

RECEBIDO EM: 16/10/2015

APROVADO EM: 14/12/2015

# ELEMENTOS DE UMA CIÊNCIA APLICADA DO DIREITO PARA O *DESIGN* DAS INSTITUIÇÕES

*ELEMENTS OF APPLIED JURISPRUDENCE FOR  
INSTITUTIONAL DESIGN*

*Juliano Scherner Rossi*

*Procurador Federal*

*Bacharel em Engenharia Mecânica (UFSC, 1997) e Direito (UFSC, 2003)  
Especialista em Direito Público (UnB, 2010), Mestre em Direito (UFSC, 2013) e  
discente do programa de Doutorado em Direito (UFSC, 2015)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ciência do direito como conhecimento tecnológico; 2 O *design* de instituições; 3 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** Este artigo explora alguns elementos de uma ciência aplicada do direito para o *design* de instituições. O objetivo não é apresentar resultados, mas buscar elementos para o desenvolvimento de modelos teóricos em direito. Os conceitos-chaves para uma possível teorização aqui são: a decidibilidade como objeto de uma ciência aplicada do direito, conforme estabelecido por Ferraz Jr.; legitimação, conceito desenvolvido a partir de uma teorização inicial de Weber; e o individualismo metodológico, pelo qual os comportamentos coletivos são compreendidos a partir da dinâmica de comportamentos individuais e da estrutura de incentivos dos agentes. O foco do estudo são as instituições, suas criações e mudanças, a partir de tipos ideais de legitimação: coercitivo, normativo e cultural-cognitivo. O ordenamento jurídico está relacionado mais proximamente ao primeiro, mas a interação é complexa. A abordagem é interdisciplinar e sistêmica. Como ferramenta de análise, a mudança institucional permite testar empiricamente os modelos de comportamento social, de modo que esses momentos são propícios ao desenvolvimento da pesquisa.

**PALAVRAS CHAVE:** *Design* de Instituições. Epistemologia Jurídica. Ciência Aplicada do Direito. Legitimidade. Institucionalismo.

**ABSTRACT:** This article explores some elements of applied jurisprudence for the institutional design. The goal is not to present results, but seek elements for the development of theoretical models in Law. The key concepts for a possible theorization here are: the decidability as the object of an applied jurisprudence, as established by Ferraz Jr.; legitimacy, as concept developed further from an initial theorization by Weber; and methodological individualism, whereby the collective behaviours are explained by the dynamics of individual behaviours and incentive structures. The study's focus is on institutions, their creations and changes from ideal three types of legitimacy: coercive, normative and cultural-cognitive. The legal system relates more closely to the first, but the interaction among the three types is complex. The approach is interdisciplinary and systemic. As an analytical tool, institutional change allows empirical test of models of social behaviour, so these moments are the key to the development of research.

**KEYWORDS:** Institutional Design. Legal Epistemology. Applied Jurisprudence. Legitimacy. Institutionalism.

## INTRODUÇÃO

Tanto o positivismo quanto as principais alternativas, seja de Dworkin, de “direito como integridade”, seja de Alexy, de ponderação axiológica, continuam enfrentando o mesmo problema exposto por Hart<sup>1</sup> e por Kelsen<sup>2</sup>, este no Cap. 8 da Teoria Pura do Direito: do controle racional das decisões judiciais e o flerte ocasional com o ativismo judiciário (e o déficit democrático que o acompanha). Essas explicações acabam se utilizando da mesma estratégia para lidar com a indeterminação, reivindicando que as áreas ambíguas da ordem jurídicas são pequenas. Esse o campo da aplicação, ao qual geralmente se voltam as atenções dos juristas.

