

Economic Analysis of Law Review

O Estado Constitucional e os Movimentos Law and Economics da University of Chicago: do Marginalismo ao Pragmatismo

The Constitutional State and The Law and Economics Movements of the University of Chicago : from marginalism to pragmatism.

ALFREDO COPETTI NETO ¹
Universidade Estadual do Paraná

RESUMO

O presente texto pretende discorrer teórica e historicamente acerca de duas nuances estruturantes do movimento *Law and Economics* em face do paradigma do Estado Constitucional. A primeira delas expõe o caráter antijurídico do *Law and Economics* face a ideia precursora do movimento em fundar o direito numa precisa teoria econômica, o marginalismo econômico subjetivista a partir da ideia de *eficiência econômica*; a segunda, visa a dialogar com a proposta denominada pós-Chicago, em que o movimento *Law and Economics* abandona a proposta teórica inicial e se estabelece em uma diagramação pragmática, em busca de uma *experimentação funcional* para as *melhores consequências* nas tomadas de decisão da esfera pública. Por fim, conclui-se acerca das possibilidades jurídicas do movimento *Law and Economics* pós-Chicago, no âmbito da visão garantista do Estado Constitucional.

Palavras-chave: Estado Constitucional; movimento *Law and Economics*; movimento *Law and Economics* pós-Chicago; Eficiência Econômica; Garantismo Jurídico.

JEL: K0, K10

ABSTRACT

The present text intends to discuss theoretical and historically about two structural nuances of Law and Economics movement in face of the Constitutional State paradigm. The first of them exposes the anti-legal character to Law and Economics face a precursor idea of the movement in founding the law in a right economic theory, the subjectivist economic marginal revolution from the idea of economic efficiency; second, since the dialogue with the proposal called post-Chicago, the Law and Economics movement abandons the initial theoretical proposal and settles in a pragmatic layout, in search of a *functional experimentation* for the *best consequences* in sphere of public decision-making. Finally, it is concluded about the legal possibilities of Law and Economics movement post-Chicago with the scope of garantist view of the Constitutional State.

Keywords: Constitutional State; Law and Economics movement; post-Chicago Law and Economics movement; Economic Efficiency; Legal Garantism.

R: 21/12/16 **A:** 02/02/17 **P:** 01/08/2017

¹ E-mail: alfredocopetti@yahoo.com

1. Considerações Preliminares

Para que se possa desenvolver o argumento acerca do tema proposto é necessário, preliminarmente, discorrer a respeito dos pontos de partida assumidos, pois é importante ressaltar, em uma perspectiva contextual, o núcleo fundamental do movimento *Law and Economics*. Assim, a premissa da qual se parte é colocada do seguinte modo: a) não existe nenhum pioneirismo na proposta *lato sensu* de ler o direito por meio da economia feita pelo movimento *Law and Economics*, desencadeado na segunda metade do século XX na University of Chicago, embora há peculiares – e muito estudadas – contribuições *micorefcientistas* (SALAMA, 2012, *passim*) ao direito; b) é possível de se identificar diferentes abordagens sob o ponto de vista interno ao próprio movimento *Law and Economics*; c) mesmo o seu núcleo teórico fundamental, que pode-se identificar Richard Posner o nome mais eloquente, passou por, no mínimo, três reorganizações estruturantes; d) embora a pluralidade de definições, o movimento *Law and Economics* se tonificou por uma tríade que vem esclarecida a partir da *ideologia política*; da imbricação, cada vez mais eloquente, das *tradições Jurídicas*; da extensão disciplinar à abrangência do movimento, cujo fundamento se dá por uma *capa de sentido economicizada*.

Assim, diante do arcabouço, não somente histórico, mas, sobretudo, teórico no qual se destaca o movimento *Law and Economics* é importante reconhecer, por um lado, os amálgamas que estabeleceram e concretizaram a sua proposta jurídico-teórica; por outro, não deixar de evidenciar as especificações do corrente debate em torno do contexto contemporâneo que edificou o que se conhece ocidentalmente por direito e por democracia, especialmente da relação criada entre ambos.

Dito de outro modo, não há o direcionamento da discussão para qualquer compreensão de *Law and Economics*, ou, de forma mais ampla, para qualquer relação entre direito e economia; tampouco, para se estabelecer o nexu de abrangência do conceito de democracia, não se pretendeu compreendê-lo abstratamente – ao lado de fora do tempo e do espaço –, na medida em que se reconheceu sua existência na intrínseca contextualização das lutas políticas modernas, que, ao seu modo, deram guarida, na contemporaneidade, à proposta constitucional de direitos fundamentais, voltados à proteção e à garantia das necessidades vitais de todos os seres humanos, de forma indistinta.

Não obstante isso, ainda, a discussão entre direito e democracia foi estabelecida na medida em que se vislumbrou ambos em um paradigma vinculante comum, cuja edificação difundiu e tornou rígido, sob o ponto de vista não unicamente técnico, mas, especialmente, epistemológico e axiológico, o entendimento de Estado de Direito: o *Estado Constitucional de Direito*². Se para tornar nítida a compreensão de direito e de democracia mostrou-se imprescindível o reconhecimento de um modelo jurídico subjacente, que os vinculasse

² Para a ideia de Estado Constitucional ver: FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. São Paulo: RT, 2015; COPETTI NETO, Alfredo. **A Democracia Constitucional sob o olhar do Garantismo Jurídico**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

paradigmaticamente, não de forma diversa se entende assegurar a possibilidade de legitimação/aplicação de uma análise econômica, tal qual aquela da *Chicago School* ao sistema legal.

2. Da Maximização da Riqueza à Garantia de Direitos Fundamentais

É de fundamental importância colocar ao leitor uma indagação: o direito ocidental está estabelecido sobre uma base paradigmática chamado Estado Constitucional de Direito, que vem projetada, de forma qualificada, em cima do que se delineou historicamente como Estado de Direito e que tem hoje na rigidez/hierarquia constitucional e no controle material de constitucionalidade seus dois grandes pilares?

Se a resposta a essa indagação é positiva, imediatamente é necessário compreender – e isso parece tendencialmente esclarecido³ –, que o Movimento *Law and Economics* ele próprio, não pode servir de fundamento para um novo vínculo jurídico e institucional, ou seja, a proposta desenvolvida no início do Movimento *Law and Economics*, cuja construção vem relacionada, exponencialmente, à *Chicago School*, sobretudo entre as décadas de 60 e 80 do século passado, mostra-se carente de sentido, na medida em que requer a fusão de toda a concepção de direito na economia, entendida, por sua vez, de forma sintética, como *eficiência econômica* (MACKAAY, 2000, *passim*).

Na verdade, o sucesso do conceito de eficiência, como conceito fundamental desenvolvido pelo método científico aplicado à economia, e da utilização desse conceito como determinante à implementação paradigmática de uma nova teoria fundamental do direito, veio como resposta específica a duas correntes que surgiram como resultado do processo de democratização do direito e do estado no Segundo Pós-Guerra – a escola do *Legal Process*⁴ e dos *Right-Based*⁵ – cujos fundamentos teóricos e epistemológicos, embora totalmente diversos, convergiam na concepção de autonomia do direito, isto é, numa base normativa e objetiva que reconhecia a possibilidade de o próprio direito dar respostas satisfatórias aos problemas sócio-jurídicos.

