

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 40 • nº 159

julho/setembro – 2003

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

O ostracismo e os contratos administrativos

Direito e biologia evolutiva

Antonio Carlos do Amaral Maia

Sumário

1. Considerações iniciais. 2. O método. 2.1. *Direito Natural* e *Direito Positivo*: uma pequena história das idéias jurídicas até a *Teoria Pura* de Kelsen. 2.1.1. As idéias jurídicas no Brasil. 2.2. Do positivismo kelseniano. 2.2.1. Filiação do *Positivismo* ao MPCs. 2.3. Antecedentes da integração conceitual. 2.3.1. A integração de conceitos. 2.4. Fundamentos *Naturais* do Direito ou *Direito Natural Darwiniano*. O problema de relativismo cultural. 3. A aquisição de bens e serviços pelo Governo. 3.1. Tendências psicológicas no contrato. O *Altruísmo Recíproco*. 3.1.1. Comportamento dos contratantes no contrato administrativo. 3.2. A estratégia da Administração: a punição do contratado.

1. Considerações iniciais

Problema grave em direito administrativo é o descumprimento contratual, em sua mais ampla acepção, por parte de prestadores de serviços, fornecedores de mercadorias e também de empreiteiros de toda sorte, contratados pelos órgãos da administração pública. É fundamental que exista um arcabouço jurídico capaz de enfrentar a série de questões que gravitam em torno do tema: critérios de escolha e garantias institucionais do contratado, e bem assim a fixação de penalidades para aqueles que descumprem os deveres contratuais, são alguns dos mais sensíveis. É essencial que a lei busque um comportamento de ambas as partes, com vistas à entrega do que foi contratado, isto é, a lei, na interação Contratado vs Estado,

Antonio Carlos do Amaral Maia é Advogado em São Paulo, Especialista em Direito Processual Civil, Universidade de São Paulo. Estagiário do Laboratório de Estudos Evolutivos Humanos, Instituto de Biociências, Universidade de São Paulo.

seja um indutor do comportamento que mais interessa à sociedade, que se convencionará chamar de *comportamento socialmente ótimo*.

As penalidades pela não execução do contrato visam, como de resto todas as penalidades fazem, dois objetivos principais: 1) retribuir ao indivíduo o mal por ele causado à sociedade (pode-se ver este ponto pelo prisma do grupo, que se *vinga* do faltoso, punindo-o), pelo descumprimento das regras da vida social; e 2) induzir o comportamento socialmente ótimo, isto é, utilizar o temor da retaliação do grupo como forma de influir na escolha do indivíduo entre cumprir ou não o contrato e com isso induzir o contratado a executar fielmente o ajuste, aceitando antes da contratação e no curso da interação jurídica com os desagradáveis – e possíveis – efeitos de uma conduta desonesta, que variam desde uma sanção pecuniária até uma proibição de contratar com a Administração pública, colocando literalmente o empresário no *ostracismo*. Nesse ponto, fixar-se-á o foco.

Este artigo buscará enfrentar o problema da punição do contratado, no geral, e da utilização do ostracismo, no particular, como mecanismos capazes de obter o comportamento socialmente ótimo, na interação entre o contratado e o Estado. A análise utilizará como pano de fundo as regras jurídicas existentes, mas, para atiná-las e quiçá aperfeiçoá-las, utilizará a Biologia Evolutiva atual, em sua vasta amplitude de interesses investigativos, como grande fornecedora de conceitos para a compreensão da natureza humana, da ética e do direito, porque assumo que, sem a exata compreensão do comportamento humano, não é possível compreender as regras de convivência social. Sem compreender a história evolutiva do homem, não há como entender o comportamento humano. Essa corrente de pensamento vem ganhando adeptos mundo afora, a partir do final da década de 1970 com os trabalhos seminais de Margaret Gruter e outros que se reuniram em torno do instituto por ela criado.

2. O método

O artigo utilizará um modelo de *integração conceitual* entre as ciências do comportamento como justificativa metodológica para o emprego da Biologia Evolutiva no problema legal apresentado. Há uma dificuldade natural nos trabalhos de integração científica, que é o *trânsito* de conceitos de uma disciplina para outra. Para facilitar a leitura, procurei definir todos os conceitos de Biologia necessários para o desenvolvimento da minha idéia. Os mais simples, como os de gene e mutação, por exemplo, foram tirados de glossários de livros clássicos como os de Ernst Mayr e Edward O. Wilson (1975), enquanto os mais complexos foram intensamente discutidos no curso do artigo e tiveram muitas fontes. Fiz o mesmo em relação ao Direito. As definições mais simples, como as de licitação e contrato administrativo, por exemplo, constam de qualquer manual. Os conceitos mais complexos, como os de *ordem jurídica* e *Estado*, foram profundamente analisados. Nos trechos em que houve tradução sem se identificar o tradutor, a tradução foi feita diretamente por mim.

A utilização do modelo *Darwinista* não é novidade entre nós. Houve pensadores brasileiros do direito que no século XIX defenderam: o direito não existe *isolado*, mas *inserido* em um conjunto de ciências; o homem existe *na natureza* e não *fora*, como sustenta ainda nos dias atuais o MPCs – Modelo Padrão das Ciências Sociais¹, do qual faz parte o positivismo kelseniano, que domina a cena no pensamento jurídico brasileiro atual.

2.1. Direito natural e direito positivo: *uma pequena história das idéias jurídicas até a Teoria Pura de Kelsen*

Antes, porém, de evidenciar o pensamento de Kelsen, vale a pena uma breve *história do pensamento* para que se atine a ciência jurídica em sua dinâmica e as idéias sobre o direito possam ser compreendidas em seu movimento e não de maneira estática.

Para os limites estreitos do que interessa neste escrito, é importante estabelecer um contexto de convivência dialética entre o *direito natural* e o *direito positivo* estatal. Em Roma, tal dicotomia existiu sob o nome de *ius gentium* e *ius civile*. O primeiro era o direito das gentes, sem limitação espacial ou temporal, comum a todos os animais e preocupado com os postulados de *justiça*. O segundo era o direito da cidade, *posto* pelo comando político, marcado pela *utilidade*. A distinção entre eles, que de certa maneira sobrevive até hoje, ficou evidenciada nas Institutas:

“*Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit... Jus autem civile vel gentium ita dividitur: omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur*” (I,1,2,1)².

Em outro trecho do mesmo compêndio:

“*Sed naturalia quidem jura, quae apud omne gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent: ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitatis constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata*” (I,1,2,11)³.

Tal distinção, sob outros nomes, foi notada igualmente na Grécia. Aristóteles percebeu a existência de um *nomikón díkaion*, direito da lei, e um *physikón*, direito natural. Este se aplica em toda parte, enquanto aquele tem eficácia nas comunidades em que é *posto*. Norberto BOBBIO (1999, p. 17) recorda ainda outra diferença tirada do filósofo:

“o direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe inde-

pendentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros. O direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro mas, uma vez reguladas por lei, importa que sejam desempenhadas do modo prescrito.”

A convivência entre os direitos, *natural* e *positivo*, atravessou a idade média. O primeiro, ora em alta, nos períodos de poder clerical, na medida em que expressava a própria *vontade* de Deus (quem mais vige sem limitação espacial e temporal?), ora em baixa, por conta do crescente movimento político de estabilização do Estado e conseqüente *monopolização da produção jurídica*.

A coroação do movimento histórico que levou ao estado como é conhecido hoje, que monopoliza a produção do direito e sua aplicação, poderia conduzir à conclusão de que o direito natural havia chegado ao fim, quando em realidade gozava de boa saúde, a ponto de inspirar os diplomas históricos de direitos *da humanidade* (ARNHART, 1998, p. 2). Não mais como uma *fonte* de direito, mas como influência filosófica poderosa, a pairar sobre o sistema de normas postas, com as idéias de *estado de natureza* e *contrato social*.

É interessante notar que o direito natural da *era moderna* era *teológico*, vinculado a Deus, isto é, estava além do mundo físico, acima do homem. É, pois, uma visão *metafísica* do mundo. A vinculação religiosa colocou o *jusnaturalismo* em cheque no século XIX, quando o positivismo filosófico⁴ – filosofia sobre o que existe, sobre bases comprováveis – passou a ganhar terreno, com as descobertas científicas, em oposição à metafísica do pensamento *jusnaturalista* de então. De certa forma, essas idéias se inverteram, pois o direito natural de hoje se apóia em bases cientificamente comprováveis a partir da idéia de uma *natureza humana*, enquanto o *positivismo* é transcendental.

2.1.1. As idéias jurídicas no Brasil

A história do pensamento jurídico *brasileiro* retrocede até a década de 1830, com a fundação dos primeiros cursos jurídicos, no final da década anterior, embora haja autores que identifiquem, episodicamente, um ou outro pensador colonial. Mas até 1822, o Brasil era colônia de Portugal, de onde provinha grande parte do pensamento jurídico, haja vista a vigência, em território brasileiro, de leis portuguesas até a independência.

A independência do Brasil, no entanto, não alterou grandemente o panorama filosófico dominante. Permaneceu a tradição *jusnaturalista-teológica* vinda da tradição lusitana praticamente até a segunda metade do século XIX, quando surgiu o jurista Tobias BARRETO⁵ (2001, p. 57-112), influenciado pelas idéias de Darwin e Spencer. Um seu colega, Sílvio Romero, chegou a decretar, em 1875, a morte da metafísica.

BARRETO (2001) considerava o homem como inserido na natureza. Chegou a afirmar que o *homem* do direito é o mesmo da zoologia. Tinha uma visão agnóstica. Defendeu a integração das ciências sociais às ciências da natureza e a aplicação da evolução darwiniana ao direito. Sua influência se fez sentir muito depois de sua morte ocorrida em 1889. O *naturalismo* por ele inspirado adentrou o século XX e chegou praticamente vitorioso até os anos de 1930, não obstante divergências periféricas aqui ou acolá, que não o desnaturalaram na essência.

Iniciou-se, então, um período dominado pela metafísica de Miguel Reale, que novamente afastou o homem da natureza e retomou a dualidade kantiana do *ser-dever ser* num primeiro momento e posteriormente acrescentou a idéia de *valor*, que jamais poderia ser obtido da observação dos fatos da natureza, mas sim da *cultura*, como ponte entre o *ser* e o *dever-ser*. Cultura entendida como o *mundo do homem*, que é a fonte de todos os valores, como ente que *é* enquanto *deve ser*. De maneira coerente, sustentou o

isolamento da ciência jurídica ao defender que o estudo *predominantemente* normativo da realidade jurídica, embora sem desconsiderar o aspecto axiológico, é a tarefa empírica da jurisprudência dogmática ou ciência jurídica, enquanto o estudo *predominantemente fático* é cometimento da sociologia, da etnologia e da história jurídicas (MACHADO NETO, 1969, p. 224-225).

2.2. Do positivismo kelseniano

O positivismo reduz o objeto do direito *exclusivamente* às normas jurídicas existentes postas pelo Estado. Em poucas palavras, KELSEN (1979) criou um modelo escalonado ou piramidal de ordem jurídica, em que existe uma hierarquia das regras que se aglutinam, conforme o grau de abstração e de quantidade, mais ao cume ou mais à base. As normas mais concretas e numerosas ficam mais perto da base e quanto menos numerosa e mais abstrata é a norma, mais acima fica até a Constituição, única e muito abstrata.

Os atos administrativos, as sentenças judiciais e os contratos estão no mesmo plano, situados na base da pirâmide (são regras concretas, individuais e ocorrem em enorme quantidade), e por sua vez tiram validade no patamar acima, composto por leis votadas pelo congresso (abstratas, numerosas, embora tenham um tema sempre definido), e estas se fundam no patamar acima, ocupado pela Constituição (a mais abstrata das regras jurídicas postas). Para KELSEN, acima da Constituição, e como fonte de validade desta e, por conseguinte, de toda a ordem jurídica, está uma norma hipotética, *pressuposta* em relação às outras normas jurídicas, que são *postas*. A existência de uma Norma Hipotética Fundamental se restringe a possibilitar que as outras normas existam.