Uma das grandes dificuldades da teoria constitucional é conciliação do Estado de Direito e da supremacia da Constituição com o fato de as normas não produzirem respostas para determinadas controvérsias concretas. As leis em geral, para serem legítimas, exigem, no mínimo, que elas tenham surgido de procedimentos ou se fundamentem em princípios que sejam amplamente, se não universalmente, reconhecidos como legítimos. Na prática, no entanto, é extremamente difícil estabelecer os procedimentos de legitimação dos princípios, pela complexidade e diversidade moral e social. Mesmo que haja acordo sobre os procedimentos e princípios fundamentais, como “cada cabeça, um voto” ou “tratar igualmente os iguais”, a complexidade do mundo e a diversidade moral tornam muitas vezes acordo sobre detalhes impossível. O problema poderia ser enunciado da seguinte forma: se a aplicação de uma regra exige deliberação sobre o seu significado, a regra não pode ser um guia para a ação na maneira que um compromisso com o Estado de Direito pareça exigir, pois se o conteúdo de um direito constitucional (ou de outro dispositivo constitucional) só pode ser determinada após uma extensa deliberação, a Constituição, por si, não garante direitos, no sentido de fornecer garantias fundamentais.

Este artigo também aborda a questão da indeterminação das regras, mas sob outro aspecto. Propõe-se aqui que, em vez de justificar decisões judiciais, a teoria projetasse instituições que viabilizem programas e políticas com reduzidos campos de indeterminação jurídica ou que possam resolvê-la de forma eficaz, em que a indeterminação é oportunidade para criar condições para deliberação local sobre o conteúdo das normas jurídicas. A abordagem adotada aqui é essencialmente tecnológica, de

1 HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

2 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

engenharia jurídica, por assim dizer, pois é discutido o quanto de intencional há nas instituições para provocar mudanças sociais e o quanto de possibilidade de produzir a mudança pretendida. Para que isso ocorra, deve haver responsabilidade política dos atores e colaboração entre diversas esferas de governo. A proposta será feita a partir das abordagens institucionalistas, termo que abarca concepções econômicas e sociológicas, como as de North<sup>3</sup> e Scott<sup>4</sup>.

Na primeira seção, será apresentado um modelo de ciência do direito compatível com a noção de ciência aplicada. Para isso, haverá especial apoio na epistemologia de Ferraz Jr.<sup>5</sup> A segunda seção propõe uma explicação institucionalista da origem e mudança das instituições, a qual serviria de base para a estimativa de resultados do *design* de instituições. A abordagem utilizada é sistêmica. Ao afinal são apresentadas algumas possibilidades de pesquisa posterior. O objetivo aqui não é apresentar resultados, mas buscar elementos para o desenvolvimento de modelos teóricos em direito.

O termo *design* de instituições é aqui tido como tradução do termo em inglês *institutional design*. Foi preferido ele à sua tradução mais literal, *design* institucional, uma vez que este tem conotação própria em *design* gráfico, que trata da identidade visual de empresas ou outras instituições. Neste artigo, o *design* de instituições diz respeito ao conjunto de normas jurídicas formais que dispõem sobre a estrutura e funcionamento, entendidas em modo amplo, de instituições. Como instância formal, as normas são distintas das práticas institucionais.

## 1 A CIÊNCIA DO DIREITO COMO CONHECIMENTO TECNOLÓGICO

Conforme bem observado por Ferraz Jr.<sup>6</sup>, a decidibilidade é o problema central da ciência do direito, ainda que a decisão judicial não seja o único objeto da ciência jurídica. Essa é uma decorrência direta da

3 Cf. NORTH, Douglass. Institutions and economic growth: A historical introduction. *World Development*, v. 17, n. 9, p. 1319-1332, set. 1989. NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change, and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. NORTH, Douglass. *Economic performance through time*. 1993. Conferência do Prêmio Nobel, 9 dez. 1993, The Nobel Foundation. Disponível em: <[http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/1993/north-lecture.html](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1993/north-lecture.html)>. Acesso em: 24 set. 2015.

