) é desprezado no *ranking*, enquanto forem viabilizadas as expectativas formais do ordenamento. Dentre os serviços judiciais oferecidos pelo Estado, conforme sugere o item C, incluem-se:

- 1) o poder de convocação e de intimidação do réu e do autor do processo;
- 2) a estipulação, em tempo hábil, das audiências e da sentença;
- 3) a organização e produção seguras de provas, através do serviço dos peritos;
- 4) a possibilidade de acatar, através de *recurso judicial*, a contestação de ambas as partes;
- 5) e a garantia da execução das sentenças, através de mandatos veiculados pelos oficiais de justiça e por outros mecanismos coercitivos.

A passagem para o modelo B, neste ordenamento, pode acontecer através do compromisso arbitral, contratando-se um ou mais árbitros particulares. Por conseqüência, a escolha da autoregulação civil provocará o arquivamento dos autos públicos e tornará obrigatório que sejam pagos os custos operacionais produzidos, até então, pelo trabalho dos órgãos do Poder Judiciário. No modelo C, a escolha da ação judicial pode produzir um *desfecho extremo* para o réu, segundo o Secovi (Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis de São Paulo):

O combate ao calote no pagamento da taxa de condomínio não tem muito segredo. Apenas uma medida é na prática, possível: a cobrança por ação judicial. "Qualquer outra atitude, como interromper serviços ou impedir o uso das áreas comuns, é contra a lei e não deve ser feita", afirma Sérgio Meira de Castro, diretor de condomínios do Secovi-SP. Segundo ele, o inadimplente pode entrar na justiça contra o síndico, caso ele faça algo discriminatório. "E com o dinheiro ganho dos próprios condôminos, pode pagar o que deve ao condomínio". O despejo é possível, segundo o Secovi, mas é um despejo extremo, mesmo que o imóvel seja declarado "bem de família" (que por lei, não pode ser executado para quitar dívidas)³²⁴.

7.5) HIPÓTESE GERAL DO MODELO DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Se o indivíduo pode escolher o tipo de organização que melhor representa os seus interesses, ele instrumentaliza as seguintes alternativas: a) o isolamento; b) o trabalho voluntário em grupo; c) e a delegação do poder decisório através da regra de maioria.

A > B > C

É cada vez maior o número de indivíduos que se distanciam das organizações coletivas e preferem resolver suas demandas no mercado, comprando diretamente, produtos que satisfazem seus interesses privados. A intervenção do Estado na vida destes indivíduos deve ser mínima, idealmente, limitando-se apenas a garantir proteção contra os abusos do mercado e a maximizar sua liberdade de consumo e de lucro na sociedade. Segundo Buchanan³²⁵, o cidadão moderno prefere realmente não viver com seus vizinhos e muitas vezes transforma-se numa *ilha deserta*, mesmo pertencendo a uma determinada comunidade.

A crescente mobilização e o redimensionamento do espaço local pela globalização do mercado; a urbanização; o aumento populacional e os

³²⁴ JORNAL AGORA, São Paulo, 28/09/2003.

³²⁵ BUCHANAN, 1987, p.73

deslocamentos migratórios são forças que desequilibram a autoridade das regras comunitárias, completa Buchanan. A erosão da estrutura familiar, da religiosidade e de outras formas que poderiam reforçar o papel das regras morais, explicam, em parte, porque o *homo economicus* tem conquistado maior visibilidade no padrão comportamental do mundo moderno.

Estruturalmente, ficar isolado (A) não acarreta custos de participação coletiva. O benefício institucional mais importante desta alternativa pública é a manutenção da soberania privada. A possibilidade de mudança jurídica para um condomínio voluntário (item B) fica em segundo plano para o indivíduo, neste ordenamento. Em algumas circunstâncias, pode ser uma tecnologia eficiente, quando regulamenta, por exemplo, a utilização de capitais que não poderiam ser otimamente adquiridos pelo indivíduo isolado.

A alternativa B, quando contrastada com a possibilidade C, adquire maior grau de importância e utilidade para o indivíduo porque resguarda o princípio da soberania individual, assegurando o monopólio da decisão coletiva para cada participante, em taxas iguais, no que se refere ao consumo e destino da coisa comum.

A > C > B

Neste segundo tipo de ordenamento, a soberania do indivíduo continua sendo o mais expressivo benefício institucional. Se o indivíduo pode satisfazer suas demandas com recursos próprios, a consequência, como assim revela o *ranking*, é o isolamento cada vez maior e o distanciamento progressivo em relação à hipótese de qualquer tipo de condomínio (obrigatório ou voluntário).

A preferência dominante, neste ordenamento, é obter privacidade absoluta. Entretanto, se por algum motivo alheio à vontade individual, as condições ambientais desestabilizam a preferência dominante, será razoável aceitar, logo em seguida, alguma forma de condomínio. A substituição da alternativa A ocorre quando a preferência dominante se torna inviável economicamente para o indivíduo, ou quando a disponibilidade de venda de imóveis isolados, em determinada área, é uma alternativa, financeiramente, impossível para o cidadão.

A passagem para o modelo C pode acontecer quando existe um estado de desordem social, que o indivíduo prefere evitar. Nesta situação problemática, determinados vizinhos não admitem que os outros moradores isolados possam utilizar a coisa pública de maneira eqüitativa. Cada proprietário tem seu próprio critério para consumir os recursos locais, resultando na privatização do espaço público através da violência sobre os direitos individuais. Com o tempo, esta situação nega o princípio comunitário, destruindo o bem-estar e a privacidade da maioria dos moradores.

Sendo o capital moral inexistente ou bastante deteriorado pela convivência pública, existirão motivos sociais para o indivíduo preferir o condomínio residencial (C), acreditando, neste sentido, que será uma alternativa mais eficiente na produção do bem-estar. A substituição do item A por C refletirá a expectativa econômica do indivíduo que pretende receber proteção dos seus direitos civis e desfrutar, com civilidade, a convivência com os vizinhos. Idealmente, como divulgam os especialistas:

Viver em condomínio tem as vantagens da segurança e da comodidade e a desvantagem de uma certa perda da privacidade. Esta desvantagem pode ser compensada pela oportunidade de estabelecer relacionamentos de amizade e camaradagem muito saudáveis e até gratificantes³²⁶.

Por outro lado, notícias dos jornais diários sobre a violência urbana, como ilustra a reportagem publicada pelo jornal *Estado de São Paulo*³²⁷, podem criar um dilema de escolha no indivíduo neste mesmo ordenamento:

Um grupo de 10 bandidos faz como reféns vários moradores de um condomínio de alto padrão localizado na Vila Olímpia, zona sul da capital paulista (...) Das 15 às 18 horas, os criminosos permaneceram no interior do *Conjunto Residencial Plaza Athenese Residence* (...) A polícia acredita que algum integrante já tenha trabalhado, ou entrado várias vezes no prédio, ou então tenha recebido informações de alguém que trabalhe lá, pois o circuito interno de TV foi o primeiro alvo da quadrilha que retirou as fitas (...) Para a fuga, o grupo, que possuía um rádio-

³²⁶ CONTRERAS & DOLCI: GUIA DO CONDOMÍNIO, 2001, p. 66.

³²⁷ WWW.ESTADAO.COM.BR, 24 de novembro de 2003.

comunicador na freqüência da PM, usou um Pallio e um Astra, dos moradores. Um dos condôminos foi agredido, mas sem gravidade. O caso foi registrado no 15º Distrito Policial do Itaim Bibi.

B > A > C

A ação cooperativa (item B) é dominante e fica em primeiro plano porque o indivíduo acredita, institucionalmente, que o benefício da ação voluntária não sofrerá impactos coletivos maiores do que proporcionaria a opção C, que se caracteriza, estruturalmente, pela presença de um poder centralizado através de um síndico ou de uma assembléia da maioria.

Neste ordenamento, o objetivo é produzir um bem coletivo instrumental (a cooperação) através da unanimidade ou consenso absoluto (B) dos participantes, onde até mesmo a divisão da coisa comum depende da iniciativa de qualquer condômino. Neste tipo de organização, os indivíduos devem se comportar, racionalmente, como cidadãos *altruístas*, definindo metas e estratégias que otimizam os interesses convergentes do grupo. Conseqüentemente, os indivíduos devem dedicar-se às tarefas coletivas, sacrificando, transitoriamente, o egoísmo, na tentativa de fortalecer a vontade geral do grupo (o que é um custo subjetivo inerente do item B). Neste quadro racional de solidariedade, cada um dos indivíduos age de maneira ordenada, respeitando as regras e as decisões coletivas; investindo recursos financeiros que são necessários, e participando com probidade, boa fé e reciprocidade nos negócios do grupo.

B > C > A

A participação voluntária no grupo (B) traz um saldo positivo na avaliação racional do indivíduo e ocupa o primeiro lugar no *ranking* das preferências constitucionais. Mas os custos de tomada de decisão coletiva começam a crescer, neste ordenamento, quando os condôminos delegam, temporariamente, uma parte do poder administrativo do condomínio voluntário para o síndico e uma outra parte à assembléia, baseada no voto de decisão da maioria. Neste caso, a passagem para a

alternativa C é uma estratégia coerente para o indivíduo: 1) quando ele percebe que o grupo aumentou radicalmente o número de participantes, extrapolando sua preferência inicial; 2) ou então, quando ele conclui que é imprescindível uma administração tecnicamente conciliadora dos interesses público-privado, capaz de diminuir os custos coletivos e de aumentar a eficiência decisória do grupo.

Se no desenvolvimento institucional do modelo C, as decisões coletivas ficarem cada vez mais inconsistentes em relação às expectativas econômicas iniciais do indivíduo, neste *ranking*, o resultado extremo pode ser o isolamento individual fora do grupo (A). Esta possibilidade é realista, uma vez que a administração, através do síndico (C), delega autoridade para se gerenciar a coisa comum, produzindo, simultaneamente, custos financeiros extras e possível margem de insatisfação para certos indivíduos em relação às decisões da maioria.

Deliberando a maioria sobre a administração da coisa comum escolherá o administrador, que poderá ser estranho ao condomínio, resolvendo alugá-la, preferir-se-á, em condições iguais, o condômino ao que não o é. A maioria será calculada pelo valor dos quinhões. Parágrafo 1: as deliberações serão obrigatórias, sendo tomadas por maioria absoluta. Parágrafo 2: não sendo possível alcançar maioria absoluta, decidirá o juiz a requerimento de qualquer condômino, ouvidos os outros. Parágrafo 3: havendo dúvida quanto ao valor do quinhão, será este avaliado judicialmente³²⁸.

C > A > B

O condomínio residencial (C) é uma tecnologia civil que maximiza e organiza o direito do indivíduo na utilização de equipamentos e serviços coletivos que se localizam em torno do ambiente privado. Entretanto, se as administrações dos condomínios da região na qual se pretende morar, forem historicamente, ineficientes no desempenho de suas atividades, o indivíduo pode preferir o isolamento (alternativa A), preservando a sua autonomia e evitando custos históricos negativos da desordem institucional.

³²⁸ Idem, art.1323.

A infra-estrutura do condomínio residencial (C) é bastante complexa: inclui o solo, a estrutura do prédio, a rede geral de esgoto e de eletricidade, o sistema de refrigeração ou aquecimento, os corredores, etc. Por este motivo, são necessários serviços como limpeza interna e externa do prédio, da garagem, da piscina, das escadas, dos elevadores, e também contratação de recursos humanos, etc. Bens e serviços adicionais, ou seja, custos financeiros que incidirão sobre a propriedade privada e que não poderiam ser pagos, institucionalmente, por um único condômino, ou então, ser alienados, separadamente, para cada morador.

De acordo com o que sugere a definição do Código Civil brasileiro, o condomínio é um bem coletivo inalienável e indivisível, composto por uma série de direitos e deveres:

São direitos do condômino: I) usar, fruir e livremente dispor das suas unidades; II) usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais co-possuidores; III) votar nas deliberações da assembléia e delas participar, estando quite. São deveres do condômino: I) contribuir para as despesas do condomínio, na proporção de suas frações ideais; II) não realizar obras que comprometam a segurança da edificação; III) não alterar a forma e a cor da fachada das partes e esquadrias externas; IV) dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes³²⁹.

C > B > A

No condomínio residencial (alternativa C), os indivíduos podem aceitar, extra-oficialmente, o modelo de administração de um condomínio voluntário (B), onde todos decidem, diretamente, os assuntos coletivos, o que pode ser uma alternativa provavelmente mais eficiente nos grupos pequenos de moradores ou proprietários. Existem, porém, razões estruturais para se evitar uma administração residencial baseada na regra de unanimidade (B), quando se toma conhecimento da extensa lista das tarefas do síndico. No trabalho voluntário, cada morador deveria:

³²⁹ Idem, art.1335.