Esse reconhecimento tinha como ponto fundamental levar às últimas consequências os direitos conquistados pelas lutas políticas da modernidade, além de, conseqüentemente,

³ Basta ver as obras de Posner nesse sentido.

⁴ As bases dessa escola se voltam à obra: HART, Henry M. Jr.; SACKS, Albert M. **The Legal Process: Basic Problems in the Making an Application of Law**. Chicago: Foundation Press, 1994; ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. A theory of Judicial Review. USA: Harvard Paperbacks, 1980. Também é possível ver os aspectos históricos dessa escola em: MINDA, Gary. **Teorie postmoderne del diritto**. Bologna: Mulino, 2001, p. 62 e segs. GILMORE, Grant. **Le grandi epoche del diritto americano**. Milano: Giuffrè, 1991, p. 62. DUXBURY, Neil. **Patterns of American Jurisprudence**. New York: Oxford Press, 1997, p. 209 e segs.

⁵ Ver, por todos: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, em especial parte 1. DWORKIN, Ronald. _____. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Também, quanto aos aspectos históricos dessa escola em: MINDA, Gary. **Teorie postmoderne del diritto**. Bologna: Mulino, 2001, p. 92 e segs.

celebrar e fortalecer as bases de legitimação da autoridade do *Rule of Law*, entendido genericamente como limite jurídico ao poder.

Ocorre que o acordo em reconhecer que as bases lógicas e morais do direito vinham fundadas pelo próprio ordenamento democraticamente estabelecido e, nesse sentido, que os ideais do *Rule of Law* apareciam como núcleo fundamental da concepção jurídico-normativa erguida pelos pressupostos da modernidade, não foi suficiente para construir, mas mais do que isso, para manter coeso o pressuposto de justificação/fundamentação da ordem jurídica.

Em outras palavras, enquanto os *teóricos fundacionalistas* dos *Right-Based* recorreram à sustentação de que os direitos subjetivos prevaleceriam perante o procedimentalismo e a sua intrínseca lógica do consenso; os *teóricos procedimentalistas* do *Legal-Process* acreditavam nos valores procedimentais da democracia e do consenso como valores primordiais e preponderantes a qualquer reivindicação de direito subjetivo.

Ambas as ideias tinham a convicção de que: fosse pela racionalidade do consenso democrático, que pretendia escapar das preferências subjetivas dos juízes se valendo de valores procedimentais compartilhados; fosse pela lógica dos direitos e dos princípios, que buscava fugir da manipulação retórica da política legislativa por meio da fundamentalidade dos direitos, de uma forma ou de outra, as bases do *Rule of Law* teriam de surtir efeitos e prosperar.

Aliás, importante referir que foram justamente essas peculiaridades teórico-distintivas – em específico se exemplifica tais peculiaridades nas diversas concepções de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis –, e não a convergência ideológica das escolas envolvidas na readaptação/reformulação do direito americano após a Segunda Grande Guerra, as quais sustentaram as posições progressistas da *Corte Warren* (SCHWARTZ, 1996, *passim*)⁶, que impediram, concisamente, a objetivação de uma ideia de direito – como procedimento jurídico e moral – apta a produzir respostas corretas e solidificar, de uma vez por todas, a crença de que o próprio sistema avocava valores fundamentais suscetíveis de originar consenso, bem como de enrijecer os ideais liberais de universalismo, de equidade e de imparcialidade.

Não obstante tudo isso, paradoxalmente, a sociedade americana se acentuou numa dinâmica voltada ao desenvolvimento civil e tecnológico, em que novas propostas trouxeram diferentes variáveis a serem consideradas, alterando a complexidade e o rumo das pressões político-sociais, as quais, por sua vez, refletiram e desencadearam um período chamado por Gilmore (1991, p. 67) de *Anxiety Era*. Essas novas variáveis trataram de diferentes perspectivas assuntos anteriormente adormecidos como, por exemplo: classe, raça, religião, orientação sexual, cuja repercussão, em um modo geral, pôs em evidência questionamentos referentes à autoridade do direito.

⁶ Corte Constitucional Americana, presidida por Earl Warren, que durou entre 1953–1969, e que teve papel fundamental na democratização dos direitos civis nos Estados Unidos. Dentre as decisões paradigmáticas da corte está aquela do caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, que extinguiu a doutrina *separate but equal*, desencadeada no caso *Plessi versus Ferguson* em 1886.

Nesse sentido, a autoridade do direito em si foi vista como um problema, na medida em que o passo essencial da sociedade em direção à igualdade, compreendida como justiça social, pelo reconhecimento e pela garantia de novas minorias, acabou por fragilizar a lealdade política de outras classes desfavorecidas, essenciais, todas elas, às propostas liberais e progressistas de bem-estar social.

O processo político legislativo foi posto em xeque pela incapacidade institucional de representar as opiniões de todos os grupos sociais, a representação das minorias passou pelo problema inicial de quais grupos sociais formariam, verdadeiramente, as minorias; as teorias fundamentalistas foram barradas pela dificuldade operacional em determinar/justificar quais eram os direitos que seriam privilegiados, os ditos fundamentais e, sobretudo, por que tais direitos deveriam prevalecer em detrimento a outros, sobre a escolha democrática e, de um modo geral, sobre a política legislativa (ACKERMAN, 2006, *passim*).

O fato de os estabelecimentos político-jurídicos terem se tornado, pela inovação tecnocrática associada ao estado burocrático moderno, fonte de novos patamares de poder e de riqueza (REICH, 1964, *passim*)⁷, fez com que se vislumbrasse, também, tendo em vista o ceticismo da população em relação à autoridade estatal, um novo discurso institucional, privilegiando a análise de custo-benefício (POSNER, 2000, *passim*)⁸ à revisão das ideias tradicionais que determinavam a atuação da esfera pública.

Vieram dessa forma delineados e, mais do que isso, limitados os objetivos do sistema de direitos por alguns conceitos econômicos fundamentais, em que tanto os interesses da sociedade, bem como, e especialmente, a concepção de liberdade individual teriam de sucumbir ao tecnicismo determinativo da liberdade do mercado.

Concebeu-se, assim, o *Law and Economics* desenvolvido na *University of Chicago* como uma vertente alternativa e estável à edificação, ou melhor, à repactuação da crença nos fundamentos jurídicos por meio da economia marginalista neoclássica subjetivista, em que os precursores, *Director, Coase, Friedman, Becker e Posner*, propuseram, para tanto, e paradoxalmente, como sustentou *Owen Fiss, a morte do direito* (FISS, 1991, *passim*).

Todavia, se, como dito anteriormente, resta afastada de plano a hipótese inicial de Chicago em fundar o direito na economia – ou na concepção de eficiência econômica como parâmetro de justiça –, e, inclusive, este afastamento vem admitido por parte de alguns de seus precursores, como Posner, por exemplo, tendo em vista a necessidade de fugir de críticas relacionadas à aproximação do movimento de Chicago ao formalismo langdelliano (MINDA, 1978), nascem perguntas: o que permanece da estrutura teórica do *Law and Economics* edificado em Chicago? O que muda em relação aos seus fins? Existe a possibilidade do *Law*

⁷. Ver a crítica também em: WEBER, Max. **Estado y Sociedad**. México: Fondo de Cultura Económica, 1969, p. 239.

