

**A CONSTITUIÇÃO COMO AUTO-RESTRICÇÃO OU COMO RESTRICÇÃO AO
OUTRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS VISÕES DE ELSTER E BUCHANAN-
TULLOCK**

*THE CONSTITUTION AS SELF-RESTRICTION OR AS OTHER'S RESTRICTION:
A COMPARISON OF THE VIEWS OF ELSTER'S AND BUCHANAN-TULLOCK'S*

Luis Fernando Sgarbossa

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – PUCPR. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS, Mato Grosso do Sul (Brasil). E-mail: lfsgarbossa@uol.com.br.

Geziela Iensue

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professora Voluntária do Bacharelado em Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS, Mato Grosso do Sul (Brasil). E-mail: igeziela@gmail.com.

Submissão: 28/07/15

Aprovação: 17/10/15

RESUMO

O artigo pretende explorar comparativamente as concepções de constituição sustentadas por Jon Elster, de um lado, e de James Buchanan e Gordon Tullock, de outro. Lançando mão das

A CONSTITUIÇÃO COMO AUTO-RESTRICÇÃO OU COMO RESTRICÇÃO AO OUTRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS VISÕES DE ELSTER E BUCHANAN-TULLOCK

teorizações do primeiro sobre constituição como auto-restricção e dos segundos sobre constituição como restrição ao outro, o artigo buscará evidenciar qual das concepções é mais plausível e que aspectos relevantes do fenômeno constitucional são revelados pela comparação entre ambas. Em síntese, o artigo sustenta que a visão da Constituição como auto-restricção, embora sedutora, parece pouco plausível e dotada de parco potencial explicativo dos processos políticos reais.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; Auto-restricção; Hetero-restricção.

ABSTRACT

The article aims to explore comparatively the conceptions of constitution sustained by Jon Elster, on the one hand, and James Buchanan and Gordon Tullock, on the other. Making use of the theories of the first about the Constitution as self-restraint and the seconds about Constitution as restriction of others, the article will seek to show which of the views is most plausible and which relevant aspects of the constitutional phenomenon are revealed by comparing both. In summary, the article argues that the vision of the Constitution as self-restraint, though seductive, it seems scarcely plausible and endowed with little explanatory potential sparing of real political processes.

KEY-WORDS: Constitution; Self-restriction; Restriction of other.

1. CONSTITUIÇÃO E RESTRICÇÕES.

A relação entre a ideia de constituição e a limitação ou restrição do poder é histórica, ao menos no sentido moderno da expressão constituição, sustentado pelo constitucionalismo.¹ O próprio constitucionalismo é concebido como um movimento multifacetado – social, político, filosófico, jurídico – em prol da limitação do poder político em face dos governados.²

Entre os juristas, a noção garantista da constituição, protetiva da liberdade individual, vem sustentando visões como aquela que sustenta que a Constituição é a lei do mais fraco, no sentido de que estabelece limites não apenas aos governantes mas, inclusive, à própria vontade da maioria.³

¹ Para uma noção bastante diversa de constituição, baseada na Teoria do Ordenamento Jurídico, veja-se TAMAYO SALMORÁN, R. El Concepto de Constitución. In: SALMORÁN, Rolando Tamayo; CÁCERES NIETO, Enrique. **Teoría del Derecho y Conceptos Dogmáticos**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas da UNAM, 1987, pp. 129-149.

² CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52. Não por acaso, representando emblematicamente o constitucionalismo moderno, o artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabelecia que toda sociedade na qual não houvesse separação dos poderes e garantia dos direitos não possuía constituição.

³ Neste sentido ver, por todos, FERRAJOLI, L. **Derechos y Garantías: la ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibañez; Andrea Greppi. 4 ed. Madri: Trotta, 2004.

A CONSTITUIÇÃO COMO AUTO-RESTRICÇÃO OU COMO RESTRICÇÃO AO OUTRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS VISÕES DE ELSTER E BUCHANAN-TULLOCK

Em alguns casos, a constituição é apresentada como mecanismo de auto-restricção da sociedade política para consigo mesma. É nesse sentido que John Peter Stockton compara as constituições com correntes com as quais se amarrariam os homens nos momentos de sanidade para salvaguardar-se nos momentos de frenesi. É também nesse sentido que Friedrich August Von Hayek, as compara como um laço com o qual alguém se amarraria quando são para preservar-se quando ébrio.⁴

Assim, parece bastante intuitiva a noção de que a constituição, entre outras coisas, tem como uma de suas funções basilares promover a limitação ou a restrição do poder, através de diversas técnicas ou métodos, como a separação dos poderes, o estabelecimento de direitos e garantias, o federalismo, entre outros.⁵

No entanto e apesar de tais vínculos evidentes, parece oportuno investigar em um grau maior de profundidade tal associação entre constituição e limitação ou restrição, buscando-se averiguar em que sentido se poderia assumir que a constituição desempenhe tal função.

No presente artigo investigar-se-ão a noção de Constituição como auto-restricção a partir da teoria de Jon Elster, de um lado, e a visão de James M. Buchanan Jr. e Gordon Tullock de Constituição como restrição de terceiros, procurando-se realizar um cotejo entre ambas as concepções e extrair algumas conclusões.

2. A CONSTITUIÇÃO COMO AUTO-RESTRICÇÃO.

Jon Elster, notável cientista social norueguês, explorou em seu livro intitulado *Ulysses and the Sirens* (Ulisses e as Sereias), cuja primeira edição foi publicada em 1979, as noções de pré-compromisso e auto-restricção.

Posteriormente em *Ulysses Unbound: studies in rationality, precommitment and constraints* (Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e constrangimentos), publicado em 2000, Elster dá uma continuação a seus estudos, revendo parcialmente algumas posições que sustentara no primeiro texto.⁶

⁴ ELSTER, J. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009, p. 120.

⁵ CANOTILHO, J. J. G. *op. cit.*; MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I. O Estado e os Sistemas Constitucionais. 7 ed. Coimbra: Coimbra, 2003; CAETANO, M. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. 6 ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 2009. Sobre outra acepção de função constitucional veja-se TAMAYO Y SALMORÁN, *op. cit.*

⁶ Como afirma o próprio autor, “em *Ulysses and the Sirens* cheguei perto de admitir tanto que constituições são dispositivos de pré-compromisso (no sentido intencional) quanto que as sociedades *devem* se auto-restringir por dispositivos de pré-compromisso constitucional. Com já disse diversas vezes anteriormente, essas alegações são altamente contestáveis, em termos conceituais, causais e normativos.” ELSTER, J. *op. cit.* p. 211.

A CONSTITUIÇÃO COMO AUTO-RESTRICÇÃO OU COMO RESTRICÇÃO AO OUTRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS VISÕES DE ELSTER E BUCHANAN-TULLOCK

Deve-se destacar particularmente que a concepção original de Elster sobre as constituições como dispositivos de pré-compromisso ou auto-restricção é revisada a partir de um comentário crítico feito por Jens Arup Seip, no sentido de que no mundo da política em regra busca-se restringir aos demais, e nunca a si mesmo.⁷

A temática é desenvolvida especialmente no Capítulo 2 de *Ulysses Unbound* e será aqui sumariamente explorada. Ali, Elster exemplifica a noção de constituição como auto-restricção – representada pela metáfora com a narrativa mitológica do Canto XII da Odisséia de Homero – a partir do pensamento de autores como Stockton e Hayek, já referido.

