

ANÁLISE ECONÔMICA DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E INTERPRETAÇÃO INSTITUCIONAL¹

ECONOMIC ANALYSIS OF THE ECONOMIC CONSTITUTION AND INSTITUTIONAL INTERPRETATION

André Cyrino²

Resumo

O argumento central deste artigo é o de que Constituição econômica é norma jurídica cujo sentido passa por um exercício hermenêutico que vai além das técnicas tradicionais de interpretação. O trabalho está dividido em duas partes. A primeira é uma análise crítica do estado da arte da teoria da Constituição econômica. Em seguida, o artigo busca desenvolver dois aspectos que devem passar a integrar o debate constitucional econômico. Primeiro, a incorporação do raciocínio econômico à dogmática do direito (Análise Econômica do Direito). Em segundo lugar, sustenta-se que seja respeitada a dimensão institucional e os reflexos sistêmicos de uma dada decisão de controle judicial da regulação econômica.

Palavras-chave: Interpretação Constitucional. Constituição Econômica. Análise Econômica do Direito. Capacidades Institucionais.

Abstract

The main argument of this article is that the economic constitution is a legal document whose meaning goes through aspects which are beyond the traditional interpretation techniques. This article is divided in two parts. The first part critically presents the state of the art of the economic constitution theory. Then, the article develops two aspects that should become part of the economic constitution debate. First, the incorporation of the economic reasoning to the legal dogma (law and economics). Secondly, the article argues that interpretation techniques should consider an institutional dimension and the systemic consequences of judicial review of economic regulation.

Keywords: Constitutional Interpretation. Economic Constitution. Law and Economics. Institutional Capacities.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Estado da arte da teoria da Constituição Econômica. 3. Aspectos propostos para integração do debate constitucional econômico. 3.1. A Constituição como um documento econômico. Análise econômica da Constituição econômica. 3.2. A preocupação institucional. Em busca de uma teoria hermenêutica institucionalmente esclarecida. 4. Conclusão. 5. Referências.

¹ Artigo submetido em 19/09/2016, pareceres de análise em 31/10/2016 e 01/11/2016, aprovação comunicada em 03/11/2016.

² Professor Adjunto de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School (EUA). E-mail: <andre.cyrino@gmail.com>

1 INTRODUÇÃO

Palco de debates impregnados por ideologias, as discussões sobre Estado e economia há muito tempo despertam o interesse dos estudiosos do direito público. A relevância das discussões é mais que óbvia, evidenciando-se diante da constatação de que o próprio Estado é, em larga medida, a partir de teorias político-econômicas. Fala-se, assim, *e.g.*, em Estado liberal e Estado de bem estar social, de acordo com modelos que se explicam pela ciência da economia.

No enalço das mutações e evoluções por que inexoravelmente passou o Estado ao longo dos séculos, ao direito cabe sempre discutir seu próprio papel, apresentando-se normalmente dois escopos fundamentais: o de **conservar** e/ou o de **transformar** a realidade em seus amplos aspectos, dentre os quais o econômico. A primeira preocupação, que podemos chamar de **tendência conservadora** do direito, liga-se visceralmente ao valor segurança jurídica, ao passo que a segunda, que se pode denominar de **pretensão transformadora** do direito, está normalmente relacionada ao valor justiça (nos seus mais variados sentidos). Nos últimos tempos, o que ocorre agudamente no campo da economia, tem-se visto o desenvolvimento de dogmática jurídica cujo foco primordial é a transformação da realidade.

O direito arvora-se como instrumento da mudança, da evolução, ou, na perspectiva de países subdesenvolvidos, o direito constitucional torna-se (ou pelo menos pretende tornar-se) propulsor do desenvolvimento econômico nacional. O ponto de partida dessa concepção – um dos símbolos da vitória do constitucionalismo – é o de que a Constituição é norma jurídica (HESSE, 1983, p. 59-84), inclusive quando estabelece regras e princípios econômicos programáticos. Dessa forma, o raciocínio é o de que, se tem a Constituição normas de cunho econômico, terá ela um papel transformador da realidade econômica, sendo certo, porém, que permanece a dúvida quanto ao conteúdo e a forma desse poder de transformação. Isto é, a Constituição, em sua ambição de universalidade temática, parece querer dizer **qual deve ser o modelo econômico do Estado**, podendo-se falar na **constitucionalização do direito econômico**³.

A pretensão transformadora do direito constitucional econômico causa sérias perplexidades. Vale refletir: pode o direito pretender pré-estabelecer uma dada

³ Sobre a constitucionalização do direito, v. Souza Neto; Sarmento, 2007.

realidade econômica do país, a qual seja vinculante das atividades dos Poderes Executivo e Legislativo? Até que ponto pode-se falar em constitucionalização do direito econômico? A Constituição traz em seu seio as soluções para as questões econômicas? A Constituição pode ser compreendida como um estatuto econômico?

O fato é que a transposição de normas de cunho econômico para a Constituição – sem o aprofundamento sobre o sentido e alcance das mesmas – causa inevitável (e muitas vezes confusa) judicialização das questões econômicas no país, transformando o Poder Judiciário em instituição criadora de políticas públicas. Há muitas razões para se estar preocupado com essa **judicialização econômica**. Existem dificuldades tanto no que diz respeito aos métodos de interpretação judicial utilizados para a constituição econômica, como também nas deficiências do Poder Judiciário, o qual, não raras vezes, carece de instrumental e capacidade técnica para uma tomada de decisão esclarecida.

O objetivo deste artigo é iniciar uma busca sistemática por soluções teóricas para essas dificuldades⁴. Pensamos que o debate sobre o sentido da Constituição econômica pode (e deve) ser enriquecido com influxos de doutrinas como as ligadas: (i) à análise econômica do direito, bem como, (iii) aos debates em torno das **dificuldades institucionais** (destacando-se os trabalhos de Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2003, p. 885-951), que deverão ser consideradas diante das limitações de cada organização estatal responsável por tomar de decisões⁵.

Assim, defende-se a necessidade de maior aprofundamento do estudo da interpretação do direito constitucional, destacando-se a interpretação da Constituição econômica, diante de suas especificidades. Os métodos hermenêuticos clássicos, é claro, ainda têm o seu papel, assim como a – já tantas vezes repetida – teoria dos princípios, a qual, aliás, foi pioneiramente abordada no Brasil por Eros Roberto Grau (2005) na mais importante obra sobre a ordem econômica constitucional brasileira⁶. O que se propõe é dar um passo além, sem anular o caminho já percorrido.

Este ensaio tem duas partes. Na primeira será apresentado e analisado criticamente o estado da arte da teoria da Constituição econômica conforme

⁴ As ideias aqui apresentadas são aprofundadas em: Cyrino, 2010.

⁵ Para uma interessante abordagem com base no pragmatismo e nas teorias da razão pública, v. Mendonça, 2014.