4 Cf. SCOTT, William Richard. *Institutions and Organizations*. 2. ed. Thousand Oaks: Sage, 2001. SCOTT, William Richard; REUF, Martin; MENDEL, Peter J.; CARONNA, Carol. *Institutional Change and Health Care Organizations: From Professional Dominance to managed Care*. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

5 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 1997. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

6 *Ibidem*, 1994.

proposição de Kelsen de que o critério de verdade para a ciência jurídica não é um juízo de causalidade nos moldes das ciências naturais, mas um juízo de imputação: o direito positivo não é criação da decisão legislativa, mas da imputação da validade do direito a certas decisões legislativas judiciárias ou administrativas.<sup>7</sup> Essa conclusão decorre da diferenciação que Kelsen faz entre norma, que tem a estrutura de um comando, e proposição jurídica, o juízo hipotético que enuncia ou traduz que, sob certas condições ou pressupostos fixados pelo ordenamento, devem intervir certas consequências previstas pelo próprio ordenamento. Em algum momento, o cientista ou o aplicador fará uma apreciação da realidade da norma, mas tão-somente para determinar se uma norma é, o que significa afirmar sua validade e vigência. Apenas nesse sentido é possível afirmar que há um direito positivo. Estabelecer o que seja direito não é um juízo de verdade, pois o estabelecimento, seja do horizonte de consequências da norma, seja de uma consequência particular, decorre de uma decisão, não da natureza. Isso implica afirmar que não é possível extrair de um enunciado normativo suas consequências. A linguagem, o contexto socioeconômico, a teoria do direito, os valores dominantes em uma sociedade ou quaisquer outros fatores causais podem prescrever soluções para a decisão, mas, mesmo que a solução ao final seja aquela prescrita, nunca haverá relação de causalidade. Por essa razão, os enunciados normativos não estão sujeitos à refutação, tais como enunciados científicos.

Ainda que seja possível pensar a ciência do direito de modo especulativo, ao envolver uma questão de decidibilidade, a ciência jurídica manifesta-se, segundo Ferraz Jr., como pensamento tecnológico.<sup>8</sup> Essa afirmação torna-se mais evidente considerando a finalidade prática do direito como instrumento de ação sobre a sociedade. Na concepção de Luhmann, o direito é um sistema funcionalmente diferenciado da sociedade, cuja função é manter estáveis as expectativas, ainda que o resultado em um caso particular não se dê conforme esperado.<sup>9</sup> O direito tem aqui caráter contingencial, em razão da seletividade dos resultados, seja no estabelecimento da norma, seja da solução do caso particular. Nesse sentido, há no direito função de estabilização da contingência.

A necessidade de solução de problemas práticos faz surgir, para Ferraz Jr., duas abordagens da ciência jurídica.<sup>10</sup> Uma que se assemelha

7 KELSEN, 1998a, 1998b.

8 Ibid.

9 LUHMANN, op. cit., 1983.

10 Ibid.

à pesquisa científica como se está acostumado pensar que se desenvolva, com ampla liberdade de investigação, que chamou de zetética. Outra com a finalidade específica de possibilitar uma decisão e orientar a ação, que chamou de dogmática. Esta se caracteriza por uma discussão limitada ou truncada, em que o horizonte de soluções é propositalmente limitado, voltado, tomando emprestado a expressão de Luhmann, para a estabilização da contingência. A abordagem dogmática identifica-se como pensamento tecnológico em analogia às ciências aplicadas, que se utilizam de conceitos, teorias, esquemas tomados por verdadeiros, problematizando apenas a sua aplicação para solução de problemas práticos. No direito, a abordagem dogmática baseia-se em dois postulados: a inegabilidade dos pontos de partida<sup>11</sup> (ou proibição da negação) – a impossibilidade de negar os pontos de partida da série argumentativa – e a necessidade de decisão (ou proibição do *non liquet*).<sup>12</sup> Em um modelo positivista, as normas válidas seriam pontos de partida inegáveis. Ferraz Jr. ainda identifica três modelos de ciência dogmática do direito, tendo em conta a decidibilidade, que denominou teoria da norma (modelo analítico), teoria da interpretação (modelo hermenêutico) e teoria da decisão jurídica (modelo empírico).<sup>13</sup>