⁸ Especificamente, ver o relato crítico da disciplina da análise de custo-benefício em: SEN, AMARTYA. The Discipline of Cost-Benefit Analysis. In: **Journal of Legal Studies**. Vol. XXIX, June 2000, p. 932-52. Ver a crítica também em NUSSBAUN, Martha C. The Cost of Tragedy. Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis. In: **Journal of Legal Studies**. Vol. XXIX, June 2000, p. 1005–36.

and Economics ser compreendido no âmbito paradigmático do contemporâneo Estado Constitucional de Direito?

A determinação à *viragem pragmática* do movimento, entendida também como *Law and Economics pós-Chicago*, cujo anseio pela fuga do formalismo apelou à concepção de que a autoridade e a autonomia da ciência econômica perante o sistema jurídico era indeterminada, diferenciando-a daquela inicial proposta, que pretendia deduzir objetivamente as características do sistema jurídico por meio da teoria econômica neoclássica, serviu especificamente para, sob um novo *slogan*, apontar a compreensão do direito a partir de um sistema racional de comportamento, cujo ponto fundamental se manteve baseado no interesse econômico.

Posner (1990, *passim*), em que pese sua mudança estética, permaneceu na posição inicial do movimento, dizendo que a eficiência econômica era a melhor atitude a ser seguida pelo sistema jurídico. Na verdade, a *tese comportamentista* proposta por Kornhauser (1984, *passim*)⁹ se conservou como o âmagô do *Law and Economics*, na medida em que ratificou o cálculo racional da apreciação custo-benefício à compreensão e à valoração da natureza das relações jurídicas.

Noutras palavras é dizer que o sistema de direitos, em geral, e as normas jurídicas, em particular, continuaram a ser analogamente representados pelo sistema de preços, em que os atores jurídicos, ou consumidores, assumiram uma postura racional, direcionada ao interesse próprio, cuja crença na eficiência econômica era o critério mais razoável para distinguir o direito *bom* do direito *mau*, isto é, o direito válido daquele inválido.

Para tanto, as reformulações *juseconômicas* contemporâneas, na ambição de resolver por critérios microeconômicos as complexas questões atinentes ao estado burocrático moderno, embora a novidade ordenadora do subjetivismo pragmático, preservaram a conveniente aceitação, quando necessário, da abstração, do universalismo e da racionalidade científica¹⁰. Ao refutar a ideia de direito autônomo, e no apontar à direção de que o sistema jurídico teria o dever de produzir resultados maximizantes – mas somente aqueles resultados determinados a partir das pesquisas privilegiadas pela análise instrumental da economia –, o *Law and Economics* continuou a regular o sistema jurídico, mesmo que numa ambivalência paradigmática, agora focada não somente nas propostas do formalismo clássico, mas também do *pragmatismo*.

O fato dos argumentos econômico-jurídicos pós-Chicago não mais estarem voltados para a promoção de respostas corretas para o direito, mas, precisamente, para a crença de que o método econômico seria o melhor método existente entre as ciências sociais, cuja

⁹ Além da tese comportamentista estão: a normativa, a fatural ou positiva e a genética.

¹⁰ Importante análise acerca da racionalidade dos movimentos *Law and Economics*, mais especificamente acerca do *neoclassical Law and Economics* e do *Behavioral Economics* foi feita por Jasper Doomen (2011, *passim*). 199 EALR, V. 8, nº 1, p. 194-214, Jan-Jun, 2017

justificativa enquadrou-se no preciso alcance de determinados objetivos, somente estabeleceu por um vértice subjacente diverso a mesma particular concepção de mundo¹¹.

A economia aplicada ao direito, em que pese o afastamento do estudo determinado e objetivo dos critérios estabelecidos pela ciência moderna, continuou a perquirir sua relevância à análise jurídica, na medida em que a expôs como um sistema indeterminado, infundado, que, por isso, teria de aceitar a opinião prática e funcional economicista, armada estrategicamente em direção de uma racionalidade normativa recaracterizadora dos fatores juridicamente relevantes, colocados, por sua vez, à base da análise de custo-benefício.

De todo modo, mostra-se imprescindível referir, que não se está afastando a compreensão pragmática e realista do direito, tampouco se está desconsiderando a complexidade da vida social (DOOMEN, 2001, p. 232). Na verdade, é pelo compromisso que o direito assume neste patamar histórico que vem afastada a possibilidade de a análise jurídica ser pragmaticamente amarrada ao princípio da maximização da riqueza como estabeleceu Richard Posner. A contrário senso, é esse mesmo pragmatismo economicizado, cuja pedra angular é o princípio da maximização da riqueza, que tem de ser, primordialmente, não o legitimador do sistema jurídico, mas sim legitimado pelo paradigma do Estado Constitucional de Direito, cuja razão social é a garantia dos direitos fundamentais de todos os seres humanos.

3. O Caráter Antijurídico do movimento *Law and Economics* frente ao Paradigma do Estado Constitucional

O movimento *Law and Economics*, no aforismo de seus precursores de Chicago, para se tornar a nova fonte de justificação/fundamentação à autoridade normativa do direito teria de dominar todos os rincões, estruturais e materiais, internos e externos do pensamento jurídico, mostrando-se como a razão do próprio raciocínio legal. Nesse sentido, essa característica de imposição teórica e paradigmática mostrou-se nitidamente antitética ao paradigma constitucional, pela sua específica desconexão de limites e de vínculos jurídicos ao poder, alicerce filosófico/político/jurídico do Estado Constitucional de Direito.

Nesse sentido, o movimento *Law and Economics* fundou-se em uma teoria que se colocou na contramão da história do Estado Constitucional Contemporâneo, na medida em que para a sua plena satisfação foi necessária a busca pela legitimação jurídica de um paradigma antijurídico, uma espécie híbrida de uma *falácia jusnaturalista*, o que se poderia chamar de *falácia econômico-substancialista*, pelo fato de consolidar uma base ontológica ao direito, confundindo-o, assim, com um legitimismo econômico.

Reconheceu-se, nesse aspecto, a necessidade do direito – mais do que estar fundado teoricamente –, fundir-se em uma determinada teoria econômica, cuja consequência apontou em direção à ruptura do próprio modelo de Estado Constitucional de Direito, isto é, uma ruptura substancial, que diz respeito não somente àqueles critérios formais à teoria da

¹¹ Dworkin vai dizer de um outro modo, mas nesse mesmo sentido, que Posner se encontra com uma fé demasiada na verdade de sua moral, embora se manifestando contrário a qualquer teoria moral (2007a, p.111).

validade das normas – o princípio da ampla legalidade –, mas definitivamente àqueles critérios materiais de validade das normas – que determinam, pelo princípio da estrita legalidade, as garantias de liberdades de todos os seres humanos.

Mais: há de se colocar de forma explícita, que o projeto inicial do movimento *Law and Economics* buscava a substituição da teoria do direito contemporânea – e com ela, como não poderia deixar de ser, das imagens e das concepções globais do direito, de seus institutos, da sua lógica e de seu conteúdo, frutos das imposições provocadas pelas transformações sócio-políticas que marcaram a história –, por uma teoria econômica específica: o *marginalismo neoclássico subjetivista*.