A Norma Hipotética Fundamental tem uma concepção filosófica e muito parecida com a idéia metafísica de Deus. O filósofo Alejandro CABALLERO (2000, p. 217 et seq.), quando inicia a explicação teológica

para justificar a existência de Deus, ensina que *contingente* é o ser que pode existir e não existir, sem que isso signifique uma contradição. Sua existência depende da existência de outro ser, sendo, pois, um ser *existente-de-outro*, que não pode ser, logicamente, causa de outro ser *existente-de-outro*, porque não é causa da sua própria existência. Pode ser, no máximo, uma causa segunda, porque coloca condicionamentos naturais aos quais relativamente se subordina a existência do outro, mesmo que o efeito principal não lhe possa ser atribuído. Chama-se *contingencialidade* a qualidade essencial de qualquer existente que possa não existir.

O conjunto de seres existentes contingentes que de fato existem é único e real e carece de razão existencial suficiente dentro de si mesmo. Isso equivale dizer que um sistema composto de seres *existente-de-outro* não encontra fundamento de validade nele mesmo, necessitando de uma causa externa. Intuitiva a existência de um ser que exista sem depender de outro, um ser *existente-de-si*, necessário e suficiente para explicar a existência de todos os seres existentes contingentes – *transcontingencialidade* dos contingentes. O simples existir dos seres contingentes, ainda que não necessário individualmente, indica a existência de um outro ser, que não pode existir da mesma maneira que eles (os seres contingentes), mas que deve com certeza existir. A *transcontingencialidade revela* a existência de Deus, que é um ser *existente-de-si*, incausável, enquanto todas as criaturas são *existente-de-outro*, portanto, causadas.

O paralelo entre a explicação de Deus e da Norma Hipotética Fundamental mostra que a abordagem metafísica é a abordagem kelseniana. Qualquer norma jurídica que existe, posta no ordenamento, pode não existir, sem contradizer a ordem jurídica, sendo, pois, contingente. Da mesma forma, toda e qualquer norma jurídica positiva atua somente como causa secundária, condicionante acidental da existência de outras, porque não podem ser causas nem delas mesmas. De volta a

KELSEN (1979, p. 273): “uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo...mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma norma fixada por uma norma fundamental”.

Se a norma não vale em si mesma, isto é, por seu próprio conteúdo, sua existência pressupõe a existência de outra, ou seja, é um ser *existente-de-outro*. A criação de um ser *existente-de-outro* por outro *existente-de-outro* não é um processo infinito. Existe um limite lógico. A *contingencialidade* é, destarte, característica de qualquer norma jurídica posta.

Da mesma forma, uma ordem jurídica positiva é um conjunto de normas positivas contingentes, que existem e poderiam não existir. Portanto, carecem de fundamento nelas mesmas. Necessitam de uma norma *pressuposta*, isto é, de uma norma *existente-de-si*. De volta a KELSEN (1979, p. 275):

“Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo de criação do Direito positivo”.

A postulação que haja uma norma única, suficiente e necessária, para possibilitar a existência de outras normas contingentes – *transcontingencialidade das normas contingentes* – é em si *reveladora*, porque cada uma e todas as normas, por existirem simplesmente, manifestam a existência de outra norma *pressuposta*, que não pode existir da mesma maneira que elas que são *postas*, mas que deve, absolutamente, existir. A *transcontingencialidade das normas positivas revela* a Norma Hipotética Fundamental, razão suficiente e última de toda a ordem jurídica.

Isso poderia conduzir a uma equivocada interpretação de que essa Norma Hipotética Fundamental (Grundnorm) iria além

do texto escrito e consagraria *valores* meta-jurídicos, como ponto de partida para a ordem jurídica positiva:

“aqui permanece fora de questão qual seja o conteúdo que tem esta Constituição e a ordem jurídica estadual erigida com base nela, se esta ordem é justa ou injusta; e também não importa a questão de saber se esta ordem jurídica efectivamente garante uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ela constituída. Na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao Direito positivo” (KELSEN, 1979, p. 278).

A ciência do direito se circunscreve à análise das normas jurídicas postas, isto é, regras de conduta produzidas pela vontade humana, institucionalizada ou não. O estudo do fenômeno jurídico deve ser feito em termos de *validade* da norma, isto é, sua *existência* no mundo jurídico escalonado, o mundo das normas jurídicas, umas em relação às outras. Dessa forma, analisar as regras jurídicas de acordo com o modelo *puro* significa analisar o mundo das regras tendo como preocupação apenas sua coerência sistemática interna, sem qualquer consideração com aspectos *metajurídicos*. Se, por um lado, cria-se um sistema absolutamente lógico e inexpugnável, por outro, o próprio sistema se basta e desconsidera qualquer preocupação com eficiência ou utilidade. As análises são *formais*, logicamente precisas, mas não acodem questão alguma. Para KELSEN, existe uma conexão entre o direito e outras disciplinas, *v.g.* psicologia, sociologia, ética e ciência política, considerada a semelhança de objetos estudados. Entretanto, tal conexão deve ser sublimada para “evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza de seu objeto” (1979, p. 18).

A *pureza do direito* requer que KELSEN localize o homem *fora da natureza*. É emblemática a distinção que fez entre ciências

sociais e ciências naturais. Para ele, estas últimas são ciências *causais*, isto é, seu método explica o objeto estudado em relações de causa e efeito, enquanto aquelas são *impositivas* e dependem, portanto, de uma formulação consciente, um ato humano de vontade criadora, um *quid* impositivo, além da causalidade ocorrente na natureza.

Assim, as normas prescrevem uma conduta em termos de *dever ser*, num mundo hipotético, ideal, diferente do mundo físico, onde ocorrem os fatos, as condutas humanas, que *são*. A dualidade *dever ser-ser* cria uma carapaça isolante entre o mundo do direito (*dever ser*) e o mundo dos problemas interpessoais do agrupamento humano (*ser*), cujas soluções, em última instância, o direito visa. A contraposição *homem-natureza* é antecedente lógico do método da *pureza*, que é, destarte, *dualista*.

O formalismo da concepção e a necessidade de *isolar* o direito evidenciam preocupação apenas com a coerência interna do sistema e aproximam o Direito de uma anedota: conta-se que dois homens estavam perdidos num balão e de repente avistaram um indivíduo andando numa estrada. Fizeram baixar o balão e perguntaram ao viajante: – Onde estamos? O pedestre olha o balão com ar compenetrado e após alguns instantes de meditação responde: – Vocês estão num balão! Desanimado, um balonista conversa com o outro: – Este sujeito deve ser advogado, porque pensou para falar, disse algo absolutamente correto e que não serve para nada. Da mesma forma, a teoria pura é um sistema jurídico logicamente irreprensível, fruto de meditação e indiferente à utilidade.

2.2.1. Filiação do positivismo ao MPCs

Da análise do modelo proposto por KELSEN avulta a contraposição dualista entre *homem* e *natureza*. Maneira oposta de pensamento considera o homem como parte da natureza. Se o dualismo isola a ciência, o monismo insere as ciências sociais nas ciências do comportamento humano, estas

intensamente influenciadas pelas observações da Biologia Evolutiva.

O positivismo jurídico dualista é parte de um movimento de idéias em ciências sociais batizado de SSSM⁶ (Social Sciences Standard Model), ou em sua versão abrigada MPCs (Modelo Padrão das Ciências Sociais), que se fundamenta na máxima: *Omnis cultura es cultura*. Da mesma forma que o modelo kelseniano, o MPCs é formalista em sua concepção. Valoriza o isolamento metodológico, a coerência interna do sistema conceitual, mas é indiferente à utilidade.

Emile DURKHEIM (apud COSMIDES; TOOBY, 1992), contemporâneo de Kelsen, excluiu a miscigenação metodológica na sociologia, quando afirmou que os fenômenos sociais formam sistemas autônomos, somente explicados por outros fenômenos sociais. Declarações semelhantes podem ser lidas em disciplinas como antropologia e economia, por exemplo, e reafirmam a existência de um padrão recorrente de isolamento.

COSMIDES e TOOBY (1992) enumeram os passos rumo ao isolamento metodológico das ciências sociais. Inicia-se com a constatação que não há uma variação genética importante entre os bebês das populações humanas, em termos de potencial de desenvolvimento. Não obstante, desenvolvem-se como adultos, que vivem em diferentes culturas, dotadas de hábitos e comportamentos muito variados. O *gap* entre a herança genética *constante* e as organizações culturais *variáveis* não se explica naturalmente e mostra que a *natureza humana*, isto é, a estrutura mental adaptada do homem, não pode ser a causa da organização mental dos adultos, do sistema social, da cultura, da mudança histórica, da produção de regras de conduta. Os complexos comportamentos dos adultos não existem nas crianças, que os *adquirem* de fonte externa, quando se desenvolvem. Portanto, os fenômenos culturais não são hereditários. São adquiridos, sem exceção.

Para o MPCs, a cultura *cria* o indivíduo, isto é, o *fenômeno* social preexistente molda o homem. No mesmo diapasão, a ciência jurídica considera que os *atos* praticados no mundo dos fatos somente entram no mundo jurídico quando existe uma norma jurídica *preexistente* que lhe confere *significação*. KELSEN (1979, p. 18 et seq.) exemplifica que um ato pode assumir vários significados no mundo real, mas apenas um no mundo jurídico.

Entretanto, não param por aí as semelhanças. Se foi a cultura que *criou* o indivíduo, o que então criou a cultura? Essa pergunta, elementar em qualquer das ciências sociais, também é feita em direito e é a pergunta cuja resposta leva à necessidade de uma Norma Hipotética Fundamental, que somente pode ser entendida num contexto normativo contingente. Para DURKHEIM (apud COSMIDES; TOOBY, 1992) a criação da cultura não passa pelos indivíduos, que podem desaparecer sem que a sociedade desapareça. Assim como a Norma Hipotética Fundamental, cuja existência se revela pela transcontingencialidade das normas contingentes, a cultura é algo *sui generis*, que existe mediante um processo de transcontingencialidade de fatos sociais, cujas determinantes se encontram no nível do grupo. A partir daí, a cultura somente pode ser explicada em termos dela mesma *Omnia cultura ex cultura*.

Esse vetor de pensamento do MPCs irradia em várias das ciências sociais. Em história, diz-se que *os únicos antecedentes de um fenômeno histórico são outros fenômenos históricos*. DURKHEIM era enfático ao dizer que a causa determinante de um fato social deve ser vista em outro fato social, ou quando afirmava que um fenômeno no nível sócio-cultural somente poderia ser explicado por outro fenômeno no nível sócio-cultural. Para KELSEN (1979, p. 20) “A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a significação jurídica de uma outra norma”.

A ordem social para KELSEN (1979, p. 48 et seq.), assim como para DURKHEIM, (apud COSMIDES; TOOBY, 1992, p. 25 et seq.), é caracteristicamente *coercitiva*, pois se funda na desproporção de forças entre o indivíduo e o mundo social poderoso. Em outras palavras, os indivíduos devem obedecer às normas de conduta, sob pena de sofrerem um *mal*, isto é, uma sanção. Nota-se que ambos imaginaram um sistema coercitivo de fora para dentro.

Poderiam ser arremetidas outras tantas semelhanças entre o positivismo jurídico e o modelo padrão das ciências sociais. Entretanto, é suficiente o apanhado feito até aqui, para mostrar o quão pernicioso tem-se mostrado o isolamento metodológico que as ciências sociais se impuseram e com isso realçar as vantagens de um modelo de integração conceitual.

2.3. Antecedentes da integração conceitual

O afastamento do homem da natureza, em qualquer estudo preocupado com a espécie humana, não se sustenta no ambiente das descobertas científicas ocorridas a partir de meados do século XIX, que redundaram num modelo teórico confiável, que justifica, cientificamente, uma linha de causalção, desde o *big bang* até os dias atuais. Essa constelação conceitual abriga a fabulosa elaboração de Darwin, o que possibilitou a *localização* do homem na natureza, sua teia evolutiva. Mais do que isso, foi possível afirmar que o *Homo sapiens* evoluiu de outro ser. As características humanas são, pois, *produtos* da seleção natural e da adaptação genética.

