NORMAS NÃO ESCRITAS ENTRE LEIS E OUTRAS CIÊNCIAS. NOVO INSTITUCIONALISMO COMO UM PARADIGMA DE INTERPRETAÇÃO DE NORMAS NÃO ESCRITAS*

UNWRITTEN RULES BETWEEN LAW AND OTHER SCIENCES. NEO-INTITUTIONALISM AS A PARADIGM OF THE INTERPRETATION OF UNWRITTEN RULES

Gianmario Demuro**

Recebido para publicação em julho de 2005

1. O papel das leis constitucionais não escritas tem sempre sido o ponto central do estudo dos princípios da lei constitucional, e para a análise do funcionamento dos órgãos constitucionais em particular. Para entender a função dos órgãos constitucionais e para manter a ordem e o respeito se tem aceitado que as soluções não podem ser encontradas em todos os casos sem a Constituição escrita e que às vezes é necessário procurá-las para além do texto escrito. Como resultado, normas não escritas são comumente baseadas nos costumes e nas convenções constitucionais, dirigidas ao funcionamento dos agentes constitucionais. Isso ocorre quando a Constituição não prevê, em definição legal um fato ou ato em particular, assim quando a norma é aplicada ao fato ou ato existente na Constituição, mas a norma escrita não está detalhada o suficiente para resolver o caso. A necessidade de interpretação nos leva a distinguir entre assuntos não regulamentados pela Constituição e assuntos já regulamentados embora sejam "casos em aberto dentro da lei": leis que pressupõe a integração e a conclusão da Constituição através das normas não escritas de convenção natural. Há uma distinção entre convenções que são feitas fora da Constituição escrita e as que são derivadas do texto escrito, representando uma interpretação do texto falado. As leis escritas na Constituição estabelecem as fundações das relações do governo institucional e permite outros assuntos – diferentes daqueles que produzem as leis escritas – para completar possíveis omissões. Leis constitucionais dão indicações para os órgãos constitucionais do que é determinado e do que é proibido, mas diz que há infinitas maneiras que são tampouco determinadas ou proibidas, nem são especificamente reconhecidas – há uma área na qual os códigos e dinâmicas de lei aparecem, se não irrelevantes, pelo menos insuficientes. Partindo destes princípios entramos no domínio das normas legais extras, nas quais a necessidade de regular a relação entre assuntos independentes é satisfeita pelo estabelecimento de normas de conduta. Como tem sido eficazmente escrito "o governo da Constituição efetua o processo político, mas não pode determinar a força histórica concreta que move este processo".

2. A tese que eu gostaria de pôr em foco é que as convenções constitucionais

*Sexto Congresso Mundial da Associação Internacional do Direito Constitucional em Santiago do Chile – 12 – 16/01/2004 Constitutionalism; Velhos Conceitos; Novos Mundos – Seminário n 12. Normas não escritas e princípios.

*Texto traduzido por Renata de Moraes Silva

**Professor Titular de Direito Constitucional – Faculdade de Direito da Universidade de Cagliari - Itália.

não têm seu próprio conceito de autonomia, e que são apenas uma pequena parte do mundo das "normas não escritas", que compõe a maior parte da vida social. Eu pretendo, então exemplificar que elas representam nada mais que a persistência de uma relação social que tem interessado outras ciências sociais, da sociologia a economia, da filosofia as ciências políticas. Nesta perspectiva podemos partir da oposição entre a teoria de Von Hayek, da ordem espontânea e a teoria da ação racional de Mancur Olson, ambas possuem como centro de suas análises a conexão entre as normas comportamentais econômicas e as instituições. Estas teorias podem prover instrumentos hermenêuticas que os juristas podem usar para explicar a função das normas materiais no sistema jurídico com a Constituição escrita. De acordo com a teoria de Von Hayek, a ordem espontânea é criada na base da interação das normas espontâneas e das normas legais. Esta é uma interpretação que vê as normas legais, produzidas pela vontade de um indivíduo, desenvolvendo, em virtude da existência normas comuns que foram estabelecidas antes da lei escrita. As normas espontâneas que Von Hayek escreve se refere aos hábitos de pessoas comuns no dia a dia e por isso, são normas tácitas que possuem uma identidade e significado no próprio direito. De maneira semelhante, de acordo com Mancur Olson, a ordem social é automaticamente produzida por ações de interesse de indivíduos racionais. De acordo com essa teoria, os indivíduos não contribuem facilmente e espontaneamente com os bens coletivos, por este motivo as instituições e normas convencionais foram fundadas puramente no cálculo da vantagem pessoal. A sociedade, de acordo com Olson, é feita por indivíduos que trabalham visando seus próprios fins – senhores do direito, mas não pela obrigação – que regulam a relação unicamente nas bases do consentimento baseado na esperança do ganho recíproco. A interação e a interdependência entre estes processos são baseadas na crítica, ambas as teorias, a da escolha racional e da ordem espontânea, apresentam o "novo institucionalismo", que afirma que as instituições nascem da necessidade de cooperação e uma vez estabelecidas, mantém juntos indivíduos que, até certo ponto, harmonizam suas preferências. Desta maneira, de acordo com Mary Douglas, os indivíduos "somente são capazes de tomar importantes decisões sem os limites das instituições criadas por eles". Para resumir "as normas sociais coordenam o esperado resultado" e, desta forma, favorecem a mútua estabilidade destes resultados: a relação entre teoria de escolha racional e a teoria da ordem espontânea é resolvida na intrínseca natureza das normas sociais. Instituições são criadas para propor normas e não por outros propósitos, como quer fazer crer a teoria da escolha racional.

3. Com experiência em "outras ciências" podemos traçar elementos decisivos para a interpretação das normas espontâneas que caracterizam a lei constitucional. Instituições nascem das normas que nem sempre são fruto de uma intencional troca entre indivíduos para maximizar as próprias vantagens, mas surgem da necessidade de cooperação na "pré-construção" de futuras relações sem uma quantidade de normas definidas. Tudo isso acontece, não em um mundo unilateral, mas de uma forma circular: instituições fazem normas e ao mesmo tempo são construídas numa produção própria de lei. Este processo começa com o nascimento das instituições também ajudando a sustentá-las. A análise do Norte D.C., que regula o paradigma de escolha racional, reforça o papel das instituições como sistemas que reduzem a incerteza nas decisões. Normas informais são, na forma norteadora de ver, fundamentais para defi-

nir as instituições, desde que representem as bases para obter a informação, para determinar o comportamento dos participantes em áreas onde as normas formais não podem garantir informação suficiente. Resumindo, normas sociais pré-determinam a solução de conflitos de acordo com os princípios de cooperação definidos pela teoria neo-institucional, são comumente usadas na análise da interação do mundo social da perspectiva "interior" das normas espontâneas da lei constitucional. Usando estes princípios, podemos descrever as convenções constitucionais através da análise legal: normas não escritas existem e são respeitadas quando percebidas como normas de ligação que trabalham num contexto de cooperação. É pela virtude deste contexto que as normas não escritas desenvolvem e é precisamente o contexto que representa a base e o limite das próprias normas.

REFERÊNCIAS

M. DOUGLAS. *How Institutions Think*, Syracuse University Press, 1986.

D.C. NORTH. *Institutions, institutional change, and economic performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

M. OLSON. *Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, 1971.

F. VON HAYEK. *Law, legislation and liberty*, London, Routledge, 1973.

G. ZAGREBELSKY. *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1990.