Por conta disso, é importante deixar claro que não se tratava unicamente de uma reformulação ético-política, que pretendia substituir o enfoque dado ao ponto de vista externo do direito por outro, de carris economicizado, mantendo-se inalterada, contudo, mais do que a estrutura interna do sistema, a separação entre direito vigente e sua justificação externa.

Aliás, se assim fosse, necessariamente a particular visão jurídica interna viria a sofrer influências, e tal influência não tomaria as vestes de problema, no sentido de ruptura paradigmática, haja vista a obrigatoriedade de se considerar o intrínseco caráter performático do ponto de vista externo ético-político – economicizado – em relação aos confrontos do próprio direito vigente.

Nesse sentido, apesar dessa busca economicista, que, via de regra, a trajetória jurídica da modernidade nunca deixou de ter, permaneceriam resguardados os pressupostos filosófico-políticos garantistas responsáveis pela separação entre validade interna – direito – e justificação externa – moral/política/economia – do sistema.

Porém, com a cristalização da *racionalidade jusconstitucional* do sistema jurídico, provocada pelo constitucionalismo rígido do pós-45, esses pressupostos e a própria separação entre direito e moral atingiram um nível epistemológico muito mais elevado, sobretudo quando lido à base do *garantismo jurídico*, pois foi o garantismo um dos responsáveis por revigorar, trazer à tona e aprofundar o discurso anteriormente adormecido entre o método técnico-jurídico e sua (des)esterilização filosófico-política. Uma espécie de vinculação substancial da forma, ou seja, uma congruência entre meios e fins à garantia das expectativas constitucionalmente estipuladas (FERRAJOLI, 2007, p. 353).

Isso quer dizer que o garantismo jurídico, por um lado, acabou por tornar mais nítida essa separação, justamente em face do reconhecimento de que aqueles princípios axiológicos filosófico-políticos externos – liberdade, igualdade, pessoa, direitos humanos, representação, separação de poderes, esfera pública, entre outros – se tornaram princípios jurídicos positivados constitucionalmente, agora determinantes internos do dever ser jurídico e responsáveis pela projeção normativa do paradigma constitucional; por outro, o garantismo jurídico estabeleceu uma concepção mais rígida dessa distinção, na medida em que buscou evidenciar a capacidade regulativa, a coerência interna e a gestão funcional do sistema a partir do controle jurídico e material de constitucionalidade das leis.

Diferentemente disso, o que se projetou com o movimento *Law and Economics* foi a fusão de um ponto de vista – externo – no outro – interno –, cujo erro elementar, de caráter epistemológico-científico, foi a compreensão da racionalidade jurídica a partir da racionalidade econômica, desconsiderando, com isso, qualquer nível de rigidez constitucional.

Não obstante isso, a robustez do constitucionalismo rígido, identificado na cientificidade e na teorização daqueles antigos pressupostos ético-políticos externos ao direito, os quais passaram a ser normas positivas internas ao ordenamento, criou, assim, limites e vínculos jurídicos substanciais a qualquer tipo de poder.

Esses limites e vínculos jurídicos substanciais – em que os termos *limites e vínculos* são ditados pela interação/tensão lógica interna do ordenamento; e que o termo *substanciais* põe em evidência que essa interação/tensão lógica interna do ordenamento depende da normatividade daqueles valores positivados como dever constitucional – refletem, além da tensão interna do próprio ordenamento, que sintetiza-se pela diferença entre vigência e validade, também uma tensão empírica entre efetividade social e vigência, esta última tensão com uma peculiaridade aplicativa fundamental: em face da compreensão jurídica da democracia no Estado Constitucional, o reconhecimento da inefetividade do direito vem aplicado como antijurídico ou ilegal não apenas ao comportamento do cidadão individual, mas especialmente, a todos os sujeitos e órgãos de direito, sejam eles públicos ou privados.

O choque institucional, mas, sobretudo, jurídico que ocorreu – e ocorre – entre o constitucionalismo rígido e o movimento *Law and Economics*, lido por meio da teoria jurídica garantista, torna-se evidente na medida em que se reconhece que a leitura distorcida do pensamento jurídico moderno, em alguma medida provocada a partir da fragilidade teórica criada pela compreensão dicotômica dos conceitos direito e democracia, acabou por permitir, e até privilegiar, o desenvolvimento de uma concepção jurídica sem inspiração para direcionar o foco da força regenerativa da vida pública.

Noutras palavras, na medida em que se rompe com essa dicotomia e se projeta a democracia como democracia jurídica, fundada à base de direitos, isto é, pela máxima de que é falaciosa a ideia da possível existência de democracia sem direito, a compreensão da democracia constitucional vem intimamente ligada tanto à análise empírica das constituições democráticas, como também vem lastreada pelo paradigma material do constitucionalismo contemporâneo. Desse modo, se o direito é considerado instrumentalmente, como o querem os analistas de Chicago, afasta-se tanto essa análise empírica quanto esse lastro paradigmático constitucional, cuja consequência é a quebra do mecanismo espiral que une, virtuosamente, a relação direito e democracia.

Na medida em que o direito vem ditado pela economia, estando à sua mercê, a democracia é diretamente dele dissociada, e, inclusive, posta em risco, até mesmo em seu aspecto formal, voltado às autonomias representativas e negociais, seja no âmbito político, seja no âmbito civil, respectivamente, haja vista que a ameaça aos chamados direitos fundamentais primários, de liberdade e sociais, colocados como razão social do estado constitucional, torna-se fator de crise, também, daqueles direitos-poderes de autonomia, cuja efetividade depende, sobretudo, da garantia dos primeiros.

Existe outro importante aspecto que, embora já apontado desde o início deste ensaio, tem de ser ressaltado, evidenciado como resultado da discussão envolvendo o movimento *Law and Economics* e o paradigma constitucional contemporâneo, levado ao fim e ao cabo pela compreensão garantista, mais especificamente quando considerada a direção estabelecida pela democracia constitucional: a garantia dos direitos fundamentais.

Com a revitalização e o alargamento da racionalidade material, bem como da virtuosa relação dos conceitos direito e democracia à formação da concepção de Estado Constitucional e Democrático de Direito, em que *direito* é mais do que – a garantia do – exercício da autonomia privada, pois comporta além da garantia dos direitos de liberdade e sociais, – a garantia do – o exercício da democracia política; e que *democracia* é mais do que – a garantia do – exercício da autonomia política, fixada nos princípios da representação e do sufrágio universal, pois comporta além da garantia dos direitos de liberdade e sociais, inclusive, o – a garantia do – exercício dos direitos de autonomia privada, houve o incremento e o fortalecimento do caráter universal e indisponível de alguns direitos, mas também o incremento e o fortalecimento de diferenças inexoráveis à legitimidade da estrutura jurídica.

Nesse sentido, não embora, mas justamente porque se percebeu a harmonia virtuosa da relação, no Estado Constitucional, entre direito e democracia, que houve a possibilidade de se construir todo o aparato democrático em vestes jurídicas e, conseqüentemente, de se produzir/aplicar democraticamente o direito; não embora, mas justamente porque direito e democracia não se excluem, mas se constroem mutuamente no Estado Constitucional que aquelas propostas de fusão do direito na economia, portanto, aparecem como propostas definitivas, que visam à ruptura jurídica e, por isso, democrática do/com o Estado Constitucional.

