

---

# A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

---



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 8	n. 32	p. 1-256	abr./jun. 2008
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

# A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

## IPDA

Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo

### Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

### Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

### Direção Executiva

Emerson Gabardo

### Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (Brasil)

Alice Gonzáles Borges (Brasil)

Antonello Tarzia (Itália)

Carlos Ari Sundfeld (Brasil)

Carlos Ayres Britto (Brasil)

Carlos Delpiazzo (Uruguai)

Cármén Lúcia Antunes Rocha (Brasil)

Celso Antônio Bandeira de Mello

(Brasil)

Clèmerson Merlin Clève (Brasil)

Clovis Beznos (Brasil)

Enrique Silva Cimma (Chile)

Eros Roberto Grau (Brasil)

Fabício Motta (Brasil)

Guilherme Andrés Muñoz - *in memoriam*

(Argentina)

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Espanha)

Jorge Luís Salomoni - *in memoriam*  
(Argentina)

José Carlos Abraão (Brasil)

José Eduardo Martins Cardoso (Brasil)

José Luís Said (Argentina)

José Mario Serrate Paz (Uruguai)

Juan Pablo Cajarville Peruffo (Uruguai)

Juarez Freitas (Brasil)

Julio Rodolfo Comadira - *in memoriam*

(Argentina)

Luis Enrique Chase Plate (Paraguai)

Lúcia Valle Figueiredo (Brasil)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho -

*in memoriam* (Brasil)

Marçal Justen Filho (Brasil)

Marcelo Figueiredo (Brasil)

Márcio Cammarosano (Brasil)

Maria Cristina Cesar de Oliveira (Brasil)

Nelson Figueiredo (Brasil)

Odilon Borges Junior (Brasil)

Pascual Caiella (Argentina)

Paulo Eduardo Garrido Modesto (Brasil)

Paulo Henrique Blasi (Brasil)

Paulo Neves de Carvalho - *in memoriam*

(Brasil)

Paulo Ricardo Schier (Brasil)

Pedro Paulo de Almeida Dutra (Brasil)

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (Brasil)

Rogério Gesta Leal (Brasil)

Rolando Pantoja Bauzá (Chile)

Sérgio Ferraz (Brasil)

Valmir Pontes Filho (Brasil)

Yara Stropa (Brasil)

Weida Zancaner (Brasil)

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.  
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,  
2003.  
Trimestral  
ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada  
pela Editora Juruá em Curitiba  
ISSN 1516-3210  
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.  
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2008

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda  
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários  
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil  
Tel.: 0800 704 3737  
Internet: www.editoraforum.com.br  
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa  
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868  
Revisora: Lourdes Nascimento  
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta  
Diagramação: Marcelo Belico  
Bibliotecária: Fernanda de Paula Moreira -  
CRB 2900 - 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil

Distribuída em todo o Território Nacional

# Racionalidade econômica e racionalidade jurídica na Constituição de 1988

Fernando Borges Mânica

Doutorando em Direito do Estado na USP. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Advogado. Procurador do Estado do Paraná.

**Resumo:** O tema proposto, *Racionalidade econômica e racionalidade jurídica na Constituição de 1988*, envolve a análise dos meios através dos quais o raciocínio econômico insere-se e colabora na análise e interpretação do direito. A discussão não é recente e ganhou contornos marcantes, em especial a partir da década de 60 do século passado, quando tomou corpo nos Estados Unidos da América o movimento denominado *Law and Economics*. Capitançado pela Escola de Chicago, a Análise Econômica do Direito prega, em última instância, em sua linha normativa, a incorporação do critério racional de eficiência econômica pelo ideal de justiça. Esse entendimento foi objeto de crítica e não pode prevalecer, sobretudo, no ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, isso não significa que seus postulados e conceitos não sejam úteis à análise do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, o objetivo do estudo que se apresenta é a análise dos fundamentos e conseqüências da utilidade da adoção de conceitos e modelos econômicos para a interpretação do Direito positivo pátrio.