⁶ Também adotando a teoria dos princípios como forma de compreensão da constituição econômica, v. Barroso, 2003, p. 49-67.

entendida pela doutrina brasileira e diante da Constituição de 1988. Na segunda parte serão desenvolvidos aspectos que pensamos devam passar a integrar o debate constitucional econômico. Referimo-nos, especificamente: (i) à incorporação do raciocínio econômico à dogmática do direito (análise econômica do direito, *law and economics*)⁷, bem como, (ii) a questões relativas às capacidades institucionais de tomada de decisão de cunho econômico, o que é mais grave no estudo do controle judicial da intervenção do Estado na economia (em outras palavras, ao controle da compatibilidade das intervenções estatais com a Constituição econômica).

2 O ESTADO DA ARTE DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

Os conceitos são vivos e tomam seus próprios rumos quando tornados públicos por seus criadores. O conceito de Constituição Econômica é um exemplo desse tipo de fenômeno (NÖRR, 1994-1995, p. 343). Vital Moreira (2006, p. 38), numa síntese do entendimento majoritário contemporâneo, conceitua Constituição Econômica como: “o conjunto das normas e dos princípios constitucionais relativos à economia, isto é, que configuram a ordem constitucional da economia”.

Em suas origens, a ideia de Constituição econômica foi tema de intensos debates acadêmicos na Alemanha⁸, onde a teoria se desenvolveu, durante a vigência da Constituição de Weimar, tendo tido sua influência mais marcante pela escola de Friburg (neoliberal), como um verdadeiro “esforço da Economia Política em compreender a unidade dos elementos econômicos criados pelo capitalismo, e configurar esse modelo econômico como o ‘correto’” (EHMKE, 2006).

Nessa linha de raciocínio, dizia-se que a Constituição econômica seria a **decisão** sobre o modelo econômico de uma sociedade, que reconheceria uma determinada ordem já existente (mundo do ser), ou que pretende transformar a realidade (mundo do dever ser). Nas emblemáticas palavras de Carl Schmitt (*apud*, EHMKE, 2006): “sob o conceito de Constituição econômica devemos compreender a decisão completa sobre o ordenamento da vida econômica de uma comunidade”.

⁷ Deve-se registrar que a análise econômica no direito constitucional brasileiro mereceu estudo de Flávio Galdino (2005) quanto à teoria do custo dos direitos.

⁸ Para origem do tema na Alemanha, v. o clássico Ehmke, 2006. Disponível na internet, no sítio: <www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/13horstehmke.htm>. v. tb. Nörr, 1994-1995, p. 343-354. No Brasil, v. Grau, 2005, p. 79-87.

Para essa corrente de pensamento, o conceito de Constituição econômica pode ser desmembrado em três partes: (i) como uma decisão política, (ii) como uma ordem da própria realidade (mundo do ser); e (iii) como uma norma com pretensão de mudar a realidade (mundo do dever ser). É dizer, a teoria trata da pretensão da Constituição, que, com base numa decisão político normativa, quer executar uma dada ordenação econômica anteriormente debatida, o que pode significar o simples reconhecimento jurídico de uma realidade já existente (o que não deixa de ser uma decisão), como também a ambição de modificar o mundo dos fatos.

O que chama a atenção tanto no conceito quanto no desenvolvimento da teoria da Constituição econômica é o seu caráter marcadamente decisionista. Como se afirmou, com apoio em Carl Schmitt, a Constituição econômica seria a **decisão completa** sobre o ordenamento da vida econômica de uma comunidade.

O grande teórico da Escola de Friburg foi Franz Böhm, que buscou conceituar a Constituição econômica a partir de concepções liberais (*smithianas*) da economia (NÖRR, 1994-1995, p. 351). Em seus estudos, Franz Böhm empenhou-se em traduzir os conceitos da economia política liberal para o Direito, propugnando a existência de uma economia de mercado, em que haja verdadeira **ordem** de competição e liberdade de circulação de mercadorias. De acordo com as suas ideias, a consagração de tal sistema de livre mercado fora feita através de ato substancialmente constitucional, o qual estabelece (decide) um princípio de coordenação e não de subordinação (NÖRR, 1994-1995, p. 253).

No seu raciocínio, que ainda se mantém entre os estudiosos do tema, a Constituição econômica pode ser vista tanto de uma perspectiva formal (no texto constitucional) quanto material (outras normas que consagrem uma ordem econômica, como, por exemplo, regras que estabelecem a liberdade de contratar) (NÖRR, 1994-1995, p. 354)⁹. No sentido material, Böhm se referia basicamente à legislação comercial, que consagrava a liberdade de contratar. Já do ponto de vista formal, concluía que a Constituição de Weimar não tinha uma Constituição econômica uniforme, mas uma dualidade de constituições: uma que poderia ser explicada pela consagração de princípios de livre concorrência e outra ligada às concepções de uma economia planejada (NÖRR, 1994-1995, p. 354). A referência

⁹ A diferença é ainda usada pela teoria contemporânea, apesar de perder um pouco o sentido no Brasil diante do fato de a Constituição brasileira conter diversas normas de cunho marcadamente econômico. V.: Grau, 2005, p. 80.

a uma dualidade de Constituições está superada pelas ideias de unidade e de compromisso constitucional. Mas é interessante observar que a necessidade de tal dicotomia na origem da teoria, dá-se em razão da premissa de que a “Constituição econômica”, quando do seu surgimento, consagra um modelo puro de economia. Se o modelo é puro, torna-se exigível, do ponto de vista lógico, que se separe cada um dos compromissos em constituições diversas.

A promulgação, em 1949, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha não encerrou a contenda. Ao contrário, como a Carta se manteve silente a respeito da consagração um modelo econômico, instigaram-se, ainda mais, os ânimos acadêmicos sobre o tema. Desencadeou-se, assim, intenso debate na doutrina que se dividiu em três correntes de pensamento: (i) uma primeira, que, partindo da premissa de que a Constituição permanecera imparcial quanto às ideologias econômicas, propugnava que, da mesma forma, também o legislador deveria observar tal “neutralidade”; (ii) outros autores, em segundo lugar, entenderam que a Constituição delegara o poder de fixar o modelo econômico ao Poder Legislativo, o qual deveria observar os parâmetros mínimos fixados pela Constituição; e (iii) para um terceiro grupo, a Constituição teria consagrado um modelo de economia social de mercado, ou um modelo de Constituição **mista**, com características de livre mercado e de planificação econômica (GRAU, 2005, p. 8).

Diante disso, prudentemente, o Tribunal Constitucional alemão reconheceu “a **abertura econômica**” da Constituição. No entender da Corte Maior alemã, a Constituição econômica não consta da Lei Fundamental, mas da legislação ordinária (GRAU, 2005, p. 85), que consagrou um modelo de economia de mercado.

