

A ANÁLISE JURÍDICA DA ECONOMIA

Fábio Portela Lopes de Almeida¹

RESUMO: O artigo analisa o tema do Direito e economia sob uma visão jusfilosófica, trazendo para a discussão as principais idéias sob o tema, a partir de juristas e pensadores como Posner, Axelrod, Rawls, Dworkin, Sustain e Holmes, analisando os prós e as críticas à idéia da análise econômica do Direito, e fazendo uma análise jurídica da economia. Conclui que regulação da atividade econômica levada a cabo pelos agentes políticos deve respeitar as finalidades deontológicas estabelecidas na Constituição.

PALAVRAS-CHAVES. Direito. Economia. Análise Econômica do Direito. Análise Jurídica da Economia.

ABSTRACT: The article addresses the subject of law and economic under a jurisprudential approach. It brings to the discussion the main ideas on the theme, from jurists and thinkers such as Posner, Axelrod, Rawls, Dworkin, Sustain and Holmes by analyzing the pros and criticisms on the idea of economic analysis of law, and by making a juridical analysis of economics. It concludes that the regulation of the economics implemented by political agents must respect the deontological purposes of the Constitution.

KEYWORDS: Law. Economics. Economic Analysis of the Law. Juridical Analysis of Economics.

SUMÁRIO

1. Introdução

2. A Análise Econômica do Direito.

2.1. A Teoria Subjacente ao Movimento “Law & Economics”

2.2. Escopo da Análise Econômica do Direito

3. Considerações Críticas a Respeito da Análise Econômica do Direito.

3.1. As Críticas Internas

3.1.1. O Dilema do Prisioneiro: Conclusões dos Torneios de Axelrod

3.1.2. A Teoria de Justiça Como Equidade, de John Rawls.

3.2. As Críticas Externas de Ronald Dworkin

4.. A Análise Jurídica da Economia.

5. Conclusões

6. Bibliografia

¹ O autor é Bacharel em Direito e Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

1. Introdução

É inegável que a regulação da vida social, no período moderno que vivenciou a passagem das sociedades tradicionais para as sociedades modernas, se tornou mais *complexa e diferenciada*. Antes das transformações econômicas, políticas, sociais e jurídicas ocorridas ao longo dos séculos XII-XVII, era perfeitamente razoável pensar na vida social como um sistema completamente harmônico, indelevelmente regulado por um conjunto de normas indiferenciadas que compreendia um amálgama de direito, religião, moral e tradição. Todavia, após um processo de profundas transformações estruturais que durou pelo menos três séculos, esse estado de coisas se tornou cada vez mais complexo. A economia, antes relegada ao espaço doméstico², desde pelo menos o século XI passou a se infiltrar lentamente na vida social com um poder avassalador, ao mesmo tempo em que o direito passava a se tornar independente da moral, da religião e dos costumes tradicionais³.

Toda simplificação é perigosa e imprecisa, mas é possível afirmar que, ao longo dos últimos três séculos, a economia e o direito assumiram um papel protagonista na regulação da vida social. Com o surgimento das economias e a expansão da sociedade de mercado, rompeu-se a antiga harmonia ética que

² Ver, por exemplo, a tematização da economia no mundo antigo, no Livro I de ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

³ Para uma breve exposição a partir de uma perspectiva paradigmática da transição do direito e da organização política pré-modernos para a modernidade, ver CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto (org.). *Notícia do direito brasileiro*. N. 6 (jul/dez de 1998). Brasília: UnB, Faculdade de Direito, 2000.

unia o sistema produtivo econômico e as instituições jurídicas⁴. Ambas as disciplinas passaram a disputar o espaço regulador da vida social. Na passagem da obra fundadora da economia política, *A Riqueza das Nações*, o filósofo inglês Adam Smith aponta que a economia obedece a leis próprias, tão inexoráveis e perfeitas quanto as leis da física newtoniana. A prosperidade social é o resultado necessário [e involuntário] do trabalho de cada indivíduo que age visando o seu próprio auto-interesse.

Todo indivíduo necessariamente trabalha no sentido de fazer com que o rendimento anual da sociedade seja o maior possível. Na verdade, ele geralmente não tem intenção de promover o interesse público, nem sabe o quanto o promove. Ao preferir dar sustento mais à atividade doméstica que à exterior, ele tem em vista apenas sua própria segurança; e, ao dirigir essa atividade de maneira que sua produção seja de maior valor possível, ele tem em vista apenas seu próprio lucro, e neste caso, como em muitos outros, ele é guiado por uma mão invisível a promover um fim que não fazia parte de sua intenção. E o fato de este fim não fazer parte de sua intenção nem sempre é o pior para a sociedade. Ao buscar seu próprio interesse, freqüentemente ele promove o da sociedade de maneira mais eficiente do que quando realmente tem a intenção de promovê-lo⁵.

Assim, se levarmos radicalmente a sério as palavras de Adam Smith, é torna-se perceptível a conflituosa relação entre direito e economia: qualquer esforço de regulação jurídica da produção se revela inútil, já que o mercado obedece a leis próprias. O resultado histórico dessa perspectiva, dominante na mentalidade filosófico-política inglesa do século XIX, é conhecido de todos. Aliada ao desenvolvimento tecnológico propiciado pela invenção do motor a vapor, que tornou possível a atividade industrial de larga escala, essa

⁴ CASTRO, Marcus Faro de. Julgar a economia. In: *Revista do TST*. Vol. 68, n. 1. jan/mar 2002. Porto Alegre: Síntese, 2002.

⁵ SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. 2. vol. São Paulo: Abril Cultura, 1983. O trecho citado está inserto no Livro IV, Capítulo 2 da obra.

mentalidade de repúdio à intervenção estatal logo mostrou sua face de Janos: de um lado, proporcionava um crescimento econômico jamais visto na história da humanidade, levando à consolidação da hegemonia do Império Britânico. De outro lado, contudo, esse crescimento teve como ponto de apoio a miséria dos operários que trabalhavam mais de doze horas por dia para manter em funcionamento as condições materiais do progresso econômico⁶.

Como reação, a filosofia política gerou duas alternativas que, embora opostas, não resolviam o paradoxo do liberalismo econômico de Adam Smith: como evitar a desigualdade social gerada pelo progresso econômico? O *utilitarismo clássico*, proposto por Jeremy Bentham e sistematizado por John Stuart Mill, defendia a tese de que o Estado deveria permitir à economia a maior produção possível de bens, pois isso levaria à maximização da felicidade dos indivíduos. Apesar dos insistentes apelos de Mill, que apontou a necessidade de uma política de distribuição eqüitativa de bens como pressuposto da maximização da felicidade, a tese utilitarista clássica se revelou estruturalmente incompatível com qualquer projeto que levasse a sério a atenuação das desigualdades econômicas resultantes do desenvolvimento industrial capitalista.

A outra resposta, o *comunismo marxista*, partia do pressuposto de que o paradoxo é insolúvel: ou se assegura a igualdade *de fato* entre os indivíduos, ou o progresso econômico sustentado pela exploração das classes trabalhadoras. Com isso, a teoria marxista partia do pressuposto de que a desigualdade era inerente ao próprio sistema capitalista e, portanto, a

⁶ Sobre as condições histórico-econômicas deste período, ver HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Trad. Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro, 1996: LTC.

desarticulação do capitalismo dependia da necessária atuação política das massas⁷.

Embora as perspectivas utilitarista e marxista pareçam duas teses completamente opostas, uma análise meta-teórica revela que são alternativas complementares que partem do mesmo pressuposto básico, de acordo com o qual a economia é o fator determinante da regulação da vida social. Com isso, o direito passa a ser concebido, na análise utilitarista, como uma estrutura de maximização de utilidade; e, na perspectiva marxista, o direito é um mero subproduto da superestrutura econômica. Em ambos os casos, o *status* do direito é dependente da economia e de seu *modus operandi*.

Essa constatação se revela especialmente importante para a avaliação das relações entre direito e economia no mundo contemporâneo. Hoje, as alternativas parecem mais amplas, já que não temos mais que ser utilitaristas ou socialistas, tendo em vista o fracasso histórico dos dois projetos. A economia centralizada e planificada dos países socialistas se revelou insustentável e ineficaz, tendo sofrido inúmeras crises de desabastecimento que levaram ao colapso político-econômico do sistema. E o utilitarismo pressuposto no Estado Social⁸, embora mais flexível que o modelo soviético, também se mostrou incompetente para gerar um sistema distributivo justo

⁷ É preciso reconhecer que uma análise mais literal da tese de Marx poderia levar a outra conclusão menos ativista: para ele, as próprias contradições internas do capitalismo levariam a sua superação, independentemente de uma postura mais ativista dos operários.

⁸ Sobre os pressupostos utilitaristas do *Welfare State*, ver COOTER, Robert. Justice at the confluence of law and economics. In: *Social Justice Research*, Vol. 1, no. 1, 1987.

capaz de atender às demandas sociais por direitos sociais básicos como a educação, a saúde e a moradia.

A lógica inerente ao funcionamento do Estado Social teve importantes reflexos no pensamento jurídico. Um reflexo teórico que explicita essa constatação é a distinção entre direitos individuais e direitos sociais. Os direitos individuais, que abrangem as liberdades liberais clássicas e os direitos de participação política, parecem assumir um *status* jurídico diferenciado, já que não dependem de investimentos diretos do Estado. Os direitos sociais, de outro lado, assumem uma natureza política, já que estão intimamente ligados às condições materiais de sua realização, por dependerem do investimento de recursos financeiros por parte do Estado⁹. A distinção entre normas constitucionais preceptivas (de eficácia direta ou diferida) e normas constitucionais programáticas também reflete a mentalidade do *Welfare State*, já que, dependendo de uma ação positiva do Estado, apenas podem se afirmar como programas políticos da ação estatal *futura*, nunca como direitos exigíveis judicialmente¹⁰. Assim, de acordo com a doutrina dominante, esses direitos se subordinam à racionalidade econômica, que parte da suposição de escassez de recursos que, por essa mesma razão, devem ser aplicados eficientemente de modo a gerar mais *utilidade*.

Além das influências no campo nomológico, a filosofia subjacente à ordem do Estado Social teve uma outra consequência, menos percebida nos debates constitucionais pátrios tradicionais: a abertura para uma nova forma de

⁹ A respeito do *modus operandi* dessa distinção, ver BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Pp. 516-19. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

¹⁰ BONAVIDES, *ibidem*, pp. 218-23.

olhar o direito a partir dos postulados da economia, a chamada análise econômica do direito (em inglês, mais conhecida pelo movimento *law and economics*).