O conjunto dos livros de Darwin⁷ e outras obras publicadas imediatamente após *A origem das espécies* rapidamente conquistou adeptos na Biologia. Disciplinas foram criadas ou renovadas a reboque dessa obra genial, numa autêntica *revolução* científica. O impacto foi sentido, igualmente, nas ciências sociais, a partir do argumento de que o homem que vive na sociedade é o mesmo da zoologia.

O primeiro movimento intelectual de integração de conceitos das Ciências Sociais com a Biologia foi formado a partir da obra de Herbert Spencer e T. H. Huxley. Ficou conhecido como *Darwinismo Social*. A errônea concepção da natureza⁸, não do próprio Darwin, mas dos adeptos dessa corrente, permitiu interpretar-se a seleção natural de modo a justificar a *lei do mais forte* e aceitar como iminentes e, portanto, legítimos, os comportamentos egoístas do homem.

Coube a Peter KOPROTKIN, o anarquista, que foi também grande naturalista e geógrafo, desacreditar o *Darwinismo Social*, a partir da própria observação da natureza. Com efeito, seguiu-se em 1902 a publicação do livro “Ajuda mútua”, em que narrava muitos exemplos de cooperação entre os animais. Para ele, rara era a luta sangrenta pela sobrevivência. KOPROTKIN venceu a batalha, muito em razão da fragilidade conceitual da teoria da evolução, naquele momento. Não importa. Foi o suficiente para afastá-la do pensamento nas ciências sociais por um longo período, pelo menos até que a idéia de cooperação fizesse sentido do ponto de vista da Teoria da Evolução.

O *Darwinismo Social*, como escola, fracassou, mas a Teoria da Evolução, não. Ao contrário, floresceu até o ponto de tornar-se realmente útil à compreensão do comportamento humano. Os biólogos do início do século XX, entretanto, escaldados com a polêmica *sócio-darwinista*, limitaram a pesquisa da evolução aos aspectos físicos dos animais, a despeito de DARWIN ter, em seus últimos livros, preconizado a aplicação das regras da seleção natural também ao comportamento, quando se dedicou à expressão das emoções e também quando tratou da iniciativa sexual, entre outros tópicos.

Os biólogos dos anos de 1900 não podiam fazer muito mais em defesa de uma explicação darwiniana dos fenômenos sociais, porque a evolução, como teoria abrangente, estava também em cheque, em razão da descoberta dos estudos de Mendel, os

quais permitiram uma explicação segura da hereditariedade, naquele momento diferente da *intuída* por Darwin. Sem embargo de ser hoje em dia uma forma de explicar precisamente os mecanismos envolvidos na evolução, de início, a genética lançou sombras quanto à correção científica das idéias de Darwin⁹.

Progressos científicos¹⁰ ocorridos entre o início e a metade do século XX conduziram a um *consenso* entre a genética e a evolução, que saiu fortalecida do combate. Ernst MAYR (1999) explica que essa “*síntese*” de teorias aparentemente opostas, por ele chamada de *Segunda Revolução Darwiniana*, foi possível a partir de uma Genética que considera a interação com o meio ambiente e se interessa não somente por *indivíduos*, mas também por *populações*.

Tamanha vinculação entre a Teoria da Evolução e uma Genética de Populações, disciplina que se estabeleceu a partir da *síntese* dos até então opostos, deu lugar a um interessante sinônimo atual daquela disciplina: a *Biologia Evolutiva*. O estabelecimento da Genética de Populações, nos anos de 1950, nova disciplina, revigorada por conceitos precisos, testados empiricamente, forneceu o caminho para que a Biologia retomasse o interesse por investigar o comportamento.

O naturalista norte-americano E. O. WILSON (1995), hoje uma celebridade mundial, estava iniciando sua vitoriosa carreira de professor na Universidade de Harvard, quando aceitou orientar Stuart Altmann, em 1956, para uma tese sobre o comportamento social de macacos *rhesus* de Porto Rico. A princípio, a Universidade tinha dúvidas até mesmo se o tema pretendido pelo candidato pertencia à Biologia. O comportamento de primatas em condições naturais permanecia virtualmente desconhecido em 1955.

WILSON conta que, ao desembarcar em Cayo Santiago, nada sabia sobre o comportamento social de macacos e o que viu impressionou-o: ordens de dominância sofisticadas, alianças, vínculos de parentesco,

disputas territoriais, desafios e exibições, além de intrigas enervantes. Percebeu o ranking de machos pela maneira que andavam. Aprendeu a aferir a magnitude de medo, submissão e hostilidade, a partir de expressão facial e postura do corpo. Nas noites de Porto Rico, pensava numa disciplina científica que sintetizasse o comportamento social de todos os animais e já tinha inclusive um nome para ela: *Sociobiologia*.

Naquele momento, entretanto, não havia observações de animais sociais o suficiente para uma *nova síntese*; sequer havia alguma observação. A retomada da tradição Darwinista, reforçada pela Genética de Populações (*síntese*), permitiu que surgisse um novo campo de investigação científica, no final dos anos de 1950 e início dos anos de 1960, a *Etologia*. O surgimento desse novo campo de investigação, dotado de metodologia própria, francamente influenciado pela Biologia Evolutiva, permitiu muitos estudos baseados na observação de comportamento, em praticamente todos os animais que vivem agrupados. A massa crítica de *comportamentos sociais observados* possibilitou as primeiras incursões teóricas rumo à extração de conceitos genéricos, isto é, conceitos que pudessem explicar os comportamentos recorrentes em todos os grupos. A simples observação e a descrição do que foi observado não atendia esse propósito. Era imprescindível um campo de investigação que pudesse obter das observações regras abstratas capazes de explicar as bases biológicas do comportamento social.

Uma *nova síntese* da observação do comportamento animal iniciou-se na década de 60, com W. D. HAMILTON, em monografia sobre a seleção baseada no parentesco, denominada “*A Evolução genética do comportamento social*”, em que foi fixado o conceito de “*Adequação Adaptativa Global (Inclusive Fitness)*”, que será brevemente explicado. A Teoria da Evolução tradicional baseia-se no mecanismo da seleção natural, o qual só permite a sobrevivência do mais apto, isto é,

daquele que se reproduz com mais *eficácia*. A capacidade de um indivíduo transmitir seu patrimônio genético é medida pelo número de descendentes (filhos, netos etc.) e se chama *Adequação Adaptativa (fitness)*. A evolução favorece a sobrevivência e reprodução do indivíduo, retendo aquilo que permite uma melhor interação com o meio. Essas interações constituem o modo de vida dos indivíduos. Entendê-las é um grande desafio para a Evolução. Não é diferente quando a interação envolve outros indivíduos no comportamento social. A idéia da *fitness*, centrada que estava no indivíduo, impossibilitava uma explicação biologicamente coerente para os comportamentos sociais, que se caracterizam mais por abnegação do que por egoísmo, embora este seja um comportamento nada desprezível.

No entanto, para o indivíduo, as vantagens da sociabilidade aumentam as chances de sobrevivência, reprodução, e com isso o índice de *Adequação Adaptativa Global (Inclusive Fitness)*, que mede a influência do comportamento de um indivíduo sobre a capacidade de reprodução de seus outros parentes *além dos descendentes diretos* (irmãos, primos etc.)¹¹. Quando o modo de vida social aumenta a *Adequação Adaptativa Global* de um indivíduo, garante-lhe uma maior probabilidade de perpetuar o seu patrimônio genético.

O estabelecimento desse conceito possibilitou a explicação do altruísmo na natureza, a partir de uma perspectiva de seleção natural. Altruísmo biológico é o comportamento que procura um benefício para outros organismos a um custo reprodutivo imediato para o altruísta (TRIVERS, 1971). Por óbvio que o altruísmo recíproco não pode ser explicado sob a lógica individualista da *fitness*, o que era um obstáculo sério para a compreensão da vida em sociedade pela ótica da Biologia. Viu-se acima como foi fácil minar o *Darwinismo Social*, com a constatação de que a natureza era composta mais por altruístas cooperadores que egoístas sanguinários. Mas, a partir da expli-

cação do fato *agrupamento*, pelo conceito biológico de *inclusive fitness*, isto é, que o comportamento cooperativo necessário para a vida em grupo aumentava a chance reprodutiva de todos do grupo, foi possível retomar um estudo social-biológico. Uma observação atenta mostra o quão adaptativo, sob o prisma da *inclusive fitness*, é o comportamento altruísta, e o *custo* que de fato está na base do comportamento em sociedade – pois não há sociedade sem o sacrifício individual – é largamente recompensado pelo sucesso ecológico das espécies que vivem agrupadas.

Outras obras fundamentais, dedicadas a uma *teoria geral* do comportamento social, seguiram-se. É notável a monografia de Robert L. TRIVERS (1971), sobre a “*Evolução do altruísmo recíproco*”, no início dos anos de 1970, que ampliou a compreensão de cooperação entre os seres para além dos limites do parentesco. A extração de regras abstratas do comportamento animal, em especial a *Inclusive Fitness*, tornaram possível uma *nova síntese*, empreendida por E. O. WILSON (1975), com o lançamento de *Sociobiology: the new synthesis*. Esse autor, famoso por pesquisas de sociedade de formigas, empreendeu um trabalho de fôlego para unificar todo o conhecimento angariado em tema de comportamento social de todos os animais, inclusive o *Homo sapiens*. Estava criada a Sociobiologia, como um ramo da Biologia.

O estabelecimento da Sociobiologia, definida por seu próprio fundador como *o estudo sistemático das bases biológicas de todo comportamento social* (WILSON, 1975, p. 4), como disciplina científica permitiu que se compreendesse o comportamento social humano, como o comportamento do animal humano, largamente influenciado por toda a sua história evolutiva, sem negar a importância da grande variação do *significado*. O homem está colocado novamente na natureza e a vasta ciência do comportamento, a influenciada pela Biologia Evolutiva, pronta para fornecer os conceitos necessários a uma abordagem integrada do direito.

2.3.1. A integração de conceitos:

A *integração conceitual* é um princípio de investigação científica. Propõe que várias disciplinas contidas nas ciências sociais e do comportamento tornem-se mutuamente coerentes e coerentes com o que é conhecido nas ciências naturais também. Estas últimas já adotam entre elas uma *visão* integrada dos fenômenos. As ciências naturais são coerentes entre si e compreendem-se como contínuas. O processo de unificação do conhecimento não é exatamente uma novidade. Descortinou-se a partir do Renascimento, mas se intensificou no último século.

O MPCs e o positivismo Kelseniano negam a importância da *natureza humana* e compartilham o isolamento metodológico. A *pureza*, no entanto, é a causa do lento progresso das ciências sociais como um todo. Não há cooperação entre os cientistas das diferentes disciplinas, que não se dispõem sequer a unificar conceitos que descrevem a mesma realidade. A unificação não é uma exigência lógica somente. É ainda uma necessidade real para o cultivo das ciências sociais, porquanto não há nada mais pernicioso para as ciências do que mantê-las isoladas. A integração conceitual apóia-se fortemente na premissa de que há uma natureza humana universal, que existe – em princípio – no nível de mecanismos psicológicos e não de comportamentos culturais específicos.

O direito tem uma *utilidade*, não negada sequer por Kelsen, e essa utilidade consiste em influenciar o *comportamento humano* na vida em sociedade, isto é, na interação de um indivíduo com outros indivíduos. O direito deve ter uma finalidade prática que o legitime. Não deve ter uma vivência ideal. O dia-a-dia das pessoas é repleto de direito. As pessoas, na maioria das vezes, cumprem as leis, não por temerem a repreensão – até porque a imensa maioria das pessoas não sabe o conteúdo das leis. Então *por que as leis são obedecidas?* As pessoas obedecem às leis mesmo não sabendo exatamente o que dizem elas. As pessoas, ainda quando

conhecem a lei, podem optar por não se comportarem com o que ela prescreve. Então uma segunda pergunta, decorrente da primeira e tão importante quanto esta, se coloca, o que *faz com que as pessoas comportem-se de acordo com o pretendido pela lei?*

Tais perguntas escondem complexidade não alcançada pelo positivismo jurídico, que nada considera além do escrito no texto da lei. Mas para quem pensa o direito como parte da vida do homem as perguntas são relevantes. As respostas, no entanto, somente podem ser obtidas com a utilização de *integração conceitual*, porque o *fenômeno* jurídico ocorre num algoritmo muito amplo que envolve todo o comportamento humano. Para captar o fenômeno jurídico em sua integridade e com isso obter do direito mais eficiência como instrumento sócio-adaptativo, é necessário pensar o direito como um *todo mental*, o que exige a compreensão de ciências diversas como Ecologia Comportamental Evolutiva, Psicologia Evolutiva, Neurociências, Biologia Evolutiva, Teoria dos Jogos entre outras.