I- convocar a assembléia dos condôminos; II- representar ativa e passivamente, o condomínio, praticando em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns; IV- cumprir e fazer cumprir a convenção, o regimento interno e as determinações da assembléia; V- diligenciar a conservação e a guarda das partes comuns e zelar pela prestação dos serviços que interessam aos possuidores; VI- elaborar o orçamento da receita e da despesa relativa a cada ano; VII- cobrar dos condôminos as suas contribuições, bem como impor a cobrança das multas devidas; VIII- prestar contas à assembléia, anualmente e quando exigidas; IX- realizar o seguro da edificação. Parágrafo 2: o síndico pode transferir a outrem, total ou parcialmente, os poderes de representação ou as funções administrativas, mediante aprovação da assembléia, salvo disposição em contrário da convenção. Depende da aprovação de dois terços dos votos dos condôminos a alteração da convenção e do regimento interno; a mudança da destinação do edifício ou da unidade imobiliária, depende de aprovação pela unanimidade dos condôminos³³⁰.

Contextualmente, a administração voluntária (B) é uma alternativa improdutiva nos conjuntos residenciais modernos, constituídos por um grande número de moradores. Nas grandes cidades, os condomínios residenciais apresentam a forma de loteamentos de massa, dificultando as pré-condições para se viabilizar uma participação espontânea e unânime da comunidade. O risco de falência do condomínio residencial é grande, neste modelo alternativo, se o altruísmo dos moradores falhar. O resultado negativo da experiência B, com poder decisório totalmente descentralizado entre seus membros, é representado, neste ordenamento, pela posição extrema do item A, onde o indivíduo se isola dentro do próprio condomínio residencial ou fora dele.

A externalidade negativa proporcionada por uma administração tradicional (C) mal sucedida, pode ser exemplificada através das informações publicadas sobre o edifício Baronesa de Arary (na cidade de São Paulo, ano de 1993). Neste exemplo, não existe um capital moral para se instituir o modelo de administração voluntária e descentralizada no interior do condomínio.

³³⁰ Idem, art.1341.

(...) Eram três elevadores para uma população estimada em 3,8 mil pessoas. O condomínio, na esquina da Avenida Paulista com a rua Peixoto Gomide, tem três blocos, com 25 andares cada um, 541 apartamentos, dos quais 416 são precárias quitinetes. "Tenho vontade de ir embora" disse Patrícia Abrão, moradora do 21º andar. Ela caiu na escada por causa da sujeira, foi ao hospital, passou pelo supermercado para abastecer a casa e repousar. "Terminei com mais de 20 sacolas, na porta do elevador quebrado. Se fosse um prédio comercial, ele já estaria interditado e até mesmo podemos tomar essa medida caso seja constatada uma situação de risco iminente para o público", alerta o diretor do Contru, Carlos Alberto Venturelli. Há muito de errado para ser visto. Fios pendem soltos do teto da garagem e paredes de corredores, caixas de força não têm proteção. Ontem à tarde, os bombeiros tiveram de controlar um curto-circuito, que encheu o 16º andar de fumaça. Não faltam infiltrações e o sistema de combate a incêndios é deficiente. "Há projeto para restaurar o prédio, física, moral e financeiramente, mas faltam recursos, admite a síndica Maria do Carmo Torga. A falta de energia já não incomoda os moradores do bloco das quitinetes: eles fizeram ligações irregulares³³¹.

³³¹ WWW.ESTADAO.COM.BR, 5/nov/2003.

CAPÍTULO 8

PREVISÕES INSTITUCIONAIS (II): FIRMAS E ANARQUIA ORDENADA

Firmas, condomínios e comunidades são organizações e não organismos independentes dos participantes. Na concepção do programa de pesquisa da anarquia ordenada, o grupo é um meio, instrumento, e não um fim ou vontade transcendental de idéias. Uma firma individual representa o projeto pessoal do empresário quando aplica seu capital em algum ramo do mercado. Ao mesmo tempo, a força competitiva do ambiente também pode desestimular o isolamento e incentivar a formação de uma coalizão. Adotando essa última estratégia institucional, o objetivo prático do indivíduo continua sendo maximizar a sua capacidade econômica visando obter lucro. A firma coletiva poderia ser considerada um organismo social se não existissem empresários contextualizando, racionalmente, a importância do contrato no espaço competitivo do mercado.

8.1) OBJETIVO DESTE CAPÍTULO

O objetivo geral é descrever as condições empíricas que transformam as regras do Código Civil e da Lei de Arbitragem em autênticas tecnologias do auto-interesse, aplicando a racionalidade como critério básico de análise. Especificamente, os modelos analógicos do programa de pesquisa são aplicados neste capítulo, visando reorganizar, instrumentalmente, a ordem civil brasileira e por consequência, localizar a importância estratégica das tecnologias civis da anarquia ordenada no contexto organizacional das firmas.

8.2) CONCEITO OPERACIONAL

Firma

A firma é uma organização formal de interesses econômicos. A sua razão de ser é o lucro. Uma situação ideal para uma firma é vender o máximo possível, isoladamente, o seu produto em determinada área do mercado. Quando uma firma impõe seus

preços sem competidores, haverá monopólio. Quando as firmas se juntam e estabelecem os preços de forma conjunta, bloqueando a entrada de novos agentes competidores, são instituídos os oligopólios. Na economia de livre mercado, os motivos ideológicos ou afetivos não constituem fatores preponderantes para manter as contas em dia, equilibrar os gastos, ou então, produzir com eficiência as vendas da empresa. O critério objetivo da racionalidade pode ser ilustrado pelo pensamento de Adam Smith nos seguintes termos: *Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro, que esperamos obter nosso jantar, e sim da atenção que cada qual dá ao próprio interesse. Apelamos não à sua humanidade, mas ao seu amor-próprio, e nunca lhes falamos das nossas necessidades, e sim de seus interesses*³³².

Na teoria dos mercados, as firmas desenvolvem a estratégia das coalizões e estabelecem, funcionalmente, limites e regras entre os seus participantes a fim de operacionalizar os interesses privados, dentro de uma estrutura racional de custos e benefícios institucionais. A prática democrática do *lobby*, como sugere Olson, mostra que as firmas também se transformam em grupos de pressão, atuando sobre os governos, mobilizando, para isto, uma burocracia interna que exige motivação coletiva dos componentes individuais. Instrumentalmente, a empresa é utilizada para maximizar oportunidades e atender aspirações particulares, fundamentalmente de ordem econômica, mas toda a produtividade, ou engajamento político, do grupo exigirá a formação de um quadro burocrático-institucional mínimo, composto por funcionários, líderes e decisores, tecnicamente competentes³³³.

No Código Civil brasileiro, considera-se empresário o indivíduo que exerce profissionalmente atividade econômica, organizada para a produção e circulação de bens e serviços³³⁴, com fins lucrativos. A inscrição da firma é obrigatória no Registro Público³³⁵, antes de iniciar sua atividade. A Lei assegura tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes³³⁶. A inscrição do empresário no Registro Público deve ser feita mediante requerimento onde constam: 1- o nome do

³³² SMITH, *A Riqueza das Nações*, 1776, in: SEN, 1999, p. 39.

³³³ OLSON, p. 23.

³³⁴ CÓDIGO CIVIL, art. 966.

³³⁵ Idem, art. 967.

³³⁶ Idem, art. 970.

proprietário, a nacionalidade, o domicílio, estado civil e se casado, o regime de bens; 2- a firma com a respectiva assinatura autógrafa; 3-o capital; 4-o objeto e a sede da empresa³³⁷.

8.3) A ECONOMIA INSTITUCIONAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Entre os empresários, podem ser desfrutados vários benefícios institucionais que decorrem da prática moral do grupo, dentre eles: 1) a privacidade absoluta; 2) o consenso informal; 3) e a rapidez no processo decisório. Os custos operacionais surgem, em pequena proporção, nas assembléias ou reuniões que devem ser instaladas através da convocação, aglutinando gastos com secretaria e com a estrutura burocrática em geral. Nesta alternativa interna do grupo, inicialmente toda e qualquer solução coletiva deve contar com a opinião e voto da maioria. As assembléias decidem, por exemplo, a expulsão por justa causa, de um determinado sócio que tenha praticado atos que contrariem os interesses da sociedade. Reuniões sucessivas poderão acontecer, neste caso, para permitir ao acusado, pleno direito de defesa e esclarecimentos. A exclusão do sócio será feita apenas em uma assembléia ou reunião específica para este fim. Se o empresário substituir a estratégia moral, constitucionalmente ele experimenta a perda da privacidade e da confidencialidade do conflito, dentro do grupo, situação esta verificável, por exemplo, quando os empresários procuram a Justiça Pública (C), ou então, quando eles abandonam a facilidade da assembléia interna do grupo (A), contratando o serviço externo da mediação e arbitragem.

Na alternativa de autoregulação civil da arbitragem e mediação, destacam-se os seguintes benefícios institucionais: 1) rapidez do procedimento arbitral; 2) cooperação entre as partes interessadas; 3) confidencialidade; 4) justiça privada; 5) e controle direto sobre os horários das sessões arbitrais. Neste tipo de alternativa pública, os custos objetivos se materializam quando é pago, coletivamente, o serviço de contratação dos árbitros e peritos, e também quando é promovido o adiantamento dos custos relativos aos trabalhos de secretaria. Os custos subjetivos de tomada de decisão fazem parte, especificamente, da negociação e da

³³⁷ Idem, art. 968.

participação nas sessões arbitrais ou conciliatórias. No futuro, portanto, se o empresário trocar a mediação por outra modalidade de solução de conflitos, o custo de oportunidade produzido pela escolha racional deve representar a supressão do poder democrático dos próprios empresários (quando decidem delegar autoridade ao Poder Judiciário, por exemplo).

Preferindo o despotismo benevolente do Estado, os empresários ganham outros tipos de vantagens institucionais: 1) proteção burocrática do Estado; 2) autoridade técnica dos juízes; 3) impessoalidade no processo de solução do conflito; 4) e direito a recurso judicial.

Nesta alternativa, os custos operacionais existem com o pagamento do trabalho do advogado e dos serviços paralelos do processo civil sob o comando do juiz, por exemplo. Eventual troca do modelo intervencionista do Estado por outra tecnologia de solução de conflitos implica três tipos de cortes 1) o abandono da impessoalidade do processo civil; 2) a eliminação da possibilidade de utilizar recursos sobre as sentenças judiciais; 3) e a supressão do serviço de defesa técnica dos advogados, entre outras peculiaridades.

8.4) MODELO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

CONDIÇÕES INICIAIS: os indivíduos são racionais; têm liberdade para escolher as alternativas do modelo; possuem o mínimo de informações institucionais.

HIPÓTESE GERAL: Se os sócios avaliam que os conflitos internos comprometem o desempenho econômico da sociedade empresarial, podem ocorrer escolhas institucionais mobilizando, racionalmente, as seguintes alternativas: a) assembléia interna; b) justiça privada; c) e justiça pública.

A > B > C

A assembléia (A) é utilizada como tecnologia do diálogo, previsto em Lei, para resolver os conflitos internos da sociedade. A expectativa institucional, neste quadro, é maximizar a utilidade do capital moral disponível no grupo (através da

camaradagem, tolerância, respeito mútuo e confiabilidade) e afastar custos institucionais extras que fazem parte das outras duas tecnologias públicas.

Neste ordenamento, o diálogo é uma estratégia financeiramente menos onerosa. É praticada, internamente, em comum acordo pelos empresários, dispensando a intervenção máxima ou mínima do aparelho estatal. Pelo cálculo moral dos sócios, a assembléia (A) deve ser uma tecnologia eficaz dada as condições subjetivas da comunidade.

Neste cenário, a assembléia não é utilizada pela maioria como tecnologia da tirania sobre o indivíduo, porque se busca a possibilidade de elucidação das controvérsias e o entrosamento direto entre os sócios. O direito constitucional de se defender não sofre, nesta opção, qualquer tipo de constrangimento por parte da comunidade.

Quando a maioria dos sócios representativa da sociedade limitada (mais da metade do capital social) entende, portanto, que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-lo da sociedade mediante alteração do contrato social, desde que prevista a exclusão por justa causa³³⁸. Mas a exclusão poderá ser determinada somente em reunião ou assembléia, especialmente convocadas para este fim³³⁹, ciente o acusado, em tempo hábil, para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa³⁴⁰.

Em segundo lugar (como sugere a escolha da alternativa B), existe a possibilidade do diálogo não atingir o ideal de superação do conflito, internamente. Nesta situação, é provável que os sócios procurem investir o capital moral do grupo numa segunda tecnologia do consenso, a conciliação (alternativa B). Nesta modalidade tecnológica, existirão custos financeiros e institucionais avaliados positivamente em relação à alternativa C (justiça comum e intervencionismo do Estado).