Esse ensaio tem por objetivo apresentar criticamente alguns dos pressupostos dessa perspectiva teórica. Para tanto, a discussão é dividida em três partes: na primeira, são apresentados os fundamentos teóricos da escola da análise econômica do direito de modo a estabelecer que sua tese principal é a de que a *justiça* é apenas uma questão de *eficiência*. Nesse sentido, para essa perspectiva teórica a função precípua dos institutos jurídicos seria apenas regular a economia de modo que esta possa ser o mais eficiente possível. A segunda parte do ensaio é dedicada à desarticulação lógica dessa tese, a partir da observação de que os pressupostos teóricos da análise econômica do direito levariam a conclusões *opostas* a essas, em que a justiça se apresenta dissociada da eficiência. Embora essas duas qualidades estejam intimamente ligadas em certas circunstâncias, nosso ordenamento jurídico-constitucional impõe que a eficiência deve ceder perante razões de justiça. A partir dessa constatação, a terceira parte do ensaio busca estabelecer uma inversão no *modus operandi* da análise econômica do direito, de forma a reconhecer que razões de justiça devem orientar o funcionamento da economia, e não o contrário. Além disso, como se verá, há boas razões para defender a tese de que nosso ordenamento constitucional já parte desse pressuposto, o que possibilita o estabelecimento de outra perspectiva teórica: a análise jurídica da economia.

2. A Análise Econômica do Direito.

2.1. A Teoria Subjacente ao Movimento “Law & Economics”

É histórica a tradição de pensadores que buscaram relacionar direito e economia, em busca de uma explicação das instituições sociais. No entanto, a década de 1960 presenciou o desenvolvimento de uma forma mais robusta de compreensão do fenômeno jurídico a partir da economia. Até então, os juristas utilizavam ferramentas teóricas da economia apenas com o objetivo de compreender campos teóricos bastante específicos, como o do direito anti-truste¹¹. A partir da publicação de *The Problem of Social Cost*, de Ronald Coase¹², todo um novo horizonte teórico começou a se desenvolver. Nessa obra, o autor desenvolveu a seguinte tese, mais conhecida como *teorema de Coase*: não havendo custos transacionais, alocações¹³ de recurso que obedeçam ao ponto ótimo de Pareto emergirão independentemente da distribuição inicial dos direitos de propriedade¹⁴. Em outras palavras, independentemente da disputa a respeito de quem é o titular dos direitos, as partes alcançarão o ótimo eficiente de Pareto, no qual ninguém poderia obter mais sem que outra pessoa perdesse algo na transação. Com isso, para manter as considerações jurídicas eficazes, os julgamentos de casos judiciais

¹¹ Cf. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1998. p. 25.

¹² Prêmio Nobel de Economia de 1991.

¹³ É importante ter em mente a diferença terminológica entre *alocação* e *distribuição*. Alocação se refere ao uso eficiente dos recursos. Distribuição se refere à divisão justa da riqueza entre as pessoas. Cf. COOTER, Robert. *Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁴ AIVAZAN, Varouj et. al. The coase theorem and coalitional stability. In: *Economica*, New Series, vol. 54, no. 216 (Nov. 1987), pp. 517-520.

do qual decorram externalidades¹⁵, “(...) não poderiam desconsiderar os efeitos econômicos de suas decisões, sob pena de não estarem efetivamente resolvendo o problema *sub iudice*”¹⁶.

A partir das conclusões de Coase, de Guido Calabresi¹⁷ e de Gary Becker¹⁸ (os dois últimos desenvolveram, respectivamente, a análise da responsabilidade civil e de comportamentos ilícitos a partir de postulados da economia), se desenvolveu todo um novo campo de estudos, a chamada “análise econômica do direito”, que permitiu a unificação analítica de disciplinas tão distintas quanto o direito ambiental, o direito do trabalho e o direito administrativo¹⁹. O postulado central dessa perspectiva é a busca de compreender o fenômeno jurídico à luz de conceitos da economia clássica, como os de *equilíbrio*, *maximização da utilidade*²⁰ e *eficiência*²¹. Além disso, esse marco teórico incorpora alguns postulados da teoria econômica, tal como

¹⁵ Externalidades são as conseqüências que uma transação econômica gera para terceiros.

¹⁶ FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial – as telecomunicações*. São Paulo: Paulista, 2003.

¹⁷ Ver CALABRESI, Guido. *The costs of accidents*. New Haven: Yale University Press, 1970.

¹⁸ Prêmio Nobel de economia de 1992. Ver BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. In: *Journal of Political Economy* 76 (1968).

¹⁹ FARACO, Alexandre Ditzel; e SANTOS, Fernando Muniz. Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2005, p. 30.

²⁰ O conceito de utilidade decorre das influências da teoria ética utilitarista, que tem entre seus representantes mais notáveis Jeremy Bentham, John Stuart Mill e Henry Sidgwick. Para uma crítica da concepção utilitarista, ver RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²¹ COOTER, *ibidem*, p. 70.

o axioma de racionalidade dos agentes – o agente racional é o que age para obter o máximo de utilidade, ou seja, para alcançar o resultado de maior valor possível²². Assim, entre duas hipóteses de alocação de recursos, o indivíduo racional opta pela alternativa que lhe traga maiores benefícios, *i.e.*, a que lhe maximiza a utilidade.

2.2. Escopo da Análise Econômica do Direito

A análise econômica do direito parte do pressuposto de que os recursos devem ser alocados para os indivíduos mais dispostos e capazes de pagar um determinado preço por eles, nas condições do mercado de concorrência perfeita. Quando os recursos são alocados para seus usos mais valiosos, diz-se que houve uma alocação eficiente, por ter dado aos recursos a finalidade que gerou maior riqueza (definida em termos de utilidade). A medida da eficiência é fornecida pelo *Teorema de Pareto*: uma alocação de recursos é eficiente se nenhum agente econômico pode ficar em melhor posição sem piorar a situação dos outros agentes²³. Em face das dificuldades de aplicação do teorema, outros conceitos foram desenvolvidos, como o *Teorema de Kaldor-Hicks*, segundo o qual os beneficiários de uma determinada alocação de bens devem indenizar os perdedores²⁴. Além da incorporação de conceitos da macroeconomia, a análise econômica do direito também utiliza como ferramenta de análise a lógica matemática, principalmente a partir dos

²² Cf. NEUMANN, John Von; e MORGENTERN, Oskar. *Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton: Princeton University Press, 1953. pp. 15 –16.

²³ PARETO, Vilfredo. *Manual de economia política*. Trad. João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 274 e seguintes.

²⁴ FARACO; SANTOS. *ibidem*,, p. 34.

conceitos de equilíbrio da teoria dos jogos (no caso de a análise versar sobre a interação estratégica entre atores²⁵) e da *collective-choice* (para o caso em que a análise não verse sobre interações estratégicas²⁶).

Há, basicamente, duas ordens de aplicabilidade da análise econômica do direito: a *positiva* (ou descritiva) e a *normativa*²⁷. A *perspectiva positiva* concerne a previsões e explicações relativas ao comportamento social face a uma determinada norma jurídica. Assim, o projeto positivo da análise econômica do direito se destina a verificar a eficácia de uma norma jurídica a partir da economia neoclássica. Um exemplo de como a análise econômica do direito pode proceder metodologicamente para descrever a eficácia de normas jurídicas é o seguinte: em direito penal, um agente, ao praticar um determinado crime, analisa três valores: (a) o quanto pode se beneficiar pela prática do crime; (b) a sanção a que pode ser condenado caso a polícia o prenda; e (c) a probabilidade de ser preso. A eficácia de a norma penal ter o efeito de coibir comportamentos ilícitos passa a depender da probabilidade de as instituições

²⁵ Diz-se que uma interação é estratégia quando um dos agentes baseia a racionalidade de sua ação a partir de suas crenças acerca das ações dos outros agentes. A propósito, cf. NEUMANN; MORGENTHAU. *ibidem*. Para uma discussão mais aprofundada a respeito das aplicações da teoria dos jogos a problemas econômicos, cf. RUMP, Graham. *Game theory: introduction and applications*. Oxford: Oxford University Press, 1997. A respeito da aplicação da teoria dos jogos para compreender determinados fenômenos jurídicos, ver BAIRD, Douglas; GERTNER, Robert; e PICKER, Randal. *Game theory and the law*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

²⁶ COOTER, Robert. *The strategic constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 7.

²⁷ FARACO; SANTOS. *ibidem*, p. 35.

policiais funcionarem efetivamente, bem como do custo individual de ser preso praticando a conduta ilícita²⁸.

Outro exemplo, fornecido por Richard Posner, parte da análise de julgados da Suprema Corte norte-americana relativos à liberdade religiosa²⁹. De acordo com Posner, ao defender perspectivas seculares na discussão de temas polêmicos do ponto de vista religioso (como o aborto e a eutanásia), a Suprema Corte estimulou o desenvolvimento de novas religiões organizadas, vistas como “preservadoras dos valores tradicionais”. Em outros casos, nos quais a Suprema Corte defendeu o estímulo a determinados grupos religiosos por meio da concessão de isenção do pagamento de certos impostos por parte de igrejas minoritárias, ou deferiu a concessão do seguro-desemprego a desempregados que não conseguiram trabalhar em virtude de sua religião, que exigia o repouso aos sábados (justificado com base no princípio do livre exercício da religião), o raciocínio proposto por Posner para descrever a interpretação da Corte também é econômico. Dado que o subsídio à acomodação de religiões minoritárias é pago pelos empregados, consumidores e contribuintes, a acomodação é uma medida eficiente para estimular a diversidade religiosa e enfraquecer as religiões majoritárias, que não dispõem de tais benefícios.

²⁸ Esse exemplo é um exercício de aplicação da teoria do reforço normativo de Robert Axelrod, desenvolvida a partir da teoria evolutiva dos jogos (*evolutionary game theory*). Cf. AXELROD, Robert. Promoting norms. In: *The complexity of cooperation: agent-based models of competition and collaboration*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

²⁹ POSNER, Richard. The law and economics movement. In: *The american economic review*. Vol. 77, no. 2, Papers and Proceedings of the Ninety-Ninth Annual Meeting of the American Economic Association (May, 1987). pp. 9-11.

A *perspectiva normativa*, de outro lado, busca analisar o modo pelo qual o raciocínio econômico poderia fornecer um modelo prescritivo de construção de discursos jurídicos. Nesse sentido, busca estabelecer uma função específica para o direito – intervir concretamente de modo a corrigir situações nas quais o mercado não atua de modo eficiente, com a finalidade de evitar as *externalidades negativas*, *i.e.*, situações em que terceiros suportam os custos de uma determinada atividade, sem se beneficiar dela³⁰. O pressuposto dessa perspectiva é o de que a finalidade do direito, assim como a da economia, é *maximizar a utilidade* produzida pelo sistema econômico³¹. Por isso, a função precípua do direito é regular situações nas quais o mercado não é eficiente, seja face à existência de monopólios, seja face ao problema da assimetria de informações ou à questão das externalidades. Ao direito cabe corrigir essas situações de modo que o mercado possa funcionar *eficientemente*. Assim, a perspectiva normativa da análise econômica do direito supõe a instrumentalidade do direito perante a eficiência do mercado. Nessas condições, qualquer concepção de *justiça* deve ser traduzida em termos de *eficiência*, ou seja, da maximização da riqueza social traduzida em termos teóricos para *utilidade*³².

³⁰ FARACO; SANTOS. *ibidem*, p. 36.

³¹ POSNER. *ibidem*, p. 4.