Uma proposta para o direito como ciência aplicada ao *design* de instituições transita entre questões zetéticas e dogmáticas; nestas, utiliza-se dos três modelos de ciência dogmática propostos por Ferraz Jr. A decidibilidade, como problema central da ciência jurídica, não se revela aqui com vista à aplicação no caso concreto, mas no estabelecimento de universos de solução possível, em que os âmbitos de incerteza sejam controlados, de modo a que possam ser suportados pelo sistema social e tornar decidíveis eventuais conflitos. É instrumento de política para, partindo das normas, prescrever condutas desejáveis e projetar instituições. Pode parecer evidente que qualquer norma jurídica seja capaz de fazer isso, mas há grande diferença entre o texto de uma lei proposto por um leigo e aquele proposto por um especialista. Espera-se deste que, conhecendo como as normas postas funcionam em uma sociedade, seja capaz de propor leis que concretizem o objetivo desejado com melhores resultados. Nesse sentido, faz-se necessária uma abordagem que dê conta da interação das normas com a sociedade em geral e com os destinatários mais específicos nos setores que serão regulados.

---

11 FERRAZ JR. (1994, p. 48) atribui a expressão inegabilidade dos pontos de partida a Luhmann.

12 FERRAZ JR., op. cit.

13 Ibid.

É interessante perceber que a pesquisa jurídica tem uma longa tradição de investigação sobre a interpretação ou a dogmática, pouco se dedicando ao estudo das instituições. Esse tema tem sido mais explorado na economia, na ciência política e na sociologia, mas parece que aquele se dedica ao estudo do direito como ciência aplicada não possa prescindir desse conhecimento na tarefa de *design* de instituições.

Em alguns aspectos, essa abordagem se emparelha com o que Melo propôs como política do direito,<sup>14</sup> que começaria a partir de onde parou Kelsen quando demarcou a ciência do direito. Para Kelsen, a ciência do direito é eminentemente descritiva, posição criticada por insuficiente ao desconsiderar elementos de legitimação da ordem jurídica.<sup>15</sup> A desvinculação da validade das normas dos valores supremos de uma sociedade, sejam os valores morais, o espírito do povo ou aqueles impostos pela razão (o que quer que signifiquem essas categorias), acaba por fundamentar o direito na força, pois há direito onde há Estado e este se caracteriza pela eficácia da ordem jurídica, na doutrina da norma fundamental. A Teoria Pura do Direito não o afirma, mas há nessa concepção algum tributo a Weber, pois a ideia de uma norma fundamental está ligada diretamente a uma concepção de estado como único produtor legítimo de normas. Essa formulação é compatível com o conceito de Weber de estado moderno: a comunidade humana que reivindica com sucesso o monopólio da violência física legítima em um território, uma associação compulsória que organiza a dominação.<sup>16</sup>

O que poderia se considerado uma constatação da teoria de Kelsen no mínimo incômoda, por outro lado, dá à ciência jurídica um estado de liberdade de investigação que não seria possível se fossem considerados como pressupostos de uma ordem jurídica a sua justiça, a conformação com o espírito do povo ou qualquer outra concepção. Como Melo bem observa, quando se diz que uma norma é válida, admite-se esta como existente e que a existência da norma precisa ser distinguida dos fatos pelos quais ela é reproduzida e ao cientista do direito não cabe estabelecer ou valorar normas jurídicas, mas descrevê-las e a sistematizar proposições que são enunciados sobre elas.<sup>17</sup> Essa concepção preserva a descrição, campo da ciência do direito, da prescrição, campo da política do direito, segundo

---

14 MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da Política Jurídica. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 72-76, jan. 1993. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15901/14403>>. Acesso em: 20 set. 2015.

15 KELSEN, 1998a, 1998b.

16 WEBER, 1999, 2004, 2009.

17 Ibid.

concepção de Melo, pois “mesmo que um projeto de reconstrução axiológica venha a ser concretizado, esse objeto continuará sendo o de descrever as normas então reconstruídas”.<sup>18</sup> A política do direito, expressão que em outras situações poderia se entendida como uma contradição em termos, caberia definir os horizontes de possibilidade de um direito melhor, a partir de uma abordagem prescritiva, baseada em pressupostos axiológicos e deontológicos. Essa concepção de ciência política do direito é próxima daquilo que Ferrajoli chama de ponto de vista externo, em que a crítica do sistema jurídico é feita a partir das práticas de cunho ético-político decorrentes da teoria ou de visões de mundo.<sup>19</sup>