Na mediação, deve ser pago o serviço de um profissional ou de uma agência especializada, ao mesmo tempo, os sócios continuam tendo controle direto (autonomia) sobre a administração do impasse, sendo, no entanto, monitorados ou

³³⁸ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, art. 1085.

³³⁹ Idem, art. 1085, § único.

³⁴⁰ Idem, art.1085.

assessorados por um mediador, que é indicado pelo consenso das próprias partes envolvidas no conflito.

A tecnologia B, ao contrário do que acontece nos órgãos do Poder Judiciário (C), assegura, institucionalmente, que todas as sessões conciliatórias serão desenvolvidas de maneira confidencial. No cálculo moral dos sócios, esta diferença é um benefício institucional marcante porque não põe em risco a imagem ou credibilidade pública da empresa, que no mercado, é um capital social estratégico para se conquistar novos empreendimentos ou para se manter a reputação tradicional junto aos clientes.

Assembléias ou reuniões são tecnologias ou instrumentos internos de deliberação na sociedade (opção A). São convocadas pelos administradores ou pelos sócios, nos casos previstos em Lei. A deliberação, em assembléia, será obrigatória, se o número de sócios for superior a dez ³⁴¹, no caso das sociedades limitadas, onde a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, e onde todos respondem solidariamente pela integralização do capital social³⁴².

Dependem da deliberação das assembléias as matérias potencialmente conflituosas como³⁴³: a) a aprovação das contas da administração; b) a designação, destituição e o modo de remuneração dos administradores; c) a modificação do contrato social; d) a incorporação, fusão e dissolução da sociedade ou a cessação do estado de liquidação; e) a nomeação e destituição dos liquidantes; f) o julgamento das contas; g) e o pedido de concordata. São dispensáveis as formalidades de convocação quando todos os sócios comparecem, ou declaram-se, por escrito, conscientes do lugar, da data, da hora e da ordem do dia³⁴⁴.

A reunião e assembléia tornam-se também dispensáveis quando todos os sócios decidem, por escrito, sobre a matéria a qual seria objeto delas³⁴⁵. As deliberações tomadas em conformidade com a Lei e o contrato original vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes³⁴⁶.

³⁴¹ Idem, art.1.072, § 1º.

³⁴² Idem, art.1052.

³⁴³ Idem, art.1071.

³⁴⁴ Idem, art. 1072, § 2º.

³⁴⁵ Idem, art.1072, § 3º.

³⁴⁶ Idem,art. 1072,§ 5º.

A > C > B

Neste ordenamento, o indivíduo tem pretensões empresariais, seja através de uma firma individual ou coletiva, entretanto, pesquisa do Sebrae (SP) estima que entre os anos de 1990 e 2000, cerca de um milhão de empresas (em um universo de quase 1,5 milhão de unidades) foram registradas e encerraram suas atividades neste período. Ou seja, as pretensões não se harmonizam, muitas vezes, com o preparo técnico e patrimonial que exige o negócio da empresa. A taxa de mortalidade das empresas paulistas, entre os anos de 1995 e 1999, chegou a 32% no primeiro ano; 56% em 3 anos, e 71% em cinco anos de atividade (GRÁFICO 9). Dentre os vários fatores que afetaram o desenvolvimento das empresas, existem causas que envolvem o despreparo técnico e razões não econômicas, como, por exemplo, desentendimentos particulares entre os sócios, que corresponde, na amostra, a 4% das respostas dos empresários entrevistados (GRÁFICO 8).

O conflito, na teoria da organização empresarial, é um tipo de relação em que duas ou mais partes procuram objetivos que são, podem ser, ou se percebe como incompatíveis entre alguma delas³⁴⁷. Dentre as causas que geram conflitos, destacam-se, de maneira geral: a falta de informações; as diferenças no estilo de interpretação; a avaliação errônea dos objetivos; estereótipos; desequilíbrio de emoções; as atitudes moralmente negativas; as diferenças culturais; traços de personalidade; valores individuais; hábitos negativos; vícios no uso do poder e da autoridade; superposição de funções; estilo de liderança; e nível educacional. Quando um conflito não é abordado positivamente na comunidade, surge um tipo de relação definida como *escalada*, que se modifica com a intensidade do conflito. A partir da conduta negativa de uma das partes, a outra responde com uma conduta de maior intensidade que, por sua vez, emite uma reação de maior grau, e assim, sucessivamente, desenvolve-se até atingir um ponto crítico ou mesmo impossível para se *desescalar* o processo destruturante. Na situação coletiva, caracterizada por um alto grau de conflito, é necessário um sistema eficiente de comunicação entre as partes, o que é difícil de se produzir numa relação polarizada. Para esta

³⁴⁷ GATTI & VARGAS, 2004, p. 2, <http://institutomediacion.com.ar/art>.

situação problemática, será sempre mais estratégico buscar a intervenção de terceiros.

Neste ordenamento, a solução final do conflito está dentro do próprio grupo. Não sendo encontrada uma conciliação conclusiva dos interesses conflitantes, os sócios podem empregar a tecnologia da assembléia (A) para organizar a dissolução amigável da sociedade, obrigatoriamente através do consenso unânime dos sócios³⁴⁸. Definida a dissolução consensual da empresa, são determinadas as seguintes tarefas: 1) providenciar, imediatamente, a investidura do liquidante; 2) restringir a gestão própria aos negócios inadiáveis; 3) e vedar novas operações pelas quais, eventualmente, responderão solidária e ilimitadamente todos os sócios.

B > A > C

Os empresários, que trocaram, voluntariamente, a justiça pública (C) pela justiça privada (B), não poderão modificar esta decisão no futuro, devido ao impedimento da cláusula arbitral do contrato. Na instalação contratual da arbitragem (B), no lugar onde tradicionalmente se lê: - *fica eleito Forum da Comarca deste município para dirimir quaisquer dúvidas relativas à inexecução deste contrato*, passam a vigorar novos termos: - *As partes convencionam, desde já, que qualquer controvérsia ou reivindicação que surja ou esteja relacionada a este contrato, será resolvida por mediação e arbitragem administrativa pelo Tribunal de Mediação e Arbitragem desta cidade. Escolhem também livremente neste instrumento, as regras de direito que serão aplicadas e instituídas na arbitragem conforme o disposto do art. 2º e 1º da Lei Federal n. 9.307/96. A saber, bem como as regras previstas neste contrato. Os benefícios constitucionais da arbitragem, de acordo com o que divulga o Tribunal de Arbitragem de São Paulo (TAMM), devem ser os seguintes:*

1) rapidez: a arbitragem solucionará a questão no prazo fixado pelas partes e se nada for previsto a respeito, determina a lei que será em 6 meses.

³⁴⁸ CÓDIGO CIVIL, art. 1033.

2) *sigilo: nada do que for tratado poderá ser divulgado a terceiros. As partes e os árbitros deverão guardar sigilo, diferentemente, portanto, do processo judicial que é público, com exceção aos casos em que envolvem segredo de justiça.*

3) *especialização: o árbitro deve ser um especialista na matéria. Por isto, poderá ser dispensada a perícia, porque o árbitro tem aptidão técnica e profissional para atender e decidir a questão.*

4) *informalidade: a arbitragem oferece um ambiente menos formal e mais flexível, preservando a relação existente e facilitando a composição, sem o rigor dos processos público.*

5) *participação direta das partes;*

6) *imparcialidade e independência dos árbitros.*

B > C > A

A tecnologia da arbitragem (B) pode ser instituída no estágio pós-contratual, através do *compromisso arbitral*, onde os indivíduos, amigavelmente, se dispõem a solucionar o conflito, formalizando um documento à parte, para este fim. Oficialmente, o procedimento arbitral deverá começar depois do recolhimento dos 40% do serviço, por parte do Tribunal, que será destinada à taxa de administração do procedimento. O restante do recolhimento deve ser feito no final da sentença arbitral, ou durante a homologação do acordo. A taxa é utilizada para dar suporte tecnológico, judicial, e também para garantir o andamento processual e o arquivamento do procedimento. Na taxa, estão incluídos os honorários a serem pagos ao árbitro único. Nos casos que demandam mais de um árbitro, a tabela de pagamento poderá sofrer alterações em razão da complexidade da matéria; do tempo estimado para dirimir a arbitragem; do montante em litígio; da urgência do caso; do volume de provas a serem produzidas; e dos estudos processuais. Também as partes, em igualdade ou não, ratearão e efetuarão os depósitos das

quantias necessárias ao bom andamento do Juízo Arbitral, no que diz respeito às despesas extraordinárias, referentes à locomoção do juiz, traslados, tradução de originais, diligências itinerantes, honorários dos peritos, realização de audiência fora do horário normal de funcionamento do tribunal, etc³⁴⁹.

A arbitragem (B) pode ser utilizada por qualquer pessoa que tenha uma pendência em questões oriundas de contratos nas áreas cível, comercial, internacional, consumo e trabalhista, envolvendo inadimplência, quebra de contratos, ressarcimento por danos materiais, infração contratual, cobrança, acidentes de trânsito, conflito entre cotistas, contratos de locação, serviços defeituosos, despesas condominiais e contratos sobre bens e serviços.

C > B > A

A intervenção do Estado (C) é avaliada, neste ordenamento, como um instrumento lícito mais eficaz que os itens B e A, que precisam, na base, de uma predisposição moral ao diálogo entre os indivíduos. A dissolução judicial (C), como sugere o ordenamento, é iniciada a partir da solicitação de um dos sócios à Justiça, quando³⁵⁰: 1) está anulada a constituição da sociedade; 2) exaurido o seu fim social; 3) ou verificada a *inexequibilidade* da organização coletiva.

A dissolução da sociedade civil ou mercantil, nos casos previstos em Lei ou contrato social, poderá ser declarada a requerimento de qualquer interessado para ser promovida a liquidação. Nos casos de dissolução de pleno direito, o juiz ouvirá os interessados no prazo de 48 horas e decidirá a melhor forma³⁵¹. Nos casos de dissolução contenciosa (C), apresentada a petição e ouvidos os interessados no prazo de cinco dias, o juiz proferirá imediatamente a sentença, se julgar provadas as alegações do requerente³⁵².

Se a prova não for suficiente, o juiz designará audiência para instrução e julgamento. Se o juiz declarar ou decretar a dissolução na mesma sentença, nomeará liquidante a pessoa, a quem, pelo contrato, pelos estatutos ou pela fé,

³⁴⁹ TRIBUNAL METROPOLITANO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM, TAMM, de São Paulo, material de divulgação, s.d.

³⁵⁰ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, art. 1034.

³⁵¹ Idem, art. 656, § 1º.

³⁵² Idem, art. 656, § 2º.

competir tal função³⁵³. Se a Lei, contrato e estatutos nada dispuserem a respeito, o liquidante será escolhido pelos interessados, por meio de votos entregues em cartório³⁵⁴. A decisão é feita pela maioria.

Neste ordenamento judicial, a dificuldade moral para se realizar negociações através de uma assembléia (A) é maior e ocupa uma posição desprezível no *ranking*. No entanto, existe a possibilidade de ser utilizada uma tecnologia mais ágil e privativa de justiça (B), depois de ser experimentada a justiça pública (C) e diagnosticado, conjuntamente, o fato de que a demora do processo civil gera um mal coletivo (ou externalidade negativa), justificando, portanto, a instalação consensual da arbitragem (alternativa B).

C > A > B

O sócio prefere a intervenção do Estado (C) no processo de liquidação da sociedade empresarial e descarta a possibilidade de negociação dos conflitos, através de uma assembléia (A) ou arbitragem (B). Neste contexto, se houver fundado receio de rixa, crime ou extravio, ou danificação de bens sociais, o juiz (item C) poderá a requerimento do interessado, decretar seqüestro de bens e nomear depositário idôneo para administrá-los, até nomeação do liquidante³⁵⁵.

Os liquidantes, por sua vez, podem ser destituídos pelo juiz, *ex officio*, ou a requerimento de qualquer interessado³⁵⁶ se faltarem ao cumprimento do dever, ou retardarem, sem justificativa lícita, o andamento do processo, ou então procederem com dolo ou má-fé, ou, ainda, se tiverem interesse contrário ao da liquidação. As reclamações contra a nomeação do liquidante e os pedidos de sua destituição serão processadas e julgadas³⁵⁷. Apresentado o plano de partilha, sobre ele opinarão os interessados, em prazo comum de cinco dias, que correrá em cartório.

O liquidante, neste processo, deverá se pronunciar em igual prazo, sobre as eventuais reclamações³⁵⁸. Vencidos os prazos e conclusos os autos, o juiz deve

³⁵³ Idem, art. 657.

³⁵⁴ Idem, art. 656, §1º.