³² É importante notar a semelhança dessa concepção de justiça como eficiência, defendida por Richard Posner e Robert Cooter, com a defesa da justiça como maximização de utilidade, desenvolvida pelo filósofo utilitarista John Stuart Mill. A propósito, ver MILL, John Stuart. *O utilitarismo*. Trad. Alexandre Braga Massella. São Paulo, 2000: Iluminuras. pp. 61 e segs.

3. Considerações Críticas a Respeito da Análise Econômica do Direito.

Para a perspectiva teórica pressuposta na análise econômica do direito subsistir, precisa mostrar robustez, de modo a assegurar consistência interna e viabilidade externa. Para garantir consistência interna, a análise econômica do direito precisa satisfazer as seguintes condições: em primeiro lugar, deve mostrar que os postulados de que parte – racionalidade e utilidade, basicamente – são capazes de sustentarem independentemente (*i.e.*, sem recorrer a nenhuma outra teoria) a tese de que o direito deve se subordinar a postulados de eficiência. Somente assim a rejeição de Posner e Cooter a qualquer consideração de justiça que seja independente da finalidade de maximizar a utilidade social pode persistir. Em segundo lugar, precisa mostrar como o postulado de utilidade pressuposto teoricamente é dependente da noção de riqueza, sob pena de a análise econômica do direito se tornar um truísmo tautológico capaz de interpretar qualquer estado de coisas dentro de seu marco teórico. As críticas à análise econômica do direito também podem ser externas. Ao invés de analisar se a teoria é consistente, as críticas externas se destinam a analisar em que medida os projetos normativo e descritivo da análise econômica do direito são compatíveis com o modo pelo qual o raciocínio judicial funciona efetivamente, *i.e.*, se realmente pode explicar o modo pelo qual os juízes e advogados argumentam.

3.1. As críticas internas

O projeto da análise econômica do direito depende da coerência interna para manter válida a pretensão de explicar o fenômeno jurídico em sua

inteireza (descritivamente e normativamente). Todavia, os pressupostos assumidos não levam à conclusão pretendida, segundo a qual questões jurídicas devem se orientar por parâmetros de eficiência. Para chegar a essa conclusão, é necessário investigar as conclusões normativas de dois projetos teóricos fundados na teoria da escolha racional: a análise do dilema do prisioneiro feita pelo cientista político Robert Axelrod e a teoria da justiça como eqüidade, de John Rawls.

3.1.1. O Dilema do Prisioneiro: Conclusões dos Torneios de Axelrod

O dilema do prisioneiro é uma das estruturas lógicas estudada pela teoria dos jogos, ramo da teoria da escolha racional que parte de pressupostos teóricos compartilhados com a análise econômica do direito: (a) a idéia de *racionalidade instrumental*, que é medida face à utilidade das alternativas disponíveis para o agente estudado; (b) a tese de que o agente racional é aquele que age de modo a *maximizar a utilidade*; (c) e a tese de que é possível, numa determinada situação, estipular regras que determinem um determinado *equilíbrio* em que as escolhas estratégicas de um agente são a melhor resposta para as escolhas de outro agente.

Albert Tucker, um dos primeiros matemáticos a pesquisar a teoria dos jogos, ilustrou a estrutura lógica inerente ao dilema do prisioneiro com a seguinte anedota: dois homens foram presos pela polícia, suspeitos de terem cometido conjuntamente um crime. Em salas separadas, os dois são interrogados simultaneamente, de modo que um não sabe qual será o teor do depoimento do outro. Além disso, a polícia não tem evidências para que ambos sejam condenados pela autoria do crime. Dadas as dificuldades de obtenção

da confissão ou de que um dos suspeitos denuncie o outro, a autoridade policial propõe o seguinte acordo³³ a cada um dos suspeitos: (i) se os dois se recusarem a aceitar o acordo, serão condenados a um ano de prisão; (ii) se um dos suspeitos denunciar o outro, ficará livre da prisão, enquanto o outro deverá cumprir a pena de três anos; e (iii) se os dois aceitarem o acordo e testemunharem contra o companheiro, serão sentenciados a dois anos de prisão.

De acordo com a formulação lógica proposta pela teoria dos jogos, a melhor alternativa de cada suspeito, que forma o *equilíbrio de Nash*³⁴, é denunciar o outro. Isso ocorre porque não é plausível supor que o outro agente irá cooperar e não aceitar o acordo: assim, se um dos suspeitos não aceitar o acordo porque confia na possibilidade de o outro suspeito não aceitar o acordo, correrá o risco de que isso não ocorra e terá o *pior resultado possível*, ou seja, cumprirá a pena de três anos, enquanto o outro será liberado. Todavia, se os dois raciocinarem dessa forma, alcançarão o segundo pior resultado, ou seja, aquele em que ambos cumprem a pena de dois anos. Nesse caso, o raciocínio *utilitário* não leva ao melhor resultado possível para *ambos*, mas continua sendo racional, já que não havia razão suficiente para confiar na escolha cooperativa da outra parte. Contudo, essa solução gera a inconsistência de que *o agir racional baseado na maximização de utilidade* levou ao segundo pior

³³ É importante notar que esse acordo, nos termos ilustrados, é ilegal em nosso sistema jurídico. Apesar disso, o exemplo é corriqueiramente utilizado para ilustrar a estrutura lógica do dilema do prisioneiro.

³⁴ É a combinação de estratégias que os agentes preferencialmente devem escolher, ou seja, aquela na qual ninguém faria melhor escolhendo uma alternativa diferente, dada a estratégia que o outro escolhe. A estratégia de cada agente deve ser a melhor resposta às estratégias dos outros. Cf. BAIRD, *ibidem*, p. 21.

resultado, e não ao melhor resultado possível para *ambos*, ou seja, aquele em que ambos cumprem a pena de um ano. Como explicar essa inconsistência?

O cientista político Robert Axelrod, em 1979 utilizou computadores para simular o dilema do prisioneiro, com uma característica adicional: ao invés de jogá-lo apenas uma única vez, os computadores deveriam simulá-lo por reiteradas vezes. Com esse objetivo, Axelrod promoveu um torneio no qual pediu a várias pessoas (matemáticos, economistas, biólogos, cientistas políticos e sociólogos) para submeter programas de computador com a finalidade de jogar 200 partidas do dilema do prisioneiro contra os outros programas submetidos, contra si própria e contra um programa cuja estratégia era “cooperar” (não aceitar o acordo) ou “não cooperar” (aceitar o acordo) aleatoriamente. Quatorze pessoas apresentaram diferentes programas e o resultado final surpreendeu a Axelrod: os melhores programas foram aqueles que, de um modo ou de outro, eram cooperativos, ou seja, não atuavam de modo a maximizar a utilidade, mas com a finalidade de obter o melhor resultado possível para ambas as estratégias da interação. Em outras palavras, as estratégias que obtiveram o melhor desempenho foram precisamente as que cooperaram com as outras, deixando de lado o objetivo de ganhar a maior utilidade possível em cada jogada específica. O programa vencedor, formulado pelo cientista político e teórico dos jogos Anatol Rapoport, chamado de TIT for TAT (olho por olho), era o mais simples e cooperativo, que começava cooperando na primeira jogada e depois passava agir de acordo com a última jogada do adversário: se ele cooperava, TIT for TAT cooperava; se ele agisse egoisticamente, assim também o fazia TIT for TAT.

Axelrod ainda promoveu outro torneio, com sessenta e dois concorrentes, mas a melhor estratégia continuou a ser TIT for TAT. A razão para esses dois resultados foi a seguinte, de acordo com o autor da experiência:

O que explica o sucesso de TIT for TAT é a sua combinação de amabilidade, retaliação, perdão e clareza. Sua amabilidade a previne de se envolver em complicações desnecessárias. Sua retaliação desencoraja o adversário a persistir em tentar estratégias não cooperativas. E sua clareza torna TIT for TAT inteligível para o outro jogador, estimulando assim uma cooperação duradoura³⁵.

O resultado dos torneios de Axelrod promove uma crítica teórica avassaladora para os defensores da análise econômica do direito: no caso, as estratégias que geraram “maior utilidade” foram justamente as estratégias que buscaram agir cooperativamente com base em um sistema de sanções (represálias contra as estratégias não cooperativas), e não as que buscaram *maximizar a utilidade*. Esses experimentos demonstraram como o agir cooperativo informado por considerações éticas pode surgir a partir do agir instrumental: apenas exige que se mantenha um horizonte temporal suficiente para que os agentes saibam que poderão interagir outras vezes com os outros, de modo que a ação racional não pode ser aquela que parte do pressuposto de que deve ser orientada à maximização da utilidade.

3.1.2. A Teoria de Justiça Como Eqüidade, de John Rawls.

³⁵ Tradução livre de AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation*. Michigan: Basic Books, 1980. p. 54.

As conclusões dos experimentos de Robert Axelrod também foram delineadas por John Rawls³⁶. O objetivo de Rawls em *Uma teoria da justiça*, publicada primeiramente em 1971, é desenvolver um experimento lógico com a finalidade de extrair a idéia da justiça a partir do senso comum universal e revisá-la a partir da razão, o que denota uma nítida influência de Kant no pensamento rawlsiano. Todavia, Rawls diferencia-se de Kant porque, enquanto para o filósofo alemão a ética deriva do cumprimento do dever como condição de autonomia do sujeito capaz de superar o seu interesse egoístico, para o norte-americano a idéia de justiça é perfeitamente compatível com o interesse próprio (o egoísmo moderado)³⁷.

Rawls defende a tese de que é possível conceber teoricamente um sistema político justo, fundado em dois princípios de justiça: o princípio do direito ao maior sistema de liberdades iguais para todas as pessoas e o princípio da diferença, segundo o qual qualquer desigualdade só pode ser justificada caso o grupo menos favorecido da população fique em melhor situação do que numa sociedade em que a desigualdade não exista³⁸. Para chegar à conclusão de que os melhores princípios de justiça capazes de regular uma sociedade justa são esses, Rawls busca estabelecer condições

³⁶ Apesar de normalmente ser associado apenas à filosofia política, recentemente os escritos de Rawls têm sido cada vez mais utilizados na discussão a respeito de questões constitucionais. A respeito das contribuições da obra de Rawls para a teoria da constituição, por exemplo, ver MICHELMAN, Frank. Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law. In: FREEMAN, Samuel. *Cambridge Companion to Rawls*. West Nyack: Cambridge University Press, 2002.

³⁷ CRUZ Jr., Ademar Seabra da. *Justiça como equidade – liberais, comunitaristas e a autocrítica de John Rawls*. Rio de Janeiro, 2004: Lumen Juris. p. 50.

³⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*..., pp. 333-4.

ideais em que seria possível definir princípios de justiça capazes de orientar o desenvolvimento de uma determinada sociedade. Esses princípios devem se aplicar à *estrutura básica da sociedade*, i.e., à “maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social”³⁹. Como exemplos dessas instituições, Rawls cita a Constituição política estatal, o Poder Judiciário e a própria estrutura da economia⁴⁰. Essa estrutura básica é o objeto primário da justiça, pois é a partir dessa estrutura que se originam todas as metas, aspirações políticas, profissionais e mesmo as concepções religiosas particulares dos cidadãos. Além disso, quanto mais justa for essa estrutura, mais justas serão instituições como igrejas, sindicatos e universidades⁴¹.