Nessa linha de argumentação, seria até possível sustentar que a Alemanha ou outros Estados criados a partir de uma Constituição imparcial ou mesmo liberal, não possuem uma Constituição econômica formal, mas apenas material, consubstanciada nos textos legislativos. Deve-se afastar tal construção. Com efeito, não se pode afirmar, peremptoriamente, que os Estados liberais ou formados a partir de compromissos dilatórios não tenham uma Constituição econômica. De fato, a opção pela não previsão de normas de caráter econômico, ou mesmo pela imprevisão, ou incerteza, com a delegação ao legislador da configuração dos traços econômicos de um dado Estado, consubstancia em si mesma uma escolha, a qual pode ser vista, ou como uma consagração da economia de mercado, ou mesmo como uma aposta na deliberação democrática das maiorias.

No que diz respeito às cartas liberais, as querelas travadas durante a Convenção da Filadélfia, de 1787, que acabou por gerar a mais liberal das Constituições modernas, provam a existência de constituição econômica nos Estados liberais¹⁰. Conforme Gilberto Bercovici, durante a Convenção da Filadélfia não foi aprovada a cláusula de liberdade de contratar, a qual apenas foi inserida por Alexander Hamilton (art. I, seção 10), contra a deliberação dos convencionais, durante a reelaboração do texto aprovado pela Comissão de Estilo (BERCOVICI, 2005, p. 32-33). O mesmo é de se concluir quanto as Constituições que não decidem sobre um dado modelo econômico, e que, portanto, não possuiriam uma Constituição econômica formal. A escolha pela indefinição e as normas que expressam a imparcialidade e o antagonismo, mesmo que implicitamente, consagram uma Constituição econômica formal, a qual é, certo modo, a aposta na deliberação das maiorias, com a fixação de consensos mínimos¹¹.

Até mesmo porque, ainda que não haja normas declaradamente definidoras do modelo de economia a ser adotado, pode-se extrair o sentido da Constituição econômica “a partir de uma interpretação integrada do conjunto de direitos e liberdades reconhecidos no texto constitucional” (ORTIZ, 1999, p. 128). É dizer: havendo ou não um capítulo intitulado “Da ordem econômica”, não se pode afastar a ideia de que a constituição econômica se constrói a partir de um sistema de direitos fundamentais, elemento estrutural da ordem política que se consagra¹², e que acabam, em última análise, por fixar os limites da atuação do Estado na economia.

Por outro lado, e onde se quer chegar, se é verdade que faz parte do conceito de Constituição econômica o aspecto **decisionista** (mesmo nas Constituições liberais), também é de se reconhecer que tal caráter torna-se muito mais complexo nas Constituições dos Estados voltados às teorias do bem estar social, as quais propõem um papel bem diferente daquele dos Estados liberais. Nos Estados sociais o caráter intervencionista é marcante. O desejo de o constituinte moldar as relações econômicas é acentuado. A pretensão transformadora do direito intensifica-se (BERCOVICI, 2005, p. 33).

¹⁰ A conclusão radical – que tem sua dose de verdade – para a tese de que o Estado liberal clássico possui uma Constituição econômica é a de que não é o Estado que busca uma economia, mas é a economia que procura um Estado para si. V. Ehmke, 2006.

¹¹ É dizer, exemplificativamente: há sim, na Constituição estadunidense, assim como na alemã, Constituição econômica.

¹² Cfr. Nipperdey, citado por Ehmke, 2006.

Trata-se da consagração de Constituições que estabelecem programas (programáticas), rotuladas por significativa doutrina como sendo **constituições dirigentes**¹³, ou diretivas (ou ainda programáticas), cujo caráter vinculativo dos órgãos políticos, notadamente no aspecto econômico-social, é quase que inafastável. Segundo Eros Roberto Grau (2005, p. 78): “é no seio das Constituições dirigentes que germinam as **novas** ordens econômicas (mundo do dever ser), consubstanciadas de Constituições Econômicas diretivas”¹⁴. Trata-se de explícito **impulso transformador** do direito no âmbito da teoria da Constituição econômica, a qual é estabelecida (decidida) para criar nova ordem jurídico-econômica.

Diante disso, é interessante observar, que, do decisionismo liberal, quando do surgimento da teoria, mudou-se para o decisionismo social (transformador). O debate da Constituição econômica torna-se ainda mais complicado.

De fato, a ideia de Constituição Econômica ganha muita força no segundo pós-guerra, quando, ao mesmo tempo em que o constitucionalismo iniciava a sua grande e indiscutível vitória na Europa continental, ganharam ainda mais popularidade as teorias que admitiam, sem que isso significasse uma guinada para o socialismo, a ampla atuação do Estado na economia (keynesianismo). Surgiam, assim, Constituições que consagravam direitos sociais e econômicos, com a previsão de uma intensa atuação estatal na economia.

O Estado revia o seu papel, com o que também a Constituição o fazia. Do *welfare state* ao Estado contemporâneo, muita coisa mudou. O que se destaca em tais mudanças é que as Constituições contemporâneas, no enalço da Lei Fundamental de Bonn, e como fruto da complexidade social hodierna aliada ao sufrágio universal em sociedades pluralistas, tornaram-se cada vez mais compromissórias. Assim, mais tormentoso, ainda, é o trabalho daqueles que pretendem explicar o sentido jurídico da Constituição econômica, a qual não aponta claramente para uma decisão, mas para várias (e.g.: na Constituição brasileira de 1988, a consagração da livre iniciativa ao lado da valorização do trabalho).

Como, no atual estágio da dogmática constitucional, não é mais possível sustentar a existência de mais de uma Constituição econômica no seio de uma mesma Carta (o que seria contrário ao princípio da unidade), como explicar um

¹³ V. por todos: Canotilho, 2001.

¹⁴ V. tb Bercovici, 2005.

sentido, ou uma decisão clara de uma ordem econômica na Constituição compromissória? O que se vê é que apesar das mudanças, os debates, de certa forma, mantêm o mesmo questionamento como pano de fundo: qual o sentido da decisão constitucional quanto a um dado modelo econômico, notadamente nas Cartas compromissórias?

Diante de tal dúvida, pode-se, genérica e sistematicamente, verificar a existência de duas grandes soluções na doutrina que se dedica ao tema¹⁵: (i) de um lado, numa perspectiva ainda decisionista, em maior ou menor grau, aqueles que sustentam que a Constituição econômica formal, enquanto norma jurídica, é **dirigente** ou **condutora** das ações estatais legislativas, executivas e mesmo judiciais; e (ii) de outro lado, aqueles autores que argumentam a inexistência de uma tal decisão pronta e acabada do modelo econômico estatal, o qual será definido pelo legislador, que deverá seguir apenas as largas balizas fixadas pelo constituinte (SOUZA NETO, 2006, p. 119).

Ambas as soluções apresentam riscos e são passíveis de críticas. A **primeira** é recriminada porque esvazia o espaço de deliberação das maiorias, impedindo, numa área da vida tão cambiante quanto a economia, a adaptação expedita a novas conjunturas econômicas. A **segunda** também tem seus problemas, eis que parece diminuir uma das grandes vitórias do constitucionalismo moderno: a consagração do Texto Maior como verdadeira norma jurídica.