³⁵⁵ Idem, art. 639.

³⁵⁶ Idem, art. 661.

³⁵⁷ Idem, art. 662.

³⁵⁸ Idem, art. 664.

aprovar ou não (item C) o plano de partilha, homologando-a, por sentença, ou mandando proceder ao respectivo cálculo, depois de decidir possíveis dúvidas e reclamações³⁵⁹. Se a impugnação formulada pelos interessados exigir prova, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento³⁶⁰.

8.5) HIPÓTESE GERAL DO MODELO DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Se o indivíduo pode escolher a melhor organização para otimizar os seus interesses econômicos, ele prefere a alternativa que maximiza a chance de obter lucros. As alternativas de escolha incluem: 1) o isolamento individual; 2) a sociedade, ou grupo, com regra de unanimidade; 3) e a sociedade, ou grupo, com regra de maioria. Cada uma destas alternativas lícitas é um meio para o empresário conquistar benefícios institucionais.

A > B > C

Neste tipo de organização empresarial (A), o maior benefício institucional é a soberania do indivíduo sobre o processo decisório. Neste caso, o proprietário define a hierarquia de estratégias que serão adotadas no mercado competitivo, não precisando incluir, obrigatoriamente, a discussão com outros proprietários ou sócios para levar adiante seus investimentos. Os custos de negociação coletiva são inexistentes nas tomadas de decisão do empresário dentro da firma individual.

O empresário, nesta situação dominante, possui controle e poder de decisão final sobre as possíveis escolhas, e conseqüentemente fica livre das externalidades negativas que caracterizam o processo decisório coletivo. Como as alternativas de investimento dependem do capital do empresário, não há, igualmente, espaço para abstenções. O dono da empresa organiza a escala de alternativas mais eficientes na sua avaliação, articuladas com as restrições do mercado e com as informações técnicas produzidas por sua equipe. O interesse da empresa manifesta, portanto, uma concordância perfeita com o interesse do próprio empresário.

³⁵⁹ Idem, art. 665.

³⁶⁰ Idem, art. 666.

A > C > B

As firmas individuais (em primeiro lugar na preferência do indivíduo) e as empresas coletivas (em segundo lugar) são responsáveis pela disponibilidade das mercadorias ou bens no mercado para que os consumidores possam adquiri-las, obedecendo-se aos ditames das regras econômicas³⁶¹. As firmas, de maneira geral, funcionam dentro de um contexto competitivo, onde os agentes racionais buscam sempre atingir eficientemente o seu objetivo, que é aumentar tanto a procura dos seus produtos como os lucros. Uma firma individual pode representar, inicialmente, o projeto pessoal do empresário quando ele aplica seu capital em algum ramo da indústria, comércio ou serviços, entretanto, a força competitiva do ambiente, logo em seguida, pode desestimular o isolamento desejado inicialmente e incentivar a formação de uma coalizão (C), reconhecida em Cartório, através de uma sociedade jurídica personificada. Aplicando esta última estratégia, a intenção é aumentar a capacidade empresarial no enfrentamento da concorrência ou melhorar a qualidade dos produtos ofertados ao consumidor. A substituição da alternativa A gera, portanto, como custo de oportunidade, a restrição coletiva ou quebra do monopólio sobre a possibilidade do lucro empresarial absoluto³⁶².

B > A > C

A situação institucional do empresário, neste ordenamento, é bastante paradoxal. Ele é fiscalizado pelos sócios do grupo; utiliza uma conta patrimonial específica da sociedade para financiar o empreendimento, e eventuais inclusões de novos sócios exigem que ele obtenha consentimento expresso dos sócios já existentes no grupo. Por outro lado, o empresário pode utilizar, isoladamente, a sociedade em conta de participação em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, enquanto os demais sócios devem compartilhar apenas os resultados correspondentes ao investimento que estão previstos no contrato.

³⁶¹ ANDRADE E MADALLOZO, 2003, p. 45.

³⁶² Define o art. 981, do Código Civil: *Celebram contrato de sociedade, as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens e serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha entre si, dos resultados.*

Na sociedade em conta de participação (B), o sócio ostensivo usufrui um benefício institucional semelhante ao item A. Ou seja, ele age, paradoxalmente, com liberdade para executar o compromisso social, responsabilizando-se, no entanto, por todos os atos praticados que venham atingir terceiros e a essência contratual limitante do projeto coletivo. A constituição da sociedade em conta de participação (B) não depende de qualquer formalidade e pode ser provada por todos os meios de direito. O contrato social, neste caso, produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seus instrumentos, em um Registro Público, não confere personalidade jurídica à sociedade³⁶³. O contrato desta espécie de sociedade não obedece a nenhuma solenidade formal, não sendo arquivado na Junta Comercial. Nestas condições, o contrato pode ser verbal ou epistolar ou ainda revestir-se de qualquer outra forma. No setor imobiliário, por exemplo, a Incorporadora (sócia ostensiva) internaliza a responsabilidade administrativa dos empreendimentos. Nesta circunstância, os parceiros são cotistas, denominados de sócios ocultos e participam, ativamente, injetando recursos num prazo estipulado por um cronograma financeiro prévio, assumindo, automaticamente, responsabilidade pela integralização do orçamento até o limite de suas participações. Neste tipo sociedade, os recursos financeiros são depositados em conta corrente específica.

Antes de ingressar na sociedade, entretanto, o investidor deve ter conhecimento dos projetos, dos custos estimados da obra, do cronograma, dentre outros aspectos financeiros e materiais. O prazo das obras é variável, pode ser de curto, médio e longo prazo para se concluir o empreendimento contratado.

B > C > A

Neste ordenamento, o indivíduo reconhece que existem condições para se organizar uma sociedade não personificada (não registrada em Cartório), incluindo apenas sócios participantes por adesão, como sugere o item coletivo B. A soberania gerencial, que é um benefício institucional expressivo, empurra o item A para uma situação desprezível no *ranking* devido ao fato de que o isolamento não é capaz de produzir resultados satisfatórios em termos de cooperação, que, neste cenário, é um

³⁶³ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, art. 992; 993.

bem coletivo instrumental, permitindo aumentar a eficiência do grupo no mercado. De acordo com o Código Comercial Brasileiro:

Quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se reúnem sem firma social, para lucro comum, em uma ou mais operações de comércio determinadas, trabalhando um, alguns ou todos, em seu nome individual para o fim social, a associação toma o nome de sociedade em conta de participação, acidental, momentânea ou anônima; esta sociedade não está sujeita às formalidades prescritas para a formação das outras sociedades, e pode prover-se por todo o gênero de provas admitidas nos contratos comerciais³⁶⁴.

C > A > B

No ano de 1999, cerca de 64% das pequenas e microempresas registradas no Estado de São Paulo eram empresas comerciais; 27%, empresas de serviços e 9% eram empresas industriais (GRÁFICO 6, ver apêndice final). A maior proporção de atividades comerciais e de serviços entre as novas empresas reforça, segundo o relatório do Sebrae, uma tendência comum das economias modernas que apresentam, geralmente, maior crescimento do setor terciário e uma expansão mais lenta das atividades industriais. Sobre os anos de 1995-2000³⁶⁵, a pesquisa aponta as principais razões que justificaram o registro dessas novas firmas coletivas (C) e individuais (A). Destacou-se, em primeiro lugar, *o desejo de se ter o próprio negócio*, no depoimento de 34% dos novos proprietários. Em segundo lugar: *porque*

³⁶⁴ CÓDIGO COMERCIAL BRASILEIRO, s.d., art.326.

³⁶⁵ SEBRAE, 2001: *Pesquisa sobre mortalidade e sobrevivência das empresas no Estado de São Paulo*. Nota metodológica: para a realização dessa pesquisa, foi utilizada uma amostra de 1.750 empresas que representam as firmas individuais e sociedades limitadas registradas na JUCESP no período de janeiro de 1995 a dezembro de 1999. Em novembro e dezembro de 2000, foi feito um rastreamento dessas empresas, o que permitiu obter as taxas de mortalidade das empresas com até cinco anos de vida. A margem de erro amostral da taxa de mortalidade é de 4,4 pontos percentuais (para um nível de confiança de 95%). Para as empresas constituídas nos de 1995, 1996 e 1997 foi utilizada uma sub-amostra de 750 empresas, a partir das empresas que continuavam em atividade no rastreamento feito no trabalho anterior (o rastreamento anterior ocorreu em novembro e dezembro de 1998). Para as empresas constituídas entre os anos de 1998 e 1999, foi selecionada uma nova amostra de 500 empresas por ano. Este estudo não se limitou às micro e pequenas empresas (MPEs). A amostra utilizada é probabilística, portanto, proporcional à proporção de empresas constituídas no período, onde 99,7% são MPEs. O processo de busca extensiva das empresas envolveu os seguintes passos: 1) busca da empresa através de telefone (a partir de consulta no serviço de informações da Telesp-102); 2) visita pessoal ao endereço da empresa (ida ao local registrado na JUCESP como o endereço sede da empresa; 3) consulta a vizinhos e/ou ao novo inquilino do imóvel que deveria ser a sede da empresa; 4) visita à imobiliária ou administradora da instalação, consulta ao proprietário do imóvel onde estava endereçada a empresa, consulta a antigos contadores da empresa, advogados, etc (quando obtidas informações junto aos vizinhos sobre estes possíveis contatos). Neste trabalho, foram aplicadas entrevistas em todas as empresas.

identificou uma oportunidade de negócio, citado por 28%. Outras razões foram, ainda, apresentadas: *tinha experiência anterior*, como declararam 11%; *estavam desempregados*, 6%; *foi por exigência de clientes e fornecedores*, 6%; *porque foram demitidos e receberam indenização ou participaram de algum plano de demissão voluntária (PDV)*, 4%; *porque estavam insatisfeitos no seu emprego*, 2%; *outras razões*, 9% dos proprietários (GRÁFICO 7) .

C > B > A

A preferência dominante do empresário, neste ordenamento, continua sendo em favor da tecnologia da coalizão (C). Este tipo de instrumento organiza as possibilidades institucionais para que a participação coletiva no mercado seja mais eficiente através da cooperação dentro de uma mesma firma, o que é um bem coletivo instrumental, visando maximizar o sucesso competitivo no mercado. O interesse econômico depositado, em primeiro lugar, na alternativa C, é transformado em uma verdadeira comunidade moral. O empresário deve agir com probidade e dedicação sobre os negócios do grupo. Seu comportamento não se diferencia, nesta circunstância, de um autêntico *ser moral*, dispensando, na prática, taxas expressivas de sacrifício em defesa da comunidade e da ordem coletiva mais ampla. Este custo subjetivo (sacrifício da soberania privada) é positivo ou instrumental para o indivíduo na sua avaliação contextualizada porque gera lucros coletivos no final do processo participativo.

Na Sociedade Limitada, por exemplo, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas³⁶⁶, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social. O capital divide-se em quotas, iguais ou não, cabendo uma ou diversas para cada sócio³⁶⁷. A quota é indivisível³⁶⁸ em relação à

³⁶⁶ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, art. 1052.

³⁶⁷ Idem, art. 1055.

³⁶⁸ Idem, art. 1056.

sociedade. Particularmente, a sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas, designadas no contrato social, ou em ato separado³⁶⁹.

³⁶⁹ idem, art. 1060.

CONCLUSÃO

A descrição programática da anarquia ordenada considera, como regra ontológica, a relação de interdependência entre os indivíduos e a comunidade político-constitucional. Obedecendo este pressuposto, não descrevemos, nos capítulos anteriores, a racionalidade do indivíduo e das instituições, separadamente, mas inter-relacionamos essas duas categorias no momento crítico das escolhas contratuais. A relação programática de interdependência é representada, neste estudo, pelo paradoxo da liberdade constitucional. Os indivíduos são autorizados a fazer acordos criativos e podem ajustar, livremente, as regras civis aos seus interesses privados, mas precisam respeitar os limites da ordem pública que foram instituídos por força do Estado de Direito. A interdependência dos interesses públicos e privados determina, automaticamente, um duplo reconhecimento programático sobre a liberdade dos indivíduos: existem interesses e preferências constitucionais diversos a serem conciliados pelos contratos sociais, ao mesmo tempo, os indivíduos possuem responsabilidades civis e internalizam algum tipo de restrição pública sobre a manifestação dos seus interesses particulares.

A liberdade privada dos indivíduos, neste contexto de interdependência, apresenta um poder normativo. Acarreta obrigações e atribui poderes secundários para serem produzidas e executadas outras normas subsidiárias ou complementares.