Isso quer dizer que o movimento da *Law and Economics*, mais do que qualquer discurso político-ideológico enquadrado num espaço especulativo autônomo, crítico e projetivo nas comparações do próprio Estado Constitucional, é uma ruptura jurídico-institucional: por um lado, porque propôs uma mudança teórica e estrutural à concepção de direito e, não obstante, à democracia, edificada como teoria jurídica, pois intimamente arraigada, anexada, à quantidade e à qualidade de direitos a ela incorporados; por outro, porque ao propor essa mudança teórica e estrutural à concepção de direito, além de ignorar, desfaz a normatividade estrutural do próprio sistema jurídico, que não é mais submisso, mas determinante de limites e de vínculos nos conflitos da política e, especialmente, da economia.

Desse modo, pode-se dizer que a própria compreensão de *injusto*, *inválido* e *inefetivo*, que comporta, no vocábulo teórico do Estado Constitucional, as três *tensões deônticas* pelas quais a teoria do direito entra em compasso com o paradigma jurídico atual, vem desenhada a partir de outro modelo, ou seja, aquele da teoria econômica marginalista subjetivista.

Ao reduzir todos os valores jurídicos à preferências individuais incomparáveis entre si, e, mais do que isso, ao determinar que tais preferências são, teórica e abstratamente, *standards* às suas satisfações jurídicas, o movimento *Law and Economics* se valeu do desenho da eficiência para ditar a satisfação/proteção de direitos pelo paradigma econômico. Tal

atitude não escapou de produzir sérios efeitos em dois amplos aspectos do direito contemporâneo. Um equívoco irreparável que pôs por terra a própria concepção de liberdade, da qual tanto a concepção de direito quanto a de democracia são consequências.

Na medida em que todos os valores jurídicos são reduzidos ao patamar de preferências, e todas as preferências têm uma importância *standard* à sua satisfação/proteção pela esfera pública, esses valores jurídicos, transformados em preferências, deixaram de ter o caráter intrinsecamente normativo de direitos positivados, sejam eles constitucionais ou infraconstitucionais, para serem resolvidos pelo critério econômico da eficiência, cuja normatividade protege/satisfaz o direito que for mais *eficiente*, afastando, ou melhor, ignorando, com isso, tanto a diferença existente entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, como também a fórmula garantista entre direitos fundamentais primários, de liberdade e sociais, e direitos fundamentais secundários, ou de autonomia.

Nesse caso, se o *Law and Economics* não identifica sequer a diferença entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, de um modo geral, o que se pode esperar dessa proposta paradigmática, baseada na eficiência econômica, quando o assunto diz respeito à garantia de direitos voltados à manutenção do conteúdo da democracia, na medida em que o que está em jogo é a própria razão social do Estado Constitucional, isto é, a garantia dos direitos de liberdade e dos direitos sociais?

Mais: se não bastasse essa não identificação diferencial entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, o resultado de uma análise econômica ao direito, por coincidência ou não, apontaria, na maioria das vezes, para a proteção dos direitos patrimoniais em detrimento daqueles direitos fundamentais, o que definitivamente enaltece o caráter, se arrisca a dizer, anticonstitucional do movimento *Law and Economics*, no sentido pelo qual se percebe constitucional como pacto fundante da convivência entre iguais cuja razão visa à satisfação dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Evidentemente, dizer que o *Law and Economics* é anticonstitucional é reconhecer o equívoco criado pela possibilidade de se auferir o mesmo nível normativo a direitos que possuem diferenças substanciais excludentes umas às outras. É como se fosse possível, ou constitucional, privilegiar, mediante critérios econômicos de eficiência, uma ação negocial singular que violasse, ou somente pusesse em risco, direitos primários ou sociais, como a liberdade de locomoção ou de expressão; ou a saúde, por exemplo. Aliás, é como se, na pior das hipóteses, fosse possível compensar economicamente os titulares de direitos fundamentais que, num futuro hipotético, seriam violados por ações negociais singulares.

A concepção de que um direito patrimonial jamais será um direito fundamental se sustenta pelo abismo estrutural que, no constitucionalismo contemporâneo, reconhece os segundos como universais, indisponíveis e dispostos segundo *normas técnico-deônticas*, enquanto os primeiros são singulares, disponíveis e predispostos segundo normas *hipotético-deônticas*.

Não obstante tudo isso, é expressamente ignorado por esta primeira proposta do movimento *Law and Economics* que é pela igualdade em direitos fundamentais primários, de

liberdade/sociais, e não somente daqueles direitos fundamentais secundários, de autonomia privada ou civil, os únicos reconhecidos, ainda que de modo conveniente, pelos juseconomistas, que se torna possível, tanto o exercício destes últimos, que comporta a possibilidade de todas as pessoas capazes de agir de serem proprietários – igualdade jurídica –, como a possibilidade das pessoas em dispor de bens singulares dos quais são proprietários – desigualdade jurídica.

Assim, em que pese essa ruptura jurídica, ou, melhor dizendo, essa concepção antijurídica do direito, o enfoque dado ao movimento Direito pelos precursores da Escola de Chicago não deixa de ser um enfoque teórico, porque fundado em uma teoria, no caso uma teoria econômica, porém, se analisada seriamente, resvala em uma falácia econômico-substancialista, cujo resultado, isso sim, conseqüentemente, a coloca num patamar antijurídico, no sentido de antitético ao Estado Constitucional, desenvolvido a partir do segundo pós-guerra.

Sinteticamente, a possível antijuridicidade desta primeira proposta do *Law and Economics* fragiliza a estrutura do Estado Constitucional Contemporâneo: de um modo geral, com o que vem disposto pelo princípio da estrita legalidade, resultado da evolução epistemológico-teórica da *separação qualificada* entre direito e moral; de um modo específico, com a igualdade em direitos fundamentais, na medida em que permite a manifestação de poderes desregulados e absolutos, como são caracterizados os poderes econômicos, responsáveis tanto pelo enfraquecimento da esfera privada, local onde se desenvolvem os verdadeiros direitos de liberdade, como pela confusão dessa com a esfera pública, responsável pela garantia de direitos e, obviamente, da própria democracia (FERRAJOLI, 2011, p. 13).

4. O Cáráter Antiteórico do Movimento *Law and Economics* diante do Paradigma do Estado Constitucional: O Pragmatismo economicista Pós-Chicago

Há de se reconhecer que, *prima face*, estruturalmente diverso vem concebido o princípio da maximização da riqueza como objetivo pragmático do direito, veiculado a esse pela crença na própria flexibilidade do sistema jurídico, que não rompe diretamente com o paradigma jurídico do Estado de Direito, no sentido teórico de propor um outro paradigma subjacente a esse, mas mostra-se como fator relativizante e, até mesmo, contraditório ao próprio fundamento do Estado Constitucional, os direitos fundamentais¹², na medida em que acredita na não necessidade de qualquer teoria fundada na igualdade material de direitos que lhe seja subjacente.

¹² Dworkin vai chamar a proposta pragmatista do movimento *Law and Economics* de anti-teórica (2007a, p. 35).
205 EALR, V. 8, nº 1, p. 194-214, Jan-Jun, 2017

Nesse sentido, a remodelação do movimento *Law an Economics* sob esse viés pragmático, focado na maximização da riqueza, não se caracteriza, diretamente, e num primeiro momento, como antijurídico. Porém, é correto afirmar que se trata de uma concepção anti-teórica do direito? O fato de se sustentar em uma opção pragmática, cuja ideia está focada na *experimentação funcional* à busca da produção de *melhores consequências* para as decisões da esfera pública, acaba por lastrear a não necessidade de justificação/fundamentação, mediante a teoria constitucional, de qualquer meta econômico-social concreta?