Para tanto, Rawls busca estabelecer condições em que agentes racionais que buscam apenas seu benefício próprio concordariam com os princípios de justiça. Essa condição, denominado por ele de *posição original*, é caracterizada por uma situação de incerteza quase total dos agentes que devem escolher justificadamente os princípios de justiça. Na posição original, caracterizada pelo véu da ignorância (a situação de incerteza quase total dos agentes), os agentes não sabem sua posição na sociedade, se são homens ou mulheres, se são ricos ou pobres ou qual a sua religião. Sabem apenas os

³⁹ RAWLS, *ibidem*, p. 8.

⁴⁰ RAWLS, *ibidem*: 13.

⁴¹ RAWLS, John. *Justiça como equidade – uma reformulação*. Organizado por Elin Kelly. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 14.

fatos genéricos sobre a sociedade humana, tais como o entendimento das relações políticas, os princípios da teoria econômica e aspectos gerais que regem a psicologia humana⁴². Em suma, as partes são desprovidas de qualquer conhecimento que pudesse levá-las a se considerar relevantemente diferentes de qualquer outra parte e, em consequência, beneficiar-se de uma posição privilegiada para decidir em favor próprio⁴³.

A partir dessas restrições postas às partes na posição original, Rawls pondera o critério que as partes devem utilizar para guiar suas ponderações sobre os melhores princípios de justiça que devem reger a sociedade em que elas deverão viver, e chega à conclusão de que o melhor princípio a ser utilizado nessa situação é o princípio *maximin*. A regra *maximin*, primeiramente proposta por John Von Neumann na sua clássica obra “*Teoria dos Jogos e Comportamento Econômico*” para jogos não-cooperativos de duas pessoas e de soma zero⁴⁴ pode ser definida assim: “(...) Um ponto minimax é aquele no qual um jogador nunca ganhará menos que um valor X, isto é, garante que seu **mínimo máximo** seja aquele valor, e o outro jogador garante que o seu ganho

⁴² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça...*, p. 148.

⁴³ RAWLS, *ibidem*, pp. 147-8.

⁴⁴ De acordo com a teoria dos jogos, jogos são definidos como funções de três variáveis: os jogadores, as estratégias disponíveis e o resultado (*payoff*) de cada estratégia disponível. Um jogo é não-cooperativo quando a estrutura do jogo não a comunicação entre os jogadores. Além disso, diz-se que um jogo é de soma-zero sempre que a soma dos resultados de um jogador implicar a perda simétrica de todos os outros jogadores (por exemplo, se A seguir a estratégia I e ganhar 2 pontos de utilidade (*payoff*), B deverá perder os mesmos 2 pontos). Cf. ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília, 2003, v. 02, p. 175-199.

nunca será menor que um valor Y , ou seja, seu **máximo mínimo**⁴⁵. Em outras palavras, pela regra *maximin* as partes devem avaliar, dentre os piores resultados possíveis dentro de uma escolha estratégica, i. é., que envolva uma interação com outros agentes racionais⁴⁶, aquele resultado que é o melhor possível.

Rawls assume que a posição original garante as condições ideais de aplicabilidade da regra *maximin*: (i) as partes não têm condição de aferir a probabilidade das possíveis circunstâncias sociais que afetam os interesses fundamentais das pessoas que representam; (ii) não é racional para as partes se preocuparem com o que poderia ser ganho acima da estratégia que garante o melhor possível dentro das piores estratégias existentes; e (iii) os piores resultados das outras alternativas disponíveis devem estar significativamente abaixo do nível assegurável pela regra *maximin*. A razão de (ii) ser justificada é que as partes não podem se preocupar com o que ganhariam acima do assegurado pela regra *maximin* (utilizada por Rawls no sentido de **maximizar** as condições sociais **minimamente** aceitáveis pelas partes na posição original) porque qualquer outra estratégia seria irracional e, portanto, insegura. Nada garante que as outras partes escolheriam as estratégias que levariam a primeira a uma posição melhor na sociedade e, pelo contrário, o mais razoável, se as outras partes também agirem racionalmente, é o de que elas escolheriam

⁴⁵ Note-se que as definições *minimax* e *maximin* são complementares. Um ponto *minimax* para um jogador, num jogo de duas pessoas de soma-zero, é o mesmo ponto *maximin* para o outro jogador.

⁴⁶ A idéia de racionalidade utilizada por Rawls é a mesma da teoria dos jogos: maximização da satisfação do interesse da parte. RAWLS, John. *Justiça como equidade...*, p. 139.

suas estratégias de modo a melhorar a sua própria posição, o que possivelmente pioraria a posição das outras.

Assim, são estabelecidos critérios idênticos aos pressupostos pela teoria dos jogos – o egoísmo moderado (busca pelo auto-interesse), a racionalidade, a utilidade e o princípio do equilíbrio do jogo. Como aponta Ken Binmore, a teoria rawlsiana é perfeitamente compatível com a teoria da escolha racional, vez que parte dos mesmos pressupostos teóricos⁴⁷. Portanto, sua teoria é totalmente compatível com a racionalidade econômica, e parte dos mesmos pressupostos teóricos. Seria de se esperar, assim, que os princípios de justiça com os quais os agentes racionais concordariam seriam compatíveis com o utilitarismo pressuposto pela análise econômica do direito. Agentes racionais escolheriam princípios de justiça que levassem à maximização da utilidade social ou, pelo menos, à maximização das utilidades médias percebidas por cada indivíduo.

Todavia, Rawls rejeita essa conclusão. O agente racional somente buscará maximizar a utilidade dos outros em duas hipóteses: (i) quando o seu interesse próprio abranger os interesses das outras partes (como ocorre no caso do utilitarismo, mas essa não é uma conexão necessária); ou (ii) quando os benefícios da cooperação com as outras partes se reverterem em benefício próprio⁴⁸. O uso que Rawls faz da escolha racional é próximo à hipótese (ii), na medida em que as restrições da posição original asseguram um sistema de

⁴⁷ BINMORE, Ken. *Game Theory and the Social Contract*. Vol. I – Playing fair. Londres: The MIT Press, 1994. pp. 7-78.

⁴⁸ AXELROD, Robert. *The complexity of cooperation: agent-based models of competition and collaboration*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

cooperação mínimo, no qual os princípios de justiça beneficiam a todos e que apenas ocorre em razão de essa cooperação beneficiar individualmente cada uma das partes deliberantes.

Na posição original, os agentes devem, a partir das restrições da posição original, decidir os princípios de justiça fundamentais ordenadores da estrutura básica da sociedade, desde a escolha da Constituição política e do sistema de tributação do país até as formas de governo possíveis⁴⁹. Esses princípios, de acordo com a regra *maximin*, seriam aqueles a serem escolhidos como os melhores princípios *aceitáveis* capazes de reger uma sociedade nas piores condições possíveis de vida para qualquer membro desta comunidade. Rawls reconhece a possibilidade de outros princípios de justiça assegurarem melhores resultados a alguns destes membros, mas poderiam levar a resultados intoleráveis para algumas classes de pessoas. Assim, seria intolerável aceitar uma concepção elitista ou utilitarista, que beneficiaria algumas pessoas em detrimento de outras: a concepção de justiça endossada pelos agentes na posição original deve ser *igualitária*. E quais seriam os princípios de justiça escolhidos pelas partes convidadas a deliberar na situação da posição original? De acordo com Rawls, os dois princípios de justiça com os quais os agentes limitados pelas circunstâncias da posição original são os seguintes: (i) cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos; e (ii) As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que ao mesmo tempo: (a) tragam o

⁴⁹ RAWLS, *Uma teoria da justiça...*, p. 12.

maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e (b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades.

Os dois princípios são submetidos a duas regras de prioridade: em primeiro lugar, os princípios de justiça devem ser classificados em ordem lexical, ou seja, os direitos fundamentais – as liberdades básicas – só podem ser restringidos em nome da liberdade. Em segundo lugar, os dois princípios se submetem à *prioridade da justiça sobre a eficiência*. Assim, o segundo princípio, que determina a ordenação das desigualdades econômicas e sociais de modo que tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos é *lexicalmente* anterior a considerações de eficiência e de maximização de utilidade. Ou seja, considerações de eficiência e maximização de utilidade só devem ser levadas em consideração se trouxerem o maior benefício possível para os menos favorecidos.

O sistema rawlsiano, assim, mina as bases da análise econômica do direito [e do utilitarismo], ao mostrar que agentes orientados pelos pressupostos de racionalidade econômica endossariam princípios de justiça *deontológicos*, e não princípios de justiça subordinados *teleologicamente* a considerações de maximização da utilidade.

3.2. As Críticas Externas de Ronald Dworkin

Como visto, os pressupostos fundamentais da análise econômica do direito geram inconsistências internas a esse programa. Mais especificamente, mostra que agentes que regulem sua ação de forma compatível com os postulados de racionalidade supostos na teoria econômica recusariam a

conclusão normativa da análise econômica do direito: o de que o direito está subordinado à busca da maximização de utilidade, ou seja, o de que a justiça se confunde com a eficiência.

O constitucionalista Ronald Dworkin formulou críticas diferentes ao projeto da análise econômica do direito, que derrubam a sustentabilidade das perspectivas normativas e descritivas da teoria. Para Dworkin, o cerne da análise econômica do direito é o pressuposto de que a maximização da riqueza social é um objetivo digno, “de modo que as decisões judiciais deveriam tentar maximizar a riqueza social”⁵⁰.

De acordo com Dworkin, contudo, os defensores da análise econômica do direito não são claros o suficiente para responder a uma questão básica: em que medida a riqueza social é um valor? Como resposta a essa questão, Dworkin sugere a possibilidade de duas alternativas: (i) a riqueza social tem valor social intrínseco, ou seja, é algo que vale ser buscado autonomamente; ou (ii) a riqueza social tem um valor instrumental, *i.e.*, é valiosa porque permite a busca de outras coisas valiosas intrinsecamente. Essas críticas têm natureza diferente das apresentadas anteriormente a partir da perspectiva de Axelrod e Rawls, pois não apontam incoerência lógica na teoria, mas uma crítica externa, relativa à incapacidade da análise econômica do direito explicar o que os operadores do direito realmente fazem quando raciocinam juridicamente.

A proposta normativa da análise econômica do direito supõe que a maximização da riqueza social é um valor em si⁵¹. Assim, se realmente

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. A visão econômica do direito. In: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins fontes, 2003. p. 356.

pretende defender a tese de que se os juízes devem julgar os casos concretos de modo a aumentar a riqueza social, a análise econômica do direito assume o ônus de demonstrar que uma sociedade com mais riqueza é melhor do que uma sociedade com menos riqueza, *ceteris paribus*. Dworkin busca examinar, então, se a riqueza é um valor autônomo, pois, se a riqueza não for um valor autônomo, então a afirmação normativa da análise econômica do direito precisa de outro fundamento para defender a sua tese acerca da finalidade da prática judicial.