Uma norma fundamental, como explica a teoria do ordenamento jurídico de Bobbio, delega poderes para os indivíduos e as instituições produzirem outras normas. Em contrapartida, institui-se a expectativa pública do cumprimento do dever e da obediência. A norma fundamental de um ordenamento não precisa ser expressa literalmente, como explica a teoria do Direito de Bobbio, mas pressupomos a sua existência para fundar qualquer sistema normativo.

A pertinência da norma fundamental pode ser identificada através da sua validade prática. As condições empíricas, que servem para aplicar uma norma, devem ser registradas, objetivando comprovar se existe, realmente, uma unidade e

coerência entre as regras do ordenamento jurídico em estudo. Ainda de acordo com o que sugere Bobbio, em seu livro *Teoria do Ordenamento Jurídico*, uma norma existe como norma jurídica ou é juridicamente válida, enquanto pertencer a um determinado ordenamento jurídico. Se uma norma é válida significa, portanto, que deve ser obrigatório conformar-se a ela.

A validade empírica da norma fundamental, deste estudo, foi demonstrada por meio da analogia, que faz conexão entre o comportamento institucional e o comportamento microeconômico. Através deste recurso heurístico, a descrição programática da ordem civil é concebida como um processo de trocas entre os indivíduos racionais e as instituições públicas. O enfoque analógico, apresentado nos capítulos anteriores, é uma extensão das ferramentas, métodos e procedimentos utilizados pela Microeconomia³⁷⁰. Entende-se, por analogia, todo procedimento pelo qual se estabelece, *a priori*, uma relação de semelhança entre dois fenômenos distintos. Kant, por exemplo, em sua obra *Crítica da Razão Pura* (Livro II, *Analítica dos Princípios*), define a analogia como um recurso que faz conexões ou ligamentos, apoiado no critério da semelhança entre dois objetos. A analogia, como define Kant, promove uma relação não contraditória entre os elementos escolhidos, aproximando matérias que se encontram separadas intelectualmente, mas que, na sua essência, guardariam profundas similaridades ou afinidades.

A analogia orienta determinada experiência intelectual, ligando idéias concebidas *a priori* com os fenômenos sensoriais ou empíricos. O raciocínio por meio da analogia já foi utilizado por Aristóteles³⁷¹ (ver *Organon, Primeiros Analíticos*, II, 24, segundo indicação de Norberto Bobbio). No exemplo de Aristóteles, a lógica da analogia é percebida através do seguinte raciocínio político: *a guerra dos focenses contra os tebanos é um mal; a guerra dos atenienses contra os tebanos é semelhante à guerra dos focenses contra os tebanos; a guerra dos atenienses contra os tebanos é um mal*. A fórmula do raciocínio aristotélico por analogia, pode ser expressa, esquematicamente, da seguinte maneira³⁷²: M é P; S é semelhante a M; então S é P.

³⁷⁰ BUCHANAN, 1987, p. 223.

³⁷¹ In: BOBBIO, 1999, p. 151.

³⁷² Idem, p. 153.

A inclusão da analogia na ciência moderna pode ser resultado da intuição, como sugere Kant, mas também da biografia do pesquisador e dos paradigmas teóricos que estão sendo utilizados pela comunidade. O raciocínio científico, de acordo com Lloyd³⁷³, precisa das analogias porque o pesquisador tenta, constantemente, superar a percepção sensorial e a compreensão parcial dos fatos objetivando descobrir novas entidades, poderes, sistemas e estruturas não revelados até então, ou hipotéticos.

Originalmente, no modelo microeconômico, a escolha das alternativas é denominada de *trade-off*. O indivíduo racional fica com a alternativa que é mais vantajosa na sua avaliação e abandona aquelas menos interessantes. A escolha, no mercado, apresenta forte relação com as limitações do ambiente e com a capacidade financeira do próprio indivíduo que toma decisão. Na dinâmica do modelo microeconômico, as transações comerciais são semelhantes a um jogo de soma positiva, considerando-se a possibilidade de que todos os indivíduos ganham com as transações que envolvem seus interesses. Entretanto, é preciso dispor de certas condições institucionais favoráveis, principalmente liberdade, para que o equilíbrio público seja uma realidade no campo da competitividade. Se o mercado for realmente de livre concorrência, o indivíduo terá plenas condições objetivas para pesquisar e selecionar a diversidade de preços e oportunidades.

No modelo econômico, o maior objetivo do consumidor é maximizar o seu nível de satisfação ou felicidade individual. Para isto acontecer, ele deve escolher bens e serviços, dentre as opções potenciais ou disponíveis colocadas pelo ambiente. A escolha será racional quando o indivíduo opta por aquela possibilidade que lhe proporciona, no presente ou futuro, maior grau de satisfação³⁷⁴. Neste processo de escolha, diversos fatores externos, ou limitantes, poderão interferir nos resultados finais. Por exemplo, os preços, a renda individual e as preferências do indivíduo. Dependendo da renda, os indivíduos também consomem bens substitutos com maior ou menor frequência. Neste caso, pode ser racional, para o indivíduo, substituir uma mercadoria por outra, quando o seu valor ultrapassa o limite orçamentário.

³⁷³ LLOYD, 1995, p. 159.

³⁷⁴ Idem, p.26.

Por analogia, presume-se que a política é um sistema que consiste de quatro tomadores de decisão: eleitores, eleitos, burocratas e grupos de interesses³⁷⁵. Presume-se, de maneira geral, que todos esses indivíduos são maximizadores racionais de utilidade, porque procuram vantagens no sistema político. Os candidatos políticos buscam votos, e os burocratas, por sua vez, segurança no trabalho e em seus orçamentos. Grupos de interesses e eleitores também buscam mais riqueza e renda.

Apesar de existirem sérias limitações nas instituições políticas que permeiam as trocas, presume-se que cada ator queira algo que seja propriedade ou esteja sob controle dos outros; por exemplo, eleitores e grupos de interesses querem serviços de políticos e burocratas; por sua vez, os burocratas querem maiores arrecadações junto aos políticos e contribuintes. Enquanto os políticos, obviamente, querem votos e outras formas de apoio dos eleitores e dos grupos de interesses³⁷⁶.

Da mesma forma como se verifica nos mercados, os políticos e cidadãos em geral operam em um ambiente de recursos escassos e de incerteza. Como fazem os agentes maximizadores que perseguem seus impulsos, sem necessariamente terem as metas mais nobres em mente, os cidadãos na constituição política agem como agentes econômicos³⁷⁷.

A exemplo dos consumidores, quando tudo permanece constante no mercado, os cidadãos preferem ter mais benefícios do que menos³⁷⁸. Também, as preferências individuais na organização política e na economia são caracterizadas por uma forte preocupação pelo tempo de consumo; em outras palavras, ao buscar uma gratificação, as pessoas normalmente preferem o tempo presente que o futuro³⁷⁹.

Toda analogia se fundamenta no princípio da semelhança, mas nos possibilita, programaticamente, inferir algumas diferenças. Devemos admitir, por exemplo, que certas escolhas no sistema democrático não serão feitas por indivíduos isolados ou atomísticos, que se encontram no mercado, mas juntamente

³⁷⁵ SIMMONS & MITCHELL, 2003.

³⁷⁶ Idem, p. 102.

³⁷⁷ Idem, p. 102.

³⁷⁸ Idem, p. 102.

³⁷⁹ Idem, p. 105.

com outros³⁸⁰. Para se tomar decisões coletivas, determinadas regras têm de ser adotadas para fazer com que as decisões tomadas, coletivamente, sejam investidas de autoridade, apesar de existirem diferenças individuais entre os que estão tentando fazer a escolha. Tais regras produzirão, inclusive, perdedores e vencedores no processo competitivo.

Do ponto de vista constitucional, a descrição programática, deste estudo, também leva em consideração a existência de uma complexidade jurídica, onde a anarquia ordenada serve como fonte democrática de direitos e deveres individuais. Conforme sugere a teoria positiva de Norberto Bobbio, a complexidade de um ordenamento jurídico qualquer deriva da multiplicidade das fontes sociais. Quando se vai subindo a hierarquia das fontes, as normas tornam-se cada vez menos numerosas e mais genéricas; descendo, ao contrário, as normas tornam-se cada vez mais numerosas e específicas. Uma fonte intermediária dessas normas (que mistura o poder de produzir normas específicas e de executá-las) é registrada quando se atribui, aos indivíduos particulares, o poder de regular, mediante atos voluntários, os próprios interesses. De acordo com Bobbio, trata-se do poder de negociação.

Na descrição do ordenamento positivo, podemos imaginar essa região intermediária que existe numa pirâmide, representando a dinâmica constitucional. Na base, ficariam os atos executivos que estão ligados às normas constitucionais mais amplas que se localizariam, por sua vez, no ápice do sistema. Na dimensão intermediária do ordenamento jurídico, os termos executar e produzir são relativos, diz Bobbio, porque a mesma norma pode ser considerada executiva e produtiva. *Executiva com respeito à norma superior, produtiva em relação à inferior.* Todas as fases de um ordenamento jurídico intermediário são ao mesmo tempo, executivas e produtivas, reforça a teoria de Norberto Bobbio, com exceção da fase de grau mais alto e a de mais baixo. O grau mais baixo é feito pelos atos executivos, e não são produtores de leis mais amplas. O grau mais alto é constituído, por sua vez, pela norma fundamental, que pela sua natureza, é somente produtiva, matricial, e não executiva.

³⁸⁰ Idem, p. 107.

Normalmente, representa-se a estrutura hierárquica de um ordenamento jurídico através de uma pirâmide. Nela, o vértice é ocupado pela norma fundamental; a base é constituída pelos atos executivos. Se olharmos de cima para baixo, veremos uma série de processos de produção jurídica; se olharmos de baixo para cima, veremos, ao contrário, uma série de processos de execução jurídica. Nos graus intermediários, completa Bobbio, ficam juntas a produção e a execução das normas; enquanto nos graus extremos, há só produção (norma fundamental) ou só execução (atos executivos)³⁸¹.

No meio dessa pirâmide positiva, a descrição programática da anarquia ordenada posiciona a mediação e arbitragem como tecnologias institucionais e democráticas de solução de conflitos³⁸². Produzindo e executando, neste sentido, regras particulares do acordo individual.

Na descrição democrática do programa de pesquisa, são os próprios indivíduos interessados que: determinam a inclusão da cláusula compromissória em seus contratos; elegem os árbitros de sua preferência; e escolhem o tipo de regras que deve ser aplicado na produção da justiça.

A capacidade para fazer escolha racional, entre as possíveis alternativas públicas do ambiente, pressupõe, metodologicamente, nesta dimensão intermediária da realidade jurídica, que as escolhas são organizadas através de uma escala de preferências individuais, e que o critério de seleção obedece à expectativa de utilidade dos próprios participantes. No uso da Lei da Arbitragem, por exemplo, os indivíduos democráticos comportam-se nas seguintes condições. Primeiramente, sacrificam o modelo da anarquia e do Leviatã para solucionar seus conflitos. Em seguida, contratam, em comum acordo, os árbitros e os prováveis peritos, pagando os serviços de um Tribunal particular, se for escolhido, no caso, o modelo judicial. Também os indivíduos democráticos poderão dedicar maior grau de cooperação no processo de negociação, tendo em vista obter: rapidez de solução do conflito; confidencialidade das discussões; e flexibilidade do procedimento, no que se refere ao controle da participação. O acordo final depende de alguma decisão racional, e se ambas as partes continuam acreditando que a intervenção do Leviatã é um mal

³⁸¹ BOBBIO, 1999, p. 51.

³⁸² SILVA, 2004, p.15.

público, muito provavelmente os indivíduos manifestarão mais disposição para encontrar o meio-termo político da anarquia ordenada.

Na descrição programática, deste estudo, os indivíduos possuem autonomia para aceitar ou não, a tecnologia da arbitragem. A Lei considera, neste sentido, que as pessoas são capazes de valer-se da arbitragem, a partir da escolha e opinião livre de cada uma das partes. A liberdade institucional vai mais além, e estende-se ao processo de escolha dos árbitros que não são, obrigatoriamente, figuras representativas da burocracia do Estado, mas da sociedade não-estatal. Também, os árbitros podem estabelecer, em comum acordo, como será o critério de julgamento, aplicando, futuramente, as regras de direito ou equidade. Além disto, os vários árbitros nomeados por decisão dos participantes podem eleger o presidente do tribunal arbitral, utilizando, com este propósito, a regra de maioria absoluta.

Metodologicamente, o individualismo democrático deve contrastar com o individualismo anárquico no seguinte aspecto: o indivíduo anárquico, do tipo ilícito, prefere desprezar a existência das leis quando atinge, especialmente, as suas infrações. Os outros indivíduos devem ficar dentro da Lei, enquanto o agressor, nesta situação, imagina que merece ficar livre por alguma justificativa excepcional e louvável.