**Palavras-chave:** Racionalidade econômica. Racionalidade jurídica. Economia. Princípios. Mercado.

**Sumário:** 1 Estado moderno, racionalidade e eficiência - 2 Direito *versus* Economia - 3 Análise Econômica do Direito - 4 Princípios, razoabilidade, racionalidade econômica e ordem jurídica do mercado - 5 Conclusão - Referências

## 1 Estado moderno, racionalidade e eficiência

A busca por segurança e previsibilidade, indispensáveis à fluência das relações econômicas, promove a superação do complexo e difuso direito feudal. A partir da retomada do Direito Romano, o ordenamento jurídico torna-se estruturado e hierarquizado — criado e imposto por uma entidade até então desconhecida: o Estado.

As relações sociais passam a ser reguladas por um direito racional, pautado na perfeição técnica e na coerência lógica, de forma a garantir o exercício e a exploração da liberdade e da propriedade individuais. Nos países da Europa continental surgem os *códigos*, incorporando a *lex mercatoria* e institucionalizando mecanismos facilitadores da circulação de mercadorias.

Na exposição de Max Weber, a legitimação do poder deixa de residir nas características pessoais de seu detentor ou na tradição e passa

a fixar-se na razão.<sup>1</sup> É a consagração do Estado moderno e racional.

Sobretudo a partir da Revolução Francesa, a legitimidade é substituída pela legalidade.<sup>2</sup>

Com o direito estatal, a aplicação lógica da regra geral ao caso concreto substitui a imprevisibilidade decorrente da indefinição de qual o direito a ser aplicado, bem como da própria subjetividade dos órgãos julgadores. Assim, a Lei torna-se objeto de cultuação, importando a regularidade formal do procedimento de sua aplicação com vistas a garantir a segurança jurídica e o desenvolvimento do capitalismo.

A partir da obra de Hans Kelsen, já no século XX, o positivismo atinge seu ponto máximo — o formalismo a serviço da previsibilidade e segurança, indispensáveis ao funcionamento do mercado. Afasta-se a idéia de justiça, ligada à noção de equidade e tida por subjetiva e irracional; consagra-se a idéia de legalidade, ligada à noção de eficiência, alcançável por meio do procedimento racional.<sup>3</sup>

Eis o pensamento jurídico da modernidade.

Não obstante, a aplicação lógica e asséptica de um conjunto de normas gerais e abstratas às situações da vida, como cediço, não ocorre de maneira instantânea e automática. A realidade é mais rica e mais ágil do que a letra rígida da lei. A superação do positivismo formalista decorre da constatação de que tanto a lei quanto os fatos devem ser interpretados para que haja a aplicação do direito. Tal necessidade, em uma análise apurada, não passou despercebida pelo próprio Kelsen, como se verifica, na referência à aplicação “escrupulosa” da lei.<sup>4</sup> A realização do direito, mesmo na teoria positivista, depende da mensuração dos valores da sociedade positivados na lei. Portanto, a atuação do assim denominado *intérprete autêntico*, com suas convicções acerca dos fatos e do direito, é elemento essencial do processo de aplicação do Direito.

<sup>1</sup> WEBER. *Economia y sociedad: esbozo de sociologia comprensiva*, p. 172.

<sup>2</sup> GRAU. *Direito, conceitos e normas jurídicas*, p. 16-17.

<sup>3</sup> Segundo Kelsen, “(...) ‘justiça’ significa legalidade; é ‘justo’ que uma regra geral seja aplicada em todos os casos em que, de acordo com seu conteúdo, esta regra deva ser aplicada. É ‘injusto’ que ela seja aplicada em um caso, mas não em outro caso similar. E isso parece ‘injusto’ sem levar em conta o valor da regra geral em si, sendo a aplicação desta o ponto em questão aqui. A justiça, no sentido de legalidade, é uma qualidade que se relaciona não com o conteúdo de uma ordem jurídica, mas com sua aplicação. Nesse sentido, a justiça é compatível e necessária a qualquer ordem jurídica positiva, seja ela capitalista ou comunista, democrática ou autocrática. ‘Justiça’ significa a manutenção de uma ordem positiva através de sua aplicação escrupulosa” (KELSEN. *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 20).