A abordagem dos questionamentos acima colocados passam pela análise deste texto e, nesse sentido, mostra-se importante ressaltar que a indicação daquelas melhores consequências e o argumento da não necessidade de suas fundamentações teóricas, as quais repercutem nas tomadas de decisões da esfera pública, têm de ser considerados sob pontos específicos, que, não obstante, acabam por avigorar, por outros caminhos, se não a mesma proposta teórica dos precursores do movimento *Law and Economics*, a mesma face ideológica.

Substancialmente, o argumento pragmático pelo qual vem disposta a estratégia de restabelecer o movimento em moldes, pode-se dizer, pós-Chicago, têm dois amplos enfoques, um externo e outro interno, obviamente inter-relacionados.

Numa perspectiva interna, o *Law and Economics* pós-Chicago tentou estabelecer uma fuga da censura acadêmica posta à eficiência econômica como critério basilar do direito, definindo, para tanto, a maximização da riqueza social como mecanismo pragmático apto a produzir um direito mais intuitivo e flexível, sem que, com isso, a economia se tornasse a nova fonte de legitimidade e de autonomia do sistema jurídico.

Já, em seu âmbito externo, o *Law and Economias* voltou-se ao pragmatismo para, em alguma medida, discutir o contrato social abstendo-se de questões filosófico-teóricas e, assim, enaltecer a concepção de que é necessário produzir consequências melhores à sociedade, trazendo soluções que, verdadeiramente, funcionem quando postas à prova de análises de custo-benefício.

O exemplo claro dessas afirmativas vem à tona pelo resultado da tentativa de afastar tanto o movimento da ideia de eficiência econômica, viabilizando agora a busca pela maximização da riqueza, como o de contestar o papel da eficiência como núcleo teórico do movimento, enfatizando a sua visão pragmática.

Contudo, é viável a possibilidade de se reconhecer que a proposta de maximização da riqueza como núcleo do argumento interno do movimento pós-Chicago não lhe afasta, em nenhum grau, as críticas postas à concepção totalizante de eficiência econômica aplicada ao direito, ou do direito estar colocado a serviço da economia. As reviravoltas epistemológicas do movimento pós-Chicago viabilizaram uma releitura do caráter instrumental do direito perante a economia e não vice-versa.

Em primeiro lugar, a maximização da riqueza não se mostra como uma outra alternativa à eficiência econômica, diferente dos moldes paretianos ou de Kaldor-Hicks, haja vista que funciona como uma espécie de base normativa anexada à própria eficiência, uma espécie de economicização da substância jurídica que legitima a aplicação da forma já economicizada do direito: a busca da maximização da riqueza – substância – autorizaria a utilização da eficiência – forma – pelo direito.

Em segundo lugar, a maximização da riqueza como substância a ser atingida pelo direito tampouco se distancia da eficiência econômica para servir de base normativa a um outro critério formal de alocação de recursos. Na verdade, ela veio aplicada como conjectura da proposta pragmática evidenciada pelo movimento ao direito, que tentou mudar seu mecanismo, sem, com isso, repensar seus ideais.

Aliás, pelo contrário, a maximização da riqueza destaca-se como critério uniformizador e delimitador daquelas preferências individuais incomparáveis entre si, possibilitando um ajuste muito mais nítido e rigoroso do modelo jurídico que o próprio *Law and Economics* veio propor.

Mas não somente isso: a proposta de maximização da riqueza como um valor social genuíno defendido por Richard Posner, além de limitar as preferências individuais à riqueza como bem supremo a ser considerado pelo sistema de direitos, ela, com essa limitação, reimplementou e tornou possível a comparação interpessoal de bem-estar, ou melhor, de riqueza, sem, contudo, possibilitar a sua redistribuição. Foi uma espécie de potencializador da aplicação da eficiência econômica ao direito.

Em se tratando de enaltecer o enfoque pragmático do movimento, a proposta de maximização da riqueza abre vista, inclusive, à possibilidade de se propor um recondicionamento institucional do direito, ou seja, um redimensionamento do sistema de controle de constitucionalidade das leis e das decisões judiciais, desenvolvido a partir do paradigma do Estado Constitucional, pela análise de custo-benefício do direito a ser garantido. Uma espécie de emergência constitucional provocada pela concepção de exceção econômica pragmática, capaz de modificar a forma geral de controle, de garantia e de aplicação do direito.

O pragmatismo vinculado ao *Law and Economics*, desse modo, não deixou de ser uma forma de rechaço não somente à teoria do direito dirigida ao paradigma constitucional, mas, em alguma medida, ao próprio paradigma, pela tentativa de subverter o seu núcleo essencial e inalienável de direitos à alienabilidade da riqueza, cujo fim é a sua maximização.

Em síntese: o movimento proposto pelos precursores de Chicago tinha na teoria econômica marginalista subjetivista a substituta fidedigna do paradigma jurídico teórico voltado à garantia dos pressupostos erigidos pelo Estado Constitucional pós-segunda guerra; o movimento pós-Chicago rechaçou a base teórica na qual se fundou o paradigma do direito contemporâneo sem, com isso, propor expressamente uma outra base ao Estado Constitucional.

De todo modo, o rechaço às demais teorias não quis dizer, por si só, a assunção de um caráter antiteórico ao direito. O movimento *Law and Economics* pós-Chicago, na sua propositura geral, não deixou de ter uma nitidez teórica capaz de alcançar – e modificar – paradigmaticamente, o núcleo essencial do Estado de Direito Contemporâneo, seja por se valer das novas formas de propriedade, dependentes da liberalidade pública, seja por vincular o direito ao mecanismo de mercado: de uma forma ou de outra o resultado apontou à escassez, porém, não para a escassez de recursos, objeto da economia neoclássica subjetivista, mas sim para aquela relacionada às garantias jurídicas fundamentais de todos os seres humanos.

5. A defesa das Bases Garantistas do Estado Constitucional: Possibilidades Jurídicas ao Movimento *Law and Economics* Pós-Chicago

A complexidade estrutural e a pluralidade teórica pelas quais se desenharam as propostas de analisar economicamente o direito não ofuscaram a nitidez com que a movimento *Law and Economics*, em geral, e sua versão mais recente pós-Chicago, em particular, adentraram no pensamento jurídico contemporâneo.

Especificamente em relação a essa última posição, de forma sintética é possível fazer o seguinte apanhado externo da proposta: formulou-se uma espécie de ambivalência indeterminada, cuja crença na concepção de direito flexível e intuitiva acabou por enrijecer uma componente normativa fixa à eficiência econômica, a maximização da riqueza. A partir disso, foram recharacterizados os fatores juridicamente relevantes, os quais vieram a ser ditados e determinados pela análise mercadológica de custo-benefício. Já, internamente, o raciocínio pôde acompanhar o seguinte molde: se todos os valores jurídicos, indistintamente, foram reduzidos a preferências, e, desse modo, se privilegiou a satisfação da preferência – ou do direito – economicamente mais eficiente, houve por bem determinar a preferência mais relevante juridicamente para, por um lado, torná-la comparável; por outro, para privilegiar um valor social genuíno apto a vincular a decisão política/jurisprudencial à economia e rechaçar qualquer teoria constitucional *a priori*.