Os indivíduos democráticos, ao contrário, conciliam seus interesses privados, utilizando tecnologias públicas com regras predeterminadas. As tecnologias públicas, idealmente, racionalizam os interesses em termos de custos e benefícios; estimulam a cooperação; e transformam os interesses particulares em bens públicos pelo consenso das partes envolvidas.

Na metodologia ilegal do individualismo anárquico, diferentemente, o uso das tecnologias institucionais é manipulado para atender apenas ao interesse unilateral de uma das partes, despertando um baixo grau de confiabilidade entre os indivíduos nas matérias coletivas. Suas regras principais são a astúcia, o egoísmo, e a força física.

Tecnologias institucionais são meios de interação, utilizados, estrategicamente, pelos indivíduos, quando a satisfação do auto-interesse não pode ser alcançada de maneira isolada. Quando os indivíduos usam alguma tecnologia, a

descrição programática pressupõe que foi realizada uma escolha pública, porque envolve decisões dentro de uma estrutura jurídica previamente estabelecida.

A motivação para a escolha pública pode ser espontânea do auto-interesse, mas há momentos em que as instituições democráticas oferecem determinados incentivos seletivos, visando realçar a importância das regras, prometendo, por exemplo, bens instrumentais, como ordem pública, previsibilidade dos negócios e garantias individuais³⁸³.

Na metodologia do individualismo democrático, o cálculo do consenso é destinado a atingir algum tipo de meta e prevê dois tipos de custos. Existem custos para tolerar a ação dos outros participantes sobre o qual o indivíduo não tem controle absoluto. Estes custos são denominados de externalidades individuais. Há também os custos que os indivíduos assumem como resultado de sua própria participação em determinada organização humana. São definidos como custos de tomada de decisão. A somatória destes dois tipos de custos produz, segundo Buchanan em sua obra *O Cálculo do Consenso*, o custo da interdependência social. As organizações coletivas podem, por exemplo, baixar as externalidades individuais, mas por outro lado, impor externalidades coletivas.

Através da negociação, o consenso democrático pode garantir legitimidade, coesão e justiça privada, equilibrando interesses divergentes no andamento dos contratos sociais. Uma troca ou barganha política é semelhante, neste estudo, à cooperação econômica. Uma vez atingido o consenso, a troca aproxima-se do arquétipo da anarquia ordenada³⁸⁴. Os negociadores podem ser desiguais, em algum ou em todos os aspectos, mas podem negociar porque existem regras que permitem a racionalização dos interesses em termos de custos e benefícios, e além disto, possibilitam previsibilidade e o diálogo coletivo.

Na tecnologia da negociação, por exemplo, os atores racionais reconhecem, em seu cálculo, que existirão custos de oportunidade (sacrifícios ou perdas) até se atingir o ponto de equilíbrio entre as partes divergentes, mas também existirão benefícios relevantes obtidos pela via democrática.

³⁸³ BUCHANAN, 1975, p. 119; 121.

³⁸⁴ BUCHANAN, 1975, p. 174.

Na política, os indivíduos democráticos, que buscam maximizar o poder, em determinado processo coletivo, são comparáveis aos indivíduos que procuram maximizar utilidades no mercado. Entretanto, é possível acreditar na hipótese de que os seres humanos não desejam explorar os seus parceiros desenvolvendo este tipo de relacionamento econômico. A abordagem programática, que considera os indivíduos na política agindo da mesma forma como se estivessem no mercado, não sugere, *a priori*, que o ator racional aumentará sua própria utilidade, explorando os outros indivíduos que estão cooperando. A política democrática, sendo uma forma particular de troca, explica Buchanan, pode representar uma relação de ganhos mútuos. A ação política, neste caso, é um meio através do qual o poder de todos os participantes pode ser aumentado, coletivamente.

Na descrição dos capítulos anteriores, o processo político é comparado a um jogo de soma positiva, ao contrário da análise política clássica que considera as escolhas públicas como parte de um jogo de soma zero, onde o poder para controlar a ação ou comportamento do outro parceiro, não pode ser aumentado simultaneamente, para ambos os participantes. Um ganha o outro perde, é a conclusão do modelo de soma zero. Na interpretação da soma positiva, ao contrário, todos ganham algo, de alguma forma.

De fato, a liberdade constitucional é a principal regra programática utilizada para descrever as trocas democráticas da anarquia ordenada, mas procuramos ressaltar, nos capítulos anteriores, que o processo das trocas será inviável se não forem admitidos determinados termos que limitam as expectativas institucionais, através de uma estrutura de direitos e deveres imposta e fiscalizada, minimamente, pelo Estado. Entretanto, neste contexto público que envolve regras e interesses, a estrutura constitucional não deve ser descrita como se fosse um sistema em equilíbrio estacionário, porque existem expectativas flutuantes e mutuamente inconsistentes entre as partes envolvidas no contrato social, que nem sempre são solucionáveis através de meios puramente formais ou estatais.

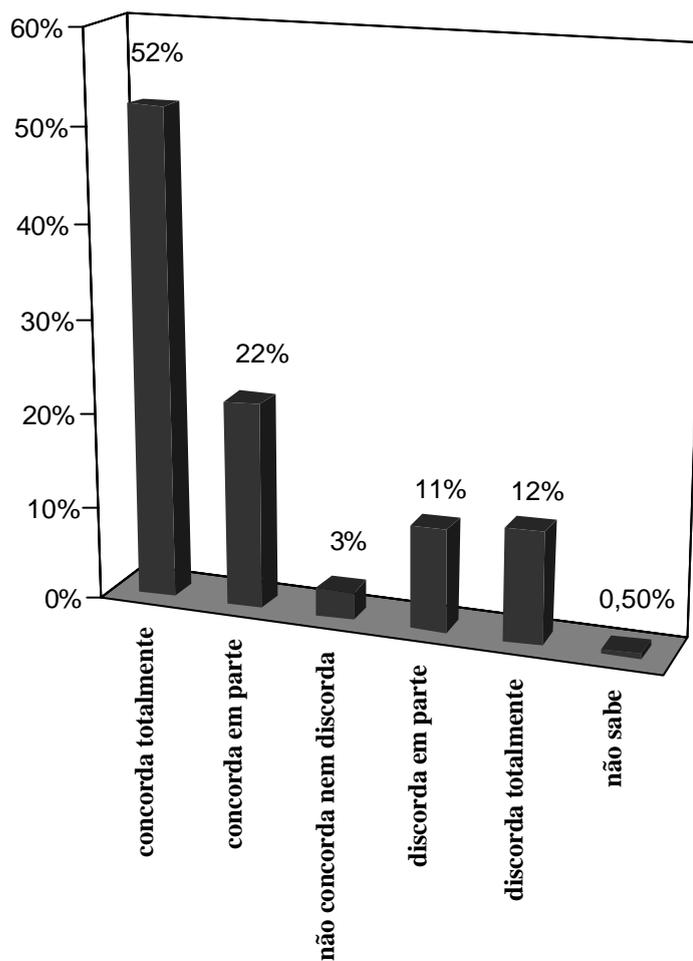
Em síntese, o realismo programático da anarquia ordenada descreve e avalia a circulação democrática dos direitos e deveres individuais na ordem civil brasileira, através do uso da arbitragem e mediação, admitindo, contextualmente, o fato de que estas práticas institucionais são variáveis dentro do espectro teórico limitado pela

ordem estatal, representativa da ditadura benevolente do Leviatã, e pelo extremo contrário da anarquia, onde as expectativas institucionais dos indivíduos, projetadas para o futuro, são, formalmente, inconsistentes. Do ponto de vista político, a prática institucional destas duas tecnologias significa, neste estudo, uma resposta silenciosa e pacífica do cidadão contra os abusos burocráticos e as falhas institucionais do Leviatã, no contexto da desordem constitucional. Idealmente, as tecnologias institucionais da anarquia ordenada facilitam o alargamento da democracia direta no campo da justiça privada, garantindo aos cidadãos a possibilidade da autogovernabilidade civil na solução dos conflitos contratuais.

GRÁFICOS E QUADROS

GRÁFICO 1 . Os três "Ps" da Justiça

Outro ditado popular afirma que no Brasil a Justiça não existe para quem é preto (negro), pobre ou prostituta. O (a) sr (a) concorda ou discorda dessa afirmação?

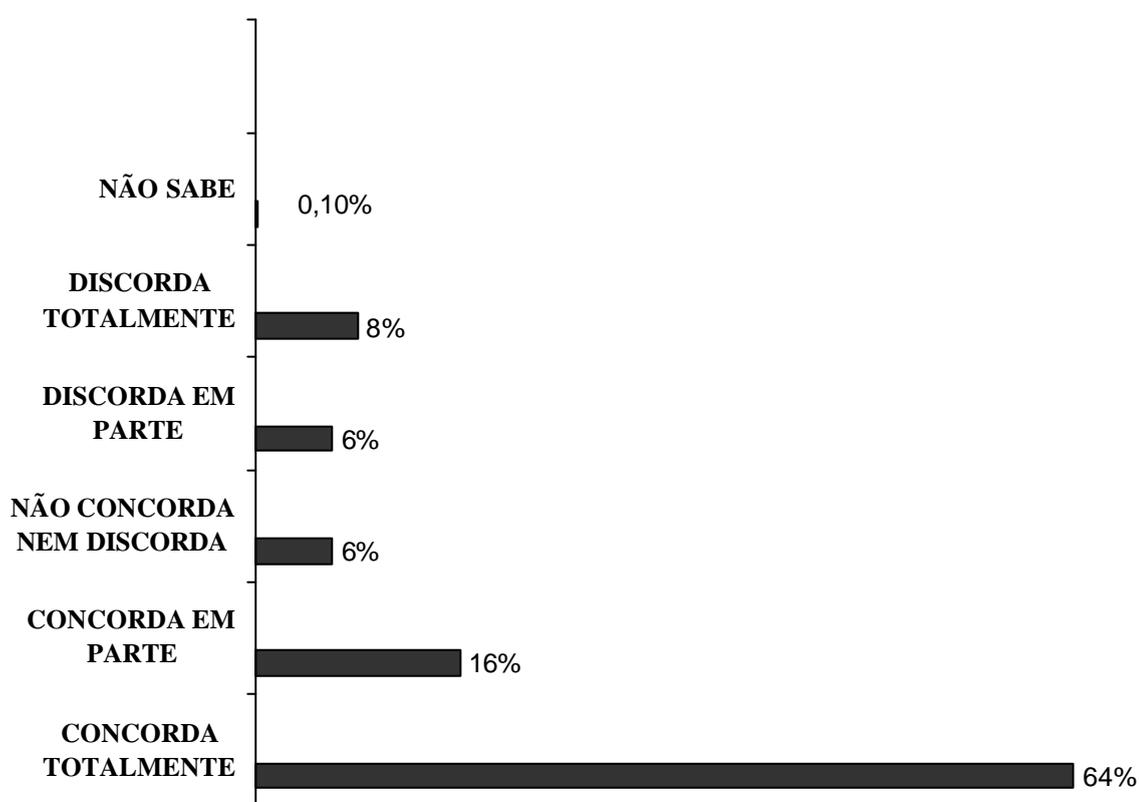


Fonte Toledos & Associados

Base amostral: 1.700 entrevistados

GRÁFICO 2 . PRISÃO NÃO EXISTE PARA RICOS

Citando um dito popular, o presidente Lula afirmou, num discurso na OAB, que na década de 30 quem tivesse 27 contos de réis não seria preso, e que essa situação continua até hoje. O (a) sr (a) concorda ou discorda dessa afirmação?



FONTE: TOLEDOS & ASSOCIADOS

BASE AMOSTRAL: 1.700 ENTREVISTADOS

QUADRO 1. A CONFIANÇA NAS INSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

QUAL É, ATUALMENTE, O GRAU DE CONFIANÇA QUE O (A) SR (A) TEM NAS SEGUINTE INSTITUIÇÕES?

Instituição	Confio totalmente	Confio em parte	Não confio, nem desconfio	Desconfio em parte	Desconfio totalmente	Não sabe/não respondeu	Média
Igreja	46,8%	27,2%	9,1%	6,5%	9,4%	1,2%	4,0%
Presidência da República	21,4%	36,4%	14,5%	8,8%	17,0%	1,9%	3,4%
Imprensa	20,1%	39,6%	11,5%	11,6%	15,2%	1,9%	3,4%
Advocacia	14,9%	40,5%	8,0%	13,4%	16,7%	6,5%	3,3%
Ministério Público	12,4%	24,2%	8,0%	10,8%	17,5%	27,2%	3,0%
Poder Judiciário	12,0%	26,7%	8,2%	14,6%	23,0%	15,5%	2,9%
Congresso Nacional	6,5%	27,4%	12,3%	14,6%	30,9%	8,4%	2,6%

FONTE: TOLEDOS&ASSOCIADOS

BASE AMOSTRAL: 1700 ENTREVISTADOS.