Nesse contexto, surge a dúvida fundamental sobre a realidade pátria: como deve ser vista, então, a vigente Constituição econômica brasileira? O objeto deste artigo, como anunciado, é apresentar, sistematicamente algumas possíveis ferramentas para o equacionamento do sentido da Constituição econômica brasileira. Nenhuma ferramenta é bastante, mas o conjunto formado contribui para racionalizar o debate. Um passo inicial importante foi dado pela teoria dos princípios e pelo avanço da técnica da proporcionalidade¹⁶, muito usada como forma de compreensão da ordem econômica brasileira (ARAGÃO, 2001). A proposta aqui é ir além das teorias da ponderação, no intuito de diminuir decisionismos e manter espaços de significado para a Constituição econômica. Apresentamos a análise econômica do direito como um caminho possível.

¹⁵ As quais não se afastam em essência das correntes existentes quando da promulgação da Lei Fundamental alemã.

¹⁶ V. Ávila, 2004.

3 ASPECTOS PROPOSTOS PARA INTEGRAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

3.1 A Constituição como um documento econômico. Análise econômica da Constituição econômica

A economia está em todo lugar. O debate econômico invade o senso comum, a política e os meios de comunicação. Todos acabam sendo um pouco economistas, num discurso, nem sempre aprofundado, sobre questões tidas como as mais importantes do país. Mas e o direito? A onipresença da racionalidade econômica na vida contemporânea abrange o domínio da nossa ciência? A economia pode contribuir para o desenvolvimento do direito constitucional? A Constituição não seria tão somente um documento consagrador de valores, devendo ser lida através de lentes orientadas axiologicamente?¹⁷

Em momento em que o direito (principalmente o constitucional) volta-se para a importância de valores externos e superiores, necessários para a sua própria justificação (TORRES, 2002), pode soar estranho pensar que a economia, ligada ao pensamento utilitarista, tenha algum papel na compreensão e na interpretação constitucional.

Mas o ponto é que isso já acontece. É fato. A economia tem um papel na interpretação constitucional e o Supremo Tribunal Federal vem usando argumentos da economia para interpretar a Constituição. Há casos em que a compreensão e a aplicação apropriada de uma norma constitucional se dará com o uso do raciocínio econômico (*economic reasoning*), o que terá destaque na análise da Constituição econômica e na judicialização das intervenções do Estado na economia (regulação). É, em certos casos, investigando as razões econômicas de uma determinada atuação estatal na economia que o intervencionismo poderá ser devidamente compreendido e justificado em face da Constituição econômica.

Por exemplo: na regulação dos contratos de locação (BINENBOJM; CYRINO, 2010, p. 997-1017), determinou-se que o fiador não terá a proteção de

¹⁷ V. Dworkin, 1996. É claro que nem toda norma constitucional será lida *moralmente*, o que o próprio Dworkin admite, exemplificando com a regra que estabelece a idade mínima de 35 anos para um pretendente ao cargo de Presidente da República (*op. cit.*, p. 8).

impenhorabilidade do seu bem de família (Lei nº 8.009, art. 3º, VII, incluído pela lei 8.245/1991). Diante disso, vozes levantaram-se no sentido de que referida norma feriria o direito fundamental de moradia (art. 6º, CF). Todavia, o Supremo Tribunal Federal¹⁸ entendeu que o bem de família do fiador não poderia ser protegido por imposição constitucional, sendo válida a disposição legal atacada. Uma das razões para isso, conforme destacado pelo Min. Cezar Peluso: que a inexistência de proteção ao bem do fiador teria por escopo exatamente a proteção do direito à moradia, eis que é notória a circunstância de que a grande maioria dos brasileiros exerce o seu *direito de morar* através de contratos de locação, os quais se tornariam ainda mais difíceis (e caros), caso não se garantisse ao proprietário a possibilidade de penhora do bem do fiador. Veja-se: a análise de fundo das razões econômicas justificadoras da regulação foi fundamental para que se lhe compreendesse e se lhe aplicasse corretamente. A justificativa normativa (fundada genericamente no art. 174, CF) era insuficiente.

Em face da circunstância de que a economia já possui um papel importante na interpretação constitucional, é relevante o desenvolvimento de dogmática apta a sistematizar o raciocínio que, no direito brasileiro, tem sido feito sem maiores reflexões.

Pensamos que a literatura norte-americana da análise econômica do direito (*law and economics*) oferece contribuição para esse propósito. Mas o que é a análise econômica do direito? O tão aclamado movimento de *law and economics* pode ser compreendido, num esforço de síntese didática¹⁹, como a forma de encarar o direito partindo da premissa de que cada indivíduo agirá de modo a maximizar seus próprios interesses. As escolhas feitas por cada pessoa, nesse sentido, terão por escopo a maior **utilidade** (mesmo sem conteúdo monetário) que se puder alcançar e cada situação²⁰.

¹⁸ STF, RE nº 407.688 / SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 08.02.2006.

¹⁹ Foge ao escopo deste artigo apresentar os inúmeros matizes e escolas existentes no movimento de *law and economics*, o que demandaria estudo autônomo. Nossa preocupação será tão somente a de tentar bosquejar, genericamente, elementos que demonstram a importância do *law and economics* para a interpretação da Constituição.

²⁰ Segundo o pensamento de Richard Posner, “o pressuposto básico da economia que orienta a versão da análise econômica que apresentarei aqui é o de que as pessoas são maximizadores racionais de suas satisfações – *todas* as pessoas (com exceção de crianças bem novas e das que sofrem de graves distúrbios mentais), em *todas* as suas atividades (exceto quando sob influência de transtornos psicóticos ou perturbações semelhantes que decorrem do abuso de álcool e drogas) que implicam uma escolha. Como essa definição abrange o criminoso que decide se vai

Ensina Richard Posner (2004, p. 4), um dos grandes nomes do movimento de *law and economics* nos Estados Unidos, que a análise econômica do direito tem três aspectos: um heurístico, outro descritivo e um terceiro normativo. Em sua perspectiva **heurística**, a análise econômica do direito busca evidenciar os elementos que dão causa às instituições e doutrinas jurídicas. Na sua vertente **descritiva**, ela visa a identificar a lógica econômica e os efeitos das doutrinas e instituições do direito, bem como a investigação das causas das mudanças jurídicas. Já do ponto de vista **normativo**, a análise econômica do direito informa juízes e outros formadores de políticas públicas (*policymakers*) sobre os mais eficientes métodos para regular a conduta pelo direito.

Nesse sentido, a Constituição econômica, através das lentes do *economic reasoning*,²¹ poderá ter seu sentido explorado naquilo que diz respeito: a suas próprias razões de ser (**função heurística**), quanto aos seus contornos e limites (**função descritiva**), bem como no que diz respeito à sua interpretação e aplicação (**função normativa** da análise econômica do direito). Mas como seria, mais concretamente, uma análise econômica da Constituição econômica?