De todo modo, são inúmeras as dúvidas e questionamentos em relação aos mais variados temas, internos e externos, que a proposta do movimento *Law and Economics* abrange. Aquelas aqui ao longo colocadas tiveram um foco apurado e paradigmático: o movimento *Law and Economics* – como foi apontado amplamente pelo movimento iniciado na Universidade de Chicago e, em específico, na sua readaptação pós-Chicago – examinado na perspectiva do Estado Constitucional de Direito, que, à determinação garantista, tem nos direitos fundamentais o seu núcleo rígido.

É desse prognóstico que surgem as indagações: até que ponto é possível – e importante – aceitar que não existe uma teoria bem apurada subjacente a essa determinação antiteoria pós-Chicago? Como, nessa perspectiva – de possibilidade/importância – não por em risco a própria ideia de Estado de Direito, e de democracia deste dependente, na medida em que ambos vêm fundados por uma tese baseada na garantia de direitos fundamentais? Como seria

plausível adequar o movimento *Law and Economics* ao paradigma contemporâneo do Estado Constitucional de Direito, aos seus limites e vínculos provocados pela normatização de direitos fundamentais? Como desfazer o caráter arbitrário dos vínculos econômicos propostos pelo movimento *Law and Economics*, na medida em que o próprio conteúdo da democracia não deixa de passar pelo processo constituinte democrático, justamente aquele processo que o movimento de Chicago quer renegar importância?

Na verdade, para a não ruptura com o Estado de Direito nos moldes do constitucionalismo contemporâneo, nem sua ameaça ou fragilização, mas mantendo enriquecida a possibilidade de se considerar a proposta de praticidade funcional ao direito da análise custo-benefício, por exemplo, é necessário que o nexos obrigacional da esfera pública à tomada de decisão parta do âmbito dos direitos constitucionalizados, aqueles fundamentais e *indecidíveis*¹³, que vinculam tanto o poder público à sua satisfação e proteção, como também a autonomia privada à proibição da sua lesão e disposição (FERRAJOLI, 2007, p. 34).

Aliás, a partir disso, para que tal perspectiva dê frutos, ou seja, para que se mantenha fortalecida a *esfera do indecidível*, mas que também se vislumbre uma aplicação não arbitrária do modelo de custo-benefício, é necessário compreender e analisar novos métodos inerentes à pesquisa jurídica, que, de algum modo, desencadearam um novo modo de aplicação do direito. Noutras palavras, o *consequencialismo*¹⁴ se tornou, dentro da perspectiva atual do direito, um mecanismo necessário à persecução da decisão jurídica.

Segundo Pargendler e Salama (2013, p. 99), tal perspectiva ocorre devido a uma reformulação paradigmática do direito, que se estabelece em três aspectos. O primeiro, vinculado aos *vetores* do direito e que tem, dentre suas características, a *mudança no método de produção acadêmica em direito no Brasil*, fruto da própria *transformação e ampliação do fenômeno jurídico no último século*; há, segundo os autores, a consolidação de um Estado democrático regulatório, cuja vinculação à superação do modelo formalista de aplicação do direito pelo modelo aberto pautado em princípios estabeleceu, estruturalmente, a necessidade de estudos consequencialistas de adequação e de necessidade à legitimação das tomadas de decisão. O segundo, de *carris fenomenológico jurídico*, que vislumbra o alto grau de absorção jurídica de análises meta-jurídicas, tendo em vista a perspectiva principiológica atual que requer o equilíbrio factual entre meios e fins concretos dos casos em apreço. O terceiro, por fim, estabelece os *limites da cientifização da produção jurídica*, mesmo tendo à disposição o atual estudo das consequências. Para eles, tais limites estão determinados sob a perspectiva de duas questões insuperáveis: a) a incerteza acerca do *mundo* contemporâneo, na qual estão também incluídas as consequências específicas de uma ou outra normas jurídica; b) a famosa *lei de Hume*, que determina a impossibilidade de se subtrair o *dever ser* do *ser*.

Por conta disso, a visão segundo a qual a estrutura científica do direito não pode deixar de compreender critérios doutrinários, não vinculados ao moderno conceito de ciência,

¹³ A *esfera do indecidível* é uma proposta vinculada ao paradigma do Estado Constitucional que visa a impor limites e vínculos provocados pelos direitos fundamentais, a todo e qualquer tipo de poder.

¹⁴ O *consequencialismo* é, na verdade, o termo cada vez mais utilizado pela economia, contemporaneamente, proveniente da filosofia política utilitarista, para expressar a adequação ótima entre meios e fins.

portanto, mais do que um entrave à evolução do direito, é uma situação da qual não se pode mais fugir: *opera-se uma progressiva redução do espaço que separa os estudos descritivos do direito, de um lado, e a expansão de estudos sobre as consequências do direito na realidade econômica e social, de outro* (PARGENDLER e SALAMA, 2013, p. 102)

Assim, reconhecer a maximização da riqueza como um direito-poder protegido pelo estado constitucional e a eficiência como mecanismo à sua aplicação, todavia, não pode ser afastado, na medida em que ambas, unicamente, estejam voltadas ao exercício da autonomia, seja política, nas específicas e determinadas funções de governo, em que não entram em jogo as garantias de satisfação e de não lesão de direitos fundamentais; seja privada, às tomadas de decisões no mercado, submetidas, obviamente, aos limites substanciais impostos pelo paradigma constitucional.

Isso quer dizer que, maximizar a riqueza é possível desde que o âmbito de ação à maximização da riqueza respeite os limites estruturais/materiais inconfundíveis, postos pelo sistema jurídico e não ao contrário, como projetou o movimento *Law and Economics*.

6. Aportes Finais

A grande inovação teórica do sistema jurídico à implementação do constitucionalismo contemporâneo foi, justamente, levar às últimas consequências a experiência histórica da concepção democrática sem deixar de recorrer à fundamentalidade de direitos – e das suas respectivas garantias – para atingir tal fim.

Essa perspectiva é compreendida na medida em que se aboliu os dois maiores mitos do estado contemporâneo: *o mito da liberdade*, como esfera da ação privada ilimitada, mas detentora de direitos; e *o mito da democracia*, como exercício do poder político desvinculado juridicamente¹⁵. Mais do que isso, pode-se afirmar que o sistema de direitos constitucionalmente estipulado, por valer-se de forma impreterível da harmônica relação entre direito e democracia, em que a atuação da esfera pública, no seu binômio de articulações funcionais – funções de governo e funções de garantia – tem papel crucial, é um dos grandes responsáveis por manter viva a crença na autonomia do direito.

Nesse sentido, o âmago deste trabalho, focado na democracia no âmbito do Estado Constitucional, rompe com o movimento *Law and economics* – inclusive com aquela modificação pós-Chicago – pela tentativa desse em analisar economicamente o direito; mas reconhece, justamente por estar focado nessa mesma democracia constitucional, que está

¹⁵ A ruptura desses dois mitos pode produzir um terceiro mito, ou seja, *o mito da impossibilidade da democracia*, que põe por terra o *Teorema de Arrow*, o qual, em linhas gerais aponta que nenhum sistema de democracia política pode ranquear, sem paradoxos, as preferências individuais em uma comunidade. Ver: ARROW, Kenneth J. A Difficulty in the Concept of Social Welfare. In: **The Journal of Political Economy**, N° 4, Vol. 58, 1950, p. 328-46. Dentre aqueles que discutem o *Teorema de Arrow* ver, por todos: SEN, Amartya. **Scelta, benessere, equità**. Bologna: Il Mulino, 2006, p. 51 e segs.

garantida pelo direito a possibilidade à todas as pessoas capazes de agir em maximizar a própria riqueza.