Distinguindo constituições como restrições acidentais e essenciais⁸, a partir de casos concretos, Elster evidencia o interesse em se explorar não apenas as razões da instituição de disposições constitucionais, mas também os efeitos salutares de tais restrições.⁹

Distinguindo ainda as razões de pré-compromisso dos dispositivos de pré-compromisso, Elster evidencia que algumas auto-restrições individuais não estariam disponíveis no âmbito coletivo e vice-versa.¹⁰ O autor aborda aquilo que considera falsas analogias do pré-compromisso individual para com o pré-compromisso de uma sociedade, observando que

em muitos casos, transferir conceitos usados para estudar indivíduos para o comportamento de coletividades, como se estas fossem indivíduos em escala ampliada, pode ser enganosa. Para começar, as constituições podem restringir os outros em vez de serem atos de auto-restricção. Além disso, as constituições podem nem mesmo ter o poder de restringir.¹¹

⁷ ELSTER, J. *id.* p. 7.

⁸ Como é sabido, no panorama teórico de Elster apenas as restrições essenciais seriam aquelas estabelecidas com o propósito de restringir a liberdade de ação dos indivíduos que nelas votaram e de indivíduos que ocupariam futuramente posição semelhante. ELSTER, J. *op. cit.* pp. 120-121.

⁹ ELSTER, J. *id.* p. 121. Interessante consignar, ainda, que o autor observa que em alguns casos os efeitos de restrições acidentais podem explicar sua manutenção, exemplificando com o sistema de eleições periódicas e o bicameralismo. ELSTER, J. *id.*, p. 122.

¹⁰ ELSTER, J. p. *ibid.* Como é sabido, Elster distingue os motivos do pré-compromisso, como a superação da paixão, do egoísmo, do desconto hiperbólico, da inconsistência temporal estratégica ou a neutralização/impedimento da mudança de preferência, dos dispositivos aptos a tanto (eliminação de opções, imposição de custos, definição de recompensas, criação de atrasos, entre outros). ELSTER, J. *id.* p. 18.

¹¹ A primeira afirmação pode ser respaldada, entre outros fundamentos, no Teorema da Impossibilidade de John Kenneth Arrow, que demonstrou o *cycling* ou a transitividade das escolhas coletivas. Com efeito, como se verá em maior detalhe no item sucessivo, a adoção do individualismo metodológico visa exatamente evitar este tipo de impropriedade. Desenvolver-se-á aqui o argumento segundo o qual as constituições podem ser compreendidas como mecanismos para a restrição alheia e não própria, sendo talvez impróprio concebê-las como mecanismos de auto-restricção de uma sociedade política hipostasiada, ou seja, concebida como um “ser” real, dotado de uma “vontade”. A questão sobre as constituições terem o poder de restringir não será aqui abordada. Como defesa contra tal crítica, Elster evidencia que suas teorizações não se baseiam na concepção de que as sociedades, como os indivíduos, seriam atores unitários e teria preferências e crenças consistentes. Segundo o autor, baseia-se no oposto, na concepção de que ambos podem ser concebidos como divididos e não unitários. ELSTER, J. *op. cit.* p. 213. “Como vimos no Capítulo 1, muitos atos individuais de pré-compromisso são cometidos porque o indivíduo está de certa forma dividido, e uma parte de si quer proteger-se contra a outra parte. Mesmo que o indivíduo não

A CONSTITUIÇÃO COMO AUTO-RESTRICÇÃO OU COMO RESTRICÇÃO AO OUTRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS VISÕES DE ELSTER E BUCHANAN-TULLOCK

A partir de exemplos históricos, Elster demonstra que as constituições podem restringir os outros em lugar de constituírem atos de auto-restricção, bem como situações nas quais a maioria restringe a minoria ou, ainda, situações em que a minoria restringe a maioria.¹²

Observa, ainda, que normalmente as constituições visam tornar difícil, e não necessariamente impossível sua mudança, e que a imposição de cláusulas muito rígidas – como a regra da unanimidade – poderiam acarretar a curta duração da constituição, observando ainda que sempre é possível o recurso às soluções extra-constitucionais.¹³

O autor reconhece, no entanto, que apesar do inconveniente das falsas analogias entre auto-restricção individual e coletiva, a ideia do pré-compromisso constitucional não seria desprovida de sentido, pelo menos em alguns casos.¹⁴

O autor norueguês distingue dois níveis de pré-compromisso constitucional ao evidenciar que a utilização de dispositivos como maiorias qualificadas e dispositivos de atraso não teriam função de restrição significativa caso não fossem protegidas pela constituição.¹⁵

seja unitário, há uma parte que está no comando e que pode exercer um planejamento de longo alcance para restringir as tendências à ação míope ou impulsiva de outras partes. O motivo pelo qual as sociedades não são unitárias é bastante diferente. Elas são compostas por vários indivíduos, e nenhum deles ou nenhum subconjunto deles está ‘no comando’”. ELSTER, J. *ibid.*

¹² ELSTER, J. *id.* pp. 124-125. Elster exemplifica com uma passagem d’A Política de Aristóteles a possibilidade de um conjunto de indivíduos aumentar seu poder limitando sua liberdade ou, ainda, reduzir o poder alheio pelo aumento de sua própria liberdade. ELSTER, J. *id.* pp. 125-126: “Essas constituições gregas forçaram os ricos a participar das questões públicas, aumentando os custos para eles caso não o fizessem e, ao mesmo tempo, diminuíram a probabilidade de que os pobres participassem, reduzindo os custos de sua abstenção.” ELSTER, J. *ibid.*. As observações impactam visões tradicionais que consideram a constituição como instrumento de proteção da minoria contra a maioria. Observações importantes de Elster no particular são as seguintes: se a eleição do órgão constituinte se deu por sufrágio limitado, e.g., tal órgão representa uma minoria da população e pode, antecipando a possibilidade de futuras ampliações de sufrágio, agir estrategicamente com o intuito de restringir futuras maiorias. ELSTER, J. *id.* p. 125. Este é um argumento de alguns críticos à rigidez constitucional e ao controle judicial de constitucionalidade, que sustentam uma visão segundo a qual as constituições ostentariam um traço elitista e anti-democrático, além da imposição da vontade das gerações passadas ou presentes sobre as gerações futuras – *death hand of past*. No texto de Elster a ideia aparece como o paradoxo da democracia, segundo o qual cada geração deseja ser livre para restringir as sucessoras mas não quer sofrer restrições pelas predecessoras. ELSTER, J. *id.* p. 151. Sobre a mediação da relação entre maioria e minoria pela constituição, remete-se novamente a FERRAJOLI, *op. cit.*

¹³ ELSTER, J. *op. cit.* pp. 127-128.

¹⁴ ELSTER, J. *id.* p. 128.

¹⁵ ELSTER, J. *id.* pp. 151-152. Nas palavras do autor, “se a cláusula constitucional que exige maioria de dois terços no Congresso para revogar um veto executivo pudesse ser abolida por maioria simples no Congresso, sua existência não teria muito sentido. Da mesma forma, dispositivos de atraso não seriam muito úteis se pudessem ser abolidos instantaneamente, a qualquer momento.” ELSTER, J. *id.* p. 152. Mesmo a separação dos poderes, passível de ser interpretada como dispositivo de pré-compromisso, teria parca eficácia se a constituição fosse alterável por maioria simples. *Ibid.* O autor ressalva que neste ponto desconsidera, conscientemente, as convenções metaconstitucionais. O mesmo raciocínio seria passível de interpretação quanto aos limites formais e materiais à reforma da constituição. Sobre o tema, veja-se, entre outros, ROSS, A. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

A CONSTITUIÇÃO COMO AUTO-RESTRICÇÃO OU COMO RESTRICÇÃO AO OUTRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS VISÕES DE ELSTER E BUCHANAN-TULLOCK

Assim, destaca a necessidade dos referidos dois níveis de pré-compromisso, um na arquitetura da *máquina de governo ordinária*, outro na da *máquina de emendas constitucionais*, cuja operação precisa ser lenta e complicada.¹⁶