A primeira crítica de Dworkin aponta que a riqueza social não tem valor em si, porque só pode fazer sentido quando está associada a outro bem. Para chegar a essa conclusão, Dworkin parte de um exemplo hipotético: Derek, uma pessoa pobre e muito doente, tem como um de seus poucos confortos a leitura de um certo livro. Contudo, está disposto a vendê-lo por \$2 para poder comprar um determinado medicamento. De outro lado, Amartya é uma pessoa rica e muito satisfeita, que está disposta a pagar \$3 pelo livro de Derek. Para ele, no entanto, o livro não tem quase nenhuma importância, mas, como ele é rico, os \$3 não farão diferença alguma em sua riqueza pessoal. Nessas circunstâncias, se alguém (um “tirano”, na anedota contada por Dworkin) forçar a realização dessa transação, a utilidade social diminuirá muito, muito embora ocorra o aumento da riqueza social. A riqueza social, quando separada da utilidade, perde a plausibilidade como componente do valor social⁵².

⁵¹ Ver, por exemplo, POSNER, Richard. Utilitarianism, economics and legal theory. In: *Journal of legal studies*, Vol. 8, 1979, pp. 103 e segs.

⁵² DWORKIN, Ronald. *ibidem*, pp. 363-4.

Assim, a tese de que a maximização da riqueza é um objetivo social independente perde seu sentido. Um ganho de riqueza social, independentemente de outras considerações, não é necessariamente um ganho. Contudo, a maximização da riqueza pode ser sustentada a partir da tese de que é um objetivo social instrumental, no sentido de que o aumento de riqueza é um valor por ter alguma ligação importante com algum outro bem que tenha valor independente. Richard Posner formula algumas hipóteses nesse sentido. Por exemplo, sugere que uma sociedade cujas políticas buscam a maximização da riqueza como seu objetivo geral respeita mais os direitos fundamentais do que uma sociedade cujas políticas buscam outros padrões decisórios⁵³.

É possível apontar dois problemas nesse argumento. Em primeiro lugar, essa tese pode levar ao retorno da tese de que a riqueza social é um valor autônomo, o que já se revelou uma perspectiva incoerente. Com efeito, se os direitos individuais reconhecidos em uma determinada sociedade são os direitos reconhecidos por um sistema de maximização de riqueza, então os direitos fundamentais são *instrumentalizados* de modo a levarem a uma sociedade na qual a riqueza é a maior possível. Todavia, essa tese pressupõe que a riqueza social é um valor em si, o que não se sustenta independentemente de outras considerações, como o exemplo de Derek e Amartya mostrou. Em segundo lugar, o argumento de Posner pode se tornar tautológico, se levarmos às últimas consequências a tese de que uma sociedade cujo principal objetivo político é o aumento da riqueza social é

⁵³ POSNER, Richard. *ibidem*, p. 104.

melhor, *ceteris paribus*, do que uma sociedade que não tenha esse objetivo, por respeitar mais os direitos fundamentais. O projeto teórico da análise econômica do direito pretende mostrar que atribuímos direitos às pessoas porque, ao fazer isso, aumentamos a riqueza da sociedade. Todavia, para não incidir na tese de que a riqueza social é um valor autônomo, mas um valor instrumental, é preciso reconhecer que os direitos têm um valor independente da riqueza. Se for esse o caso, então o argumento de Posner é tautológico, pois tenta justificar a atribuição de direitos a partir da maximização da riqueza, mostrando que os direitos são atribuídos com esse objetivo, mas, para fazer isso, precisa supor que há uma *alocação inicial* de direitos que já realizam esse objetivo⁵⁴.

Os argumentos de Dworkin também são decisivos para analisar o ramo descritivo da análise econômica do direito. O argumento descritivo da análise econômica do direito afirma que os juízes decidem os casos de modo a maximizar a riqueza social. Os argumentos apresentados contra o ramo normativo, contudo, também derrubam a validade da tese descritiva. Nas palavras de Dworkin:

Assim, a análise econômica, no seu ramo descritivo, parece fundamentar-se no sentido e na verdade de uma motivação direta, que é a de que os juízes decidem casos com a intenção de maximizar a riqueza social.

Meu argumento contra o ramo normativo da análise econômica, porém, também questiona tal afirmação motivacional. Não afirmei que maximizar a riqueza social é apenas um entre vários objetivos possíveis, ou que é um objetivo social mesquinho, pouco atraente e impopular. Afirmei que ela não faz nenhum sentido como objetivo social, mesmo entre outros. É absurdo supor que a riqueza social é um componente do valor social, e

⁵⁴ Para uma discussão mais pormenorizada, ver DWORKIN, Ronald. *ibidem*, pp. 374-381.

implausível que a riqueza social seja fortemente instrumental para um objetivo social porque promove a utilidade ou algum outro componente do valor social melhor do que faria uma teoria instrumental fraca. Portanto, é bizarro atribuir aos juízes o motivo de maximizar a riqueza social por si mesma ou de perseguir a riqueza social como um alvo falso para algum outro valor.

Mas o principal problema das afirmações descritivas da análise econômica do direito está no fato de que não parece corresponder a nossas intuições acerca da prática judicial. A análise econômica do direito descreve a atuação dos juízes quando julgam casos concretos a partir do pressuposto de que eles buscam efetivamente *maximizar a riqueza social*. Para tornar plausível essa descrição da atividade judicial, Posner parte de casos exemplares em que os juízes parecem ter feito considerações desse tipo, no sistema da *common law*, em casos específicos, como decisões que desenvolveram o sistema norte-americano da responsabilidade civil ou a indenização por danos morais. Todavia, a explicação da análise econômica do direito parece supor que é possível descrever a atividade judicial, em *todos os casos*, extrapolando o que parece ter ocorrido em *alguns casos* concretos. Em outros casos, como o já citado exemplo de julgados da Suprema Corte norte-americana a respeito da liberdade religiosa, Posner interpreta as decisões judiciais conferindo-lhes uma motivação que elas não tiveram, talvez supondo que os juízes tenham *putativamente* decidido a questão por considerações econômicas, e não pelas razões normativas que eles efetivamente deduziram ao decidir o caso concreto.

Além disso, há várias razões para acreditar que o aumento da riqueza social só é um motivo considerado pelos juízes em casos muito específicos, como ocorre quando a Constituição Federal, em seu art. 37, estabelece que a atividade administrativa deve obedecer ao princípio da eficiência (de modo que

os recursos públicos sejam gastos com a melhor relação custo/benefício), ou quando o sistema do direito econômico estabelece princípios que objetivam a proteção da livre concorrência. Mesmo nesses casos, contudo, as razões normativas para justificar a adoção de princípios endossados pela racionalidade econômica, como a eficiência e a livre concorrência, não decorrem de um compromisso normativo com a *maximização da riqueza*. São outros os princípios que justificam o compromisso jurídico com esses princípios econômicos. O princípio da eficiência, por exemplo, é, *per se*, um princípio instrumental: não está associado aprioristicamente a nenhuma outra finalidade – apenas requer que, para qualquer finalidade definida, os recursos devem ser utilizados de modo racional, sem desperdício, para a consecução da finalidade definida normativamente. A defesa da livre concorrência também pode ser compreendida à luz de outros princípios constitucionais. Mais especificamente, é uma exigência do princípio da igualdade, já que, pela livre concorrência, assume-se *prima facie* que os diversos comerciantes e industriais têm o direito a atuar livremente no mercado nas mesmas condições, *ceteris paribus*.

Assim, a análise econômica do direito se revelou uma perspectiva teórica falha, se a entendermos como um projeto teórico forte, com pretensões de explicar todos os aspectos do fenômeno jurídico. Contudo, isso não implica desconsiderar as relações entre direito e economia, mas que, *normativamente*, a economia não fornece parâmetros deontológicos capazes de serem considerados no processo de decisão judicial. E, *descritivamente*, a economia é incapaz de fornecer um modelo teórico capaz de descrever realisticamente o raciocínio jurídico, nos termos pretendidos pela análise econômica do direito.

De outro lado, é preciso considerar que os princípios jurídicos devem ser levados em consideração pelas atividades econômicas. Ao contrário de quase tudo o que é veiculado pela mídia e das “ameaças” de consequências trágicas que os economistas alardeiam acerca de determinadas decisões judiciais, o sentido da influência entre direito e economia é contrário ao suposto pela análise econômica do direito. Essa constatação nos leva ao próximo tópico.

4. A Análise Jurídica da Economia.

Apesar de se submeter a leis próprias, a atividade econômica é regulamentada juridicamente, de modo que a ordem jurídica deve conformá-la a finalidades jurídicas. É preciso considerar que muitas vezes o cumprimento de diretrizes normativas é impossível em virtude da escassez de recursos, o que leva, inclusive, a consequências doutrinárias na própria teoria jurídica. Com efeito, a única razão pela qual os doutrinadores distinguem normas constitucionais preceptivas (os direitos negativos, que independeriam de atuação positiva do estado) de normas constitucionais programáticas, que se afirmam como *programas políticos* da atuação estatal, é a escassez econômica. Essa razão também se mostra essencial quando consideramos a distinção entre os direitos individuais e os direitos sociais: não é por acaso que a doutrina dominante vincula os direitos individuais aos direitos negativos (direitos exigíveis de imediato, por uma suposta desnecessidade de investimento público) e os direitos sociais às normas programáticas (direitos dependentes de alocação de recursos públicos).

Mas não precisamos aceitar acriticamente essas distinções doutrinárias. Cass Sunstein e Stephen Holmes, por exemplo, demonstram que todos os

direitos, incluindo os direitos negativos, dependem de recursos financeiros para serem efetivados⁵⁵. De acordo com os constitucionalistas norte-americanos, mesmo os direitos negativos dependem do investimento estatal, porque seu reconhecimento depende de uma estrutura institucional cujo funcionamento depende de recursos financeiros. Para garantir os direitos individuais, por exemplo, é necessário que as instituições judiciárias funcionem bem: é imperativo mantê-las em funcionamento, de modo que os juízes, promotores, servidores auxiliares da justiça e policiais possam trabalhar adequadamente. Tudo isso requer o investimento maciço de recursos financeiros. Uma mera consulta à execução orçamentária de 2004, por exemplo, revela que, para manter em funcionamento a estrutura da Justiça Federal, o Governo Federal teve que alocar R\$ 2.531.168.943,00 (dois bilhões, quinhentos e trinta e um milhões, cento e sessenta e oito mil, novecentos e quarenta e três reais), mais de dez por cento de todos os recursos investidos no setor de educação, cultura, ciência, tecnologia e esporte, núcleo do “direito social” à educação, que demandaram R\$ 20.209.891.778 (vinte bilhões, duzentos e nove milhões, oitocentos e noventa e um mil, setecentos e setenta e oito reais)⁵⁶.

Mas não podemos concordar com todas as conclusões de Sunstein e Holmes. A partir da premissa de que a proteção de todos os direitos depende de recursos financeiros, os dois constitucionalistas afirmam que é mera retórica a tese de que os direitos individuais são invioláveis e absolutos. Nenhum direito

⁵⁵ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 2000. p. 09.