GRÁFICO 3. FATOS QUE CONTRIBUEM PARA O DESCRÉDITO DA JUSTIÇA

A pergunta deste tópico de pesquisa é a seguinte:

"Vem ocorrendo, no Brasil, uma série de acontecimentos envolvendo pessoas vinculadas ao poder judiciário como:

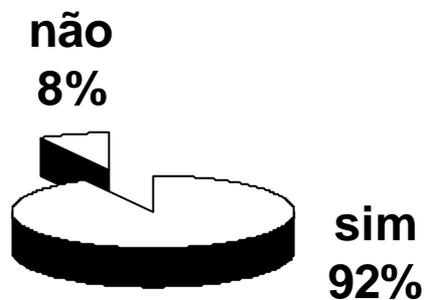
o escândalo do TRT Paulista envolvendo o juiz Nicolau dos Santos Neto,

o Banestado

Denúncias de venda de sentenças

Denúncias de assédio sexual

NA SUA OPINIÃO, FATOS COMO ESTES AFETAM A CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA?

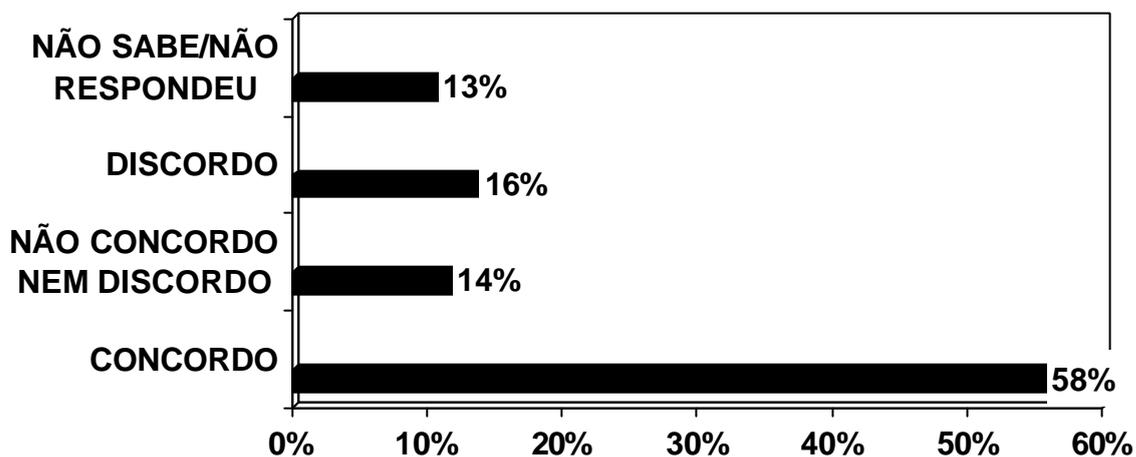


FONTE: TOLEDOS&ASSOCIADOS

BASE AMOSTRAL: 1750 ENTREVISTADOS.

GRÁFICO 4. A IMAGEM DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 FORTALECEU O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (PROCURADORES FEDERAIS E ESTADUAIS) NO COMBATE À CORRUPÇÃO, MAS HÁ QUEM PENSE QUE MUITOS PROCURADORES TÊM EXTRAPOLADO SUAS FUNÇÕES E USADO A IMPRENSA PARA PROMOÇÃO PESSOAL. O (A) SR (A) CONCORDA OU DISCORDA DA OPINIÃO DESTAS PESSOAS?

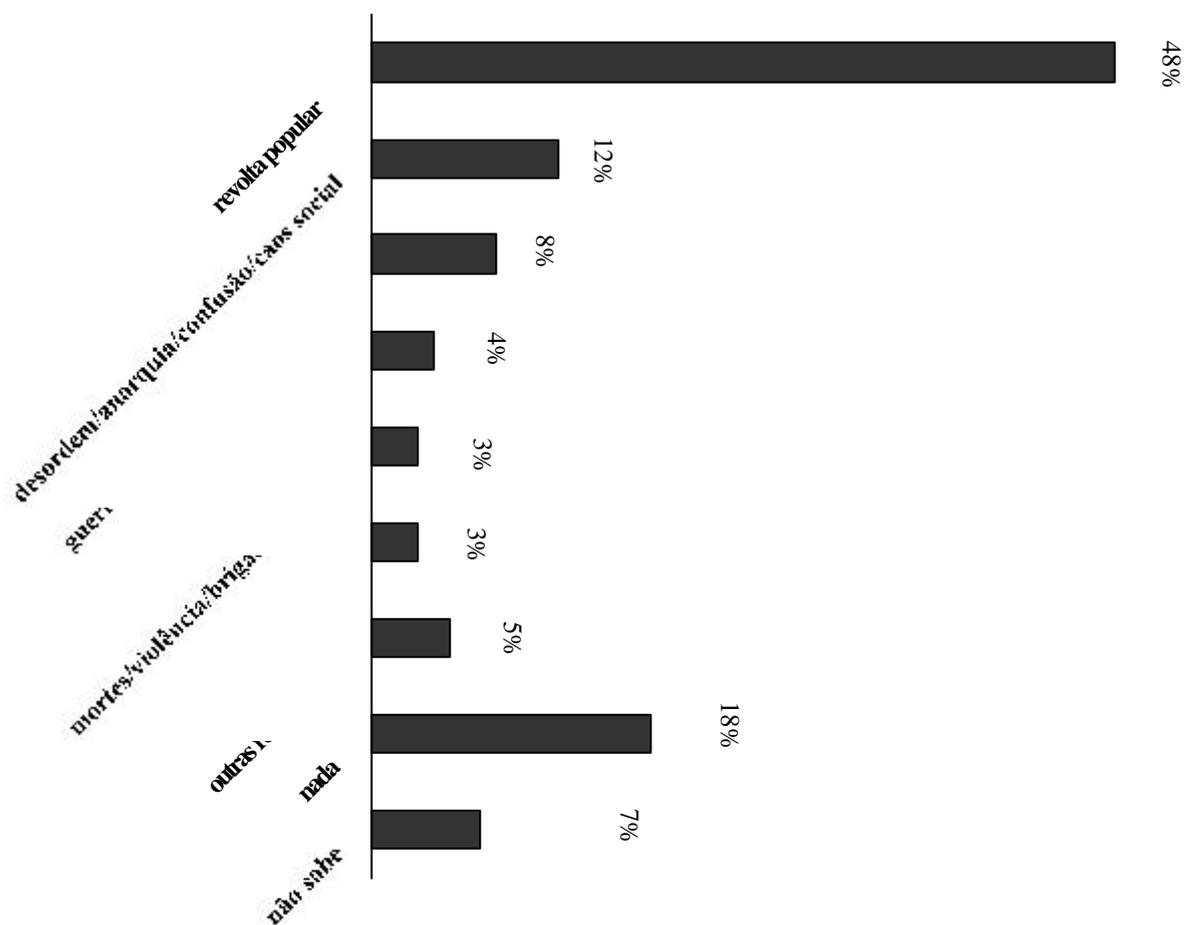


FONTE: TOLEDOS & ASSOCIADOS

BASE AMOSTRAL: 1.700 ENTREVISTADOS

GRÁFICO 5. FATOS RECENTES E PREOCUPANTES OCORRIDOS NO BRASIL

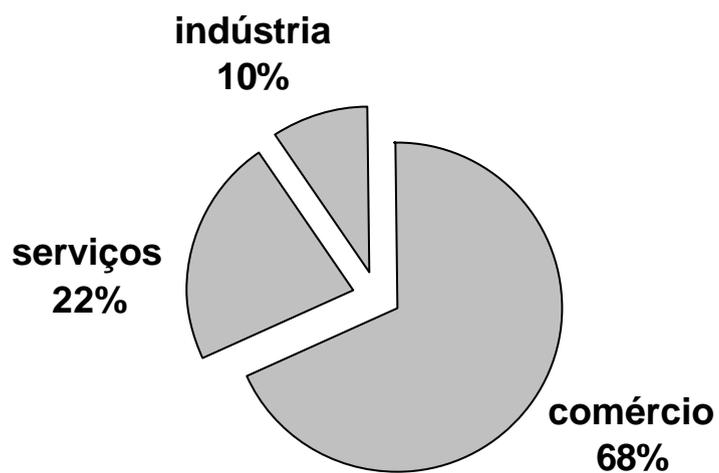
RECENTEMENTE, TIVEMOS NO BRASIL, UMA SÉRIE DE FATOS PREOCUPANTES. OS JUÍZES, PROMOTORES E DESEMBARGADORES AMEAÇARAM FAZER GREVE EM PROTESTO PELAS MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO DA PREVIDÊNCIA. SIMULTANEAMENTE, OCORRERAM INVASÕES DE TERRAS PELO MST INVASÕES DE EDIFÍCIOS E ÁREAS DESOCUPADAS PELO MOVIMENTO DOS SEM TETO. NA SUA OPINIÃO, O QUE PODE ACONTECER NO BRASIL SE FATOS DESTA NATUREZA CONTINUAREM ACONTECENDO?