O trabalho pioneiro nos Estados Unidos a tratar expressamente da análise econômica da Constituição foi o livro de Charles Beard intitulado *An economic*

cometer outro crime, o litigante que decide se vai entrar em acordo ou levar um caso a juízo, o legislador que decide se vai votar contra ou a favor de uma lei, o juiz que decide como dar seu voto num caso, a parte de um contrato que decide se vai quebrá-lo, o motorista que decide com que grau de ousadia vai atravessar uma rua, bem como os agentes econômicos habituais, como homens de negócios e consumidores, é evidente que a maior parte das atividades, quer reguladas pelo sistema jurídico, que as que ocorrem em seu interior, são úteis e proveitosas para o analista econômico. Deve ficar subentendido que tanto as satisfações não-monetárias quanto as monetárias entram no cálculo individual de maximização (de fato, para a maioria das pessoas o dinheiro é um meio, e não um fim), e que as decisões, para serem racionais, não precisam ser bem pensadas no nível consciente – na verdade não precisam ser de modo algum conscientes. Não nos esqueçamos de que ‘racional’ denota a adequação de meios e fins, e não meditação sobre as coisas, e que boa parte do nosso conhecimento é tácita.” (POSNER, 2007, p. 473-474).

²¹ O Professor e Juiz da Suprema Corte dos EUA Stephen Breyer faz interessante defesa da necessidade de que o raciocínio econômico tenha seu papel aumentado no *judicial review*, apesar da resistência de muitos juízes (especificamente da Suprema Corte) em valer-se dessa forma de interpretação como meio de fundamentação das suas decisões. Segundo o autor, em algumas áreas do direito, como ocorre, por exemplo, no direito antitruste, em discussões sobre propriedade intelectual e na regulação econômica, o raciocínio econômico é muito importante para a compreensão e o fiel exercício do controle de constitucionalidade das leis. Apesar de a economia não oferecer, necessariamente, as conseqüências de um determinado caso, o seu uso ajudará, pelo menos, a compreender o papel de seus elementos não econômicos. Em suas palavras: “*In these areas of law, I side with those who favor greater judicial use of economic reasoning. Economics will not necessarily determine the outcome of such cases, but if courts and agencies get the economics right, at least they may intelligently consider the role of non-economic ingredients of sound public policy*”. (BREYER, 2004).

interpretation of the constitution of the United States, publicado pela primeira vez em 1913. A finalidade da obra era sustentar a tese de que a Constituição norte-americana foi elaborada com o deliberado propósito de redistribuir riqueza dos pobres para os mais ricos, muito bem representados pelos participantes da Convenção da Filadélfia (BEARD, 1986). Trata-se de verdadeira análise histórica sobre os interesses econômicos que teriam influenciado as decisões tomadas em 1787. É apresentada como uma interpretação **econômica** partindo da premissa de que a economia é uma forma de pensar sobre o modo como as pessoas fazem as suas escolhas (McGUIRE, 2003, p. 33). As escolhas dos *founding fathers*, segundo a provocativa – e profundamente rejeitada, anote-se (WOOD, 1998) – tese de Charles Beard, teriam sido guiadas por seus próprios interesses econômicos, os quais teriam sido definitivos para os seus votos enquanto constituintes.

Todavia, o que se pode entender, hoje, como análise econômica da Constituição, vai muito além de uma investigação sobre as razões históricas para a consagração de determinados interesses econômicos.

Em primeiro lugar, de um ponto de partida menos ambicioso – mas não menos importante –, a análise econômica da Constituição servirá para, no mínimo, lembrar aos juízes de que os direitos e as doutrinas jurídicas sempre terão um custo, que pode ou não ser mensurado monetariamente (POSNER, 1987, p. 16)²². A proibição do uso de provas ilícitas, por exemplo, têm impactos óbvios na política de persecução penal. Há um custo nisso para a comunidade, que, em alguns casos, não poderá agir diante da vedação constitucional. Os índices de criminalidade poderão ser influenciados. É certo também que a satisfação de direitos tem um custo. Na tão repetida frase de Flávio Galdino (2002, p. 200) os “direitos não nascem em árvores”²³. Mesmo para os direitos ditos de defesa haverá um custo: a realização do direito de ir e vir numa favela dominada pelo tráfico de drogas envolve um óbvio custo para o Estado: o de garantir a presença da polícia nessas comunidades.

No âmbito da Constituição econômica, é evidente que a cláusula de proteção do meio ambiente (art. 170, VI, CF) tem tanto um custo financeiro (tanto para o Estado quanto para os agentes econômicos) quanto um custo para o

²² A grande obra de referência sobre o estudo dos custos dos direitos é o livro de Cass Sunstein e Stephen Holmes, intitulada *O custo dos direitos: por que as liberdades dependem dos tributos* (SUNSTEIN; HOLMES, 1999).

²³ V. ainda Galdino, 2005

desenvolvimento econômico do país, que não pode ignorar a necessidade de preservação ambiental. Por exemplo: mesmo que se descubra um poço de petróleo fino no arquipélago de Fernando de Noronha, isso não significará a imediata exploração, a qual dependerá de metucioso estudo de impacto ambiental, que poderá, aliás, acabar por inviabilizá-la.

Mas a análise econômica pode ir além disso. O juiz Richard Posner (1987, p. 5)²⁴, neste sentido, preleciona que há pelo menos oito aspectos a se vislumbrar na análise econômica da Constituição de seu país:

- 1) a teoria econômica do constitucionalismo (*public choice*), cujo maior representante é o prêmio Nobel de economia James Buchanan²⁵;
- 2) a análise econômica do design das instituições políticas constitucionais (separação de Poderes²⁶ e a análise econômica da federação);

²⁴ Sanford Levinson faz interessante crítica ao pensamento constitucional econômico de Posner no sentido de que a tese do professor de Chicago sofre de um problema de auto-referência: o juiz Posner estaria sustentando teses que seriam aplicáveis a ele próprio (LEVINSON, 1987, p. 40). Apesar da crítica, o próprio Levinson reconhece, ao final, que as idéias de Posner têm relevância e merecem ser estudadas, partindo do pressuposto de que os advogados devem, cada vez mais, buscar em outras ciências, tal como a economia, formas de compreender o próprio direito: “It is silly to pretend that Posnerian law and economics has nothing to offer contemporary constitutional theory, especially if one includes within ‘theory’ an attempt actually to explain the decisions made by governmental actors, including judges. As Justice Holmes argued ninety years ago in ‘The Path of the Law,’ we must in fact all become better economists-and sociologists, political scientists, psychologists, philosophers, and much else besides-if we are to be truly competent legal analysts.” (*op. cit.*, p. 49).

²⁵ A referência sobre o tema é o livro que James Buchanan escreveu com Gordon Tullok: (BUCHANAN; TULLOK, 2004). Segundo Susan Rose-Ackerman (1989, p. 243), em artigo sistematizador das várias correntes de *law and economics*: a denominada “public choice theory attempts both to provide realistic models of politics and to find methods of making collective choices that have certain desirable characteristics”. A professora de Yale tem artigo traduzido em português, no qual retoma os elementos de sistematização feitos no trabalho citado: Ackerman, 2004, p. 243-300.