A concepção de ciência do direito como ciência aplicada aqui guarda semelhança com a concepção de política do direito de Melo ao ser compreendida em seu aspecto pragmático, como ação empreendida com um fim. Para Melo, os elementos básicos de uma ação dotada de eficácia se configuram na existência de um agente (capaz de determinar-se), de meios hábeis (estratégias sob orientação normativa) e de um fim desejado (o desenho do devir ou da utopia).<sup>20</sup> Essa concepção pode ser compreendida no âmbito da racionalidade instrumental: “a faculdade de classificação, inferência e dedução, não importando qual o conteúdo específico dessas ações: ou seja, o funcionamento abstrato do mecanismo de pensamento”.<sup>21</sup>

A esse tipo de abordagem podem ser feitas, em boa medida, uma vez que não se baseia em pressupostos axiológicos ou deontológicos, as mesmas objeções feitas à Teoria Pura do Direito. Do mesmo modo, as objeções que o próprio Horkheimer fez a esse tipo de racionalidade, do obscurecimento da racionalidade cognitiva, dedicada ao compreender a relação entre meios e fins.<sup>22</sup> A resposta a essas objeções pode ser feita de modo análogo à de Kelsen e Ferrajoli, de que a crítica é não menos importante, mas externa à demarcação proposta, tanto como o jusnaturalismo pode ser compreendido como referencial ético do juspositivismo. A crítica não surge da teoria, mas ela abre espaço, a partir de sua formulação, que o conteúdo ético das normas ou das instituições criadas seja passível de crítica. Nesse sentido, a concepção proposta aqui se distancia da política do direito de Melo, pois

---

18 WEBER, 1999, 2004, 2009. p. 73.

19 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

20 Ibid., p. 74.

21 HORKHEIMER, M. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 13.

22 Ibid.

a crítica deontológica dos fins, para o autor, é interna à própria concepção que propõe.

O enfoque dado por Melo à política do direito, por outro lado, é de cunho eminentemente jusfilosófico, abordagem bastante comum entre os juristas. A menção feita por ele à utopia é suficientemente ilustrativa. O *design* de instituições exige, por outro lado, uma abordagem diferente. A utopia, ainda que seja compartilhada por grande parte dos indivíduos, não parece ser suficiente para explicar o porquê da mudança nem o comportamento dos indivíduos em sociedade e, em razão disso, fundamentar uma ciência jurídica aplicada ao *design* de instituições. Por conta disso, é proposto um enfoque sociológico e econômico a partir da eficácia das normas.

## 2 O *DESIGN* DE INSTITUIÇÕES

O *design* de instituições exige uma abordagem interdisciplinar. Kelsen, mantendo-se coerente com sua proposta de pureza metodológica, não se interessou pelas motivações das pessoas ao conformar-se ou não às normas jurídicas, atribuindo aos sociólogos ou psicólogos essa investigação.<sup>23</sup> A ideia de justaposição de conhecimentos, que poderia surgir da proposição de Kelsen, não é suficiente, visto que a estimativa de comportamentos a partir de mudanças intencionais do quadro normativo, seja das leis, seja das normas internas das organizações, exige interação dos campos de conhecimento.

O foco desta pesquisa está em instituições e organizações. O fato de as organizações estarem profundamente enraizadas em ambientes sociais e políticos sugere que as práticas e estruturas organizacionais são muitas vezes reflexo ou respostas às regras, crenças e convenções incorporadas ao ambiente. A tese central de abordagens institucionalistas é que estruturas, programas e práticas em organizações alcançam legitimidade por meio da construção social da realidade.<sup>24</sup> Duas propostas metodológicas são apresentadas: a análise da mudança institucional, a partir da qual é possível testar empiricamente os modelos de comportamento social, e o individualismo metodológico, pelo qual os comportamentos coletivos são compreendidos a partir da dinâmica de comportamentos individuais e da estrutura de incentivos dos agentes. Os comportamentos individuais podem ser racionais ou comportamentais e prescindem de valores como justificção das condutas, ainda que essa possa influenciar a decisão. A tarefa analítica chave para

<sup>23</sup> KELSEN, 1998a, 1998b.