O direito vive em representações e significados que se passam na *mente*, isto é, nas estruturas cerebrais. Essas estruturas processam informações por meio de um mecanismo localizado no sistema nervoso. O direito ocorre em estruturas neurais preexistentes, que se desenvolveram como *adaptações*, resultantes de um processo de seleção natural, através do tempo, em *Ambientes Ancestrais*.

Ambiente Ancestral é o ambiente ecológico de caçadores-coletores do Pleistoceno. As instituições hoje existentes, tais como agricultura, governo, polícia, transporte etc., surgiram nos últimos milhares de anos, período de tempo ínfimo se considerados os 2 milhões de anos em que o cérebro se desenvolveu na cabeça de ancestrais caçadores-coletores do Pleistoceno, que se casavam, que tinham família, que viviam em pequenos grupos, que tinham regras *éticas* de convivência, que dividiam a caça, que faziam alianças etc. As complexas estruturas cere-

brais não surgiram no curto período de tempo que se conhece por *história*, que em termos biológicos representa apenas umas poucas gerações.

De fato, as mudanças adaptativas ocorreram lentamente e se deram antes do início da história. Evidências fósseis de um *design pan-humano* mostram uma longa trajetória de caçadores-coletores. Se a seleção natural tivesse desenvolvido os complexos mecanismos mentais durante o período *histórico*, haveria diferenças físicas significativas entre os povos que *passaram* pela agricultura nos últimos milhares de anos e povos que até *recentemente* dedicavam-se à caça e coleta, o que não ocorre.

Coerentemente, as características funcionais complexas da mente humana se desenvolveram como *respostas* às exigências do estilo de vida de caçadores coletores, mais do que dos dias de hoje. Em outras palavras, quando a mente humana dá respostas ao mundo – como no cumprimento de um contrato, p. ex. –, *o mundo* significa o mundo do Pleistoceno; respostas que funcionam como uma informação processada por um determinado *software*, instalado na mente humana com programação voltada para o tempo ancestral.

Os cientistas do comportamento, se quiserem entender a *funcionalidade* da mente humana, devem saber como os nômades viveram. Isso não significa dizer que comportamentos gerados por mecanismos que se adaptaram a um mundo antigo sejam adaptativos no mundo de hoje (COSMIDES; TOOBY; BARKOW, 1992). Como mudam os ambientes, dentro dos limites fixados pelas características da espécie, o comportamento de pessoas muda. Tais mudanças têm resultados diferentes. Esses resultados são largamente determinados pelas estratégias adotadas pelos indivíduos e pelos grupos (GRUTER, 1991, p. 19-20).

O formato das estruturas cerebrais e as funções que tais estruturas desempenham são cruciais para a vida do homem em sociedade. As estruturas mentais, que corporifi-

cam informações de toda a sorte e processam a resposta veiculada num comportamento, são localizadas e conhecidas. Essas estruturas dedicam-se a fornecer *sociabilidade*, isto é, respostas esperadas por outros indivíduos nas interações sociais. A neurologia forneceu a prova decisiva da existência de bases físicas do comportamento social e das regras de comportamento *interindividual*, pois, na medida em que resultam de uma biogênese, podem ser observados empiricamente (KIRSCH, 1993). O estudo de pessoas que tiveram acidentes ou doenças que danificaram parcialmente o cérebro foi a prova definitiva, pois permitiu que se vinculassem *regiões* cerebrais a comportamentos específicos, que se alteravam ou desapareciam quando danificada tal região. Por óbvio que as reações dos acidentados aos seus infortúnios, que alteraram dramaticamente o comportamento de até então, devem-se às alterações físicas das estruturas danificadas e não a uma *tradição cultural, histórica ou social* de pós-acidentados serem diferentes, mudarem o comportamento.

O conhecido neurologista Antônio DAMÁSIO (1993) narra casos de pessoas que tinham uma vida socialmente integrada, cumpriam as leis, respeitavam as convenções sociais até que um evento – doença ou acidente – comprometesse apenas algumas partes do cérebro e não outras. É famoso o ocorrido com EVR, cujo comportamento social se deteriorou após uma lesão cerebral, ocasionada por uma cirurgia de retirada de um tumor benigno, situado no córtex frontal dorsolateral. Antes da lesão, ocorrida quando EVR tinha 35 anos, ele era ativo no domínio de convenções sociais. Após seu infortúnio, EVR manteve a mesma – e alta – inteligência (135 pontos de QI), porém nunca mais conseguiu manter-se empregado, nem se mostrou capaz de planejar atividades, decidir entre um restaurante ou outro etc. A deficiência em sua capacidade de decidir o que é bom ou ruim para os seus interesses está de alguma forma ligada aos comportamentos sociais. Falta-lhe o sentido do

que é *socialmente* apropriado (DAMÁSIO, 1993, p. 116).

Mas não é possível justificar o *déficit de sociabilidade* de EVR com base na deterioração da inteligência, da memória, de linguagem ou de percepção, que ficaram preservadas. As lesões do tipo das sofridas por EVR inibem o funcionamento de alguns dos muitos elementos cerebrais envolvidos na tomada de decisão. A perturbação física pode causar falhas na *representação* de conseqüências futuras de cada uma das decisões possíveis. Os indivíduos do *tipo EVR* tornam-se incapazes de elaborar uma linha de conduta apropriada, porque não conseguem *representar* as informações adequadamente (DAMÁSIO, 1993, p. 117).

Por fim, vale a lembrança de que a integração de conceitos não é um mecanismo de *um para um* (GRUTER, 1991, p. 21), isto é, um comportamento corresponde a uma necessidade biológica. Tampouco a integração de conceitos significa que todos os cientistas, de todas as áreas, digam a mesma coisa, mas que as coisas ditas sejam *compatíveis* entre elas ou que pelo menos as incompatibilidades sejam sublinhadas. *A expressão* (integração de conceitos) *significa que o que é exigido é sempre um leque de explicações que se complementem nos diversos níveis de análise que sejam todas mutuamente compatíveis. Assim, coloco como exigência que qualquer explicação sociológica de ética seja compatível com as teorias psicológicas da ética, e que estas sejam compatíveis tanto com neurociências como a biologia da evolução* (BARKOW, 1993, p. 85).

2.4. Fundamentos naturais do direito ou direito natural darwiniano. O problema do relativismo cultural

Até hoje sobrevivem as idéias fundamentais do direito natural. Os postulados aristotélicos de *universalidade do direito, sobrevivência no tempo e conteúdo preocupado com a justiça* não desapareceram do pensamento jurídico.

O direito natural de agora não se apóia na idéia de Deus, mas sim de uma natureza

humana profundamente vinculada com sua história ecológico-evolutiva. Um *novo direito natural* está apoiado em bases conceituais de outras ciências do comportamento, notadamente a Psicologia Evolutiva e a Biologia Evolutiva, enquanto o positivismo de hoje é metafísico, no sentido de que coloca o direito como manifestação cultural e a cultura como fruto do pensamento humano, e, portanto, contraposto à natureza.

Alguns filósofos chegaram a observar um dilema dificilmente superável, pois se a concepção teleológica de universo deve ser recusada pelos modernos padrões científicos, da mesma forma deve ser recusado o direito natural aristotélico. Tal dilema, em realidade, não chega a ocorrer. Com efeito, os fundamentos *biológicos* da obra de Aristóteles não são desmentidos pela moderna ciência, que antes os confirma: inclinação para a vida em grupos, forte vinculação entre pais e filhos. Assim, não há qualquer incompatibilidade em aceitar o moderno patrimônio científico e o direito natural aristotélico (cf. ARNHART, 1998).

O comportamento social tem bases biológicas, a partir de um *corpo humano universal*. As regras de convivência social são mecanismos psicológicos sócio-adaptativos necessários ao sucesso reprodutivo do grupo como um todo (*inclusive fitness*). O direito é, nessa perspectiva, uma necessidade. DAMÁSIO (1993) vincula a *tomada de decisões no quadro social* à sobrevivência do organismo. GIBBARD (1993) sustenta que mecanismos psíquicos geneticamente programados que dão suporte físico para um *estado de aceitação de uma norma* se desenvolveram por pressões seletivas visando cumprir tarefas favoráveis à reprodução. De qualquer forma, é certo que existe uma base biológica universal para o comportamento, que favorece o comportamento socialmente ótimo. As coisas que fazem bem evolutivo para o grupo humano, através das gerações de indivíduos, são nucleares: cooperação, altruísmo recíproco, simpatia, nepotismo, entre outros, que funcionam como programas

já instalados nos centros neurológicos de processamento de respostas sociais. Estudos com primatas não humanos demonstram que esses estados mentais favoráveis ao cumprimento de regras sociais existentes nos homens são fruto de uma continuidade evolutiva que vem desde um ancestral comum e antigo (WAAL, 1996; FLACK; WAAL, 2000).

Nos humanos, a capacidade de produzir significados complexos não desnaturou a capacidade de decisão entre o certo e o errado, que permanece invariável; eis por que o cumprimento de uma obrigação contratual – cooperação – é esperado em qualquer agrupamento humano. A variabilidade de significados produzidos a partir do núcleo de *sentimentos morais* decorreu da interação dos diferentes agrupamentos com os diferentes ecossistemas, mas de maneira nenhuma desmente um padrão moral recorrente, um senso de justiça universal, fundado em complexos mecanismos biológicos de que os seres humanos compartilham (cf. MCGUIRE, 1992).

A capacidade físico-jurídica humana implica que não haja diferença significativa entre as ordens jurídicas. Por mais que os sistemas jurídicos pareçam díspares nas muitas sociedades, em nenhum lugar do mundo o inquilino que não paga o aluguel é aplaudido. De fato, em qualquer lugar do mundo, ele é despejado. Nos EUA, os atos para desocupação do imóvel são praticados pelo Sherif, que atua sem uma prévia ordem do juiz. No Brasil, o despejo é precedido de uma ordem judicial, após um processo em que o inquilino é ouvido. A ordem é executada por um funcionário do tribunal.

Esse exemplo mostra mais semelhanças que diferenças entre os direitos norte-americano e brasileiro. Embora haja variações nos modos de exigência do cumprimento do contrato de locação ou na maneira em que se dá a punição do inquilino transgressor, o fato é que há uma recorrência aí inserida: em todas as culturas – quaisquer que sejam elas –, espera-se que os contratos sejam cum-

pridos. Daí a existência de leis ou costumes que sancionam o comportamento contratual faltoso. A semelhança de causas da existência de uma lei que determine o despejo do inquilino faltoso se deve a uma noção universal do que é *certo* e *errado*, uma força motriz a promover o comportamento altruísta.

Um dos argumentos favoritos dos positivistas jurídicos para negar a existência de um direito *natural* é o *Direito Comparado*. Essa disciplina estuda semelhanças e diferenças entre os sistemas jurídicos dos povos. A comparação de ordens jurídicas desnudaria a falácia de um *direito universal*. Trata-se de erro de perspectiva, porque o foco se dirige a *diferenças* e não a *semelhanças*. As diferenças observadas são superficiais. Decorrem de fatores acidentais, localizados: a *organização burocrática estatal*, p. ex., como no caso da ordem de despejo ser executada por um xerife ou por um oficial de justiça. Contrariamente, as semelhanças são profundas, fundamentais e geralmente se explicam por fatores ligados à sobrevivência e reprodução.