²⁶ Trata-se do estudo dos *custos de transação* das relações entre os poderes, o que não será aprofundado neste artigo. A idéia é a de que existe um ponto ótimo na divisão de funções estatais em que a *concorrência* entre as instituições trará mais benefícios que custos. Nas palavras de Richard Posner: “the essential point, however, is that the parceling out of legislative, executive, and judicial powers among different branches, with or without much overlap, increases the transaction costs of governing. Effective government requires the concurrence of all three branches. Hence, separation brings about a situation analogous to bilateral (or ‘trilateral’) monopoly. Analogous-not identical. Because none of the branches is a profit maximizer, both the incentives to withhold agreement and the incentives to negotiate to a mutually beneficial solution are different than in the usual case of bilateral monopoly. But it seems a fair guess that the transaction costs of governing are indeed higher than they would be in a unitary system.” (POSNER, 1987, p. 11).

- 3) Os efeitos econômicos (consequências em sentido amplo) de algumas doutrinas constitucionais específicas.
- 4) A interpretação de normas e doutrinas constitucionais que possuem uma lógica econômica implícita.
- 5) As propostas de redesenho do Direito Constitucional de forma a alcançar uma ampla proteção do livre mercado (o que podemos chamar de um decisionismo liberal), ao invés de reinterpretar as normas já existentes ou mesmo através de novas emendas.
- 6) O problema de se atribuir peso diferenciado para as liberdades ligadas à pessoa (*liberty in the personal sphere*), em detrimento das liberdades econômicas.
- 7) A relação (se existente) entre a Constituição, tanto escrita como interpretada, e o crescimento econômico dos Estados Unidos.
- 8) A investigação sobre a disposição dos juízes em se utilizarem da análise econômica como um guia geral para a interpretação constitucional, o que deve ser feito levando-se em consideração os itens 3 e 4 acima (consequências e normas intrinsecamente ligadas à lógica econômica). Em outras palavras, trata-se do estudo das relações entre economia e interpretação.

Será dada atenção especial a este último aspecto, mais especificamente, sobre o uso do raciocínio econômico como meio para a compreensão, interpretação e aplicação da Constituição econômica.

Antes, porém, uma advertência relevante: é claro que nem sempre o raciocínio econômico terá o que contribuir. Muitas vezes ele pode ser verdadeiramente inócuo. Noutras, poderá conduzir a resultados indesejados, ou mesmo inconstitucionais. Nem toda norma constitucional é mensurável a partir de critérios de eficiência (POSNER, 1987, p, 15). De fato, há casos em que a Constituição toma decisões que dispensam qualquer forma de consideração econômica, bem como existem outros em que as razões que explicam a norma são de cunho moral e não econômico. A norma que determina a idade mínima para ser

presidente da República é uma **regra**²⁷, que além de não abarcar aspectos econômicos, exaure maiores esforços interpretativos. Já quando se estiver de normas com menor grau de decidibilidade, o que se convencionou chamar de **princípios**²⁸, a interpretação econômica poderá ter algum papel. Num outro giro, a regra que proíbe a auto-incriminação (art. 5º, LXIII, CF) não é explicada por nenhuma razão econômica, mas que por motivos que se ligam à moral.

No que diz respeito à Constituição econômica, entendemos que mesmo as **regras** poderão ser consideradas economicamente, porquanto são normas com possuem uma lógica econômica implícita. A sua compreensão é facilitada pelo uso de conceitos da economia, muito embora não se afaste o seu caráter de aplicação por subsunção. Por exemplo: as regras do art. 177 da Constituição buscam no conceito de monopólio um sentido para o exercício exclusivo de atividade econômica pelo Estado. Isto é, a Constituição explica o papel do Estado nessas atividades a partir de **conceito econômico** de concentração e exclusividade de mercado.

De certa maneira, a interpretação econômica da Constituição econômica é uma discussão sobre os limites do controle de constitucionalidade das leis. É possível considerar elementos econômicos a fim de que se afira a constitucionalidade de uma lei? Pelo que se infere do já exposto, pensamos que sim²⁹.

No sentido já anunciado acima, a consideração econômica será útil no direito constitucional econômico: *(i)* como forma de evidenciar os elementos que dão causa às instituições e doutrinas jurídicas da ordem econômica constitucional (perspectiva heurística); *(ii)* como meio de identificar a lógica econômica e os efeitos das doutrinas e instituições da ordem econômica, inclusive no que diz respeito às causas das mudanças em tal ordem constitucional (perspectiva descritiva); *(iii)* além

²⁷ “As regras são normas jurídicas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação de correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacente, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos” (ÁVILA, 2004, p. 70).

²⁸ “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, 2004, p. 70).

²⁹ É interessante observar que em diversos casos a aplicação do princípio da proporcionalidade implica por si só o raciocínio econômico, eis que lhe é intrínseca uma análise de custo-benefício (proporcionalidade em sentido estrito) que pode ser, por vezes, considerada em termos monetários. V. Posner, 1987, p. 18.

de ser instrumento apto a informar juízes e outros formadores de políticas públicas sobre os mais eficientes métodos para regular a conduta pelo direito.

Do ponto de vista da ciência da interpretação, o que se destaca da análise econômica é a sua capacidade de identificar, a partir de critérios científicos, as **consequências** de uma determinada decisão. De modo geral, é possível afirmar que a economia é uma ciência preocupada com a previsão dos efeitos, no que se incluem as implicações de uma determinada regulação estatal e as possíveis interpretações do direito que lhe serve de fundamento³⁰. A consideração das consequências pode levar à conclusão de que apenas uma decisão é a correta, como também pode ajudar a fundamentar a tomada de uma determinada escolha judicial quando mais de uma resposta for possível numa primeira análise. Eis sua grande contribuição, o que foi feito, *e.g.*, pelo Supremo Tribunal Federal no caso da impenhorabilidade do bem de família do fiador.

O que se vê, portanto, é que existe uma interessante relação entre a interpretação econômica da Constituição econômica e o que se pode chamar genericamente de **consequencialismo**³¹. As consequências podem ter um papel, mesmo que subsidiário, quanto mais de uma decisão for possível. Há hipóteses em que não levar as consequências a sério pode significar uma má decisão³². Realmente, em casos em que a decisão judicial se dará num espaço de relativa discricionariedade judicial (*e.g.* quando se estiverem ponderando os princípios do art. 170, CF), a consideração de elementos extrajurídicos pode contribuir para o estreitamento da discricionariedade³³. Quanto mais, quando tais elementos – como

³⁰ “Generalizing, we can say that economics provides a behavioral theory to predict how people respond to changes in laws (...). In addition to scientific theory of behavior, economics provides a useful normative standard for evaluating law and policy. (...) Economics predicts the effects of policies on efficiency. (...) Besides efficiency, economics predicts the effects of policies on another important value: distribution”. (COOTER; ULEN, 2000, p. 03-04).