<sup>24</sup> WEBER, 2009.

a análise institucional é determinar quais fatores são importantes em determinados contextos e na medida em que os mecanismos trabalham para reforçar ou desestabilizar a ordem social dominante.

Conforme North, instituições são entendidas como regras formais e informais, mecanismos de sua aplicação e normas de comportamento que estruturam repetida interação humana, entre os indivíduos, dentro ou entre organizações, por meio de incentivos, desincentivos, constrangimentos e reforços.<sup>25</sup> Organizações, por sua vez, podem ser definidas como grupos de indivíduos unidos por um propósito comum para atingir certos objetivos.<sup>26</sup> Para ser eficaz, as regras devem incorporar características de execução para indicar como o cumprimento é acompanhado e como não-conformidade é prevenida ou reprimida. Regras têm por propósito obrigar ou incentivar indivíduos ou organizações a se comportarem de certa maneira.<sup>27</sup> Os incentivos e desincentivos decorrem das vantagens ou desvantagens que real ou potencialmente advém a indivíduos ou organizações por causa de uma regra.

As instituições e organizações estão intimamente relacionadas e, portanto, as organizações não funcionam fora de um contexto institucional. Esse inclui os órgãos políticos, regulatórios e administrativos, sociedade civil e organizações associativas e suas práticas organizacionais. Aqui, prática organizacional é entendida como a forma como as organizações cumprem – ou não – e fazem cumprir – ou não – as regras formais, fatores dependentes de sua capacidade organizacional. Em uma situação ideal, as organizações (i) cumprem, (ii) fazem cumprir as regras e (iii) tem as capacidades necessárias para fazê-lo. Na realidade, porém, a prática organizacional não é apenas influenciada pelas regras e os respectivos incentivos que eles criam, mas também pelos interesses específicos de organizações e indivíduos. Esses interesses são moldados por uma série de fatores, incluindo preferências, prevalecendo regras informais e culturais, bem como motivações de solidariedade e profissionalismo. Regras não contêm, portanto, incentivos ou restrições inerentes ou fixos. É o contexto organizacional, que em última análise, determina benefícios ou desvantagens reais ou potenciais, como percebidos por organizações e indivíduos. Segundo DiMaggio e Powell, análises de utilidade e de

---

25 NORTH, 1989, p. 1321.

26 Cf. NORTH, 1989, p. 1993.

27 OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James (eds.). *Rules, games, and common-pool resources*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1994.

maximização de resultados são motivadores humanos e organizacionais dominantes para a prática organizacional e comportamento.<sup>28</sup> Com um bom conhecimento do contexto, o efeito desses incentivos pode ser antecipado.

Institucionalização é aqui definida em termos dos processos pelos quais padrões alcançam estabilidade normativa e cognitiva, incorporam-se à rotina e adquirem normalidade. Scott estruturou três categorias analíticas de uma ordem institucional: regulatória, normativa e cultural-cognitiva que atuam de forma complementar, mas formam tipos ideais de legitimação social.<sup>29</sup> Do ponto de vista regulatório das instituições, a mudança organizacional é fundamentalmente um produto das forças de mercado e elementos organizacionais reguladores, tais como políticas feitas valer por meios coercivos. Do normativo, a mudança é produto da obrigação social (moral), baseada primordialmente em estruturas informais, em vez de estruturas formais de coerção. Essa categoria enfatiza o ambiente imediato das organizações, em vez de as regras culturais mais gerais da sociedade. Aspectos cognitivos das organizações concentram-se em mudanças nas crenças conceituais, modelos mentais e interpretações de significados compartilhados. Essa perspectiva também salienta a internalização das mudanças pelos membros da organização a partir de valores culturalmente compatíveis.