Os antropólogos não descreveram qualquer agrupamento humano sem a existência e imposição de regras de conduta social (HENDRY, 1999, p. 148). Esse comportamento jurídico é compatível com observações antropológicas que descreveram inúmeros outros traços de comportamento comuns a todos os agrupamentos humanos, de alguma forma realçando a *universalidade*, que é um pressuposto do que se pode chamar de uma *natureza humana*.

E. O. WILSON (1995, p. 332-333) coloca a questão desta maneira:

“Seres humanos herdaram uma propensão para adquirir comportamento e estrutura social, uma propensão que é dividida por pessoas em número suficiente para ser chamada de natureza humana. Os traços definidores incluem a divisão de trabalho entre os sexos, ligação entre pais e filhos, altruísmo elevado em direção a paren-

tes mais próximos, proibição do incesto, outras formas de comportamento ético, suspeita de estranhos, tribalismo, ordens de dominância dentro dos grupos, dominância masculina, e agressão territorial em razão de recursos limitados. Embora as pessoas tenham uma vontade livre e a escolha de virar em muitas direções, os canais de seu desenvolvimento psicológico são nada obstante – contudo, muitos desejam de outra forma – inclinados mais profundamente pelos genes em certas direções do que em outras. Assim, enquanto as culturas variem imensamente, elas inevitavelmente convergem para estes traços. Os habitantes de Manhattan e das terras altas de Nova Guiné estão separados por 50.000 anos de história, mas ainda se entendem, por causa da razão elementar que sua humanidade comum é preservada nos genes que eles dividem com o ancestral comum”.

O relativismo cultural e histórico, tão propalado em ciências sociais em geral e na antropologia em particular, não resiste à constatação de que existe uma natureza humana cujo núcleo invariável é o solo em que se enraíza a ética. Larry ARNHART (1998, p. 17-18), quando defendeu um novo direito natural darwiniano, teve que rejeitar todos os *relativismos* com uma passagem memorável:

“Eu rejeito o relativismo cultural, que afirma que a ética é uma invenção puramente cultural que varia arbitrariamente de uma cultura para outra, porque enquanto eu reconheço a importância do aprendizado social e os costumes no desenvolvimento moral, eu acredito que desejos humanos naturais são universais e desta forma limitam a variabilidade das práticas culturais. Eu rejeito o relativismo historicista, que afirma que a ética é puramente uma invenção histórica que varia radicalmente de uma época his-

tórica para outra, porque enquanto eu reconheço a importância das tradições históricas, eu acredito que os desejos humanos naturais constituem uma base imutável através da história humana. Eu rejeito o relativismo cético e solipsista, que afirma que não há padrões de julgamento ético, além dos impulsos de indivíduos únicos, porque enquanto eu reconheço a importância da diversidade individual, eu acredito que haja regularidade nos desejos humanos que manifestam uma natureza humana típica da espécie humana. Eu também rejeito o dogmatismo racionalista, que afirma que a ética repousa em imperativos lógicos da pura razão, porque enquanto eu reconheço a importância da razão humana em julgar quão melhor satisfazer seus desejos, eu acredito que o fundamento dos motivos da ética não é a lógica da razão abstrata, mas a satisfação de desejos naturais. E eu rejeito o dogmatismo religioso, que afirma que a ética somente pode ser fundada em leis transcendentais de um poder divino, porque enquanto eu reconheço que a ética religiosa pode reforçar a ética natural, eu acredito que a ética como fundada nos desejos naturais existe independentemente de qualquer poder divino”.

3. A aquisição de bens e serviços pelo Governo

A Administração Pública¹² frequentemente busca adquirir no mercado os serviços e produtos que precisa obter para desempenhar as finalidades institucionais. A Constituição Federal exige que tais negócios sejam precedidos de um processo formal que assegure aos pretendentes particulares do contrato tratamento *impessoal e isonômico* (CF, art. 37, inciso XXI)¹³. Além dessa, outras regras constitucionais estão implicadas na contratação pública: 1) *legalidade*¹⁴ – o

indivíduo só é obrigado a fazer o que a lei determina; 2) *autoridade* – os atos da administração são autoexecutáveis no sentido de que podem ser implementados (até com a utilização da força física) sem a intervenção judicial, embora sujeitos a tal escrutínio (separação dos poderes); 3) *nula poena sine lege*¹⁵ – o Estado não pode punir qualquer um sem uma lei anterior que defina a conduta como faltosa; 4) *da personalidade da pena*¹⁶ – a pena aplicada não passa da pessoa do agente. Estão ainda implicadas com o tema da contratação pública garantias genéricas de quaisquer pessoas e que se estendem às pessoas dos licitantes, tais como o *direito à intimidade, ao livre exercício de uma profissão, à livre iniciativa*,

Em nível inferior, existe uma Lei Federal que descreve os elementos básicos que um processo de licitação deve ter. A União tem competência legislativa em matéria de licitações e contratos administrativos apenas em seus aspectos essenciais. Entre esses estão:

1) Os direitos dos licitantes em sua larga acepção: participar de sessões públicas em que se processam os atos da licitação; vistoriar documentos dos outros concorrentes; apresentar para a comprovação de habilitação subjetiva e de capacidade para desempenho do contrato somente os documentos especificados na lei e que sejam compatíveis com o negócio pretendido; ter um prazo razoável entre a divulgação da concorrência e a elaboração e apresentação de sua proposta; recorrer perante a própria administração das decisões desfavoráveis; recorrer ao Judiciário contra decisões da Administração.

2) As garantias institucionais de ambas as partes durante o contrato. A Administração detém entre outros poderes o *ius variandi*, isto é, pode alterar as quantidades inicialmente contratadas e o projeto durante sua execução (obviamente pagando por isso); pode ainda exigir garantias e suspender a execução do contrato por até 120 dias; punir o contratado por descumprimento contratual, sem a necessidade de um processo

judicial. O contratado, por sua vez, tem o direito de: não ser prejudicado por fatos imprevisíveis que alterem o equilíbrio do contrato, ocorridos posteriormente à apresentação da proposta; ser punido apenas nas hipóteses da Lei e quando lhe for garantida defesa.

3) A descrição do que é considerado falta contratual por parte do contratado, que varia desde o descumprimento parcial (pequenos atrasos nos serviços ou na entrega do bem e outros descumprimentos menores), até o descumprimento total do contrato, gerando em muitos casos prejuízos à administração, além da não entrega do que foi contratado;

4) A gradação da pena. Para os casos de descumprimento parcial, a Administração contenta-se com a imposição de multa. Em outros casos, o descumprimento é insuportável, irreversível e além da multa existe a previsão legal para a rescisão do contrato e *suspensão do direito de participar de novas licitações e ser contratado pela Administração por até dois anos*. Ainda, o descumprimento contratual pode gerar um prejuízo muito grande para a Administração. Nessa hipótese particular, a Administração pode impedir que o contratante volte a obter novos negócios até que pague todos os prejuízos e com isso obtenha uma *reabilitação*, o que somente poderá ocorrer após o prazo de dois anos.

O *Edital* é utilizado para que a Administração torne pública sua intenção de contratar um particular para um determinado negócio (compra, locação, prestação de serviços em geral, transportes, execução de obras etc.). O *Edital* é um *ato administrativo* e está na base do modelo piramidal kelseniano. Seu conteúdo não pode contrariar o conteúdo da Lei ou da Constituição Federal.

Por meio de um Edital, a administração: 1) fixa regras funcionais, como datas e horários para as sessões públicas em que todos os concorrentes são formalmente convidados para assistir e participar; 2) detalha o negócio pretendido, fixando desde o início do processo de escolha do contratado as

futuras cláusulas contratuais (cronograma, forma de pagamento, fixação de multas e penalidades possíveis, hipóteses de rescisão), dispostas num contrato de adesão, sem que o conteúdo do contrato possa contrariar os direitos institucionais do contratado; 3) fixa quais requisitos devem ter os pretendentes ao negócio, como a capacidade jurídica, a regularidade fiscal, as condições econômicas mínimas para os encargos da contratação que variam em relação ao negócio pretendido. Aqui também a Lei acima do edital tem importante papel, pois descreve quais informações do concorrente podem ser pesquisadas. Além dessas, que não variam de negócio para negócio, são necessárias informações quanto às efetivas possibilidades técnicas do pretendente, assim como de sua idoneidade profissional, mediante a apresentação de atestados de desempenho anterior, compatíveis com os serviços oferecidos. Em outras palavras, busca o promotor da licitação pesquisar a *reputação* do concorrente.

A preocupação institucional da Administração Pública é que existam mecanismos legais capazes de *induzir* o cumprimento do contrato administrativo, sempre de grande relevância para a população em geral (FRANK, 1992). A preocupação com o desempenho do contratado é fundamental. A existência de alguns dispositivos legais leva a esta conclusão: 1) a proposta do concorrente pode ser recusada: quando os valores se mostram insuficientes para o cumprimento dos encargos contratuais; quando carecer de *seriedade* ou quando cotar algum insumo com preço zero ou simbólico, entre outros exemplos; 2) existência de mecanismo jurídico que protege o contratado contra fatos inesperados, invertendo a lógica da imprevisibilidade do direito privado. Tudo isso para que a obra ou utilidade pública possa ser usufruída pelos destinatários.

3.1. Tendências psicológicas no contrato.

O Altruísmo Recíproco

O comportamento biológico do altruísta deve ser compreendido para uma melhor

observação do *contrato* como fenômeno multidisciplinar. HAMILTON (1963, p. 354) propôs um modelo conhecido como *seleção pelo parentesco*, que prediz: nas interações sociais, o comportamento altruísta é mais comum entre os parentes e a evolução de algum tipo de altruísmo não relacionado ao *parentesco* é limitada a um certo grau. Adotou uma fórmula matemática que evidencia o altruísmo como mais provável entre os parentes mais próximos e que a tendência à cooperação diminui com o enfraquecimento do vínculo de parentesco. Quanto mais distante o parentesco, mais improvável o comportamento altruísta.

Daí segue que o altruísmo fora da rede parental deve ocorrer: 1) quando o risco ou desvantagem é muito pequeno; e 2) quando o *vizinho médio* não é muito distantemente ligado ao altruísta, em termos genéticos (cf. HAMILTON, 1963, p. 355). Era justamente essa a situação no Ambiente Ancestral. Os agrupamentos eram pequenos e os membros dessa sociedade eram quase todos aparentados. Nas sociedades primitivas, as relações sociais entre os indivíduos eram determinadas pelas relações de parentesco e, embora haja particularidades que variem de uma sociedade para outra, a seleção do altruísmo pelo parentesco é recorrente em todas elas (cf. ALVES, 2002). Margaret GRUTER (1992) fornece uma série de exemplos de favorecimento de parentes nas legislações modernas. A legislação processual brasileira, quando impede o testemunho da mãe, ou a legislação civil, quando obriga o pagamento de pensão alimentícia a parentes, também assume o fato da cooperação entre parentes. Esse modelo, embora poderoso e aplicável à parte dos comportamentos envolvidos num contrato, não abarca as possibilidades em que a cooperação ocorre fora das relações de parentesco.

Robert TRIVERS (1971) argumenta que o núcleo do comportamento altruísta fora das relações de parentesco é a *reciprocidade*, a *possibilidade de trocas* entre os indivíduos envolvidos. Ele enumerou as condições em

que o altruísmo poderia evoluir, o que ocorre nas espécies em que existe: 1) *Vida relativamente longa* – uma vida longa propicia aos indivíduos muitas *situações de altruísmo*; 2) *Baixa taxa de dispersão* – propicia igualmente maiores chances para os indivíduos interagirem repetidamente com o mesmo conjunto de vizinhos; 3) *Existência de dependência mútua* – a interdependência dos indivíduos da espécie – para se proteger de predadores p. ex. – tenderá a manter os indivíduos perto o suficiente para aumentar as chances de se engajarem em *situações de altruísmo*. O *cuidado parental* é um exemplo especial da dependência mútua. Se nas espécies em que é pequeno o período de investimento dos pais nos filhos, estes nada retribuem; nas espécies em que é longo, existe uma grande possibilidade de se desenvolver o comportamento altruísta recíproco; 4) *Baixa hierarquização* – uma alta hierarquia significa relações assimétricas entre os indivíduos. Fortes relações de dominância inibem a ocorrência de *situações de altruísmo*.