³¹ Para uma sistematização do consequencialismo no direito brasileiro, sustentando, em tom formalista, que tal perspectiva aumenta a chance de erros, v. o trabalho de ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses pragmáticos, mortais formalistas: a justificação consequencialista de decisões judiciais*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. O tema vem sendo aprofundado entre os estudiosos do pragmatismo jurídico (v. MENDONÇA, 2014; e BINENBOJM, 2016.).

³² V. SOLA, 2004, p. 13.

³³ Segundo Karl Larenz (1997, p. 517), o Tribunal Constitucional quando diante de casos que demandem “resoluções de grande alcance político para o futuro da comunidade”, os métodos interpretativos clássicos são insuficientes. Para o autor, “[A]qui a ponderação das consequências é, portanto, de todo irrenunciável”.

são as consequências econômicas – são fundados em discurso racional, num discurso científico³⁴. A ciência da economia tem realmente o que agregar ao discurso de interpretação da Constituição econômica.

Em síntese, o argumento é o de que a análise econômica da Constituição contribui para o estreitamento da discricionariedade judicial, como aqueles em que há exercício de ponderação. A justificativa econômica pode ser usada como baliza e forma de tomada de decisão.

Veja-se que não se trata de defesa, *a priori*, de maior ou menor atuação judicial. Com efeito, a consideração econômica pode conduzir tanto a um ativismo judicial, como também a uma maior contenção. A **consequência** da segurança jurídica (previsibilidade) pode ser considerada economicamente: ela facilita a produção de riqueza na medida em que gera estímulo ao investimento dos agentes econômicos (POSNER, 1987, p. 33)³⁵.

3.2 A preocupação institucional. Em busca de uma teoria hermenêutica institucionalmente esclarecida

Num outro giro, deve-se reconhecer que as estratégias interpretativas atuais precisam considerar a capacidade da instituição responsável pela tomada de decisão. O Poder Judiciário é o foco principal dessa preocupação. Afinal, é o Judiciário que decidirá, de forma tendencialmente definitiva, sobre a Constitucionalidade de uma dada regulação. É o Supremo Tribunal Federal o órgão fixará, em larga medida, o significado da Constituição econômica.

O nosso argumento, fundado nas preocupações de Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2003), é o de que não é possível conceber a interpretação da Constituição econômica pelos entes e órgãos do Estado sem que considerem *(i)* a

³⁴ É claro que a economia não terá respostas unívocas. As previsões econômicas, por mais científicas que sejam, podem errar. Mas é claro, também, que o seu uso pode contribuir para fundamentar escolhas, como, ainda, afastar decisões.

³⁵ Segundo Posner (1987, p. 33): “The stability of the constitutional framework has economic value; by reducing uncertainty it facilitates investment”. Todavia, é certo que a segurança jurídica não é o único bem perseguido pelo direito, apesar de dever ser necessariamente considerada: “Stability is not the only value served by law, which is why a rigid policy of stare decisis is not optimal; but it is a value and therefore weights on the side of a policy of constrained constitutional lawmaking” (*op. e loc. cit.*).

dimensão institucional e (ii) os reflexos sistêmicos de uma dada decisão de controle da regulação.

Realmente, o grande problema, pontuam Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2003, p. 886-887), é que tanto as doutrinas da interpretação do direito, quanto o modelo de Poder Judiciário proposto pelas teorias clássicas, como as de Ronald Dworkin e Richard Posner, ignoram a dimensão institucional e os efeitos sistêmicos de uma decisão judicial que invalida um ato regulatório.

Talvez isso ocorra porque muitos dos pais das teorias dominantes de hermenêutica e de controle judicial da atuação do Estado cometam um pecado de origem: o de partir do pressuposto de que a adjudicação será feita por juízes indefectíveis, os quais seriam capazes de considerar todos os elementos importantes para o deslinde de uma dada controvérsia (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 949)³⁶.

Mesmo que se entenda que a tese dos professores de Chicago e Harvard talvez peque pelo excesso de generalização³⁷, é inegável que ela ao menos provoca profundas reflexões sobre as teorias da interpretação tão repetidas sem maiores questionamentos sobre os riscos de que se esqueça sobre as limitações daqueles que tomam as decisões.

Com efeito, grandes teóricos da hermenêutica jurídica dominante, ao invés de se questionarem – como usualmente fazem – sobre como eles próprios

³⁶ Tradução livre. No original: “An extraordinary variety of distinguished people have explored interpretative strategies without attending to the fact that such strategies will inevitably be used by fallible people and with likely dynamic effects extending far beyond the case at hand.”

³⁷ Richard Posner responde à tese de Sunstein e Vermeule, acusando-os de, “imodestamente”, cometerem um erro quando afirmam, genericamente, que os teóricos da interpretação que os antecederam (no que se inclui o próprio Posner) não consideravam questões institucionais. Segundo Posner, apesar de ser correta a afirmação no que diz respeito a Ronald Dworkin, os autores ignoraram a obra de John Hart Ely, por exemplo, que foi um autor que baseou sua conhecida teoria de interpretação constitucional nas limitações institucionais, especificamente, nas deficiências democráticas dos órgãos de governo eleitos. Além disso, Posner sustenta que Sunstein e Vermeule pecam, dentre outras coisas, pelo excesso de empirismo. (POSNER, 2003, p. 952-971).

A réplica de Sunstein e Vermeule veio na mesma revista (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 972-978). Nela, os autores reforçam os seus argumentos sustentando que o exame empírico é necessário sim, a fim de que se avaliem capacidades institucionais. É de tal empirismo que se concluirá por uma opção mais ou menos formalista (a necessidade de análise empírica para a defesa ou rejeição do formalismo é discutida por SUNSTEIN, 1999, p. 636-670). No que diz respeito ao trabalho de John Hart Ely, Sunstein e Vermeule aduzem, corretamente, que a questão enfrentada pelo teórico procedimentalista não era propriamente de capacidades institucionais, mas de legitimidade democrática (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 975-976).

solucionariam uma dada controvérsia, ou sobre como um juiz perfeito o faria (e.g. o Hércules de Dworkin (2003), deveriam buscar responder à pergunta sobre como uma pessoa falível deveria proceder, à luz de suas próprias limitações, diante das questões que lhes são colocadas (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 904 e 949).

Em casos diversos, o juiz simplesmente não terá tempo, informação³⁸ ou mesmo conhecimento para a tomada de uma decisão informada e muitas vezes de conhecimento.

Tal realidade é intensificada pelo ingresso de elementos não jurídicos no discurso dos aplicadores do direito – o que haverá em muitas hipóteses na interpretação da Constituição econômica – pretende transformar, ao menos teoricamente, o jurista economista, capaz de entender todas as engrenagens pertinentes para o deslinde de uma controvérsia (GOLDBERG, 2007, p. 55). Terão os nossos juízes tamanha capacidade empírica? Parece-nos que dificilmente.

O fato é que os juízes, por distintas razões, têm sérias dificuldades em levar em consideração elementos externos ao direito, como os argumentos econômicos, os quais, apesar de não necessariamente conduzirem à decisão compatível com o direito, ajudam a compreender com maior profundidade as questões que lhe são colocadas (BREYER, 2004, p. 2).