Em tema diretamente conexo com a constituição como restrição, Elster evidencia ainda que as constituições podem ser consideradas como um mecanismo de neutralização das paixões majoritárias.¹⁷

Entre os dispositivos constitucionais voltados ao controle das irrupções emocionais das massas, Elster elenca a *anapsephisis* (ou reconsideração de decisão prévia), a separação dos poderes, os procedimentos em dois estágios e mecanismos de responsabilização pela incitação das emoções populares, como a *graphé paranomon*.¹⁸

Elster aborda também a preocupação das Assembleias constituintes francesa e estadunidense no final do século XVIII em face dos riscos do governo da maioria, buscando-se a adoção de várias contramedidas que iam desde as restrições ao sufrágio a limitações constitucionais rígidas.¹⁹

Além dos riscos relativos aos interesses e às paixões da maioria, Elster evidencia, ainda, o problema da possibilidade da emergência de uma aristocracia de fato a partir da criação de um espírito corporativo da elite legislativa.²⁰

Assim, ganham significado e relevância duas metas, quais sejam, a eliminação na maior medida possível das forças irracionais da paixão e seu controle pela razão, bem como o

¹⁶ ELSTER, J. *id.* p. 154. Posteriormente ver-se-á como Buchanan e Tullock igualmente distinguem dois níveis de política (ordinária e constitucional).

¹⁷ ELSTER, J. *id.* p. 156.

¹⁸ ELSTER, J. *op. cit.* p. 159 e ss. Como evidencia Elster, a *graphé paranomon* consistiria em uma acusação por fazer uma proposta ilegal, podendo acarretar a anulação do decreto proposto na Assembleia e a punição de seu proponente em casos de violação de uma lei existente, vícios de procedimento ou ser julgado danoso ao interesse público. ELSTER, J. *Id.*, p. 164. Mauro Cappelletti também aborda a *graphé paranomon*. CAPPELLETTI, M. **Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado, o**. Trad. Aroldo P. Gonçalves. Sergio Antonio Fabris, 1999. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade a partir de sanção política, veja-se Kelsen, H. **Garantia jurisdicional da Constituição, a**. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. Cidade do México: Universidade Autónoma do México, 2001. O paralelo entre tal instituição e outras relativamente equivalentes modernas – como o impedimento ou a responsabilidade ministerial – é evidente.

¹⁹ ELSTER, J. *id.* pp. 167-168. O autor cita a afirmação de Madison de que “em todos os casos em que a maioria está unida por um interesse ou paixão comum, os direitos da minoria estão em perigo”. *Id.*, p. 168.

²⁰ ELSTER, J. *id.* pp. 168-169. Na visão do autor, buscou-se contrabalançar este último problema, evidencia o autor, com mecanismos como o bicameralismo e o veto executivo, bem como pelo estabelecimento de direitos individuais e, em menor medida, pelo controle de constitucionalidade. ELSTER, J. *id.* p. 169. Ponto importante frisado pelo autor norueguês é o de que as sociedades francesa e norte-americana referidas eram democracias representativas, pelo que se deve observar de um lado a presunção de transferência da paixão da maioria aos legisladores e a possibilidade de desenvolvimento de interesses próprios dos legisladores em função de tal caráter representativo. ELSTER, J. *id.* p. 170. Sobre a relação dessas temáticas com o *judicial review* veja-se HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J. **Federalist: On The New Constitution**. Harrisburg: Benjamin Warner, 1817, pp 420-421.

A CONSTITUIÇÃO COMO AUTO-RESTRICÇÃO OU COMO RESTRICÇÃO AO OUTRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS VISÕES DE ELSTER E BUCHANAN-TULLOCK

planejamento de instituições que proporcionassem os incentivos adequados aos representantes para a promoção do bem público.²¹

Há, entre outras questões abordadas por Elster no capítulo 2 de *Ulysses Unbound*, a abordagem da questão da relação entre constituição e eficiência. Tal perspectiva sustenta a plausibilidade da utilização de disposições constitucionais para eliminar ou reduzir certas formas de desperdício ou ineficiência que prevaleceriam caso toda a legislação fosse composta por leis ordinárias, passíveis de alteração por maioria simples.²²

Segundo tal visão a constituição serviria para reduzir ineficiência em diversas vertentes, como a inconsistência agregada, cuja principal solução consistiria na exigência de adoção de maiorias qualificadas.²³

Na visão de Elster a constante mudança do sistema geraria fadiga e anarquia e seria, portanto, o efeito de estabilização do estabelecimento de maiorias qualificadas para modificar a constituição que justificaria a possibilidade de uma pequena maioria no órgão constituinte ter a capacidade de estabelecê-lo.²⁴

Quanto ao problema do parasitismo, Elster chama a atenção de que Richard Posner sustentara que as maiorias qualificadas seriam úteis na redução dos custos de transação, posto que a votação por maioria simples encorajaria o parasitismo.²⁵

O autor aborda, ainda no campo da temática do relacionamento entre constituição e eficiência, a possibilidade da mesma operar reduzindo a inconsistência ou eliminando ciclos

²¹ ELSTER, J. *op. cit.* p. 171. Os mecanismos do bicameralismo, veto executivo, estabelecimento de direitos e controle de constitucionalidade remetem, por sua vez, ao clássico problema do *quis custodet ipsos custodes*, como reconhece Elster, o que cria suas próprias complexidades. ELSTER, J. *id.* p. 179. Sobre o tema, KELSEN, H. *op. cit.*

²² ELSTER, J. *id.* p. 197.

²³ ELSTER, J. *op. cit.* p. 197. O autor chama a atenção para o fato de que supostamente seria melhor ter alguma constituição a salvo das maiorias ocasionais do que uma constituição em particular. Assim, “o planejamento e o investimento feitos por indivíduos terão um horizonte temporal e gerarão mais frutos se estes puderem ter uma boa certeza de que os direitos de propriedade, até mesmo o direito à indenização por expropriação, serão mantidos. Os partidos políticos também operam com mais eficiência se puderem contar com o sistema de eleições e instituições como um fato.” ELSTER, J. *id.* p. 198. James Buchanan e Gordon Tullock, cujas ideias serão examinadas adiante, concordarão com a concepção segundo a qual alguma ordem constitucional é melhor do que nenhuma ordem, a denominada concepção hobbesiana de constituição.

²⁴ ELSTER, J. *ibid.* Observa o autor de “o argumento está relacionado à ideia de que mesmo os fracos preferem um regime legal que favoreça os interesses dos fortes a uma sociedade sem nenhuma lei, com a diferença de que aqui é a estabilidade das leis, mais do que a sua mera existência, que as redime aos olhos dos que prefeririam um conjunto diferente de leis.” *Id.*, p. 199.

²⁵ ELSTER, J. *id.* p. 199. Elster observa que segundo Posner, se o voto de uma maioria simples fosse capaz de mudar a forma básica de governo ou expropriar a riqueza de uma minoria, grandes custos de transação emergiriam para resistir a tal legislação. ELSTER, J. *ibid.* O argumento é clássico na Análise Econômica do Direito, e é comumente representado pelos problemas da ação coletiva consistentes no caroneiro – *free rider* – e do *hold out*. Este último, com efeito, consiste no indivíduo que adota um comportamento estratégico oportunista por saber que seu assentimento é necessário para a tomada de uma decisão coletiva, barganhando com base em tal situação, como se verá mais detidamente adiante. MACKAAY, E. **Analise Économique du Droit: fondements.** [s.l.]: [s.e.], 2000.