<sup>4</sup> Vide nota 3, *in fine*.

A partir do momento em que o Estado deixa de atuar como mero ente garantidor da harmonia econômica e social, para proteger a sociedade (e o próprio mercado) dos seus efeitos destrutivos, a racionalidade proposta e defendida pelo ideal moderno é abalada. Com a integração e o reconhecimento da normatividade de princípios constitucionais contrapostos, resultado da participação democrática e da plurificação das classes e dos interesses sociais, o sistema jurídico é acusado de ineficiência.

Em outras palavras, quando o Estado passa a intervir na ordem social e econômica, a eficiência jurídica, traduzida na segurança e previsibilidade necessárias ao processo de circulação e acumulação de riqueza, é abandonada. A legitimidade do direito deixa de residir na legalidade. O ideal de justiça, dizem, não é mais alcançado pela aplicação da lei.<sup>5</sup>

Nesse contexto, ganha corpo o movimento *Law and Economics*, que defende a adoção de modelos e critérios econômicos para a análise em interpretação do Direito. A crítica que se faz a tal movimento é a de que ele defende a substituição do ideal de justiça pelo ideal de eficiência alocativa, do abandono da racionalidade jurídica em prol da racionalidade econômica.

Entretanto, a relação ente direito e economia e a Análise Econômica do Direito merecem uma aproximação mais atenta, a fim de que não se promova a confusão de conceitos e idéias, a crítica pela crítica e o abandono de instrumental útil à análise e interpretação do direito, em especial em solo pátrio.

## 2 Direito versus Economia

As relações entre direito e economia, mais especificamente entre juristas e economistas, iniciaram-se na década de 30 e tornaram-se particularmente conflituosas no Brasil a partir do momento em que, já sob a égide da Constituição de 1988, o Estado brasileiro passou a intervir na ordem econômica com o objetivo de promover políticas públicas.

A razão de tal tensão não é difícil de ser explicada.

Com o restabelecimento do Estado de Direito e a supremacia da

<sup>5</sup> Nas palavras de Emerson Gabbardo, "afirma-se que o Direito legal é ineficiente, mas não são buscadas soluções para promover sua eficiência. Ou seja, para resolver o problema, abandona-se o sistema legal e o próprio Direito, rumo a um paradigma a ele externo, no qual não interessa a eficiência normativa, porque busca-se diretamente a eficiência, ainda que não por meio da norma. A eficiência passa a ser, desta forma, um objeto puro a ser conquistado" (GABBARDO. *Eficiência e legitimidade do Estado*, p. 81).

ordem constitucional, a legalidade volta a definir o limite da atuação individual e estatal. Entretanto, é com a pós-reabertura política que os valores sociais e econômicos albergados pelo constitucionalismo brasileiro desde a Carta de 1934 passam a ser objeto de concretização.

Nesse momento, o Estado passa a efetivamente intervir na economia com o objetivo de preservar o mercado e definir sua atuação em consonância com os valores constitucionais. Essa transformação, segundo Eros Roberto Grau, “[ocorre] no instante em que as precedentes ordens econômicas (mundo do dever-ser) passam a instrumentar a implementação de políticas públicas. Vale dizer, no instante em que a ordem econômica — parcela da ordem jurídica —, já instalada no nível constitucional, passa a predicar o aprimoramento da ordem econômica (mundo do ser), visando à sua preservação”.<sup>6</sup>

Portanto, quando os princípios constitucionais deixam de ser meros instrumentos subsidiários de interpretação e integração do direito, o Estado passa a conformar a ordem econômica: o direito intervém na economia. A racionalidade dos agentes econômicos, preocupados com a administração de recursos escassos para a satisfação de necessidades infinitas com objetivo de acumulação de riqueza, passa a ser funcionalizada pelo direito.