Diante disso, a interpretação da Constituição econômica quando voltada ao controle de constitucionalidade deve considerar com muita atenção quem tomou a decisão e o quão capaz é tal órgão ou entidade estatal.

Isso terá destaque no controle da regulação econômica, quando elementos e agentes técnicos poderão ingressar no debate. Deve haver um esforço para que se concilie a possibilidade de controle judicial, inafastável no regime de Estado democrático de direito, com a perspectiva institucional aqui apresentada, que reconhece as limitações e a falta de informação conjuntural no âmbito do Poder Judiciário³⁹.

³⁸ Por vezes, o problema é o excesso de informações. De fato, há casos relevantes em que autos judiciais são literalmente entupidos por dezenas de laudos técnicos, pareceres, declarações etc. A dificuldade será a de saber escolher e filtrar os dados apresentados.

³⁹ Uma forma de minimizar os riscos institucionais do Poder Judiciário no controle das regulações estatais, sem que se afaste dos ideais estruturantes do Estado em que há separação de Poderes (democracia, divisão de trabalho e proteção dos direitos fundamentais), é através da intensificação do uso de *amici curiae* em processos judiciais que terão inevitáveis impactos no desenho da intervenção estatal. Sobre o tema, v. Cyrino, 2007.

Trata-se de análise institucional e dinâmica sobre a relação entre Judiciário e Administração Pública, a qual deve levar em consideração critérios de distribuição de competência “funcionalmente adequados”, como também a “específica idoneidade (de cada um dos Poderes) em virtude da sua estrutura orgânica, legitimidade democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc.” (KRELL, 2004, p. 45 et seq.).

Por essa razão, é possível sustentar, sinteticamente, que, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nesses casos, a *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle.⁴⁰ Tal postura tende a diminuir a chances de erros e a garantir que análises técnicas possuam um efetivo papel na hermenêutica jurídica.

4 CONCLUSÃO

A Constituição econômica é o conjunto de regras e princípios que pretendem moldar um modelo de intervenção do Estado na economia. A Constituição econômica é, antes de tudo, norma jurídica, cujo sentido passa por um exercício hermenêutico que vai muito além das formas tradicionais de interpretação.

Neste artigo, sugerimos o aprofundamento dos mecanismos de análise econômica do direito como meio de garantir a melhor compreensão sobre o sentido da Constituição econômica. As considerações econômicas são importantes não só para que se afirmem a proporcionalidade e a eficiência das medidas interventivas. O raciocínio da economia é relevante também para que se verifique se a regulação levará a resultado contraproducente, se terá efeitos colaterais, ou mesmo se foi criada para beneficiar algum grupo organizado.

Além disso, sugerimos que esse exame econômico, em certos casos, deve considerar as capacidades institucionais dos órgãos envolvidos. Searas de elevada complexidade técnica e dinâmica específica podem gerar dificuldades significativas

⁴⁰ V. Binenbojm, 2006, p. 227.

para a atuação do Poder Judiciário. Em casos que tais, deve haver uma indicação de deferência. A *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da Administração terão peso importante. Nesses casos, mais importante que definir uma resposta correta sobre o significado da Constituição econômica, é verificar quem tem mais capacidade para tal avaliação.

5 REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Susan-Rose. "Law and economics: paradigm, politics, or philosophy". **Law and economics**, ed. Nicholas Mercurio, Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. "O princípio da proporcionalidade no direito econômico". **Revista de Direito Administrativo** nº 223, 2001.
- ARGUELHES, Diego Werneck. **Deuses pragmáticos, mortais formalistas: a justificação consequencialista de decisões judiciais**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. "A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços". In: **Temas de direito constitucional**. Tomo II, 2003, p. 49-67.
- BEARD, Charles. **An economic interpretation of the constitution of the United States**. Nova York: The Free Press, 1986.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. "O Direito à Moradia e a Penhorabilidade do Bem Único do Fiador em Contratos de Locação: Limites à Revisão Judicial de Diagnósticos e Prognósticos Legislativos". In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio P. de. (Org.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**, 2010, pp. 997-1017.
- BREYER, Stephen. **Economic reasoning and judicial review**. Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2004. Disponível em: <www.aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=840>. Acesso em: 03 jul. 2007.
- BUCHANAN, James e TULLOK, Gordon. **The calculus of consent. Logical foundations of constitutional democracy**. Indianapolis: Liberty Fund, 2004.
- CANOTILHO, José J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001.
- COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Law and economics**. 3. ed. Massachusetts: Addison Wesley Longman, 2000, pp. 3-4.

- CYRINO, André. "Separação de poderes, regulação e controle judicial: por um **amicus curiae** regulatório". In: **Revista Brasileira de Direito Público**, vol. 18, Ed. Fórum, 2007.
- CYRINO, André. **Direito Constitucional Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **Freedoms law. The moral reading of the American constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- EHMKE, Horst. **Economía y constitución**. Trad. Miguel Azpitarte Sánchez. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Ano 3, nº 5, 2006. Disponível em: <www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/13horstehmke.htm>.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GOLDBERG, Daniel. "O controle de políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito". In: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da. (Orgs.). **Regulação e Concorrência no Brasil: Governança, Incentivos e Eficiência**. Rio de Janeiro: Ipea, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- HESSE, Konrad. "La fuerza normativa de la Constitución". In: **Escritos de derecho constitucional**, 1983, pp. 59-84.
- KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e Proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Trad. José Lamago, Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.
- LEVINSON, Sanford. "Some reflections on the posnerian constitution". In: **George Washington Law Review**, nº 56, 1987.
- McGUIRE, Robert. **To form a more perfect union. A new economic interpretation of the United States constitution**. Nova York: Oxford University Press, 2003.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- MOREIRA, Vital. "A metamorfose da constituição econômica". **Revista de Direito do Estado**, nº 2, 2006.
- NÖRR, Knut Wolfgang. **Economic constitution: on the roots of a legal concept**, in *Journal of Law and Religion*, vol. 11, n. 1 (1994-1995), pp. 343-354.
- ORTIZ, Garpar Ariño. **Principios de derecho público económico**. Granada: Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999.
- POSNER, Richard. "The constitution as an economic document" **George Washington Law Review**, nº 56, 1987, pp. 5-38.
- POSNER, Richard. **Frontiers of legal theory**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- SOLA, Juan Vicente. **Constitución y economía**, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. "O dilema constitucional contemporâneo entre o neoconstitucionalismo econômico e o constitucionalismo democrático". **Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SUNSTEIN, Cass e HOLMES. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**, New York: W. W. Norton & Co., 1999.

SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. "Interpretation and institutions". **Michigan Law Review**, vol. 101, n. 4, 2003, pp. 885-951.

SUNSTEIN, Cass. "Must formalism be defended empirically?". **The University of Chicago Law Review**, vol. 66, n° 3, 1999, pp. 636-670.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos Direitos Humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. TORRES, Ricardo Lobo Torres (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WOOD, Gordon. **The creation of the American republic: 1776-1787**. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1998.

.