⁵⁶ Dados coletados no site do Senado Federal. Disponível em < <https://siga.senado.gov.br/siga/scripts/login/webiHome.jsp>>. Acesso em 06 nov. 2005.

cuja efetividade dependa de recursos escassos poderia ser defendido pelos juízes sem considerar as conseqüências para o orçamento. Essa tese, que parece fundada no mesmo equívoco da análise econômica do direito, qual seja, o de tratar questões de justiça como se fossem questões de eficiência, confunde as *prescrições normativas* decorrentes dos direitos com questões de *eficácia*, que se relacionam com a possibilidade institucional de defesa desses direitos. Os direitos afirmados constitucionalmente são prescrições normativas de observância obrigatória, mesmo que o Estado não tenha condições financeiras e factuais de poder afirmá-los. Ninguém diria que a escravidão não é uma violação do direito constitucional à liberdade, ou mesmo que o direito à liberdade é relativo, simplesmente porque várias fazendas do país se utilizam do trabalho escravo pela mera razão de o Poder Judiciário não ter condições *fáticas* de condenar os fazendeiros e libertar esses escravos.

A crítica parcial à tese de Sunstein e Holmes nos leva à reconsideração dos direitos sociais e das chamadas normas constitucionais programáticas, questão intimamente relacionada com a função da economia no esquema constitucional dos direitos. Para tanto, é importante assumir teoricamente a perspectiva teórica em que devemos compreender os direitos individuais. Assumo, aqui, a tese liberal de Isaiah Berlin em seu ensaio *Dois conceitos da liberdade*⁵⁷. Nesse ensaio clássico, Berlin concebe duas possibilidades de compreensão do princípio constitucional da liberdade: a *liberdade positiva* e a *liberdade negativa*. Contudo, a nomenclatura não se relaciona

⁵⁷ BERLIN, Isaiah. Dos conceptos de la libertad. In: Anthony Quinton (org.). *Filosofia Política*. Trad. E. L. Suárez. Cidade do México: Fondo de cultura económica, 1974. pp. 218-233.

necessariamente com a distinção de Benjamin Constant, que tradicionalmente é lembrada para vincular as liberdades positivas com a “liberdade dos antigos”, remetendo à importância da participação política na *polis* grega e na República romana⁵⁸. Nesse contexto, a liberdade negativa é a “liberdade dos modernos”: os indivíduos devem poder usufruir a liberdade pessoal protegidos da interferência externa do Estado e dos outros indivíduos. Berlin, contudo, pensa que a liberdade moderna deve ser pensada de forma diferente. Com efeito, uma parte da liberdade defendida na modernidade é a liberdade negativa – a liberdade de não sofrer a interferência interna. Mas a liberdade moderna também assume um sentido positivo. É a capacidade *factual* de desenvolver positivamente um projeto de vida.

O sentido “positivo” da palavra “liberdades” deriva do desejo que o indivíduo tem de ser seu próprio senhor. Desejo que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo, não de forças externas de nenhuma classe. Quero ser o instrumento de meus próprios atos de vontade, não dos atos de outros homens. Quero ser um sujeito, não um objeto; mover-me por razões, por propósitos conscientes, não por causas que me afetem, como diríamos, de fora. Quero ser alguém, não ninguém; um executor-decisor, não alguém por quem se decide; autodirigido, não guiado pela natureza externa ou por outros homens como se fosse uma coisa, um animal ou um escravo incapaz de desempenhar um papel humano, ou seja, de conceber metas e políticas próprias – e alcançá-las⁵⁹.

As duas liberdades são inter-dependentes. Cada uma delas se refere ao grau de controle do indivíduo sobre seu destino e de viver sua vida de acordo

⁵⁸ CONSTANT, Benjamin. *The liberty of the ancients compared with that of the moderns*. Disponível em < <http://www.uark.edu/depts/comminfo/cambridge/ancients.html>>. Acesso em 07 nov. 2005.

⁵⁹ BERLIN, Isaiah. *ibidem*, p. 229.

com uma concepção de bem⁶⁰. Apesar dessa inter-dependência, as duas liberdades são bem diferentes num sentido pouco lembrado pela teoria do direito, mas que é essencial para compreendermos os direitos fundamentais. As liberdades negativas significam a proteção do indivíduo contra restrições deliberadas e injustificadas por parte de outras pessoas e do Estado – especialmente no espaço da consciência individual, das crenças religiosas e metafísicas que guiam os projetos de vida individuais.

As liberdades positivas, de outro lado, dependem de uma relação íntima entre os indivíduos e os recursos. Os recursos, aqui, devem ser entendidos em sentido amplo. Abrangem, entre outros, os direitos conferidos ao indivíduo, a educação de que dispõe, sua saúde e integridade física, e sua riqueza financeira. Esses recursos possibilitam que o indivíduo exerça sua liberdade positiva, ou seja, tenha efetivamente a liberdade de auto-determinar o destino de sua vida a partir de uma concepção de bem que defenda sinceramente. Com efeito, alguém que tenha acesso à educação superior tem maior liberdade de definição de seu destino do que uma pessoa analfabeta: pode escolher melhor seu emprego e ter acesso a bens que outras pessoas não teriam. Tendo um emprego que exija uma melhor qualificação, é razoável supor que o indivíduo tem acesso a melhores remunerações e, portanto, pode viajar para outros países e maior liberdade factual de desenvolver sua concepção de bem. Um analfabeto, contudo, não terá acesso a esses bens e, portanto, sua liberdade positiva será irremediavelmente reduzida, o que restringe, inclusive,

⁶⁰ Esse ponto é melhor desenvolvido por DASGUPTA, Partha. Well-being and the extent of its realisation in poor countries. In: *The economic journal*, Vol. 100, No. 400, Conference Papers (1990), p. 17.

parte da liberdade positiva de sua descendência⁶¹. Os filhos de uma pessoa analfabeta, *ceteris paribus*, também terão menos oportunidades e, conseqüentemente, menos probabilidade de desenvolver uma concepção de bem e segui-la autonomamente.

Todavia, não são apenas as liberdades positivas que dependem de recursos – o exercício das próprias liberdades negativas é ameaçado caso o indivíduo não tenha recursos suficientes sequer para exercê-los. Com efeito, pessoas menos instruídas, por exemplo, podem sofrer maiores influências diretas em sua liberdade religiosa, por não pensarem criticamente naquilo que lhes é passado simplesmente porque não conhecem outras formas religiosas. Alguém que não saiba ler também está mais suscetível a sofrer interferências externas em seu projeto de vida, pois assume uma condição precária de dependência perante os outros. Uma pessoa que sofra uma doença facilmente curável (digamos, esquistossomose) porque o hospital público de sua localidade não tem recursos financeiros para adquirir medicamentos, também está sofrendo uma limitação injustificável ao exercício pleno das liberdades negativas. Sua integridade física e a possibilidade de levar uma vida auto-

⁶¹ Nesse ponto, para evitar uma leitura equivocada da concepção proposta por Berlin acerca das liberdades positivas, é necessário um esclarecimento. O exercício das liberdades positivas é uma questão diferente da relativa à configuração dessas liberdades como direitos pela Constituição. A relação entre o indivíduo e os recursos é um pressuposto para o efetivo exercício dos direitos que configuram as liberdades positivas, mas esse fato não autoriza concluir que um indivíduo não tem assegurado determinado direito apenas por não ter a sua disposição recursos necessários para exercê-los. Um exemplo ilustra melhor essa afirmação: Maria, cidadã brasileira, tem o direito político de votar, mas não tem dinheiro suficiente para pagar o transporte até o lugar de sua votação. No caso, Maria *tem* o direito de votar (ou seja, em termos rawlsianos, ela tem assegurada a si a liberdade de participação política garantida no primeiro princípio). Todavia, ela não dispõe de bens primários suficientes (recursos financeiros para pagara a passagem) que lhe garantam a efetiva possibilidade de exercitar esse direito. São duas questões distintas. Do mesmo modo, o analfabeto que não tenha *recursos* para exercer seus direitos continua tendo, *formalmente*, os direitos assegurados a todos.

determinada são limitadas externamente, pois é independente dela que as condições hospitalares de sua região não tenha recursos suficientes.

Esclarecido esse ponto, se torna possível avaliar a relação entre os direitos individuais e os direitos sociais. Tradicionalmente, como vimos, a teoria jurídica tem vinculado os direitos individuais à liberdade negativa, de modo a dizer que as liberdades negativas independem de recursos financeiros e, portanto, são afirmadas como *direitos*. Todavia, isso é tomar a parte pelo todo: o ordenamento constitucional brasileiro protege a *liberdade* como um todo, e não apenas a *liberdade negativa*. Além disso, o exercício pleno das liberdades negativas também depende de recursos, o que torna falsa a concepção segundo a qual os direitos sociais têm a natureza de *políticas públicas* porque são sujeitos à lógica da escassez em virtude de sua dependência de recursos financeiros – essa tese pode ser compreendida como consequência da lógica que levou à análise jurídica do direito e à tese de Sunstein e de Holmes. Os direitos individuais, assim como os direitos sociais, dependem da alocação de recursos financeiros, o que não quer dizer que se submetem à lógica da escassez. Significa apenas que esses recursos financeiros devem ser alocados *deontologicamente*, à luz da realização dos próprios direitos individuais e dos direitos sociais.

Para analisar deontologicamente a economia à luz da constituição, é preciso compreender a economia (principalmente a macroeconomia) como uma ciência instrumental que estuda os princípios inerentes à alocação de

recursos escassos⁶². Como apontado na seção II, os estudiosos da análise econômica do direito propuseram a tese de que a finalidade da economia é a maximização da riqueza, mas já foram apontadas várias razões (seção III) pelas quais se tornou imperativo assumir que essa finalidade não é inerente à atividade econômica. A partir daí, na seção IV, uma tese diferente começou a ser construída: a de que os direitos dependem da economia, mas num sentido diferente do proposto pela análise econômica do direito. Os direitos dependem da economia porque a própria finalidade dos direitos, é permitir que cada cidadão possa desenvolver sua própria vida a partir de sua própria vontade autônoma, e é um erro postular que os direitos dependem da economia porque seguem a própria lógica econômica. Os direitos dependem da economia porque a mera atribuição constitucional de direitos se torna uma falácia caso os cidadãos não tenham recursos para exercê-los.

Dessa forma, *levar os direitos a sério* pressupõe defender que a finalidade da economia numa democracia constitucional é assegurar que todos os cidadãos disponham de recursos (entendidos de maneira ampla, de modo a incluir bens tão diversos quanto a educação, a saúde e o trabalho) que possibilitem o exercício pleno dos direitos, de modo a cada cidadão ter a possibilidade concreta de orientar seu destino de acordo com a sua própria concepção de bem. Fazer isso, contudo, supõe definir pelo menos um critério deontológico capaz de orientar a atividade econômica e, mais ainda, de conferir responsabilidade jurídica aos economistas e políticos que desviarem a economia de sua finalidade jurídica.