As chances de altruísmo são maiores numa relação de longo prazo: quando existem inúmeras possibilidades de novas interações; quando as interações ocorrem entre um pequeno número de indivíduos; quando há um baixo custo para quem presta o auxílio e um alto benefício para quem o recebe. Nossos antepassados caçadores-coletores do Pleistoceno encontraram as condições propícias para o desenvolvimento do *altruísmo recíproco*: um período de vida longo; pequenos grupos; pequena migração; dependência mútua para caça e proteção; longo período de cuidado parental e inexistência de uma aguda dominação entre os indivíduos do grupo (TRIVERS, 1971, p. 45).

O sistema de altruísmo entre os humanos é sensível e instável. O comportamento traidor é tão esperado quanto o cooperativo. TRIVERS demonstra que o *traidor sutil* – aquele que cumpre menos das obrigações que lhe cabem – dificilmente é detectado, porque o altruísmo humano pode durar longos períodos de tempo e envolver muitas tro-

cas de diversos *bens*, o que dificulta a obtenção de totais relevantes e a percepção de desbalanceamentos. Se já é difícil detectar o *traidor sutil*, a reação punitiva (com pouca possibilidade de ser eficiente, por definição) é ainda mais improvável, porque pode levar a um rompimento, que não interessa ao altruísta minimamente recompensado. “É a sutileza da discriminação necessária para detectar esta forma de traição e a situação desfavorável que ela possibilita que permitam a alguma traição sutil ser adaptativa” (TRIVERS, 1971, p. 47); adaptativa no sentido de pertencer a qualquer traço, anatômico, fisiológico ou comportamental que tenha surgido pelo processo evolutivo de adaptação (WILSON, 1975).

Em resposta, a seleção natural dotou o *Homo sapiens* com uma capacidade de interagir contratualmente em pequenas comunidades¹⁷. Existe um módulo cerebral destinado ao reconhecimento de rostos, que informa o processo de *tomada de decisão*, fornecendo dados importantes: se é parente e em que grau, se é amigo ou estranho, se pertence ou não ao grupo. A capacidade para lembrar de rostos foi adquirida para responder ao *Ambiente Ancestral* e está modulada para *conhecer bem* 150 pessoas no máximo (cf. RIDLEY, 1999). Com o mesmo intuito, os humanos foram dotados ainda de sentimentos morais: *culpa reparativa*, *simpatia* (TRIVERS, 1971).

Outros mecanismos importantes do instrumental adaptativo para a vida social são (1) *sistema de regulação de benefícios*, que transforma os humanos em máquinas de avaliar a relação de custo e benefício do altruísmo a todo instante e permite que cada indivíduo regule suas próprias tendências de altruísmo e egoísmo e suas respostas às tendências dos outros. Isso só é possível porque existe o (2) *mecanismo de detecção de traidores*, extremamente aguçado, que permite a identificação de *traidores sutis* e a adoção de (3) *agressão moralista*, medidas de retaliação selecionadas para conter a tendência do altruísta na ausência de reciprocidade; educar o trai-

dor assinalando com um mal imediato ou com a ausência de novas ajudas no futuro e em casos extremos matar ou exilar o traidor. Muitas das agressões humanas têm causa na falta de reciprocidade, porque é importante para a seleção uma reação desmedida quando uma tendência de traição é descoberta (TRIVERS, 1971).

Com essas *informações*, o indivíduo avalia o outro, identifica a *reputação* de cooperador ou de traidor. Calcula todos os possíveis desfechos da sua própria atitude, combinada com todas as outras possíveis atitudes do outro contratante e aí sim decide pela cooperação ou pela traição. Sua análise envolve criteriosamente inclusive a opção de trair e as chances de não ser pego.

“O sistema resultante deve permitir ao indivíduo colher os benefícios das trocas recíprocas, protegê-lo contra as formas grosseira e sutil de traição e ainda adotar aquelas formas de traição que as práticas locais tornaram adaptativas. Indivíduos serão diferentes não por serem altruístas ou traidores, mas pelo grau de altruísmo que demonstram e as condições em que irão trair” (TRIVERS, 1971, p. 48).

A explicação do comportamento altruísta por HAMILTON (1963) e TRIVERS (1971), combinadamente, mostra a inequívoca importância da proximidade genética, da amizade ou da pouca distância geográfica entre os contratantes, para o desfecho de cooperação ou traição no contrato, sendo lícito esperar que: 1) parentes próximos receberão mais ajuda sem reciprocidade que os não vinculados geneticamente; 2) os amigos serão ajudados antes que os estranhos; 3) membros de um determinado grupo étnico tendem a ajudar indivíduos do seu grupo antes de outros; 4) ajudas que envolvam um alto custo serão mais encontradas em parentes que em amigos; 5) o altruísmo aumenta em função do potencial reprodutivo de quem o recebe, entre outros exemplos mencionados por ALVES (2002) e que comprovam a importância da *pessoalidade* na

escolha do comportamento a ser adotado pelo indivíduo.

3.1.1. *Comportamento dos contratantes no contrato administrativo*

Qualquer contrato é uma interação estratégica, que implica tomada de decisão. A interação contratual está ligada, portanto, à sobrevivência ou reprodução do indivíduo, ainda que disfarçada em máscaras de *significado* complexas e bem elaboradas. Envolve pelo menos dois personagens que interagem para obtenção de vantagens recíprocas, mediante *trocas*. Normalmente os contratos se dão entre indivíduos guiados apenas por seus apetites. Formam-se os vínculos contratuais conforme os interesses dos envolvidos, que têm a liberdade básica de engajar-se somente em contratos efetivamente *desejados*, com outros indivíduos que podem escolher livremente, segundo seus humores e idiossincrasias.

O contrato é a materialização da cooperação entre indivíduos. A observação da natureza permite constatar que são comuns os *comportamentos contratuais* do tipo *eu coço suas costas e você coça as minhas*. As vantagens intercambiadas, no entanto, nem sempre são tão imediatas. Muitas vezes o intercâmbio é sutil e o sinalagma é diferido no tempo, como no caso do chimpanzé que tende a repartir a comida com aqueles que lhe fazem o *grooming* (RIDLEY, 1999), ou quando se reconciliam, mediante comportamentos simpáticos recíprocos (WAAL, 2000).

O fato é que em animais que vivem agrupados a *troca* de benefícios que a vida social permite, mediante o estabelecimento de contratos, significa uma vantagem adaptativo-evolutiva, com aumento da *inclusive fitness* e conseqüente sucesso ecológico da espécie. A riqueza do *significado* garante o maior sucesso do *Homo sapiens*, porque permite uma *troca* mais elaborada, complexa e prolongada no tempo. À medida que os primatas incrementaram complexidade às suas relações sociais – graças ao sistema de comunicação –, tornou-se crucial aguçar a

sofisticação para prever o comportamento dos outros e assim resolver problemas básicos de sobrevivência e de reprodução que ocorrem na vida do grupo. O direito surgiu para tornar mais previsíveis as relações sociais.

Há uma propensão genética para se formar contratos de longo prazo, como demonstra a instalação de uma estrutura cerebral capaz de criar e comparar vantagens e desvantagens, lembrar das interações anteriores e das sensações ali experimentadas, o que permite a longa convivência dos indivíduos num ambiente dotado de regras complexas de comportamento. O cérebro *processa* as informações vindas do mundo, num centro de tomada de decisões, que opera assistido por mecanismos funcionais, que agem como programas instalados pela evolução, por meio da retenção genética de comportamentos que mais favoreceram a *inclusive fitness*, em detrimento de outros.

A tendência do contratante particular em cooperar ou trair na execução de um contrato pode ser compreendida pela utilização dos conceitos de *seleção pelo parentesco* e *altruísmo recíproco*. Quando uma pessoa contrata com o Estado, nenhum dos gatilhos geradores de um comportamento cooperativo está presente. Não há parentesco ou amizade ou qualquer relação pessoal. Não há mecanismos psicológicos, que possam reprimir as tendências egoístas, tais como a culpa regenerativa, a simpatia ou a gratidão, impossíveis de ocorrer numa relação contratual com o Governo. Atos *altruístas* do Governo nada nos dizem, porque o mecanismo psicológico que gera o *dever de reciprocidade* é absolutamente personalizado, emocional, instalado para *sensibilizar-se* apenas com atos e motivações tipicamente humanas como *sacrifícios desmedidos*, *cooperação desinteressada* etc. Para Robert Frank (1992, p. 62),

“O papel da emoção torna fácil compreender por que há muitas pessoas que não sonhariam em trair um amigo, ainda que nada pense de rou-

bar a propriedade de uma companhia ou pagar muito pouco imposto de renda. A simpatia que motiva a conduta apropriada em relação aos indivíduos tende a ser muito menos fortemente gerada por grandes instituições.”

Isso não significa dizer que o descumprimento contratual na contratação pública seja a regra, porque a conduta humana é complexa (FRANK, 1992)¹⁸. Depende, entre variados fatores, da punição possível para o transgressor e da chance de ser efetivamente descoberto, de ser punido e do que ele tem a perder. Ainda que o comportamento de traição tenha sido selecionado em algum grau, como toda predisposição genética, o ambiente pode tornar os indivíduos mais ou menos propensos a trair. Ambientes adversos, com poucos recursos disponíveis para o grupo, são indutores do comportamento de traição.

Porém, a tendência de cooperação do indivíduo na interação com o Estado é a menor que deve existir. As chances de traição são maiores, em princípio, quando existe possibilidade razoável de a traição não ser descoberta ou, no caso de descoberta da traição, há chance de o fluxo de altruísmo não ser interrompido (TRIVERS, 1971). O contratante particular calcula a cada instante a possibilidade de cooperar ou trair, até porque o ambiente – que influencia as predisposições genéticas – sofre alterações, que podem perturbar o desfecho do contrato, que muita vez tem longa duração e variados tipos de incidentes. A informação psicológica é organizada de maneira funcional e os componentes do complexo sistema cerebral trabalharão em conjunto para modular a expressão de impulsos de cooperação ou traição, de acordo com as vantagens seletivas do indivíduo num dado ambiente, considerando que *uma certa traição* é adaptativa (TRIVERS, 1971). Nesse ambiente mental é que se dá a resposta do contratante particular quando interage com o Estado.

Todos os problemas relevantes de um contrato administrativo (desde um adita-

mento contratual de prazo até a imposição de uma pena) são *burocratizados*, isto é, são documentados e processados como qualquer ato estatal, por isso arrastam-se por vários setores da administração, que se superpõem e se contradizem a todo instante. Eventual decisão punitiva, quando existe, precisa atravessar várias instâncias administrativas até que produza algum efeito. A aplicação da pena mais grave ao contratante, p. ex., pode ser objeto de recurso para quatro autoridades diferentes, perante a própria Administração. A par disso, existem as contingências naturais de um Estado pobre, em que são escassos os recursos necessários para uma tramitação eficaz dos processos que possam trazer punição ao traidor. O emaranhado cipoal de regras jurídicas – Constituição, leis, editais etc. – que interferem num contrato administrativo, expedidas por fontes diferentes (União, Estados, Municípios e Órgãos licitantes), cria uma ordem jurídica extremamente complexa e, por isso, misteriosa e confusa o suficiente para permitir que os traidores escapem frequentemente da punição mediante expedientes burocráticos e tecnicidades, explorando as *dobras e refregas da lei*. A ordem jurídica fornece a sensação de impunidade.

A *sensação de impunidade*, por sua vez, fornece a impressão de que a traição num contrato administrativo pode não ser descoberta ou, caso descoberta, de que a chance de punição é remota e improvável, com evidente aumento da possibilidade de defecção. Na lógica da avaliação fria dos custos e benefícios do comportamento altruísta, o benefício de não incorrer nos custos inerentes ao cumprimento do contrato é certo, imediato e fácil de medir, enquanto a punição é frequentemente ambígua, provável, mediata e difícil de medir.