FONTE: TOLEDOS&ASSOCIADOS

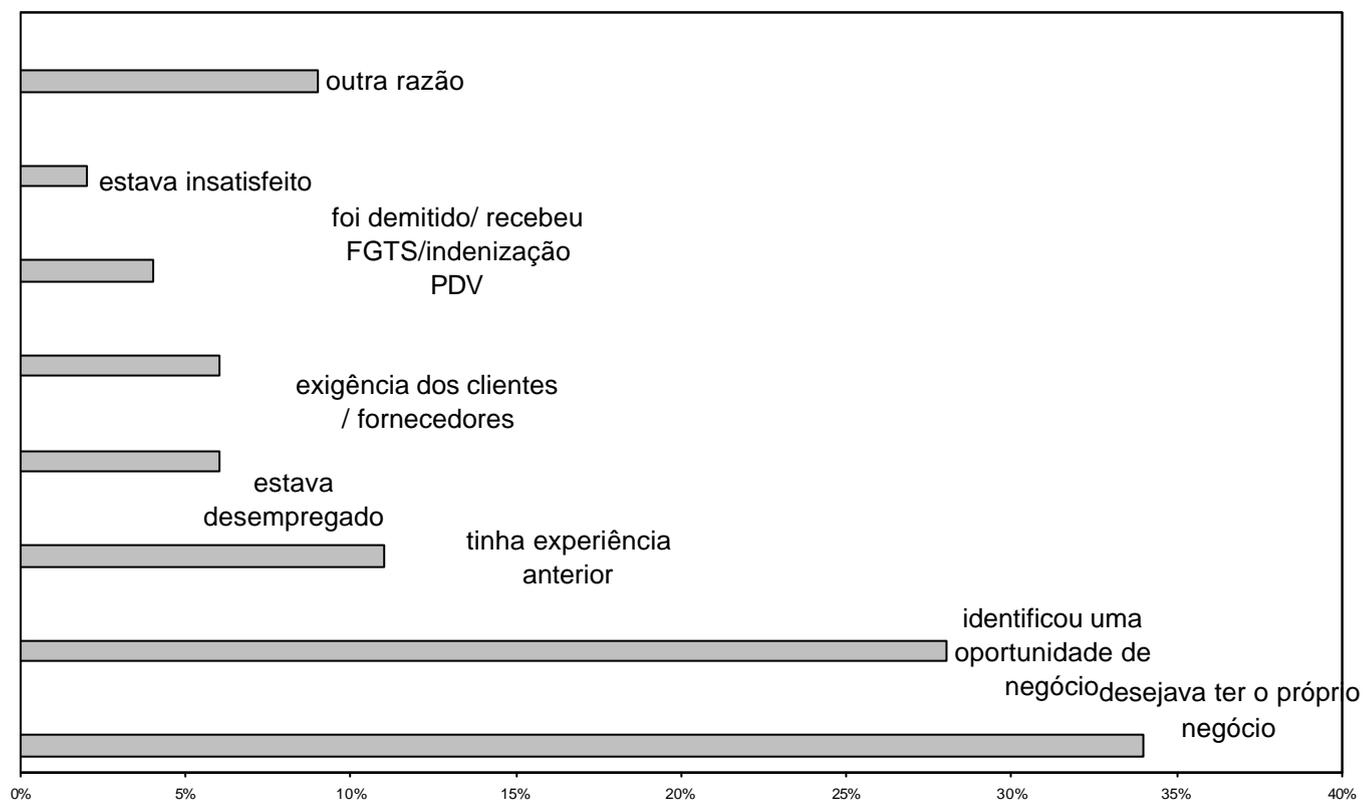
BASE AMOSTRAL: 1700 ENTREVISTADOS

GRÁFICO 6 . Empresas abertas em 1999 por setor de atividades



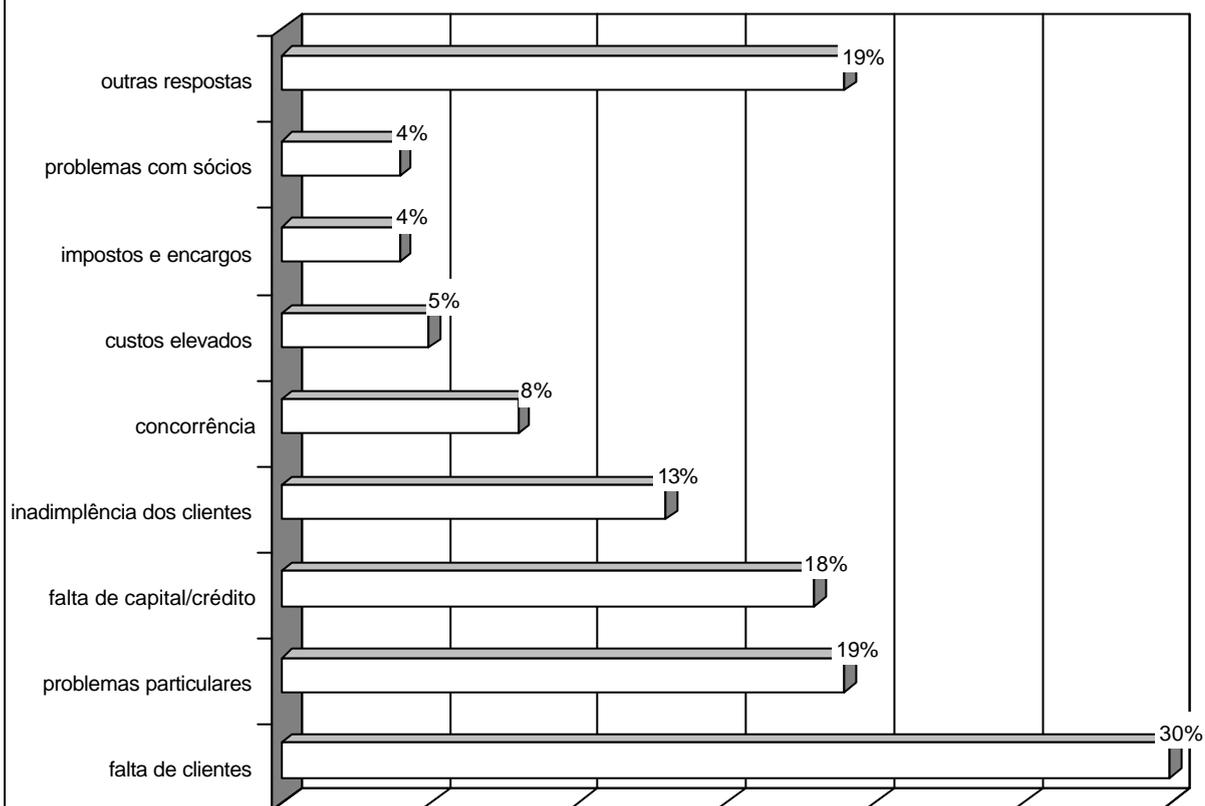
FONTE: AMOSTRA ALEATÓRIA OBTIDA A PARTIR DO DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO- CADERNO JUNTA COMERCIAL

NOTA: O CADASTRO DA JUCESP NÃO CONTEMPLA SOCIEDADES CIVIS, ONDE ESTÁ INSERIDA PARTE DAS EMPRESAS DO SETOR DE SERVIÇOS.

GRÁFICO 7. POR QUE RESOLVEU ABRIR A EMPRESA?

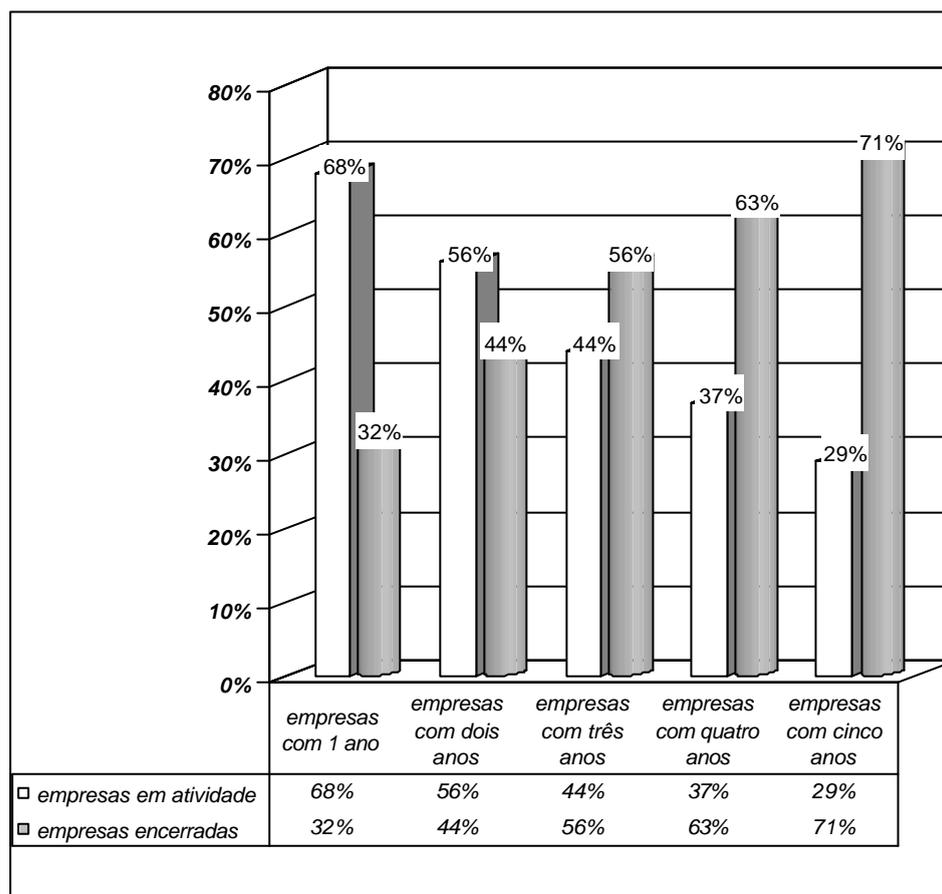
FONTE: SEBRAE/SP. AMOSTRA 1750 EMPRESAS (1999-2000)

GRÁFICO 8. POR QUE A EMPRESA FOI FECHADA OU DEIXOU DE FUNCIONAR?



Fonte: Sebrae-SP/FIPE.

RÁFICO 9. SOBREVIVÊNCIA E MORTALIDADE ACUMULADA DAS EMPRESAS



Nota: rastreamento feito em novembro de 2000 no estado de São Paulo. Amostra: 1.750 empresas. **FONTE:** SEBRAE/SP

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

ANDRADE, Eduardo; **MADALOZZO**, Regina. *Microeconomia*. São Paulo: Publifolha, 2003 (coleção Biblioteca Valor).

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

_____. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BERESFORD, Heron. *Valor: saiba o que é*. Rio de Janeiro: Shape, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1996.

_____. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1999.

BUCHANAN, James. *The Limits of Liberty: between anarchy and Leviathan*. The University of Chicago Press, 1975.

_____. *Custo e Escolha: uma indagação em Teoria Econômica*. São Paulo: Editora Inconfidentes, 1993, p.41-73.

_____. *The Economics and the Ethics in the Constitutional Order*. The Michigan University Press, 1991, I parte.

_____. *Economics: between predictive science and moral philosophy*. United States of America: Texas A & M University Economics series. Compilado por Robert Tollison e Viktor Vanberg, n. 7, 1987.

_____. *A razão das regras*. Universidade George Mason, Centro de Pesquisa James Buchanan, versão em língua portuguesa, ano de 2005.

BUCHANAN, James; **TULLOCK**, Gordon. *The Calculus of Consent*. Centro de Pesquisa James Buchanan, Universidade George Mason, 2005.

BULL, HEDLEY. *A sociedade anárquica: um estudo da ordem na política mundial*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

CHIAPPIN, José Raymundo Novaes. *Racionalidade, decisão, solução de problemas e o programa racionalista*. In: *Ciência & Filosofia*. São Paulo: Universidade de São Paulo; Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, 1996, n. 5, p. 155-219.

CHIAPPIN, José Raymundo Novaes & **OLIVEIRA**, Mario. *Emergence of cooperation among interacting individuals*. *Physical Review*, vol. 59, n. 6, pp.6619-6421, 1999.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.

CÓDIGO COMERCIAL BRASILEIRO.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

CONTRERAS, Lorena del Carmen; **DOLCI**, Maria Inês R. Landini. *Guia do Condomínio*. São Paulo: Editor Globo & IDEC, série Cidadania, 2001.

GRAYSON, David; **HODGES**, Adrian. *Compromisso social e gestão empresarial*. Tradutores Carlos Mendes Rosa, César Taylor, Mônica Tambelli. São Paulo: Publifolha, 2002.

HART, Herbert. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Coleção Os Pensadores).

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KRISCHKE, Paulo (org). *O contrato social, ontem e hoje*. São Paulo: Cortez, 1993.

LAKATOS, Imre. *Falsification and the Methodology of Scientific Research Programmes*. In: *The Methodology of Scientific Research Programmes*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

LLOYD, Christopher. *As Estruturas da História*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1995.

LOCKE, John. *Segundo Tratado do Governo Civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *A essência do Direito*. São Paulo: Editora Rideel, 2003.

MARX, Karl. *Manifesto do Partido Comunista*. São Paulo, Jinkings Editores Associados Ltda, 1998.

MITCHELL, William C. & **SIMMONS**, Randy T. *Para além da Política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia*. Introdução Gordon Tullock. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*. São Paulo: Editora Saraiva, vol. 1, 1960.

_____. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, vol. 3, p.205-235, 1988.

NADER, Paulo. *Curso de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

OLIVEIRA, Nelci Silvério. *Curso de Filosofia de Direito*. Goiânia: AB, 2001.

OLSON, Mancur. *A Lógica da Ação Coletiva*. São Paulo: Edusp, Clássicos, 1999.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de Arbitragem Brasileira: oito anos de reflexão – questões polêmicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Publicações Europa-América, s.d.

RUTHERFORD, Malcolm. *Institutions in economics: the old and the new institutionalism*. Cambridge University Press, 1996.

SANTOS, Reginaldo Souza. *A teoria das finanças públicas no contexto do capitalismo: uma discussão com os filósofos economistas: de Adam Smith a Keynes*. São Paulo: Cetead, 2001.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur Ltda, 2004.

SLEIGHT, Steve. *Como usar a Tecnologia da Informação*. São Paulo, Publifolha, 2000.

THOUREAU, David. *Desobediência Civil*. Porto Alegre: L & PM, coleção L & PM Pocket, vol. 17, 1991.

WOODCOCK, George. *A História das idéias e movimentos anarquistas*. Porto Alegre: L&PM, 2002, vol. 1.

2) FONTES ALTERNATIVAS

<http://www.empresario.com.br>

<http://www.servicoscontabeis.com.br>

<http://www.consultorfiscal.com.br>

<http://www.archel.com.br>

<http://www.procon.sp.gov>

<http://www.estadao.com.br/> busca avançada: condomínio. Diário do Passado, 28 de maio de 1993, agência Estado, Aedata. *Edifício comemora três anos sem luz.*

<http://www.estadao.com.br/> busca avançada: condomínio. 31 de julho de 2003. *Cresce inadimplência em condomínios do RJ e SP.*

<http://www.estadao.com.br/> busca avançada: condomínio. 12 de janeiro de 2003. *A inadimplência em condomínio pode aumentar.*

<http://www.estadao.com.br/> busca avançada: condomínio. 24 de novembro de 2003. *Bando faz arrastão em condomínio de São Paulo.*

http://institutomediacion.com.ar/art. Gatti_escribanos. *La mediación como alternativa para la gestión de conflictos: aspectos generales de una nueva disciplina (I parte)*, por Claudia Gatti y Lillian E. Vargas. Revista del Colegio de Escribanos de La provincia del Chaco- para la FIME- Fundación Instituto de Mediación.

<http://www.camarb.com.br>

3) JORNAL

Jornal Agora, São Paulo, 28 de setembro de 2003, p. 11: *Calote em condomínio explode neste ano*.

4) RELATÓRIOS DE PESQUISA

SEBRAE: *Pesquisa sobre mortalidade e sobrevivência das empresas no Estado de São Paulo*, ano 2001.

TOLEDO & ASSOCIADOS: *Estudo desenvolvido pela Toledo&Associados, com exclusividade para o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*. São Paulo: 2003.