A CONSTITUIÇÃO COMO AUTO-RESTRICÇÃO OU COMO RESTRIÇÃO AO OUTRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS VISÕES DE ELSTER E BUCHANAN-TULLOCK

(*cycling*).²⁶ Quanto a este aspecto, Elster considera que as possibilidades de *cycling* evidenciadas pelo paradoxo de Condorcet e pelo teorema da impossibilidade de Arrow ostentam efeitos indesejáveis.²⁷

Evidencia, ainda, que o estabelecimento de restrições às possíveis combinações de preferências individuais – como a adoção de maiorias qualificadas para a tomada de uma decisão – pode assegurar que as preferências sociais serão intransitivas.²⁸

Quanto ao problema envolvendo as minorias, evidencia Elster que uma minoria pode não possuir a força de proteger seus interesses na constituição, e que, segundo Posner, uma minoria que possuísse tal poder dificilmente teria de temer uma legislação adversa.²⁹

Por outro lado, ainda com base em Posner, Elster refere-se à possibilidade de uma minoria obter proteção constitucional através de processos de barganha ou troca de favores, o que, no entanto, poderia ser impossível em casos específicos.³⁰

Em síntese, Elster sustenta ser comum que os indivíduos se auto-restringam para evitar tentações.³¹ Observa, porém, que tal operação reflexiva pode ser difícil em termos práticos, fazendo-se necessário o auxílio de terceiros.³²

Quanto à atitude de restringir a si próprio ou aos outros, Elster considera que uma restrição imposta por um agente a outro pode ter sido fruto de um pedido do último e que, por vezes, as auto-restrições visam restringir igualmente aos demais.³³

Como se vê, a exploração da racionalidade e dos pré-compromissos e restrições em Elster é rica e instigante. Porém, nota-se que apesar do autor reconhecer a impropriedade da analogia entre indivíduo e sociedade³⁴, acaba, ao fim e ao cabo, sustentando uma visão que não deixa de basear-se nesta analogia. Isso aparece claramente ao afirmar que o indivíduo é múltiplo e não único, o que tornaria possível a analogia entre auto-restrição individual e social, numa espécie de raciocínio inverso ao que se habitualmente realiza na metáfora que personifica ou hipostasia a sociedade política.

²⁶ ELSTER, J. *op. cit.* p. 199. *Cycling* é o fenômeno comprometedor da racionalidade fraca exigida pela teoria da escolha racional consistente na intransitividade das preferências.

²⁷ ELSTER, J. *ibid.*

²⁸ ELSTER, J. *id.* pp. 199-200.

²⁹ ELSTER, J. *op. cit.* pp. 214-215.

³⁰ ELSTER, J. *id.* p. 215. Elster evidencia que é preciso possuir votos para tal negociação, o que pressuporia representação proporcional sob pena de minorias relevantes perderem de fato seus direitos civis. *Ibid.*

³¹ ELSTER, J. *id.* p. 339.

³² ELSTER, J. *id.* p. 346.

³³ ELSTER, J. *id.* pp. 347-348.

³⁴ “Não quero, porém, enfatizar a similaridade entre essas convenções intrapessoais e o caso interpessoal padrão. A analogia, embora sugestiva e tentadora, é também imperfeita e potencialmente enganadora.” ELSTER, J. *Id.* p. 344.

A CONSTITUIÇÃO COMO AUTO-RESTRICÇÃO OU COMO RESTRIÇÃO AO OUTRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS VISÕES DE ELSTER E BUCHANAN-TULLOCK

Assim, parece que, s.m.j., o individualismo metodológico do autor é dúbio ou, ao menos, fraco, eis que sua unidade analítica permanece sendo uma coletividade à qual se atribui uma “vontade” que, na opinião de autores filiados ao individualismo metodológico mais estrito parece inconcebível.

Explorar-se-á no item seguinte uma concepção diversa de constituição, estritamente filiada ao individualismo metodológico, cotejando-a ao pensamento de Elster ao final.

3. A CONSTITUIÇÃO COMO RESTRIÇÃO AO OUTRO.

Como se viu, o próprio Elster considera ser mais plausível na política a tendência em restringir aos outros do que se auto-restringir. Assim, somos remetidos ao pensamento de autores que tenham trabalhado com uma concepção de constituição fundada em tal compreensão.

James McGill Buchanan Jr. e Gordon Tullock são considerados fundadores da *Public Choice Theory*³⁵, corrente de pensamento que aplica o instrumental analítico, teóricos e metodológico da Economia para buscar compreender a política, o Estado e a esfera pública.³⁶

Um dos problemas fundamentais explorados por Buchanan e Tullock foi justamente o da racionalidade da tomada da decisão para a ação coletiva. Seu estudo publicado em 1962 e denominado *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*³⁷, é um dos estudos seminais da *Public Choice Theory*, e nele os autores desenvolvem o que denominam Economia Política Constitucional ou ainda Teoria Individualista da Constituição.

No referido estudo os autores buscam compreender, a partir da Teoria da Escolha Racional e de um estrito individualismo metodológico, quais os fundamentos para que o indivíduo calculista-maximizador de seus interesses busque o estabelecimento de uma

³⁵ Do Oxford Concise Dictionary of Politics: “qualquer estudo da Política utilizando os métodos e as premissas características da Economia. Os métodos são dedutivos e baseiam-se fortemente no cálculo diferencial na medida em que dependem do princípio marginal.” Pág. 447. Tradução livre dos autores.

³⁶ FERREY, S. *Une histoire de l'analyse économique du droit: calcul rationnel et interpretation du droit*. Bruxelas: Bruylant, 2008.

³⁷ FERREY, S. *id.* CALIENDO, P. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Originalmente o título do livro era “*The Calculus of Consent: An Economic Theory of Political Constitutions*”, porém posteriormente foi alterado para evitar confusão com alguma visão marxista. BUCHANAN JR., J. M., TULLOCK, G. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. 1962, 3.2.6. Disponível em: <http://files.libertyfund.org/files/1063/Buchanan_0102-03_EBk_v6.0.pdf>. Acesso em 23.07.2015. Neste sentido o Oxford Concise Dictionary of Politics, sobre os autores da Escola da Virgínia: “Seu mais importante trabalho é a obra *The Calculus of Consent* (1962). Na tradição do contrato social, ela sustenta que apenas uma constituição com apoio unânime é legítima: eles concebem tal constituição como encarnando a condição paretiana na política porque ninguém a aceitaria a menos que pensasse que estaria ao menos tão bem com ela quanto estava sem ela.” McLEAN, I; McMILLAN, A. *Oxford Concise Dictionary of Politics*. 2 ed. Nova Iorque: Oxford, 2003, p. 447. Tradução livre dos autores.

A CONSTITUIÇÃO COMO AUTO-RESTRICÇÃO OU COMO RESTRIÇÃO AO OUTRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS VISÕES DE ELSTER E BUCHANAN-TULLOCK

constituição. Analisam, com tal intuito, qual seria o papel desempenhado por uma constituição em uma democracia representativa majoritária contemporânea.³⁸

Partindo da Teoria da Escolha Racional, oriunda da Teoria Microeconômica, Buchanan e Tullock analisam o comportamento estratégico individual pré-constitucional, sem regras definidas e no qual a escolha das regras constitucionais será feita, e também pós-constitucional, um jogo que já se desenrola sob regras pré-definidas.³⁹

Em sua perspectiva é possível vislumbrar um cálculo constitucional que serve de fundamento à Constituição, cálculo este que considera os custos inerentes à adoção de determinadas regras de decisão para a ação coletiva em comparação aos custos inerentes à adoção de regras diversas, baseando-se a escolha, portanto, em um cálculo diferencial.