O papel dos processos reguladores em um sentido mais explícito e formal dependerá da abordagem adotada. Uma abordagem econômica enfatiza processos regulatórios, nos quais sistemas de regras e mecanismos de sua aplicação são os principais motores da mudança institucional. Uma abordagem sociológica, com ênfase na normatividade, por outro lado, pode ver a mudança como um produto de obrigação social, em vez de mera conveniência. Estes sistemas normativos incluem valores relativos ao comportamento preferido e normas que especificam como as coisas devem ser feitas. Em essência, eles definem os meios legítimos para perseguir fins. Embora essas expectativas normativas possam impor restrições sobre o comportamento, eles também servem para capacitar e facilitar a mudança.

Cada uma dessas categorias (regulatória, normativa e cultural-cognitiva) enfatiza um aspecto da mudança: tem que, deve e quer mudar

---

28 DIMAGGIO, Paul; POWELL, Walter W. The iron cage revisited: Institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields. *American Sociological Review*, v. 48, n. 2, p. 147-60, abr. 1983.

29 SCOTT, op. cit.

(*have to, ought to, want to change*) e fornece uma base para a legitimidade – uma condição que reflete congruência com as regras ou leis, apoio normativo, ou alinhamento cultural.<sup>30</sup> O elemento regulador enfatiza a conformidade com os sistemas jurídicos como as bases da legitimidade. A obrigação jurídica é motor da mudança, com coerção material e temor atuando como fatores-chave que a perpetuam. Os membros da organização mudam porque eles têm que e não necessariamente porque querem (ainda que possa haver internalização posterior do elemento coercitivo nas ordens normativa e cultural-cognitiva). O elemento normativo salienta as bases morais para avaliar a legitimidade. Os membros da organização sentem que deveriam a partir de um senso de dever, mesmo se eles não se identifiquem com a justificativa para a mudança ou acreditem que ela terá êxito (ainda que possa haver internalização posterior do elemento normativo na ordem cultural-cognitiva). O elemento cognitivo enfatiza legitimidade cultural que vem da adoção de uma visão partilhada (e que, por tal razão, rejeita formas alternativas de atuação). Os membros optam por adotar e apoiar uma mudança porque acreditam nela pessoalmente, querendo apoiá-la mesmo que isso não seja aplicada por meio de uma política organizacional (aspectos regulatório e normativo).

No modelo proposto, em uma primeira leitura, a ordem jurídica atua no âmbito regulatório exogenamente, em um primeiro momento, ainda que a ordem jurídica possa ser internalizada posteriormente. Foi proposto, por outro lado, que a regulação age tanto como força endógena como exógena. Scott et al. verificaram que mudanças regulatórias federais nos EUA e a diferenciação de especialidades médicas tiveram o efeito não intencional de minar a soberania dos médicos, alterando o campo da medicina profundamente ao estabelecer uma relação fornecedor-consumidor de serviços de saúde.<sup>31</sup> Edelman,<sup>32</sup> Edelman et al.,<sup>33</sup> Dobbin e Sutton,<sup>34</sup> observaram que respostas organizacionais ao ordenamento jurídico foram variadas e complexas, bem como que os profissionais das organizações ajudaram a construir normas e criar os regulamentos que moldaram as boas

30 SCOTT, op. cit.

31 SCOTT et al., op. cit.

32 EDELMAN, Lauren B. Legal ambiguity and symbolic structures: Organizational mediation of civil rights. *American Journal of Sociology*, v. 95, p. 1401-1440, 1992.

33 EDELMAN, Lauren B; UGGEN, C.; ERLANGER, H. The endogeneity of legal regulation. *American Journal of Sociology*, v. 105, p. 406-454, 1999.

34 DOBBIN, Frank; SUTTON, John R. The strength of a weak state: The employment rights revolution and the rise of human resources management divisions. *American Journal of Sociology*, v. 104, p. 441-476, 1998.

prática na regulamentação dos direitos no local de trabalho. Influências internas e heterogeneidade de respostas indicam crescente atenção com o papel e o comportamento da agência, a capacidade de uma entidade agir em um determinado ambiente, na institucionalização. Indica igualmente que a institucionalização é um processo político e o sucesso do processo depende do poder relativo dos atores que se esforçam para dirigi-lo.<sup>35</sup>