Em contratos privados, o faltoso corre o risco de não mais ser convidado para novos negócios. O faltoso incorrerá, certa e imediatamente, nos custos da falta de novos negócios, com reflexos econômicos precisos. Nos contratos administrativos, a lógica é

diferente. Uma das partes, por força da moderna concepção estatal, não pode decidir com quem deve estabelecer um contrato com base em *estados mentais de apetência ou aversão*, nem com os mecanismos fornecidos pela evolução, como o reconhecimento facial, o detector de traidores, a consideração simultânea de muitas interações envolvendo o outro indivíduo, a checagem da possibilidade de reciprocidade. O Estado utiliza mecanismos formais e racionais de julgamento, que conduzem a resultados frequentemente desastrosos.

Embora a cooperação traga ganhos para todas as partes, esta dificilmente ocorre na ausência de *mecanismos de exigência* (POSNER, 2000). Como se constatou aqui, poucos são os incentivos naturais para o cumprimento do contrato por parte do contratante particular (FRANK, 1992, p. 62). O ambiente burocratizado em que se processa o contrato administrativo também *incentiva* a traição. Por isso, a concepção da estratégia da Administração Pública é crucial para a atitude cooperativa ou traidora do contratante. Essa estratégia, embora descrita em normas escritas, encontra paralelo no comportamento natural do indivíduo, mostrando que aquele incumbido de escrever leis e que fornece os mecanismos de atuação para a atividade *despersonalizada* apela para o conhecimento de Biologia Evolutiva¹⁹.

3.2. A estratégia da Administração: a punição do contratado

A Administração Pública age sempre de acordo com o que a lei prevê. Tecnicamente se diz que a *atividade administrativa* é descrita em lei. O mecanismo institucional de seleção de particulares, legalmente prescrito, procura informações no passado dos concorrentes capazes de fornecer uma avaliação segura da possibilidade de traição, pesquisando nos documentos que o concorrente é obrigado a fornecer (como faz o cérebro humano com o centro de memória) informações relevantes sobre a reputação do indivíduo, e com base em seu histórico decide ou

não pela contratação. Esse mecanismo, porém, não se mostra capaz de induzir *sozinho* o cumprimento do contrato por parte do vencedor da licitação, como de resto os mecanismos *humanos* de seleção de altruísmo não são infalíveis. A questão se resolve durante o contrato com o manuseio das sanções legais.

As origens da *ordem social* e do direito estão enraizadas no comportamento dos primeiros humanos e de seus ancestrais primatas. A maior complexidade do mundo social humano, decorrente do aumento da capacidade de comunicação e mais precisamente da riqueza do *significado* que a comunicação possibilitou, levou ao aumento do número de pessoas que viviam no mesmo grupo e exigiu que mecanismos meramente psicológicos passassem a ser reforçados com *sanções*, aplicadas por um *aparato social*. Esse aparato social, entretanto, que engloba a função de *escrever leis*, não é criador e inventivo.

Pelo contrário, a elaboração *estatal* de regras de conduta pressupõe a interação entre os que fazem e administram leis e aqueles para quem a lei é endereçada, razão pela qual a lei não pode distanciar-se do *comportamento ecológico humano*. As instituições – coisas que criamos para coordenar a vida em sociedade – são frutos da atuação dos indivíduos, que agem sem qualquer consciência do macrorresultado de suas condutas. As instituições emergem, ao longo do tempo, pelo impacto das experiências acumuladas dos indivíduos e quando as interações se aglutinam, num padrão almejado de expectativas e comportamentos. As instituições são o ponto de convergência de um *equilíbrio complexo* dos comportamentos dos agentes de um determinado ambiente, que sofrem o impacto de acidentes históricos, da mesma forma que um gene sofre o impacto de uma mutação. As instituições surgem, *evolutivamente*, como uma *estratégia evolutiva estável*, como resultado *transitório* de interações estratégicas individuais mais do que uma escolha racional de um governante ou

de um agente isolado qualquer (cf. YOUNG, 2001)²⁰.

De qualquer maneira, o *é* da realidade biológica deve se refletir em todas as prescrições normativas que definem as condutas desejáveis, o *dever-ser* (GRUTER, 1992). Mesmo quando os comportamentos tipicamente humanos são inconvenientes para a sociedade, conhecer a natureza humana é útil para projetar o *design* da lei e assim possibilitar o comportamento socialmente ótimo. GRUTER (1992) parte da idéia de *direito vivo* em contraposição ao *direito formal*. Para ela, o direito vivo é o que guia as interações diárias entre indivíduos e é expresso no comportamento humano individual e em grupo. O direito formal será mais efetivo quanto mais se guiar pelo direito vivo, cujas principais funções seriam facilitar a existência de eventos convenientes para a comunidade, conter excessos e restabelecer o equilíbrio, se necessário. Para ser bem sucedido, aquele que *escreve leis* deve saber as inclinações do comportamento humano e também considerar as propensões e restrições biológicas na formação comportamental humana.

As *leis feitas pelo homem* nada mais são que comandos expressos em palavras, frutos da atividade cerebral. A imposição de penas e oferta de recompensas são mecanismos que a lei criou a partir da *psique humana*, reproduzindo os mesmos mecanismos de *tomada de decisões* que compõem a mente humana. Dessa forma, a atuação estatal (fruto de um conjunto de regras escritas), ainda que freqüentemente influenciada por aspectos históricos, acidentais como as mutações genéticas, busca *imitar* comportamentos tipicamente humanos. Robert FRANK (1992, p. 62) é direto:

“o modelo do comprometimento sugere que uma alternativa eficiente, ou complementar a esta estratégia – *punição e recompensa* – deve *personalizar* as atitudes das pessoas em direção às instituições. Instituições, afinal de contas, agem no interesse de pessoas

de verdade. (...) Quando traímos o governo, traímos nossos vizinhos”.

A Administração Pública não pode recusar um contratante, a não ser pelos motivos descritos na lei. Segue-se que, na ausência de possível punição para o contratante particular, é previsível o descumprimento contratual. Dessa forma, para intimidar o contratante particular, a lei dotou a Administração Pública de meios *personalizados*, capazes de fazer interromper o fluxo de atos altruístas e com isso desestimular a traição. A dosagem da punição, por outro lado, é crítica. Daí a importância do ostracismo (retirada forçada ou involuntária do indivíduo de um grupo social ou de um ambiente desejado) como um tipo de *agressão moralista*, que gera uma atitude desproporcional do traído, quando se detecta o início dos atos de traição. A *exclusão da comunidade legal* é um mecanismo freqüentemente utilizado como punição nos estados modernos (ZIPPELIUS, 1986).

A possibilidade de não mais se engajar em novos negócios com o Estado é efetivamente algo assustador. O empresário não mais será convidado para reuniões de trabalho; terá dificuldades de obter ajuda de outros empresários que atuam no mesmo ramo; terá menos informações do fluxo normal dos negócios. A lei fornece, dessa forma, um mecanismo pessoal de tratar a relação, com a possibilidade de colocar o empresário no *ostracismo*, como faria o indivíduo que foi prejudicado num contrato qualquer.

Essas possíveis conseqüências legais relativas ao descumprimento contratual influenciam os *estados somáticos*, que geram *apetência* ou *aversão* no indivíduo que vai interagir. Os *estados somáticos* estão implicados no processo cerebral de tomada de decisões. Quando é necessária uma escolha, o cérebro ativa um complexo sistema de representações mentais relativas: 1) às premissas da situação; 2) às possíveis respostas; e 3) às várias conseqüências pretendidas. Embora possa haver essa divisão lógica, tais

representações retornam ao centro de decisões instantaneamente para a *consciência* examinar. A deliberação pode se dar sobre essa *paisagem* ou automaticamente. Em ambos os casos, o processo de tomada de decisão é iniciado e auxiliado “pelo aparecimento de um estado somático que indica as conseqüências futuras da opção de resposta com a ajuda de um sinal somático positivo ou negativo” (DAMÁSIO, 1993, p. 121). Ao analisar as possíveis conseqüências das opções disponíveis, o cérebro pode chegar a conclusão que uma das estratégias mostra um cenário potencialmente perigoso. Esse cenário *indica* um *estado somático negativo* e o indivíduo sentirá uma sensação desagradável. A atuação do *indicador somático* será a de proporcionar uma *sensação visceral* e com isso focar a atenção nos efeitos negativos, além de modificar os sistemas neuronais que comandam os comportamentos de *apetência* ou *aversão*, que são ativados pelos *estados somáticos*.

A mente humana confia mais nos sinais somáticos do que numa conta racional de custos e benefícios. Isso se deve ao fato de que os *estados somáticos* desempenham papel crítico nos comportamentos sociais,

“porque a aprendizagem de tais comportamentos está ligada a uma punição ou a uma recompensa por meio de interações educativas gerais durante o desenvolvimento. Punição e recompensa visam desenvolver no indivíduo um compromisso entre os fins biológicos do indivíduo e da espécie e as regras e princípios da sociedade. Em termos psicológicos, punição e recompensa são modificações nos estados somáticos de base apercebidos como estados mentais segundo um ‘continuum’ que se estende da dor ao prazer” (DAMÁSIO, 1993).

A desagradável imagem mental de um ostracismo econômico, causada na mente do contratante particular, associada a uma reação somática desagradável – aversão –, é um meio poderoso (talvez o único) capaz de induzir o cumprimento do contrato.

Finalmente, a ostracização do indivíduo não se presta somente a *punir* o contratante faltoso. Serve também como uma *limpeza*, impedindo que a Administração volte a ser prejudicada com o comportamento antijurídico ou que o mau comportamento sirva de *exemplo* (ZIPPELIUS, 1986). Essa função é plenamente atingida na regulamentação do contrato administrativo, porque, ainda que o indivíduo não sinta a punição, pelo menos a Administração estará livre de um traidor.

Notas

¹MPCS é o equivalente do que se diz em inglês SSSM (*Social Sciences Standard Model*).

²“O direito natural é aquele que a natureza ensina a todos os animais... O direito civil e o direito das gentes devem ser distinguidos: todos os povos que são regidos por leis e pelos costumes têm um direito que lhes é próprio em parte comum a todos os homens. Com efeito, o direito que cada povo estabelece para si mesmo é o direito próprio à cidade: chama-se direito civil porque é o direito especial da cidade. Mas o direito que a razão natural estabeleceu entre os homens, que é igualmente observado entre todos os povos, chama-se direito das gentes, isto é, direito de todas as nações” (BOBBIO, 1999).

³“Os direitos naturais igualmente guardados entre todos os povos, constituídos por uma espécie de providência divina, permanecem sempre firmes e imutáveis. Os direitos que cada nação constituiu para si muitas vezes se mudam, ou pelo tácito consenso do povo, ou pela promulgação de outra lei” (BOBBIO, 1999).

⁴*Positivismo jurídico e filosófico não são a mesma coisa. A filosofia positiva é a que se apóia na ciência, em algo existente. Positivismo jurídico é o estudo das normas jurídicas postas pelo Estado.*

⁵Dedicou-se a defender o uso das idéias de Darwin nas ciências dos seres vivos em geral e no direito em particular. O trecho seguinte foi escolhido entre uma série de defesas veementes da biologia, como era do seu estilo: “A ciência do direito é uma ciência dos seres vivos; ela entra na categoria da *fisiologia* ou *filogenia* das funções vitais. O método que lhe assenta é sobretudo o método *filogenético*. (...) Mas assim considerada, ela (a ordem jurídica) assume feição *histórica* e *evolutiva*, apresentando dois únicos lados de observação e pesquisa. São os dois pontos de vista da *filogenia* e da *ontogenia*,

conforme se estuda a evolução do mesmo direito na humanidade em geral, ou nesta e naquela individualidade humana, singular ou coletiva. (...) O desenvolvimento do senso jurídico, bem como da idéia que o acompanha e ilumina tem se dado também segundo a lei da *herança* e *adaptação*” (p. 101-102).

⁶Toda a informação importante desta parte da minha argumentação, inclusive a sigla, foi obtida em Leda COSMIDES e Jonh TOOBY (1992), no artigo *Evolutionary and psychological foundations of social sciences*.

⁷*A origem das espécies*, 1859; A expressão da emoção nos homens e nos animais, 1872; A descendência do homem, 1871.

⁸Onde impera, segundo os *sócio-darwinistas*, a competição, o egoísmo e a luta sangrenta pelos meios de sobrevivência.