Em seu modelo, a regra da unanimidade constitui a base ideal da democracia constitucional, sendo a regra da maioria adotada como um meio mais econômico de atingimento do consenso. A constituição, por sua vez, é vista como um contrato cujo escopo consiste em assegurar os ganhos da cooperação social e, ao mesmo tempo, evitar condutas oportunistas.⁴⁰

Far-se-á aqui uma breve incursão no pensamento de Buchanan e Tullock, no intuito de, ao final, tentar-se realizar uma interlocução entre aspectos de suas teorizações com aquelas realizadas por Elster quanto às relações entre constituição e racionalidade bem como entre constituição e restrição própria ou alheia.

Buchanan e Tullock buscam construir uma Teoria da Escolha Coletiva, partindo do postulado de que a mesma é composta por ações individuais. Em tal contexto, faz-se necessário estudar as motivações que regem ou influenciam o comportamento individual no âmbito social e no âmbito privado.⁴¹

Iniciam assim a construção de uma Teoria da Constituição orientada pelo individualismo metodológico, que admite como motivações do comportamento humano tanto comportamentos hedonistas ou egoísticos quanto comportamentos altruístas.⁴²

O postulado do individualismo metodológico implica o reconhecimento das diferentes dotações de recursos existentes entre os homens e, portanto, como os intercâmbios – sejam

³⁸ NAPOLITANO, G.; ABRESCIA, M. **Analisi economica del diritto pubblico**. Milão: Il Mulino, 2009.

³⁹ CALIENDO, P. *op. cit.* A teoria de Buchanan-Tullock se pretende legatária das tradições do utilitarismo e do contratualismo e enfatiza o papel do consentimento individual e racional para a emergência de acordos constitucionais, institucionais e normativos. *Oxford Concise Dictionary of Politics cit.*, verbete *Public Choice*, p. 447.

⁴⁰ Veja-se CALIENDO, P. *op. cit.*

⁴¹ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *op. cit.* 3.1.3.

⁴² BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *id.* 3.1.4.

A CONSTITUIÇÃO COMO AUTO-RESTRICÇÃO OU COMO RESTRIÇÃO AO OUTRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS VISÕES DE ELSTER E BUCHANAN-TULLOCK

eles feitos pelo mercado ou por outros mecanismos como o Estado – auxiliariam na resolução dos conflitos e dos problemas originados por tais diferenças.⁴³

Os autores questionam a visão racionalista tradicional dos processos políticos – como aquelas baseadas em noções como a de “bem comum”, “vontade geral” ou que hipostasiam entes supra-individuais⁴⁴ – e, reconhecendo os limites das ciências que operam sobre os processos de decisão coletiva, os autores afirmam ser possível encontrar, sob a cláusula *ceteris paribus*, na melhor das hipóteses, algumas predições rudimentares sobre as decisões coletivas.⁴⁵

Observam Buchanan e Tullock, justificando sua abordagem individualista, que uma análise partindo do pressuposto de que a coletividade fosse semelhante a um indivíduo ofereceria uma grande simplificação na análise da decisão coletiva⁴⁶, ressaltando, no entanto, que proposições operacionalmente úteis poderiam ser exageradamente difíceis de se construir a partir de tal visão, exigindo-se cautela ao estabelecer a ponte entre valores individuais e sociais.⁴⁷

Observam que a concepção orgânica de Estado seria essencialmente oposta ao individualismo que informa a tradição do pensamento ocidental, optando assim por rejeitar qualquer concepção semelhante ao estudar a ação coletiva.⁴⁸

Os autores preferem rechaçar qualquer concepção que se assemelhe à de “vontade geral”, concepção esta que consideram necessariamente derivada de uma noção orgânica de Estado que desconsidera o processo de tomada de decisões políticas real do qual tomam parte indivíduos.⁴⁹

⁴³ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *id.* 3.1.5. Segundo os autores “Os teóricos da Política, ao contrário, não parecem ter considerado inteiramente as implicações das diferenças individuais para uma teoria das decisões políticas. Normalmente, o processo de escolha foi concebido como um meio para se chegar a alguma versão de ‘verdade’, uma espécie de absoluto racionalista que aguarda ser descoberto através da razão ou da revelação e que, uma vez descoberto, atrairá para si o apoio de todos os homens. As concepções racionalistas de democracia foram baseadas na premissa de que conflitos de interesses individuais desapareceriam e deveria desaparecer, uma vez que o eleitorado se tornasse completamente informado.” BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *id.* 3.1.6. Tradução livre dos autores.

⁴⁴ Pense-se, naturalmente, em concepções rousseauianas ou hegelianas, por exemplo.

⁴⁵ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G., *op. cit.* 3.1.6. a 3.1.8.

⁴⁶ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G., *id.* 3.2.2.

⁴⁷ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *ibid.* Aduzem Buchanan e Tullock: “O Estado orgânico tem uma existência, um padrão de valor, e uma motivação independente daquele dos seres humanos individuais que reivindicam participação nele. Inclusive o próprio termo “individual” tem pouco espaço na concepção genuinamente orgânica/ o ser humano individual torna-se inteiramente uma parte de um organismo maior e mais significativo.” *Ibid.* Tradução livre dos autores.

⁴⁸ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *id.* 3.2.3.

⁴⁹ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *id.* 3.2.4. Complementando em seguida: “Assim, muitas versões de democracia ideal são, em sua base, variants da concepção orgânica. A ‘busca do cálice sagrado’ por algum ‘interesse público’ separado e independente dos interesses singulares dos indivíduos participantes da escolha

A CONSTITUIÇÃO COMO AUTO-RESTRICÇÃO OU COMO RESTRICÇÃO AO OUTRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS VISÕES DE ELSTER E BUCHANAN-TULLOCK

Os autores rejeitam ainda qualquer teoria que divida a sociedade em classes ou grupos opostos de exploradores e explorados, como as teorias marxistas e outras, pois focam questões diversas.⁵⁰

Tal rejeição do coletivismo ou holismo leva os autores a uma concepção que consideram puramente individualista da coletividade, segundo a qual a ação coletiva é a ação escolhida por indivíduos para ser executada coletivamente, sendo o Estado a máquina ou artefato construído para tal finalidade – um artefato passível de aperfeiçoamento.⁵¹

A análise baseia-se, evidentemente, no modelo do *homo oeconomicus*, este ser humano ficto motivado por seu auto-interesse que os autores afirmam ter sido transformado em uma caricatura que oculta sua real contribuição na compreensão de qualquer atividade humana organizada.⁵²

Admitindo que a Teoria Econômica talvez sequer possa explicar a maior parte do comportamento humano, Buchanan e Tullock ponderam que continua válida ao menos para explicar um aspecto daquele, desenvolvendo hipóteses que podem posteriormente ser testadas a partir da simples assunção de que o ser humano, quando confronta uma escolha, tende a preferir mais do que menos.⁵³

No desenrolar do desafio a que se propõem os autores, uma primeira tarefa seria identificar os critérios pelos quais os indivíduos decidiriam que aspectos da vida ficariam restritos ao campo privado ou individual e que aspectos da vida recairiam no campo social ou da decisão coletiva.⁵⁴

A teoria ora exposta parte de uma pressuposição: coloca a exigência de observância da regra da unanimidade no mais alto grau da decisão constitucional, independentemente de sua relevância para a análise da política real, dado operar como um critério analítico para a

social é uma atividade familiar presente tanto entre os teóricos quanto entre os práticos da democracia moderna.” Ibid. Tradução livre dos autores.

⁵⁰ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *id.* 3.2.5. Embora não recusem tal possibilidade e observem que a necessidade do estabelecimento de constituições pode ser exatamente fruto da mesma. *Id.*, 3.2.7.

⁵¹ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *op. cit.* 3.2.8.