⁶² BROOME, John. *Ethics out of economics*. Port Chester: Cambridge University Press, 1999. p. 2.

É possível, agora, compreender melhor a tese de Rawls acerca dos dois princípios de justiça. De acordo com o primeiro princípio de justiça, cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos. Essas liberdades básicas iguais incluem “a liberdade de pensamento e a liberdade de consciência, as liberdades políticas e a liberdade de associação, bem como as liberdades incluídas na noção de liberdade e de integridade da pessoa e, finalmente, os direitos e liberdades protegidos pelo Estado de direito”⁶³. O segundo princípio de justiça, por sua vez, se dirige *normativamente* à economia: as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de modo que tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos e sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades. Ou seja, as desigualdades econômicas só são justificadas se os menos favorecidos estiverem em melhor situação na situação de desigualdade do que na situação de igualdade econômica absoluta, em que todos os cidadãos tivessem acesso à mesma quantidade de recursos; e se os cargos que sustentam a situação de desigualdade estiverem abertos à possibilidade de que qualquer cidadão possa ocupá-lo nas mesmas condições de que qualquer outro cidadão.

⁶³ RAWLS, John. As liberdades básicas e sua prioridade. In: RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Trad. Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 145. É importante notar que essa lista de direitos e liberdades básicas não é totalmente fixa e pode variar de sociedade para sociedade, dependendo de um consenso político acerca da concepção de justiça adotada em cada sociedade. Rawls explicitamente admite estar escrevendo baseado no contexto de sociedades marcadas por uma cultura pública democrática. Sobre esse ponto, ver RAWLS, John. *Justiça como eqüidade...*, pp. 7-8.

De acordo com Rawls, a medida da desigualdade entre as pessoas é o seu acesso aos *bens sociais primários*, “as coisas necessárias e exigidas por pessoas (...) à luz da concepção política que as define como cidadãos que são membros plenamente cooperativos da sociedade. Esses bens são coisas que os cidadãos precisam como pessoas livres e iguais numa vida plena; não são coisas que seria simplesmente racional querer ou desejar, preferir ou até mesmo implorar”⁶⁴. Os bens primários incluem (i) os direitos e liberdades básicos (as liberdades negativas e positivas na concepção de Berlin, bem como as liberdades políticas); (ii) as liberdades de movimento e de livre escolha de ocupação sobre um fundo de oportunidades diversificadas; (iii) os poderes e prerrogativas de cargos e posições de autoridade e responsabilidade; (iv) renda e riqueza; e (v) as bases sociais do auto-respeito⁶⁵. As desigualdades a que se aplica o segundo princípio de justiça se referem à diferença nas expectativas de bens primários dos cidadãos ao longo da vida toda e, nessa perspectiva, os menos favorecidos são os que pertencem à classe com expectativas mais baixas.

É importante ressaltar que, como os bens primários incluem direitos, poderes, renda e o auto-respeito, as classes que dispõem de menos bens primários não são apenas mais *pobres* no sentido econômico, mas também dispõem de menos *direitos*. Essa tese parece se contrastar com a afirmação rawlsiana da prioridade lexical do primeiro princípio em relação ao segundo: vantagens econômicas não podem violar as liberdades básicas garantidas pelo

⁶⁴ RAWLS, John. *ibidem*, p. 81.

⁶⁵ RAWLS, John. *ibidem*, p. 83.

primeiro princípio, ou seja, os direitos fundamentais do indivíduo (regra da prioridade da justiça sobre a eficiência).

Não é esse o caso, se elucidarmos o seguinte ponto: os direitos assegurados no primeiro princípio são direitos constitucionalmente definidos, concebidos da perspectiva da *validade*. Em outras palavras, o primeiro princípio assegura *formalmente* os direitos de que os cidadãos dispõem. A partir do princípio da diferença, que possibilita a análise da distribuição dos bens primários, os direitos são concebidos da perspectiva da *eficácia*, isto é, da efetiva possibilidade de os cidadãos poderem utilizar os direitos garantidos pelo primeiro princípio.

Essa consideração leva a observações interessantes do ponto de vista constitucional. A subordinação lexical do segundo princípio ao primeiro implica que ninguém possa ter acesso a mais direitos apenas pelo fato de dispor de mais recursos financeiros. Mas isso leva a uma consequência drástica: factualmente, pessoas com mais recursos têm acesso a mais direitos que pessoas que dispõem de menos recursos. Isso é injusto por violar o primeiro princípio, que requer o igual direito de todos os cidadãos às liberdades básicas. Apesar de injusta, essa situação parece descrever bem a realidade jurídica de países cuja distribuição de recursos é muito desigual. Em estudo comparativo entre vários países, Partha Dasgupta apontou uma correlação significativa entre a *renda per capita*, a taxa de expectativa ao nascer, os índices de analfabetismo entre adultos (todos aspectos que podem ser considerados constitutivos dos bens primários rawlsianos) e o efetivo exercício das

liberdades civis e políticas⁶⁶. A tese de Dasgupta não leva, necessariamente, à concordância com a tese da análise econômica do direito segundo a qual sociedades mais ricas protegem melhor os direitos fundamentais. Essa tese considera apenas um fator – a “riqueza social” – como o fator relevante, ao passo que a tese de Dasgupta, interpretada nos termos rawlsianos propostos, mostra que a “riqueza social” só é um fator ao lado de outros.

Essa situação poderia parecer um paradoxo insolúvel na teoria rawlsiana, se a considerarmos apenas como uma descrição estática de uma sociedade injusta, cuja situação de desigualdade se perpetua indefinidamente. No entanto, não é o que ocorre. A teoria rawlsiana não é apenas descritiva, mas também normativa. Para evitar os nefastos efeitos de uma sociedade cujas desigualdades levem à diferenciação entre cidadãos com mais direitos e cidadãos com menos direitos *apenas em virtude de sua renda*, a teoria da justiça precisa se dirigir à economia. A finalidade normativa da economia, então, deve ser compreendida como uma busca pela produção de *igualdade* dos cidadãos em termos de *bens primários*. Essa concepção de igualdade não implica que cada cidadão terá direito à mesma *quantidade* de recursos financeiros, o que levaria à defesa de uma perspectiva socialista ingênua.

Nesse sentido, a atividade econômica deve ser orientada de modo a possibilitar o acesso dos cidadãos aos bens primários, de modo que a desigualdade econômica se torne justificada porque possibilita que cada cidadão seja considerado como um igual, porque tem recursos suficientes para

⁶⁶ DASGUPTA, Partha. *ibidem*, pp. 20-28. Nesse estudo, Dasgupta fez um estudo entre os 50 países mais pobres do mundo para verificar a correlação entre critérios de medida como a taxa de analfabetismo e mortalidade infantil e o efetivo respeito pelas liberdades políticas.

formar e seguir sua própria concepção de bem. Se desejar ser um rico empresário, uma sociedade bem ordenada lhe dará as condições de sê-lo, desde que sua atividade se destine a melhorar a vida dos mais desfavorecidos. Os impostos recolhidos pela atividade empresarial devem ser destinados a essa tarefa, produzindo bens primários (escolas, universidades, hospitais, parques, etc.) a serem usufruídos por todos os cidadãos e especialmente pelos mais necessitados, de modo a garantir a todos o efetivo exercício da liberdade. Todavia, se deseja ser um *bon vivant*, também terá tal direito, desde que essa concepção de bem não seja sustentada no *parasitismo* da sociedade. É relevante apontar, ainda, que essa perspectiva principiológica de avaliar a economia não se funda numa política assistencialista como a do *Welfare State*, mas no projeto político de uma sociedade que assume a tarefa de reconhecer seus cidadãos como iguais e, para tanto, precisa reconhecer que todos têm direito a desenvolver sua vida de acordo com critérios definidos autonomamente.

5. Conclusões

A análise jurídica da economia não implica concluir que o crescimento econômico não tem função nenhuma no ordenamento constitucional de um país. Significa apenas que o crescimento deve ser orientado para a redistribuição de bens primários, e não para a produção de “riqueza social”. Uma sociedade cuja economia cresça pouco, ou cuja renda econômica decresça drasticamente, tem uma política econômica tão injusta, se desconsiderados outros fatores, quanto uma sociedade cujo crescimento seja da ordem de 10% ao ano, mas na qual apenas uma pequena parcela de seus

cidadãos possa usufruir desse crescimento, em termos de bens primários. Com efeito, como mostram as conclusões de Dasgupta, uma sociedade cujo crescimento econômico seja muito baixo, ao menos nas condições das modernas sociedades industriais, tende a acirrar as desigualdades econômicas e, em decorrência, o próprio respeito aos direitos fundamentais. Mas a medida dessa desigualdade não é apenas a “riqueza” (o Produto Interno Bruto ou o Produto Nacional Bruto, ou mesmo a renda *per capita*) de um país.

Um instrumento mais abrangente de avaliação dos bens primários é o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)⁶⁷, que propõe um sistema de avaliação capacitado a relacionar várias dimensões de desenvolvimento, como a renda, a longevidade e a educação de uma determinada sociedade. Embora deixe de lado outras considerações, como a saúde, o nível de emprego e o respeito aos direitos de minorias, o IDH é um importante índice que pode ser utilizado para redefinir os objetivos econômicos de um país. E também pode ser utilizado para medir, ao menos *prima facie*, o respeito aos direitos fundamentais, conforme aponta Dasgupta.

Além disso, a análise jurídica da economia permite a revisão de teses clássicas do direito constitucional. A partir dessa perspectiva, torna-se evidente que a distinção entre “direitos sociais” e “direitos individuais” é irrelevante, pois *todos os direitos são afirmados como sociais*, na medida em que sua efetivação depende da colaboração de recursos oriundos de toda a sociedade, *ao mesmo tempo em que são direitos individuais*, tendo em vista que são

⁶⁷ O IDH foi formulado pelo economista indiano Amartya Sen, prêmio Nobel de economia de 1998, e pelo economista paquistanês Mahbub ul Haq.

usufruídos individualmente: os direitos à educação pública e à saúde pública, por exemplo, só fazem sentido na medida em que são sustentados por recursos *de todos* e serve adequadamente a cada indivíduo que dispõe dele.