De outro lado, o direito, ao concretizar princípios dirigidos à regulação da atividade econômica, passa, de maneira mais contundente, a levar em conta a racionalidade econômica dos agentes, sob pena de, ao garantir os valores constitucionais, sacrificar a própria existência do mercado.<sup>7</sup>

É que, como adverte Paula Forgioni, “a ciência econômica fundamenta-se na ação individual do sujeito; o direito, nas condições essenciais ao funcionamento do mercado em que atuam esses mesmos agentes econômicos: as noções construídas pela ciência econômica, pois, não coincidem necessariamente com as jurídicas. Prismas de análises diversos que dão soluções práticas por vezes bastante díspares”.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 63.

<sup>7</sup> Os contornos da relação entre direito e economia nesse cenário foram analisados por José Eduardo Faria: “Em termos genéricos e esquemáticos, a tensão entre os imperativos da economia e as exigências do direito pode ser vista como resultante do choque entre duas posições diametralmente antagônicas: a procura da eficiência alocativa, por parte dos economistas, especialmente aqueles que tomam a economia de mercado e o modo capitalista de produção como base institucional para seus diagnósticos, suas análises e suas políticas; e a preocupação com o enquadramento legal-racional do poder, por parte dos juristas, principalmente aqueles cujo saber profissional e cuja visão de mundo foram forjados a partir de um modelo legalista-liberal de direito e Estado que vê as normas, as leis e os códigos como instrumentos de certeza e calculabilidade de expectativas” (FARIA. *Direito e economia na democratização brasileira*, p. 12).

Assim, tanto economia quanto direito compõem a chamada filosofia prática, oferecendo critérios por meio dos quais o indivíduo fundamenta sua tomada de decisões. A economia descreve e interpreta as ações do ponto de vista econômico;<sup>9</sup> o direito interpreta as ações do *ponto de vista jurídico*, que é essencialmente o de *cumprir uma regra*.

A eficiência no direito, portanto, é medida pela análise do cumprimento das regras jurídicas, enquanto a eficiência econômica é medida pelo resultado alcançado — relação custo/benefício.

Assim, como assinalado no item anterior, enquanto o direito não foi utilizado como mecanismo de intervenção na ordem econômica com objetivo de conformar o mercado para protegê-lo e para promover valores constitucionais, o convívio entre economia e direito foi, de certa forma, pacífico. Afinal, a inter-relação de um e outro era estreita.

Quando muda o contexto, misturam-se e chocam-se as racionalidades. O direito passa a obnubilar a implementação pura e direta da racionalidade econômica. A acumulação direta de riqueza pelo agente econômico passa a ocorrer não apenas tendo o direito como instrumento, mas também como limite. Nesse cenário surgem e difundem-se teorias que defendem o abandono das normas jurídicas como critério de decisão. A legalidade é atacada em prol da eficiência econômica.

O movimento contemporâneo na teoria jurídica denominado Análise Econômica do Direito — *Law and Economics* — surgiu nos Estados Unidos com a proposta de interpretar economicamente o direito, de forma que sua aplicação ocorresse como instrumento da eficiência econômica.

### 3 Análise Econômica do Direito

A Análise Econômica do Direito tem como principais precursores Ronald Coase e Guido Calabresi. No trabalho denominado *The Problem of Social Cost* (1960), Coase critica a incoerência do intervencionismo do Estado na economia de bem-estar, por ignorar os custos promovidos pela própria intervenção do Estado na ordem econômica. Coase introduz a necessidade

---

<sup>8</sup> FORGIONI. *Contrato de distribuição*, p. 504.