⁵² BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *id.* 3.3.2. “O primeiro ponto a ser frisado é que a validade ou a aplicabilidade da teoria econômica não depende da existência de um homem puramente econômico (...) É preciso enfatizar também que a teoria econômica não procura explicar todo e qualquer comportamento humano, nem mesmo todo aquele que possa ser chamado de ‘econômico’ em algum senso normalmente aceito desse termo. Na melhor das hipóteses, a teoria explica apenas uma parte importante da atividade humana nessa esfera. Ela examina uma relação entre indivíduos em isolamento.” *Id.*, 3.3.2 e 3.3.3. Tradução livre dos autores.

⁵³ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *id.* 3.3.4. Naturalmente tal hipótese pode ser discutida, como faz Elster.

⁵⁴ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *id.* 3.1.9.

A CONSTITUIÇÃO COMO AUTO-RESTRICÇÃO OU COMO RESTRIÇÃO AO OUTRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS VISÕES DE ELSTER E BUCHANAN-TULLOCK

compreensão da decisão individual.⁵⁵ Importante frisar que observam os autores os custos da obtenção do consenso:

A obtenção de consenso é um processo custoso, de todo modo, e o reconhecimento deste simples fato indica diretamente para uma teoria “econômica” das constituições. O indivíduo pode reputar vantajoso concordar antecipadamente com certas normas (que ele sabe que podem ocasionalmente operar em desvantagem dele mesmo) quando os benefícios presumivelmente superem os custos. A teoria ‘econômica’ que pode ser construída a partir de uma análise da escolha individual proporciona uma explicação para a emergência de uma constituição política a partir do processo de discussão conduzido por indivíduos livres buscando formular normas geralmente aceitáveis em seu próprio interesse em longo prazo. Deve-se enfatizar que, na discussão constitucional, a utilidade prospectiva do participante individual deve ser mais amplamente concebida do que no processo de escolha coletiva que toma lugar sob normas já definidas. Nossa teoria da escolha constitucional possui implicações normativas apenas enquanto a base subjacente do consentimento individual é aceita.⁵⁶

Nota-se da concepção dos autores que a escolha das regras sob as quais as decisões coletivas poderão ser tomadas será feita em função de um cálculo de custo-benefício, como se explicitará adiante. Devido ao predomínio da regra da maioria nas democracias contemporâneas, esta será objeto de grande parte das teorizações em exame, que ressaltam a importância de que a mesma seja estudada cuidadosamente.⁵⁷

Segundo os autores seres humanos racionais e maximizadores tenderão a organizar uma atividade coletivamente quando isso aumentar sua utilidade, seja eliminando custos externos (*external costs*) seja conferindo benefícios externos (*external benefits*).⁵⁸ Observam ainda que entre os custos a serem considerados por indivíduos racionais relativamente a qualquer atividade humana destacam-se dois, a saber, o que denominar *external costs* e o que denominam *decision-making costs*.

Os primeiros consistem nos custos em que pode incorrer um indivíduo decorrentes de ações de terceiros sobre as quais não possui controle; os segundos, os custos de participar ele mesmo de uma atividade organizada.⁵⁹

⁵⁵ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *id.* 3.1.11. Nesse sentido, aproximam-se do pensamento de Rousseau – apenas nesse aspecto – e de problemas enfrentados por autores contratualistas.

⁵⁶ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *op. cit.* 3.1.12. Tradução livre dos autores.

⁵⁷ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *id.* 3.1.13.

⁵⁸ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *id.* 3.5.3.

⁵⁹ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *id.* 3.5.6. “(...) o indivíduo deve considerar a possível coletivização de todas as atividades para as quais a seja plausível que a organização privada imponha alguns custos de interdependência (*interdependence costs*) a ele. Sua decisão final derivará de uma comparação desses custos com aqueles que são plausivelmente serão impostos a ele como resultado da própria organização coletiva.” *Id.*, 3.6.1. Tradução livre dos autores. Como se verá logo adiante os *interdependence costs* consistem na intersecção dos *external costs* e dos *decision making costs*.

A CONSTITUIÇÃO COMO AUTO-RESTRICÇÃO OU COMO RESTRIÇÃO AO OUTRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS VISÕES DE ELSTER E BUCHANAN-TULLOCK

Tais elementos seriam utilizados para decidir quais decisões ficariam restritas ao âmbito privado e quais passariam ao âmbito da decisão coletiva.⁶⁰ Além disso, como se verá, ela orientará a adoção racional de diferentes regras de decisão no que diz respeito ao segundo grupo.

Os autores observam ser plausível encarar a redução de ambos os tipos de custos como um desiderato plausível da organização social ou política. Denominam o somatório dos *external costs* e dos *decision-making costs*, portanto, de *social costs* ou *interdependence costs*.⁶¹

Os custos externos e os custos de tomada de decisão em conjunto possibilitarão aos autores erigirem o que consideram uma Teoria Econômica das Constituições.⁶² Ensinam Buchanan e Tullock que

Os benefícios possíveis a partir da ação coletiva podem ser medidos ou quantificados em termos de reduções nos custos que plausivelmente serão impostos pelo comportamento particular de outros indivíduos ao decisor (*decision-maker*) individual. De todo modo, a ação coletiva, se empreendida, também exigirá que o indivíduo dispense algum tempo e algum esforço tomando decisões para o grupo, em busca da anuência de seus pares. Mais importante, sob certas normas de tomada de decisão, escolhas contrárias ao próprio interesse do indivíduo podem ser feitas pelo grupo. Em qualquer caso, a participação na ação coletiva é custosa para o indivíduo, e o homem racional tomará tal fato em consideração no momento da escolha constitucional.⁶³

Utilizando os dois elementos dos custos de interdependência, os autores desenvolvem duas funções que entendem dotadas de caráter explicativo. A primeira delas denominam *external costs function*, e representa a relação dos custos externos esperados por um indivíduo a partir da ação coletiva em função do número de indivíduos do grupo exigido para a tomada da decisão.

Tal função revela-se decrescente na medida em que o aumento do número de indivíduos cujo consentimento se faz necessário para a deflagração da decisão coletiva implica a redução dos custos externos esperados por um indivíduo racional.⁶⁴ Ou seja,

⁶⁰ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *id.* 3.5.7.

⁶¹ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *id.* 3.5.8. Observam: “O indivíduo racional deve tentar reduzir esses custos de interdependência (*interdependence costs*) ao menor nível possível quando ele considera o problema da construção institucional e da mudança constitucional.” *Ibid.* Tradução livre dos autores.

⁶² Os autores, por questões de simplificação, partem do pressuposto de que a opção em estabelecer uma atividade como privada ou coletivamente organizada, bem como a assunção de uma específica estrutura institucional destinada a executar a ação coletiva são exógenamente determinadas. BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *op. cit.* 3.6.1.

⁶³ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *id.* 3.6.2.

⁶⁴ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *id.* 3.6.3.

A CONSTITUIÇÃO COMO AUTO-RESTRICÇÃO OU COMO RESTRICÇÃO AO OUTRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS VISÕES DE ELSTER E BUCHANAN-TULLOCK

dizendo-se de outro modo, o universo de indivíduos cujo assentimento é necessário para a ação coletiva é inversamente proporcional aos custos externos, ou seja, aos custos impostos por essa mesma ação a um indivíduo qualquer pertencente ao grupo.