⁹MENDEL provou que a transmissão de características entre as gerações – fundamento da evolução pela seleção natural – ocorria com a contribuição de cada *parental* com um *gene alelo*, isto é, cada célula sexual (*gameta*) envia apenas uma *característica contrastante* (verde ou amarelo), que é transmitida sem que haja uma mistura de características, que se definem por critérios de *dominância* e *recessividade*. Disso decorre que a *adaptação genética* (mecanismo de evolução) dever-se-ia dar aos saltos, por *mutação gênica*, e o gene já modificado, após esse processo, é transmitido numa variação descontínua, ora uma característica ora outra. Para os darwinistas, ao contrário, a transmissão se dava por uma variação contínua, gradual, das características herdadas, explicação proposta por GALTON – Lei da Herança Ancestral –, que pregava uma compreensão da herança em sua totalidade e que cada característica não era fornecida somente pelos *pais*, mas também por ancestrais mais remotos, lei que se expressa numa fórmula em que, para a formação da herança de um indivíduo, os genitores contribuem com metade, os avós com um quarto e assim por diante. Então, ante a força explicativa da hereditariedade mendeliana, a evolução somente poderia ocorrer descontinuamente, contrariando a crença extraída da teoria da evolução de que a adaptação genética ocorreria continuamente.

¹⁰A descoberta de que o meio ambiente influencia a hereditariedade – *hereditariedade macia* – levou a uma precisa definição de *genótipo* (conjunto dos genes de um indivíduo, transmitido hereditariamente) e *fenótipo* (características observáveis num indivíduo que evoluíram sob uma influência combinada dos genes com os efeitos de fatores ambientais), contradizendo a idéia mendeliana de transmissão de características exclusivamente pelos parentais – *hereditariedade dura*. Descobriu-se também que a seleção se dava ao nível do genótipo e não de genes individualmente e que poderia haver mais de um gene atuando sobre uma característica. Descobriu-

se ainda que a maioria das *mutações gênicas* (alterações ocorridas no genótipo) tem pequenos efeitos nos fenótipos e não com a amplitude preconizada anteriormente. E por último, mas não menos importante, a *recombinação genética* (formação repetida de novas combinações de genes por meio de processos de meioses e fertilização que ocorrem no ciclo sexual típico da maioria dos organismos, humanos inclusive), mais do que mutação, é a fonte de variação genética disponível para seleção.

¹¹Neste ponto a Teoria dos Jogos – a matemática do comportamento – passa a integrar a pesquisa em Biologia Evolutiva e todos os aplicativos atuais da vasta ciência do comportamento humano, v.g. psicologia, sociologia e direito. A premissa da *inclusive fitness*, isto é, que o comportamento de um indivíduo influencia o resultado do comportamento dos outros, é exatamente a mesma premissa fundamental da Teoria dos Jogos de que a estratégia de um jogador influencia a estratégia dos outros e o resultado do jogo. Isso permitiu evidenciar em que casos a cooperação – comportamento altruísta por definição – é mais vantajosa e, portanto, mais provável e com isso identificar um ponto de equilíbrio ou uma *estratégia evolutiva estável* para os altruístas na vida em sociedade. Os comportamentos egoístas, como os que serão tratados no artigo, são profundamente explicáveis por modelos evolutivos integrados com Teoria dos Jogos.

¹²Termo que designa neste trabalho todas as entidades que compõem o governo de uma república federativa composta por municípios, estados e união, cada qual com suas empresas estatais, autarquias, fundações etc., numa teia complexa. Foi utilizada a palavra Governo como sinônimo da Administração Pública.

¹³Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

¹⁴Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

¹⁵Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

¹⁶Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

¹⁷Desmond MORRIS (1996) conta que as comunidades maiores, as primeiras cidades sumérias,

surgiram entre 5 e 6 mil anos atrás. Tais agrupamentos urbanos tinham entre 7.000 e 20.000 e seu surgimento retirou o prefixo pré da pré-história. A principal modificação trazida com os grandes agrupamentos (as supertribos) foi a *despersonalização* das relações sociais. “Pelos nossos padrões as cidades sumérias eram pequenas...Sem embargo, nosso simples homem da tribo já tinha vindo de um longo caminho. Ele se tornou um cidadão, um homem da supertribo, e a diferença chave era de que na supertribo ele não mais conhecia cada membro de sua comunidade. Foi esta alteração, a mudança da sociedade pessoal para a impessoal, que ia causar ao animal humano suas maiores agonias nos milênios adiante. Como espécie não estamos biologicamente equipados para lidar com uma massa de estrangeiros disfarçados como membros de nossa tribo” (p. 18).

¹⁸FRANK (1992) desenvolve um interessante modelo de cooperação em relações contratuais, que chama de *Commitment Model of the Sense of Justice*, em que explica como podem ocorrer comportamentos em que os custos superam os benefícios imediatos, inclusive para relacionamento com grandes instituições despersonalizadas, como o Estado, p. ex.

¹⁹Neste ponto, o papel da Lei é fundamental para mudar a estratégia egoísta e transformá-la em cooperativa. Para um aprofundamento do tema, vide MAIA (2001) sobre o racionamento de energia recentemente experimentado e a estratégia governamental.

²⁰A demonstração da origem evolutiva das instituições demanda necessariamente a utilização da Teoria dos Jogos. A justificativa da existência de uma determinada instituição é feita por meio da adoção de um *jogo* que descreve as estratégias disponíveis para cada agente. Somente dessa forma é possível a compreensão da interação no nível individual e a partir disso compreender a decisão interativa de muitos indivíduos, que resultaram numa situação de *equilíbrio estável*, ou seja, resultaram numa prática estável que chamamos de instituição (YOUNG, 2001, p. 4-6). A interação Contratante Particular vs Governo, versada neste artigo, seguramente pode ser focalizada a partir de um *jogo*, o que será feito, juntamente com um estudo da perturbação do modelo legal brasileiro pelas conhecidas estratégias dos traidores, em outro artigo a ser futuramente publicado.

Bibliografia

ALVES, Lucio Ferreira. *Ética e natureza humana*. Tese (Filosofia) – Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2002.

- ARNHART, Larry. *Darwinian natural right: the biological ethics of human nature*. Albany: State University of New York, 1998.
- BARKOW, Jerome H.; COSMIDES, Leda; TOOBY, John. *The adapted mind*. New York: Oxford University, 1992.
- _____. Regras de conduta e conduta da evolução. In: CHANGOUX, J. P. (Ed.). *Fundamentos naturais da ética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p. 83-99.
- BARRETO, Tobias. Sobre uma nova intuição do direito. In: *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Landy, 2001. p. 57-112. Publicado pela primeira vez em 1881.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999.
- CABALLERO, Alejandro. *Filosofia do humano I*. São José do Rio Preto: Rio-pretense, 2000.
- CHANGOUX, Jean Pierre (Ed.). *Fundamentos naturais da ética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.
- COSMIDES, Leda; TOOBY, John. The psychological foundations of culture. In: (BARKOW, J.; COSMIDES, L.; TOOBY, J. (Ed.)). *The adapted mind*. New York: Oxford University, 1992.
- DAMÁSIO, Antônio R. Compreendendo os fundamentos naturais das convenções sociais e éticas: dados neuronais. In: CHANGOUX, J. P. (Ed.). *Fundamentos naturais da ética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p. 113-130.
- DUGATKIN, Lee Alan; REEVE, Hudson Kern (Ed.). *Game theory and animal behavior*. New York: Oxford University, 1998.
- FRANK, Robert. Emotion and the costs of altruism. In: GRUTER, M.; MASTERS, R. D. *The sense of justice: biological foundations of law*. Newbury Park: Sage Publications, 1992.
- FROLIK, Lawrence; FIKENTSCHER, Wolfgang; DIECKER, Gerti. *Law and evolutionary biology*. Portola Valley: Gruter Institute for Law and Behavioral Research, 1999.
- GIBBARD, Allan. Moralidade evolução humana. In: CHANGOUX, J. P. (Ed.). *Fundamentos naturais da ética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p. 61-83.
- GRUTER, Margaret. *Law and the mind: biological origins of human behavior*. Newbury Park: Sage Publications, 1991.
- _____; MASTERS, Roger D. *Ostracism: a social and biological phenomenon*. New York: Elsevier, 1984.
- _____; MASTERS, Roger D. *The sense of justice: biological foundations of law*. Newbury Park: Sage Publications, 1992.
- _____; MORHENN, Monika Gruter. Building blocks of legal behavior: the evolution of law. In: KATZ, L. (Ed.). *Evolutionary origins of morality: cross disciplinary perspectives*. Bowling Green: Inprint Academic, 2000.
- HAMILTON, W. D. The evolution of altruistic behavior. *The American Naturalist*, [S. 1.], n. 47, p. 354-356, 1963.
- HENDRY, Joy. *Other people's worlds: an introduction to cultural and social anthropology*. Washington Square: New York University, 1999.
- KATZ, Leonard D. (Ed.). *Evolutionary origins of morality: cross disciplinary perspectives*. Bowling Green: Inprint Academic, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: armenio Amado Editor, 1979.
- KIRSCH, Marc. *Introdução à coletânea fundamentos naturais da ética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p. 11 a 27.
- MACHADO NETO, Antonio L. *A história das idéias jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969.
- MAIA, Antonio C. A. Racionar é racional? *Diário da Região*, São José do Rio Preto. Disponível em: <<http://www.racionararacional.hpg.com.br>> Acesso em: 13 jun. 2001.
- MASTERS, Roger D.; MACGUIRE, Michael T. (Ed.). *The neurotransmitter revolution: serotonin, social behavior, and the law*. Illinois: Southern Illinois University, 1994.
- MAYR, Ernst. *One long argument: Charles Darwin and the genesis of modern evolutionary thought*. Cambridge: Harvard University, 1991.
- MCGUIRE, Michael T. Evolutionary theory and the limits of law. In: FROLTK, L.; FIKENTSCHER, W.; DIECKER, G. *Law and evolutionary biology*. Portola Valley: Gruter Institute for Law and Behavioral Research, 1999.
- _____. Moralistic aggression, processing mechanisms, and the brain: the biological foundations of the sense of justice. In: GRUTER, M.; MASTERS, R. D. (Ed.). *The sense of justice: biological foundations of law*. Newbury Park: Sage Publications, 1992.
- MORRIS, Desmond. *The human zoo: a zoologist's classic study of the urban animal*. New York: Kodansha America, Inc, 1996.
- POSNER, Eric A. *Law and social norms*. Cambridge: Harvard University, 2000.
- RALEIGH, Michael J.; MCGUIRE, Michael T. Animal analogues of ostracism: biological mechanisms and social consequences. In: GRUTER, M.; MAS-

- TERS, R. D. *Ostracism: a social and biological phenomenon*. New York: Elsevier, 1984.
- RIDLEY, Matt. *As origens da virtude: um estudo biológico da solidariedade*. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- RUSE, Michael. Uma defesa da ética evolucionista. In: CHANGOUX, J. P. (Ed.). *Fundamentos naturais da ética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p. 33-58.
- _____. *Sociobiologia: senso ou contra-senso?* Belo Horizonte: Itatiaia, 1983.
- TRIVERS, R. *The evolution of reciprocal altruism*. *Quarterly Review of Biology*, [S. 1.], n. 46, p. 35-57, 1971.
- WAAL, Frans de. *Good natured: the origins of right and wrong in humans and other animals*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- _____; AURELI, Filippo (Ed.). *Natural conflict resolution*. Berkeley: University of California, 2000.
- WILSON, Edward O. *Naturalist*. [S. 1.]: Warner Books, 1995.
- _____. *Sociobiology: the new synthesis*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 1975.
- WILSON, James Q. *The moral sense*. New York: Free Press Paperback, 1993.
- YOUNG, H. Peyton. *Individual strategy and social structure: an evolutionary theory of institutions*. Princeton: Princeton University, 2001.
- ZIPPELIUS, Reinhold. Exclusion and shunning as legal and social sanctions. In: GRUTER, Margaret; MASTERS, Roger D. (Ed.). *Ostracism: a social and biological phenomenon*. New York: Elsevier, 1984.