A distinção entre *normas constitucionais preceptivas* e *normas constitucionais programáticas* também perde seu sentido, já que as “normas constitucionais programáticas” passam a ter seu cumprimento exigível juridicamente, como medida *necessária* de realização das “normas constitucionais programáticas”. Assim, torna-se possível criticar o *princípio da reserva do possível* em sua *versão forte*, que afirma a tese de que “pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos para o exercício de determinado direito estão submetidas à ‘reserva do possível’”⁶⁸, *i.e.*, às possibilidades jurídicas financeiras do Estado. A versão forte dessa tese deve ser rejeitada por condicionar o exercício de direitos a um critério de eficiência pré-determinado pela alocação orçamentária anual. Ao fazer isso, assume-se como pressuposto a impossibilidade de o cidadão questionar os parâmetros adotados pelo legislador ao formular a lei orçamentária. Mas não é necessário aceitar como verdadeira essa tese. De fato, é factualmente possível, em um processo judicial, mostrar que o orçamento foi mal elaborado de modo que o critério adotado pelo legislador viola frontalmente os princípios constitucionais que, como já foi visto, não devem ser menosprezados ou compreendidos como diretrizes genéricas (ou como “normas programáticas”), mas como princípios

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. In: *Revista Jurídica Virtual*, vol. 2., n. 13, junho de 1999. Disponível em < http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/direitos_fund.htm>. Acesso em 07 nov. 2005.

de observância obrigatória *prima facie*. Ou seja, são princípios que devem ser obrigatoriamente observados, a não ser que haja uma razão forte o suficiente para justificar sua inobservância⁶⁹. O fato de o Estado negar o exercício de um direito fundamental ou o acesso a um bem primário por não dispor de condições financeiras não é, *em princípio*, uma razão forte o suficiente para negar o dever do Estado de cumprir essa exigência.

Para compreender essa afirmação, é importante considerar que toda a discussão desenvolvida em defesa de uma teoria da análise jurídica da economia perderia boa parte de seu sentido se contivesse apenas prescrições normativas que não refletissem, em alguma medida, nossa prática institucional. A teoria da análise jurídica da economia fornece um importante aspecto descritivo: além da aludida constatação de Dasgupta, que reforça o sentido descritivo da teoria na medida em que demonstra empiricamente a forte vinculação entre os bens primários e o respeito efetivo aos direitos constitucionais, é possível mostrar que também nossas práticas institucionais pressupõem a principal tese normativa da análise jurídica da economia: razões de eficiência econômica devem, necessariamente, se subordinar a considerações deontológicas de justiça fundamentadas nos direitos dos cidadãos. Em outras palavras, a finalidade da economia é proporcionar que os cidadãos tenham acesso igual aos bens primários necessários à realização de seu projeto de vida. Essa constatação torna possível compreender o Título VI

⁶⁹ Nesse ponto, é importante rejeitar soluções que busquem “equilibrar”, a partir do princípio da proporcionalidade, exigências normativas em conflito. A respeito dos motivos pelos quais rejeito o princípio da proporcionalidade, ver ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. *Dos valores aos princípios: os riscos de compreender a constituição como uma ordem concreta de valores*. Não publicado.

da Constituição Federal, que versa sobre a ordem econômica e financeira: logo no *caput* do art. 170, inscrito no capítulo relativo aos princípios gerais da atividade econômica, afirma-se que a finalidade da ordem econômica é “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Os incisos I a IX regulamentam os princípios que regulamentam a ordem econômica nacional. Dentre esses destaco os seguintes: (iii) função social da propriedade; (vi) defesa do meio ambiente; (vii) redução das desigualdades regionais e sociais; e (viii) busca do pleno emprego.

Como interpretar coerentemente essas exigências principiológicas? É importante ressaltar que a ordem jurídica garante plena normatividade e observância obrigatória a alguns dos princípios que não foram destacados, por consubstanciarem “direitos negativos” que “independem de prestação estatal positiva”, como (ii) propriedade privada; (iv) livre concorrência; ou (v) defesa do consumidor. Como foi apontado na seção III, esses direitos, embora também exijam investimento de recursos públicos, são plenamente exigíveis judicialmente. Apesar disso, muitos diriam que a efetiva realização dos princípios insculpidos nos incisos (iii), (vi), (vii) e (viii) não pode ser realizada judicialmente, por exigir o investimento de recursos financeiros subordinados ao *princípio da reserva do possível*. Interpretar esses princípios dessa maneira é um equívoco grosseiro. Essa interpretação pressupõe a tese insustentável, pelas razões já apontadas, da distinção entre normas preceptivas e normas programáticas. Mas, se é assim, a distinção entre princípios da ordem econômica de observância obrigatória e princípios compreendidos como meras diretrizes políticas se torna arbitrária. Essa distinção não é permissível sequer a

partir de uma interpretação “literal” da norma: o art. 170 simplesmente não faz nenhuma menção à distinção da normatividade desses princípios. Também não é autorizada por uma leitura principiológica do título VII da Constituição que respeite efetivamente os direitos fundamentais dos cidadãos. Talvez seja autorizada por uma leitura econômica da constituição, a partir dos pressupostos da análise econômica do direito, que não fornecem uma leitura realística de nossas práticas jurídicas institucionalizadas.

Assim, o princípio da reserva do possível não pode ser aceito em sua versão forte porque pressupõe uma distinção arbitrária entre direitos individuais e direitos sociais que não pode mais ser sustentada. Esse princípio somente pode ser aceito em sua versão fraca, que aceita a limitação à observância de certos princípios e direitos em virtude de considerações econômicas. Mas a versão fraca decorre simplesmente de uma constatação factual que se aplica a qualquer outro direito: deveres só podem ser exigidos se quem está obrigado for factualmente capaz de cumprir a obrigação. É impossível cobrar de qualquer pessoa algo que ela não *pode* fazer factualmente. No entanto, é possível manter o horizonte de expectativas que autoriza a cobrança de alguém que, por vontade própria, se tornou incapaz de cumprir a obrigação. É uma exigência de equidade, ínsita ao velho brocardo do direito civil segundo o qual “ao torpe não cabe alegar a própria torpeza”.

Ao retomar a análise jurídica da economia desenvolvida em termos rawlsianos, é possível perceber mais claramente a diferença entre as versões fraca e forte do princípio da reserva do possível. De acordo com a versão forte, qualquer restrição orçamentária é uma razão suficiente para elidir o dever

estatal de conferir bens primários aos indivíduos. A versão fraca, contudo, requer uma análise detalhada: exige que se verifique a razão pela qual o orçamento estatal não pôde arcar com o cumprimento da demanda individual por um determinado bem primário. Se o orçamento estatal foi impossibilitado a cumprir com essa exigência porque os recursos financeiros públicos foram alocados para cumprir objetivos diferentes da produção de bens primários, então, por razões de equidade e de supremacia do interesse público, o Estado mantém o dever de fornecer o bem primário demandado para o postulante. Isso ocorreria, por exemplo no caso em que uma parcela considerável do orçamento foi alocada para realizar um objetivo tal como “aumentar a riqueza social” em virtude do mero “aumento da riqueza social”, em detrimento da produção de bens sociais primários. Se a política econômica foi gerenciada de modo incompetente, de tal sorte que impediu o fornecimento mínimo de bens primários para os cidadãos, razões de justiça impedem que o Estado use esse fato para justificar o não fornecimento de bens primários que, de outra forma, poderiam ser conferidos aos cidadãos. De outro lado, a versão fraca do princípio da reserva do possível pode ser ilustrada pela situação em que o Estado alocou uma parcela considerável de seus recursos para a produção de bens primários, mas não pode alocar mais recursos sem prejudicar o crescimento econômico mínimo sem o qual a própria produção de bens primários seria prejudicada para as gerações futuras.

Definir os limites razoáveis entre a ênfase na alocação de recursos para a distribuição de bens primários e para o fomento da economia é uma tarefa difícil, que cabe aos economistas, ao poder legislativo e a todos os cidadãos.

Isso não significa dizer que os economistas e o legislador sejam irresponsáveis e possam alocar esses recursos de qualquer maneira, mas que a regulação da atividade econômica levada a cabo pelos agentes políticos respeite as finalidades deontológicas estabelecidas na Constituição.

6. Bibliografia

AIVAZAN, Varouj et. al. The coase theorem and coalitional stability. In: *Economica*, New Series, vol. 54, no. 216 (Nov. 1987).

ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília, 2003, v. 02.

_____. *Dos valores aos princípios: os riscos de compreender a constituição como uma ordem concreta de valores*. Não publicado.

AXELROD, Robert. Promoting norms. In: *The complexity of cooperation: agent-based models of competition and collaboration*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

_____. *The complexity of cooperation: agent-based models of competition and collaboration*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

_____. *The evolution of cooperation*. Michigan: Basic Books, 1980.

BAIRD, Douglas; GERTNER, Robert; e PICKER, Randal. *Game theory and the law*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. In: *Journal of Political Economy* 76 (1968).

BERLIN, Isaiah. Dos conceptos de la libertad. In: Anthony Quinton (org.). *Filosofia Política*. Trad. E. L. Suárez. Cidade do México: Fondo de cultura económica, 1974.

BINMORE, Ken. *Game Theory and the Social Contract*. Vol. I – Playing fair. Londres: The MIT Press, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Pp. 516-19. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BROOME, John. *Ethics out of economics*. Port Chester: Cambridge University Press, 1999.

CALABRESI, Guido. *The costs of accidents*. New Haven: Yale University Press, 1970.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto (org.). *Notícia do direito brasileiro*. N. 6 (jul/dez de 1998). Brasília: UnB, Faculdade de Direito, 2000.

CASTRO, Marcus Faro de. Julgar a economia. In: *Revista do TST*. Vol. 68, n. 1. jan/mar 2002. Porto Alegre: Síntese, 2002.

CONSTANT, Benjamin. *The liberty of the ancients compared with that of the moderns*. Disponível em <<http://www.uark.edu/depts/comminfo/cambridge/ancients.html>>. Acesso em 07 nov. 2005.

COOTER, Robert. Justice at the confluence of law and economics. In: *Social Justice Research*, Vol. 1, no. 1, 1987.

_____. *The strategic constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

CRUZ JR, Ademar Seabra da. *Justiça como equidade – liberais, comunitaristas e a autocrítica de John Rawls*. Rio de Janeiro, 2004: Lumen Juris. p. 50.

DASGUPTA, Partha. Well-being and the extent of its realisation in poor countries. In: *The economic journal*, Vol. 100, No. 400, Conference Papers (1990).

DWORKIN, Ronald. A visão econômica do direito. In: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins fontes, 2003.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial – as telecomunicações*. São Paulo: Paulista, 2003.

FARACO, Alexandre Ditzel; e SANTOS, Fernando Muniz. Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2005, p. 30.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 2000.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Trad. Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro, 1996: LTC.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. In: *Revista Jurídica Virtual*, vol. 2., n. 13, junho de 1999. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/direitos_fund.htm>. Acesso em 07 nov. 2005.

MICHELMAN, Frank. Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law. In: FREEMAN, Samuel. *Cambridge Companion to Rawls*. West Nyack: Cambridge University Press, 2002.

NEUMANN, John Von; e MORGENSTERN, Oskar. *Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton: Princeton University Press, 1953.

PARETO, Vilfredo. *Manual de economia política*. Trad. João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1998.

_____. The law and economics movement. In: *The american economic review*. Vol. 77, no. 2, Papers and Proceedings of the Ninety-Ninth Annual Meeting of the American Economic Association (May, 1987).

_____. Utilitarianism, economics and legal theory. In: *Journal of legal studies*, Vol. 8, 1979.

RAWLS, John. As liberdades básicas e sua prioridade. In: RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Trad. Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Justiça como equidade – uma reformulação*. Organizado por Elin Kelly. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROMP, Graham. *Game theory: introduction and applications*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. 2. vol. São Paulo: Abril Cultura, 1983.