Noutras palavras, se é verdadeira a máxima calcada na hipótese de que os bens devem estar nas mãos de quem paga mais por eles, como colocou Posner, também é verdadeira a máxima de que tais bens suscetíveis a essa afirmação tem de ser unicamente aqueles de caráter patrimonial, cuja característica enaltece a sua disponibilidade e alienabilidade (FERRAJOLI, 2012)¹⁶.

Bens patrimoniais estão disponíveis no mercado e são o objeto de ação tanto da autonomia privada quanto da autonomia política. São, de todo modo, regulados pelo direito e a sua disponibilidade depende, exclusivamente, de que não esteja em jogo a garantia de direitos fundamentais primários, cujo objeto são os chamados bens fundamentais, caracterizados como *bens personalíssimos*, *bens comuns* e *bens sociais*.

Bens fundamentais, que são objetos de direitos fundamentais primários, estão severamente afastados pelo paradigma constitucional seja da lógica do mercado, seja das deliberações políticas, na medida em que são assumidos como vitais à satisfação daqueles direitos fundamentais, por isso, tanto sua disposição é vedada, no caso de bens personalíssimos e comuns, bem como sua prestação é obrigatória, no caso de bens sociais.

Bens personalíssimos e comuns têm nos direitos de liberdade, negativos e positivos, respectivamente, a sua ligação constitucional, cujo resultado é a vedação fundamental de apropriação de recursos irreprodutíveis, quais sejam, exemplificativamente: órgãos do corpo humano, no que diz respeito aos primeiros; bens ecológicos, em relação aos segundos. Bens sociais têm nos direitos sociais de subsistência a sua ligação constitucional, cujo resultado é a obrigação fundamental a sua prestação, quais sejam, exemplificativamente: a água, os alimentos, os medicamentos essenciais vitais.

O que se quer dizer é que o reconhecimento de alguns bens como fundamentais tem legitimidade na medida em que fazem parte indiscutível do projeto garantista do direito – Estado Constitucional de Direito –, cuja normatividade, voltada a garantir a todos a sobrevivência digna, faz com que se assumam como inalienáveis e indisponíveis bens naturais e bens artificiais.

Mais: faz com que, sob o ponto de vista teórico e normativo, por um lado, as relações de mercado não transformem bens fundamentais em bens patrimoniais; por outro, se assumam como bens fundamentais, inclusive, bens que, fora do paradigma do Estado Constitucional, pelo emprego tecnológico e pela própria escassez, poderiam ser – e uma vez foram – reconhecidos como bens patrimoniais, e não o são, justamente, porque o direito submete, rigorosamente, o mercado a limites e a política a vínculos, ambos fundamentais.

¹⁶ A caracterização aqui disposta sobre bens patrimoniais e bens fundamentais segue também o texto *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais* de Luigi Ferrajoli.

É bem verdade que para a *mainstream economics* o homem da economia é o *homo economicus*, pois definitivamente tem a ver com a riqueza e com a sua maximização, obviamente, maximizar a riqueza é o objeto da ciência econômica, na medida em que, no dizer clássico de *Robbins*, a economia estuda meios eficientes – escassos – para atingir fins determinados. Todavia, embora a tentativa de economização do direito para implementar, também, tal visão de homem ao paradigma jurídico, definitivamente, não foi dessa visão de homem que se abasteceu o Estado Constitucional de Direito.

O homem constitucional, de todo modo, não é o *homo oeconomicus*, mas sim o *homo complexus* – embora aquele faça parte desse –, cuja peculiaridade fundamental, pode-se dizer, buscou desvendar toda e qualquer teoria fundada no antagonismo limitador entre os conceitos de direito e de democracia, por acreditar que, desse modo, garantiria a todas as pessoas, indistintamente, o desenvolvimento de suas próprias capacidades, sem, com isso, deixar de erradicar poderes absolutos.

Referências Bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ARROW, Kenneth J. A Difficulty in the Concept of Social Welfare. In: **The Journal of Political Economy**. Nº 4, Vol. 58, 1950, p. 328-46.

COPETTI NETO, Alfredo. **A Democracia Constitucional sob o olhar do Garantismo Jurídico**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

DOOMEN, Jasper. Rationality in Law and Economics. In: **Economics Analysis of Law Review**. V. 2. Nº. 2, 2011, p. 230-243.

DUXBURY, Neil. **Patterns of American Jurisprudence**. New York: Oxford Press, 1997.

DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. A theory of Judicial Review. USA: Harvard Paperbacks, 1980.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. São Paulo: RT, 2015.

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Poteri Selvaggi**. La crisi della democrazia italiana. Roma-Bari: Laterza, 2011.

_____. **Principia Iuris**: Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia. Roma-Bari, Laterza, 2007.

FISS, Owen M. ¿La muerte del Derecho? In: **Doxa**, n° 10, 1991, p. 122-140.

GILMORE, Grant. **Le grandi epoche del diritto** americano. Milano: Giuffrè, 1991.

HART, Henry M. Jr.; SACKS, Albert M. **The Legal Process**: Basic Problems in the Making an Application of Law. Chicago: Foundation Press, 1994.

KORNHAUSER, Lewis A. The Great Image of Authority. In: **Stanford Law Review**, n° 36, 1984.

MACKAAY, Ejan. History of law and economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. I: The history and methodology of law and economics.

MINDA, Gary. The lawyer–Economist at Chicago: Richard A. Posner and the Economic Analysis of Law. In: **Ohio State Law Journal**. N° 39, 1978.

_____. **Teorie postmoderne del diritto**. Bologna: Mulino, 2001.

NUSSBAUN, Martha C. The Cost of Tragedy. Some Moral Limits of Cost–Benefit Analysis. In: **Journal of Legal Studies**. Vol. XXIX, June 2000, p. 1005–36.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, V. 262, p. 95-144, 2013.

POSNER, Richard. A. Cost–Benefit Analysis: Definition, Justification and Comment on Conference Papers. In: **Journal of Legal Studies**. Vol. XXIX, June 2000, p. 1154–77.

_____. What's Has Pragmatism to Offer Law? In: **Southern California Law Review**, n° 63, 1990, p.1668.

REICH, Charles. The New Property. In: **Yale Law Journal**. n° 73, 1964, p. 733 e segs.

SALAMA, Bruno. **A história do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). *Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHWARTZ, Bernard (Ed.). **The Warren Court: a retrospective**. Oxford: Oxford University Press. 1996.

SEN, Amartya. **Scelta, benessere, equità**. Bologna: Il Mulino, 2006.

_____. The Discipline of Cost-Benefit Analysis. In: **Journal of Legal Studies**. Vol. XXIX, June 2000, p. 932-52.

WEBER, Max. **Estado y Sociedad**. México: Fondo de Cultura Económica, 1969.