Em outras palavras, a função dos custos externos revela que os custos esperados serão maiores quanto menor a parcela do grupo cujo consentimento seja exigido para a tomada da decisão coletiva e, inversamente, menores quanto maior for aquela parcela.⁶⁵ Ressaltam os autores que

Em todos os casos a função faz referência aos custos externos (*external costs*) esperados a partir da operação de regras sob as quais os últimos membros dos grupos de decisão (*decisive groups*) não sejam particularmente identificáveis. Na medida em que haja qualquer possibilidade de que o indivíduo venha a ser afetado de maneira adversa por uma decisão coletiva, os custos externos líquidos esperados serão positivos. Tais custos desaparecem apenas com a adoção da regra da unanimidade.⁶⁶

Por outro lado, a relação entre os custos de tomada de decisão e o tamanho da parcela de um grupo exigida para que a decisão coletiva seja tomada é representada pela *decision-making costs function*.⁶⁷

Qualquer tomada de decisão envolvendo dois ou mais indivíduos significa incorrer em gastos em termos de tempo e esforço, entre outros, razão do segundo elemento dos custos de interdependência. Buchanan e Tullock demonstram que na medida em que se aumenta a porção de indivíduos envolvidos no processo de tomada de decisão relativamente ao total do grupo, tais custos também aumentarão.⁶⁸

A função é crescente e a relação entre o universo de indivíduos participantes do processo de tomada de decisão é diretamente proporcional aos custos da tomada de decisão, de modo que qualquer incremento no primeiro implica um aumento nos últimos e, inversamente, a qualquer redução nos primeiros corresponde uma redução nos últimos.

A aproximação à regra da unanimidade aumenta drasticamente os custos de tomada de decisão, especialmente no que diz respeito às possibilidades de comportamento estratégico racional e aos custos relativos à barganha.⁶⁹ O afastamento da regra da unanimidade em

⁶⁵ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *id.* 3.6.5 e ss.

⁶⁶ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *op. cit.* 3.6.9. Tradução livre dos autores.

⁶⁷ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *id.* 3.6.10.

⁶⁸ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *ibid.*

⁶⁹ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *ibid.* “Sob a regra de tomada de decisão mais inclusiva, a unanimidade, cada votante é parte necessária para qualquer acordo. Uma vez que cada votante possui, portanto, um monopólio sobre um recurso essencial (qual seja, seu consentimento), cada pessoa pode pretender obter todo o benefício do

A CONSTITUIÇÃO COMO AUTO-RESTRICÇÃO OU COMO RESTRIÇÃO AO OUTRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS VISÕES DE ELSTER E BUCHANAN-TULLOCK

direção a qualquer regra de maioria qualificada ou simples, por sua vez, implica uma redução dos custos de tomada de decisão.

Como implicação de tais teorizações, Buchanan e Tullock buscaram demonstrar que o indivíduo racional tenderá, no momento da escolha das regras de tomada da decisão coletiva, a escolher as opções ótimas, ou seja, aquelas mais eficientes em termos de custos e benefícios. Assim, ponderam que

Para uma dada atividade o indivíduo completamente racional, no momento da escolha constitucional, tentará escolher aquela regra de tomada de decisão (*decision-making rule*) que irá *minimizar* o valor presente dos custos esperados cuja imposição ele deve sofrer. Ele desejará fazê-lo minimizando a *soma* dos custos externos esperados e dos custos de tomada de decisão (*decision-making costs*) esperados, como nós definimos estes componentes separados. Geometricamente, nós somamos as duas funções de custos verticalmente. A regra de tomada de decisão “ótima” ou mais “eficiente”, *para o indivíduo cujas expectativas são representadas e para a atividade ou conjunto de atividades que se encontram em sua consideração*, será aquela representada pelo ponto mais baixo da curva resultante.⁷⁰

Aplicando-se tais teorizações ao campo constitucional, na visão dos autores é a redução dos custos de interdependência oriundos da ação coletiva que explicaria a emergência de instituições e arranjos contratuais que estariam à base da cooperação social, inclusive do Estado, bem como das instituições constitucionais.⁷¹

Os autores observam que a única regra de tomada de decisão que promoveria uma completa assecuração do indivíduo contra os custos externos da ação coletiva seria a regra da unanimidade pois, com efeito, esta municiaria todos e cada um dos indivíduos pertencentes ao grupo com um poder de veto capaz de proteger seus interesses.⁷²

No entanto, como visto, especialmente em grupos maiores, o atingimento do consenso unânime pode ostentar custos exageradamente elevados a ponto de serem proibitivos,

acordo para si mesmo.” *Id.*, 3.6.11. Trata-se do problema conhecido como *hold out* na Teoria Econômica. MACKAAY, E. *op. cit.*

⁷⁰ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *op. cit.* 3.6.13. Tradução livre dos autores. Destaques do original.

⁷¹ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *id.* 3.6.14. É elucidativa a seguinte passagem da obra: “O indivíduo reconhecerá, obviamente, que qualquer restrição em sua liberdade de ação particular imporá custos a ele, em certos casos. Cada vontade individual poderá, ao longo do tempo, se for permitida liberdade irrestrita nos limites da estrutura legal, impor certos custos às outras partes; e, enquanto sua própria posição isolada for considerada, ele preferirá permanecer perfeitamente livre para impor custos aos demais quando desejar. Por outro lado, ele reconhecerá também que ele poderá, em muitas ocasiões, ser afetado negativamente pelas ações dos demais sobre as quais ele não pode exercer nenhum controle direto e daqueles contra os quais ele não possa legitimamente demandar por compensação. Sabendo que ele estará mais frequentemente na segunda situação do que na primeira, o indivíduo plenamente racional irá explorar a possibilidade de arranjos contratuais concebidos para protegê-lo de custos externos com processos constitucionais e medidas que podem retirar ações da seara da decisão privada e colocá-las na seara da escolha pública.” *Id.* 3.6.15. Tradução livre dos autores.

⁷² BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *id.* 3.6.16. Decorrente do monopólio do recurso escasso consistente em seu assentimento, como já visto.

A CONSTITUIÇÃO COMO AUTO-RESTRICÇÃO OU COMO RESTRIÇÃO AO OUTRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS VISÕES DE ELSTER E BUCHANAN-TULLOCK

colocando-se o indivíduo em uma situação na qual deve optar por soluções de diferentes custos e benefícios. Pois o mesmo

concordando com regras mais inclusivas, ele estará aceitando o custo adicional de tomada de decisão em troca de proteção adicional contra decisões adversas. Movendo-se na direção oposta para uma regra de tomada de decisão menos inclusive, o indivíduo estará trocando alguma proteção contra custos externos por um menor nível de custos de tomada de decisão.⁷³

Sendo capaz de antever que o incremento do número de indivíduos cujo assentimento se faz necessário à tomada da decisão coletiva aumenta os custos em termos de tempo e esforço – e outros -, o indivíduo racional tenderia portanto a assumir a solução que reduzisse tanto os custos externos esperados a partir da ação coletiva quanto os custos a ele impostos pelo próprio processo de tomada de decisão.⁷⁴

Entre outros aspectos importantes, as teorizações dos autores os levaram a algumas conclusões. Especialmente, consideraram ser racional o estabelecimento de uma constituição, ou seja, o estabelecimento de mais de uma regra de tomada de decisão⁷⁵ – como, notadamente, aquelas baseadas em maioria simples e em maioria qualificada.

Além disso, concluíram por um redimensionamento da regra da maioria nas democracias contemporâneas, que passa a ser vista simplesmente como uma opção pragmática para tornar viável em termos de custo-benefício a tomada da decisão coletiva.⁷⁶

Estes os principais aspectos do pensamento de Buchanan e Tullock a serem ressaltados. Feito tal breve resgate, convém contrastar o pensamento de Buchanan e de Tullock com o de Elster, visando extrair algumas observações conclusivas.

⁷³ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *ibid.* Tradução livre dos autores.

⁷⁴ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *op. cit.* 3.6.21.

⁷⁵ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *id.* 3.6.31.