<sup>9</sup> Na comparação de José Reinaldo de Lima Lopes, “o ponto de vista econômico pode ser o ponto de vista do custo e do benefício. O preço, ou o custo, e os benefícios esperados são legitimamente levados em conta para justificar e dar razão de ser (racionalidade) do juízo econômico. A economia pode dizer, portanto, o que custa e quanto custa, no curto, no médio, no longo prazo, para um agente, ou vários e assim por diante” (LOPES. Raciocínio jurídico e economia. *Revista de Direito Público da Economia*, p. 140).

de análise do custo-benefício da intervenção do Estado na economia como critério de decisões jurídicas. Calabresi, em trabalho intitulado *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* (1961) defende a aplicação da teoria econômica para a definição dos fins que devem ser perseguidos na definição legislativa da responsabilidade civil.

Mas é com Richard Posner, com sua obra *Economic Analysis of Law*, de 1973, que a aplicação do raciocínio econômico é sistematizada para aplicação nos mais diferentes ramos do direito, desde o direito penal até o direito de família.

Desde então o movimento *Law and Economics* ganhou força, recebeu intensa crítica e fragmentou-se em várias correntes, mais ou menos radicais, que defendem, em maior ou menor grau, a incorporação pelo direito de conceitos e de modelos econômicos.

Em linhas gerais, a Análise Econômica do Direito parte do pressuposto de que o indivíduo age racionalmente com o objetivo único e exclusivo de promover seu próprio bem-estar.<sup>10</sup> O tipo-ideal de comportamento adotado é o *homo economicus*. Dessa forma, a função do direito restringe-se a figurar como um conjunto de incentivos ou desestímulos à adoção de determinada conduta, a qual ocorrerá de acordo com o critério do custo/benefício.

Assim, partindo da definição de economia como “the science of rational choice in a world — our world — in which resources are limited in relation to human wants”,<sup>11</sup> Posner define a racionalidade econômica como “choosing the best means to the chooser’s ends”.<sup>12</sup> Esse é o critério para tomada de decisão do indivíduo, o qual não deve ser afastado pela criação e interpretação do direito.

O direito é tido, portanto, como instrumental. A finalidade é a busca pela maximização da riqueza. Por isso, diz-se que a noção de justiça é substituída pela de eficiência econômica.

É importante ressaltar que a noção de eficiência econômica não possui sentido unívoco dentro do movimento de Análise Econômica do Direito. Em economia, entende-se que uma distribuição de recursos é eficiente se

<sup>10</sup> Nas palavras de Pedro Mercado Pacheco, “(...) é patón de conducta asumido por la teoría económica y que recoge el AED es el *homo economicus*, el individuo que actúa siempre racionalmente tratando de maximizar su próprio bien estar, un ser interesado y egoísta cuya única norma de conducta es la realización de su interés privado” (PACHECO. *El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*, p. 40).

<sup>11</sup> POSNER. *Economic Analysis of Law*, p. 3.

<sup>12</sup> POSNER. Behavior Economics, and the Law. *Stanford Law Review*, p. 1551.

não se puder fazer nenhuma mudança em tal distribuição de modo que ninguém fique em situação pior do que a anterior e que pelo menos uma pessoa melhore sua situação. Trata-se da *otimalidade de Pareto*. Entretanto, o próprio Posner, com sua postura radical,<sup>13</sup> não adota a *otimalidade de Pareto* como critério de eficiência econômica, mas o conceito de *maximização de riqueza*.<sup>14</sup> Com esse norte, segundo Posner, deve ser interpretado o direito.

Não se trata, assim, para o movimento da Análise Econômica do Direito, de mera transposição do conceito de eficiência econômica como critério final justiça. Afinal, como assinalou Amartya Sen, “um estado pode estar no ótimo de Pareto havendo algumas pessoas na miséria extrema e outras nadando em luxo, desde que os miseráveis não possam melhorar suas condições sem reduzir o luxo dos ricos”.<sup>15</sup>

Além disso, com as severas críticas realizadas em face das idéias de Posner, há manifestações dentro do movimento de Análise Econômica do Direito, como as de Calabresi, que sugerem a necessidade de complementar a busca pela eficiência a partir de considerações distributivas, com base nos seguintes fundamentos:

En primer lugar, porque la perspectiva eficientista obvia el problema del status quo, es decir, asume sin cuestionamiento la distribución de la riqueza como punto de partida de su análisis. En segundo lugar, porque la eficiencia no es el único valor social, y por ello debe ceder cuando otros valores se consideren como prioritarios, o lo que es lo mismo, que la eficiencia es un componente de la Idea de la justicia pero no el único ni el más importante.<sup>16</sup>

Ainda, há que se ressaltar que a Análise Econômica do Direito possui como campo de aplicação, sobretudo, o direito privado. Como informa Maria Paula Dallari Bucci, o próprio Posner reconhece que a eficiência econômica não é o mais importante critério para a decisão administrativa.<sup>17</sup>

Portanto, independente de uma análise mais profunda das teorias

<sup>13</sup> Posner, a partir de sedutores argumentos econômicos, defende, por exemplo, como solução para o problema existente nos Estados Unidos acerca da adoção de crianças, a criação de um mercado de bebês. Segundo seu raciocínio, em síntese, como há naquele país maior demanda do que oferta de crianças, o mercado é o melhor mecanismo para o equilíbrio entre tais vontades. Aqueles pais com maior disponibilidade para investir na compra de bebês, segundo Posner, têm melhores possibilidades de oferecer condições adequadas de criação e desenvolvimento da criança (POSNER. *Economic Analysis of Law*, p. 165-179).

<sup>14</sup> Entendida, para Posner, como a exploração de recursos econômicos de tal modo que seu valor — a satisfação humana medida pela disponibilidade de pagamento pelo consumidor por determinados bens ou serviços — seja maximizado. Dessa forma, determinado indivíduo maximiza sua riqueza quando obtém determinado bem ou serviço por um preço inferior àquele que estava inicialmente disposto a pagar.

<sup>15</sup> SEN. *Sobre ética e economia*, p. 47-48.

<sup>16</sup> PACHECO. *El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*, p. 57-58.

vinculadas à Análise Econômica do Direito, é importante ressaltar que, mesmo em suas idéias mais radicais, não se defende a adoção de modelos e critérios exclusivamente econômicos em substituição ao direito. Não se defende a mera substituição da racionalidade jurídica pela racionalidade econômica.<sup>18</sup> Trata-se de reconhecer que o direito — e a economia — não pode ser entendido de maneira isolada, independente dos demais sistemas sociais.

No ordenamento jurídico brasileiro, adota-se o modelo de livre mercado, com intervenção do Estado. Se o direito e a economia se encontram no mercado, a racionalidade jurídica e a racionalidade econômica entrelaçam-se, de modo que devem ser respeitados princípios de uma e de outro, nos termos do que prevê o próprio texto constitucional.

#### 4 Princípios, razoabilidade, racionalidade econômica e ordem jurídica do mercado

Superada a concepção positivista e formalista do direito apontada no início deste texto, a racionalidade jurídica deixa de ser meramente formal e passa a ter sua lógica definida pelos valores incorporados à ordem jurídica por meio dos princípios.

Se a racionalidade jurídica é construída sob o ponto de vista do acatamento das normas jurídicas, de modo que o critério de julgamento de determinada ação é sua adequação ao direito, tem-se que a definição do que é o direito apenas é obtida por meio da interpretação, a qual toma como base os princípios constitucionais. Portanto, o que define a racionalidade jurídica são os princípios.<sup>19</sup>

Assim, a proposta de substituição da racionalidade jurídica pela racionalidade econômica significa a negação do próprio direito.

Afinal, com o reconhecimento da positividade dos princípios, a apli-

<sup>17</sup> BUCCL. *Direito administrativo e políticas públicas*, p. 177.

<sup>18</sup> O que não significa dizer que a Análise Econômica do Direito não mereça críticas. Significa dizer que parte de sua idéia pode (e deve) ser levada em conta e utilizada como instrumental para a análise e interpretação do direito, em especial do direito brasileiro.