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *design* de instituições como objeto de pesquisa é pouco explorado na literatura brasileira de epistemologia jurídica. A ênfase na pesquisa aplicada em direito está normalmente sobre os aspectos da decisão judicial e da sua justificação. Aqui está, por exemplo, a teoria da norma jurídica ou da hermenêutica. A se inverter o enfoque, podem ser explorados não os horizontes daquela decisão judicial em particular, mas os horizontes das decisões possíveis (ou prováveis ou aceitáveis) e de suas implicações e consequências práticas e como isso interfere na forma como as pessoas planejam suas vidas. Levando essa ideia ao funcionamento das instituições, é possível encontrar fórmulas que permitam sua estrutura e funcionamento mais eficiente ou eficaz.

Isso não poderia ser feito sem uma abordagem interdisciplinar, pois não são apenas tomadas as normas em si ou em relação a outras normas, mas ao funcionamento de organizações humanas e como a ordem jurídica é capaz de interferir nelas. Nesse sentido, o *design* de instituições tem um aspecto empírico o qual o jurista deve estar preparado para enfrentar. Não basta apenas estruturar normas de organização que reduzam suficientemente os âmbitos de indeterminação e permitam a aplicação das normas, mas que também o façam estimulando a cooperação por meio de reforço dos mecanismos morais e culturais.

Como outra advertência, uma ciência jurídica como ciência aplicada ao *design* de instituições deve levar em consideração consequências involuntárias de certa normatização. Essas consequências não advêm apenas do modo em que a estrutura normativa é montada, mas igualmente de como a lei nova altera os esquemas de incentivos e desincentivos e como eles podem alterar comportamentos individuais e coletivos.

---

35 DIMAGGIO, Paul. Interest and agency in institutional theory. In: ZUCKER, Lyanne G. (ed.) *Institutional Patterns and Organizations: Culture and Environment*. Cambridge, MA: Ballinger, 1988. p. 3-21.

**REFERÊNCIAS**

DIMAGGIO, Paul. Interest and agency in institutional theory. In: ZUCKER, Lyanne G. (ed.) *Institutional Patterns and Organizations: Culture and Environment*. Cambridge, MA: Ballinger, 1988. p. 3-21.

DIMAGGIO, Paul; POWELL, Walter W. *The iron cage revisited: Institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields*. *American Sociological Review*, v. 48, n. 2, p. 147-60, abr. 1983.

DOBBIN, Frank; SUTTON, John R. The strength of a weak state: The employment rights revolution and the rise of human resources management divisions. *American Journal of Sociology*, v. 104, p. 441-476, 1998.

EDELMAN, Lauren B. Legal ambiguity and symbolic structures: Organizational mediation of civil rights. *American Journal of Sociology*, v. 95, p. 1401-1440, 1992.

\_\_\_\_\_; UGGEN, C.; ERLANGER, H. The endogeneity of legal regulation. *American Journal of Sociology*, v. 105, p. 406-454, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HORKHEIMER, M. *Eclipse da razão*. São Paulo : Centauro, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da Política Jurídica. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 72-76, jan. 1993. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15901/14403>>. Acesso em: 20 set. 2015.

NORTH, Douglass. Institutions and economic growth: A historical introduction. *World Development*, v. 17, n. 9, p. 1319-1332, set. 1989.

\_\_\_\_\_. *Institutions, institutional change, and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

\_\_\_\_\_. *Economic performance through time*. 1993. Conferência do Prêmio Nobel, 9 dez. 1993, The Nobel Foundation. Disponível em: <[http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/1993/north-lecture.html](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1993/north-lecture.html)>. Acesso em: 24 set. 2015.

OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James (eds.). *Rules, games, and common-pool resources*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1994.

SCOTT, William Richard. *Institutions and Organizations*. 2. ed. Thousand Oaks : Sage, 2001.

\_\_\_\_\_; REUF, Martin; MENDEL, Peter J.; CARONNA, Carol. *Institutional Change and Health Care Organizations: From Professional Dominance to managed Care*. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. 15 ed. São Paulo: Cultrix, 2004.

\_\_\_\_\_. *Economia e sociedade*. 4 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2009. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Economia e sociedade*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. v. 2.