⁷⁶ BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. *id.* 3.6.3.2. Ao mesmo tempo, evidencia o papel da regra da unanimidade, ao menos de um ponto de vista teórico ou heurístico. Cabe uma última citação textual: “A análise evidencia que a regra da unanimidade possui certos atributos especiais, uma vez que apenas por meio da adoção dessa regra o indivíduo pode assegurar-se contra o dano externo que pode ser causado pelas ações de outros indivíduos, privadamente ou coletivamente. De todo modo, em nossa análise preliminar, uma vez que se afasta a regra da unanimidade, parece não haver nada para distinguir precisamente uma regra de outra. A escolha racional dependerá, em cada caso, da própria avaliação individual dos custos esperados. Além disso, aprioristicamente não há nada na análise que indique qualquer singularidade na regra que requer maioria simples para que seja decisiva. O ponto $(N/2 + 1)$ parece, *a priori*, não representar nada mais do que uma entre as muitas regras possíveis, e parecerá muito improvável que tal regra deva ser “idealmente” escolhida para mais do que um grupo muito limitado de atividades coletivas. Em síntese, 51% da população votante não parece ser muito preferível a 49%.” Tradução livre dos autores.

A CONSTITUIÇÃO COMO AUTO-RESTRICÇÃO OU COMO RESTRICÇÃO AO OUTRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS VISÕES DE ELSTER E BUCHANAN-TULLOCK

CONCLUSÃO.

Como se vê, a exploração da racionalidade e dos pré-compromissos e restrições em Elster é rica e instigante. Porém, apesar de Elster reconhecer a impropriedade da analogia entre indivíduo e sociedade⁷⁷, acaba, ao fim e ao cabo, sustentando uma visão que parece não deixar de basear-se nela. Isso aparece claramente ao afirmar que o indivíduo é múltiplo e não único, sustentando que isso tornaria possível a analogia entre auto-restricção individual e social.

Embora a metáfora da constituição como auto-restricção ou a correlata visão do Estado restringindo a si mesmo em nome da proteção da liberdade individual possam parecer bastante atrativas enquanto narrativa, parece difícil sustentá-las de um ponto de vista científico.

As teorias da democracia mais relevantes na contemporaneidade, por exemplo – como a teoria da poliarquia de Robert Dahl –, costumam sustentar uma visão mais realista dos processos políticos, baseada em cálculos de custo-benefício.⁷⁸

Em perspectiva comparativa, a visão estabelecida por Buchanan e Tullock parece mais plausível, embora obviamente teórica e dedutiva. Em lugar de uma visão da constituição como uma auto-restricção dos governantes ou da sociedade política como um todo – algo que ou não descreve, ou, no máximo, descreve muito precariamente a realidade – ambos sustentam uma concepção de constituição como restrição alheia.

A restrição alheia estabelecida pela constituição no pensamento desses autores leva em conta os custos esperados da ação coletiva – custos externos – e os custos da própria tomada de decisão, e indica que o indivíduo racional tenderá a optar por diferentes regras de tomada de decisão, como visto.

⁷⁷ “Não quero, porém, enfatizar a similaridade entre essas convenções intrapessoais e o caso interpessoal padrão. A analogia, embora sugestiva e tentadora, e também imperfeita e potencialmente enganadora.” ELSTER, J. *op. cit.* p. 344.

⁷⁸ Como é sabido, a teoria dahlsiana considera que a democratização constitui o fruto de um cálculo de custo-benefício entre custos de tolerância e custos de repressão. São célebres seus 3 axiomas: “Axioma 1. A probabilidade de um governo tolerar uma oposição aumenta com a diminuição dos custos esperados da tolerância.” “Axioma 2. A probabilidade de um governo tolerar uma oposição aumenta na medida em que crescem os custos de sua eliminação.” “Axioma 3. Quanto mais os custos da supressão excederem os custos da tolerância tanto maior a possibilidade de um regime competitivo.” DAHL, Robert. **Poliarquia: participação e oposição**. Trad. Celso M. Paciornik. São Paulo: Edusp, 2005, pp. 36-37. Sobre análises econômicas das políticas recordem-se, ainda, clássicos como DOWNS, A. **Teoria Econômica da Democracia, uma**. Trad. Sandra G. T. Vasconcellos. São Paulo: Edusp, 1999 e OLSON, M. **Lógica da ação coletiva, a**. Trad. Fabio Fernandez. São Paulo: Edusp, 2011.

A CONSTITUIÇÃO COMO AUTO-RESTRICÇÃO OU COMO RESTRIÇÃO AO OUTRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS VISÕES DE ELSTER E BUCHANAN-TULLOCK

Poder-se-ia desenvolver a partir das teorizações de Buchanan e Tullock alguns axiomas, como, por exemplo, o de que *quanto maior o custo externo esperado da decisão coletiva mais exigente tende a ser a maioria exigida para a tomada da decisão, e, inversamente, quanto menor for o custo externo, mais provável será a tomada da decisão por simples maiorias.*

Como visto, os autores evidenciam que as instituições constitucionais visam reduzir os custos de interdependência através da restrição do outro. Ao que parece, Buchanan e Tullock lograram êxito em sua tentativa de, a partir de um estrito individualismo metodológico e da Teoria da Escolha Racional, demonstrar ao menos alguns dos fundamentos das instituições constitucionais nas democracias contemporâneas, sem cair nas tentações de metáforas sedutoras mas pouco realistas.

REFERÊNCIAS.

- BUCHANAN JR., James McGill, TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. 1962. Disponível em: <http://files.libertyfund.org/files/1063/Buchanan_0102-03_EBk_v6.0.pdf>. Acesso em 23.07.2015.
- CAETANO, Manoel. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. 6 ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 2009.
- CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado, o**. Trad. Aroldo P. Gonçalves. Sergio Antonio Fabris, 1999.
- DAHL, Robert. **Poliarquia: participação e oposição**. Trad. Celso M. Paciornik. São Paulo: Edusp, 2005.
- DOWNS, Anthony. **Teoria Econômica da Democracia, uma**. Trad. Sandra G. T. Vasconcellos. São Paulo: Edusp, 1999.
- ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

**A CONSTITUIÇÃO COMO AUTO-RESTRICÇÃO OU COMO RESTRIÇÃO AO OUTRO: UMA
COMPARAÇÃO ENTRE AS VISÕES DE ELSTER E BUCHANAN-TULLOCK**

- FEREY, Samuel. **Une histoire de l'analyse économique du droit: calcul rationnel et interpretation du droit.** Bruxelas: Bruylant, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías: la ley del más débil.** Trad. Perfecto Andrés Ibañez; Andrea Greppi. 4 ed. Madri: Trotta, 2004.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **Federalist: On The New Constitution.** Harrisburg: Benjamin Warner, 1817.
- KELSEN, Hans. **Garantia jurisdicional da Constituição, a.** Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. Cidade do México: Universidade Autônoma do México, 2001.
- MACKAAY, Ejan. **Analise Économique du Droit: fondements.** [s.l.]: [s.e.], 2000.
- McLEAN, Iain; McMILLAN, Alistair. **Oxford Concise Dictionary of Politics.** 2 ed. Nova Iorque: Oxford, 2003.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo I. O Estado e os Sistemas Constitucionais. 7 ed. Coimbra: Coimbra, 2003.
- NAPOLITANO, Giulio; ABRESCIA, Michele. **Analisi economica del diritto pubblico.** Milão: Il Mulino, 2009.
- OLSON, Mancur. **Lógica da ação coletiva, a.** Trad. Fabio Fernandez. São Paulo: Edusp, 2011.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça.** Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração do *quorum* de 3/5 para a aprovação de emendas constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 226, 2001, pp. 11-32.
- TAMAYO SALMORÁN, Rolando. El Concepto de Constitución. In: SALMORÁN, Rolando Tamayo; CÁCERES NIETO, Enrique. **Teoría del Derecho y Conceptos Dogmáticos.** Cidade do México: Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM, 1987, pp. 129-149.