<sup>19</sup> Nesse sentido, em sua clássica definição de princípio jurídico, Celso Antônio Bandeira de Mello menciona que cumpre aos princípios *definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo* (MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 629-630). No mesmo sentido, para Floriano Marques Neto, os princípios *delimitam e dotam de racionalidade sistêmica um determinado ordenamento jurídico* (MARQUES NETO. O conflito entre princípios constitucionais: breves apontamentos para sua solução. *Revista dos Tribunais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, p. 40).

cação do direito deixa de ocorrer de modo estanque e rígido, para tornar-se reflexo dos valores adotados pelo ordenamento jurídico.

Não obstante, o culto aos princípios jurídicos como critérios de legitimidade e racionalidade do ordenamento jurídico não afasta o problema da existência de conflito entre os próprios princípios. Como já mencionado, no Estado Democrático o direito é fruto do conflito de classes e interesses, de modo que coexistem no ordenamento jurídico princípios conflitantes entre si.

Dessa forma, a racionalidade jurídica só pode ser definida e comprovada em cada caso concreto, por meio da ponderação de bens ou ponderação de princípios. É que, ao contrário das regras, os princípios possuem a dimensão peso e importância, a qual só pode ser medida no caso concreto, por meio da interpretação não apenas do direito, mas também dos fatos. Para tanto, utiliza-se a máxima da proporcionalidade.<sup>20</sup> Segundo Robert Alexy, no caso de colisão entre dois princípios:

(...) uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar invalido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios — como sólo pueden encontrar en colisión de principios válidos — tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.<sup>21</sup>

A interpretação do direito — que decorre em última instância da ponderação de valores decorrente da aplicação da máxima da proporcionalidade — não tem como critério único a eficiência econômica. Mas isso não implica dizer que a eficiência econômica não configure critério a ser levado em conta na interpretação do direito.

**No que se refere ao campo da atuação empresarial, a Constituição**

<sup>20</sup> Como se manifestou Marçal Justen Filho: "(...) a proporcionalidade se relaciona com a ponderação de valores. Não há homogeneidade absoluta nos valores buscados por um dado Ordenamento Jurídico, pois é inevitável atrito entre eles. Pretender a realização integral e absoluta de um certo valor significaria inviabilizar a realização de outros. Não se trata de admitir a realização de valores negativos, mas de reconhecer que os valores positivos contradizem-se entre si. Assim, por exemplo, a tensão entre Justiça e Segurança é permanente em todo sistema normativo. A proporcionalidade relaciona-se com o dever de realizar, do modo mais intenso possível, todos os valores consagrados pelo Ordenamento Jurídico. O princípio da proporcionalidade impõe, por isso, o dever de ponderar os valores" (JUSTEN FILHO. Empresa, ordem econômica e Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, p. 118).

<sup>21</sup> ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 89.

brasileira consagra a economia de mercado. Não aquela do modelo liberal puro, mas com previsão de intervenção do Estado no mercado, não em seu desfavor, mas em sua defesa. Dessa forma, a liberdade contratual e a propriedade, sobretudo, são admitidas de modo funcionalizado. Como afirma Eros Roberto Grau, o Brasil possui uma Constituição Econômica dirigente, voltada à conformação das relações econômicas.<sup>22</sup> Nas palavras de Paula Forgioni:

Embora não possa alterar a “lógica” econômica, fazendo com que o empresário transforme-se naquilo que não é — por exemplo, um agente que não visa ao lucro —, toca ao direito traçar os limites da licitude da sua atuação, determinando os atos desejados e acolhidos pelo sistema jurídico e aqueles que são considerados ilícitos e repelidos. Repise-se: o direito existe para subjugar a lógica econômica, preservado o funcionamento do mercado.<sup>23</sup>

O mercado é uma instituição jurídica. O comportamento dos agentes econômicos é pautado pela racionalidade econômica, dentro da qual se inserem as normas jurídicas. É legítimo ao agente econômico atuar de forma a maximizar sua riqueza, desde que respeitando as normas jurídicas disciplinadoras de sua atividade.

No ordenamento jurídico brasileiro, a livre iniciativa e livre concorrência são conformadas pelos princípios constantes dos artigos 1º, 3º, 7º a 11, 201, 202, 218 e 219, além, dentre outros, do art. 5º, LXXI, art. 24, I, art. 37, XIX e XX, art. 103, §2º, art. 149 e art. 225. Entretanto, a aplicação e interpretação do direito não podem ocorrer de forma a inviabilizar a fluência das relações econômicas. Livre iniciativa e livre concorrência também são valores albergados pela Constituição, de modo que a atividade normativa e a interpretação do direito devem ocorrer de forma proporcional, com objetivo de concretizar, ainda que de forma não exclusiva, o critério da eficiência econômica.

Nesse sentido, fala-se na intervenção sensata do direito, a qual, como bem assinala Egon Moreira, deve ser *proporcional e razoável ao mercado e aos interesses públicos e privados postos em jogo*. Segundo o autor: “Num sistema capitalista que celebra constitucionalmente a liberdade de iniciativa, a liberdade de empresa e a liberdade de concorrência (Constituição, art. 170), a intervenção do Estado na Economia há de ser necessária, ponderada, excepcional e pontual

<sup>22</sup> GRAU. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 80.

<sup>23</sup> FORGIONI. *Contrato de distribuição*, p. 535.

— com finalidade pública e específica”.<sup>24</sup> Tais critérios devem ser levados em conta também no processo de interpretação da norma jurídica.

Assim, é importante ressaltar que o livre mercado é também valor albergado pela Constituição. Em casos limites, havendo conflito de princípios, há que se aplicar a pauta interpretativa da proporcionalidade, na qual também serve como critério a eficiência econômica.

## 5 Conclusão

A racionalidade econômica incorpora-se à racionalidade do intérprete do direito de modo a compor mais um elemento para a construção da norma jurídica. Traz tal racionalidade, partindo do pressuposto econômico de que as necessidades são ilimitadas e de que os recursos são escassos, a preocupação acerca do impacto econômico e social das decisões. Não se afastam, e muito menos se substituem, os princípios constitucionais; mas incorpora-se instrumental e raciocínio aptos a possibilitar uma decisão que da melhor forma concretize tais princípios.

Tal consideração implica reconhecer a existência de microsistemas jurídicos, cada qual com uma lógica e princípios próprios. A função do intérprete — e do próprio legislador, com base nos princípios constitucionais, a partir da pauta de interpretação da proporcionalidade — na qual se insere a análise econômica, é a de aplicar o direito conhecendo e respeitando a lógica dos fatos de modo a fazer com que sua intervenção gere, em grau máximo, os efeitos previstos pelo ordenamento jurídico.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 130, p. 7-38, 2002.
- FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GABBARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. Barueri: Manole, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros,

<sup>24</sup> MOREIRA. O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata. In: MOREIRA; CUÉLLAR. *Estudos de direito econômico*, p. 96.

2003.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, ordem econômica e Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun. 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 20.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 1-256, out./dez. 2004.

MARQUES NETO, Floriano P. de Azevedo. O conflito entre princípios constitucionais: breves apontamentos para sua solução. *Revista dos Tribunais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 10, p. 40-45, jan./mar. 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata. In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 96.

PACHECO, Pedro Mercado. *El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 40.

POSNER, Richard. Behavior Economics, and the Law. *Stanford Law Review*, n. 50, 1998.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 4<sup>th</sup> ed. Boston; Toronto: Little, Brown and Company, 1992.

SEN, Amartya K. *Sobre ética e economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão técnica de Ricardo Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

WEBER, Max. *Economia y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo Garcia Maynez e José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MÂNICA, Fernando Borges. Racionalidade econômica e racionalidade jurídica na Constituição de 1988. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 121-132, abr./jun. 2008.