

**A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL DE 1988 E SUAS ALTERAÇÕES  
REGULADORAS TEORIZADAS PELA ESCOLA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO  
DIREITO.**

**THE ECONOMIC CONSTITUTIONAL ORDER 1988 AND THEIR REGULATORY  
CHANGES THEORIZED BY SCHOOL OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW.**

Giovani Clark<sup>1</sup>

Antônio Carlos Lúcio Macedo de Castro<sup>2</sup>

**RESUMO**

A presente pesquisa investiga as principais alterações no Texto Constitucional brasileiro, promulgado há 25 anos, especificamente no título da Ordem Econômica e Financeira (VII), consagrado doutrinariamente como Constituição Econômica (art. 170 a 192 da CR – núcleo básico), realizada em nome das bandeiras do neoliberalismo de regulação. Ficou evidente que as modificações constitucionais servirão aos interesses do capital internacional, em detrimento da concretude dos comandos da nossa Lei Maior, além de mutilar a sua ideologia constitucional adotada (também versada). Ademais, em nossos estudos, de forma crítica, detalhamos a íntima ligação entre a escola da análise econômica do direito e a regulação, em outras palavras, a primeira é braço doutrinário, teórico jurídico e interpretativo da segunda. Esclarecemos, ainda que exploramos o objeto do trabalho por intermédio de uma pesquisa eminentemente documental e, por isso se fez uma revisão bibliografia do tema na doutrina de Direito a fim de desenvolvê-lo e de construir suas considerações finais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição brasileira; Neoliberalismo de Regulação; Constituição Econômica; Escola da Análise Econômica do Direito

**ABSTRACT**

This research investigates the major changes in the Brazilian Constitutional Text, promulgated 25 years ago, specifically in the title of the Economic and Financial Order (VII), doctrinally enshrined as Economic Constitution (art. 170-192 of CR - basic core), performed in the name of the flags of neoliberalism regulation. It was evident that the constitutional amendments will serve the interests of international capital, at the expense of concreteness of the commands of our highest law, besides mutilate their ideology adopted constitutional (well versed). Moreover, in our studies, critically, we detail the intimate connection between the school of economic analysis of law and regulation, in another words, the first is an arm doctrinary, legal and theoretical interpretation of the second. We also clarify that explored the object of the work through a research eminently documentary, so it was made a literature review of the topic in the teaching of law in order to develop it and build his closing remarks.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da graduação e pós-graduação em Direito (mestrado e doutorado) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor da graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

**KEYWORDS:** Brazilian Constitution; Regulatory neoliberalism; Economic Constitution; School of Economic Analysis of Law

## Introdução

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, há 25 anos, lançou as bases para a implementação do Estado Democrático de Direito, introduzindo em seu texto um conjunto normativo que refletiu os diversos anseios da população, possuindo o desenvolvimento planejado e o pluralismo como seus fundamentos.

Nesse sentido, ficou também incorporado à nossa Lei Maior um conjunto de normas constitucionais relacionado a temas econômicos, refletindo a diversidade de ideologias políticas das forças construtoras daquela, o que tem sido denominado pela doutrina de Constituição Econômica (arts. 170 a 192 da CR – núcleo básico) com sua respectiva ideologia constitucional.

Contudo, o texto constitucional vem passando por uma série de alterações, através de emendas constitucionais, implementando “modificações/mutilações” na ideologia constitucional inicialmente adotada.

As transformações constitucionais surgem como fundamento para a redefinição das políticas públicas, sobretudo as econômicas, tabuladas pelo Estado brasileiro, a partir de meados da década de noventa do século passado, dando ênfase à regulação econômica, impondo assim o chamado neoliberalismo de regulação, em detrimento das demais ideologias (comandos) integrantes da Constituição. Tudo em nome da glória do mercado e da suposta eficiência privada.

O presente estudo tem por escopo a identificação das transformações relativas à ordem econômica constitucional, assim como sua relação com a teoria da análise econômica do direito, propondo-se uma análise crítica dessa teoria, assim como indagando se tais alterações são de fato legítimas, constituindo a melhor alternativa para efetivação dos ditames da nossa Constituição em face da realidade socioeconômica, ambiental e tecnológica nacional.

Para tanto, no primeiro tópico do artigo faremos breve análise da ordem econômica constitucional, identificando o que o Prof. Washington Peluso Albino de Souza classificou como ideologia constitucionalmente adotada.

No segundo tópico apontaremos as alterações promovidas no Texto Constitucional, especificamente na Constituição Econômica, apontando sua relação com a escola da análise econômica do direito, oportunidade na qual apresentaremos os pressupostos teóricos.

Em seguida, no terceiro tópico do artigo, questionaremos os pressupostos da teoria da análise econômica do direito, capitaneada por Richard A. Posner, seu maior precursor na atualidade, verificando sua validade como pressuposto do Direito, levando-se em consideração também a ideologia constitucionalmente adotada. Por fim, realizaremos as considerações finais.

Ademais, é preciso esclarecer que exploramos o objeto do trabalho por intermédio de uma pesquisa eminentemente documental e, por isso se fez uma revisão bibliográfica do tema na doutrina de Direito.

## 1 - A Ordem Econômica de 1988 e a sua ideologia constitucionalmente adotada

Segundo a melhor doutrina do Mestre Washington Peluso Albino de Souza, desde as Constituições Mexicana de 1917, Russa de 1918 e Weimar de 1919, o fato econômico, em sua versão dever-ser da política econômica, tem sido incorporado ao texto constitucional de forma expressa.

Independentemente da ideologia política, seja das Constituições com a previsão de ideologia liberal, do Estado supostamente abstencionista; sejam as Constituições sociais, com o aumento da presença da atuação do Estado no domínio econômico; seja ainda no Estado Democrático de Direito com suas ações reguladoras, todos os textos constitucionais não se furtaram em versar sobre as políticas econômicas.

No que se refere à introdução de normas de conteúdo econômico, a Constituição brasileira de 1988 não se distinguiu dos textos dos demais Estados nacionais que promulgaram suas constituições no século XX, trazendo expressamente em seus dispositivos, seja no título VII Da Ordem Econômica e Financeira, seja também de forma esparsa, diversos outros dispositivos que juridicizam o fato econômico.

Através da análise dos dispositivos constitucionais da Constituição Econômica é impossível afirmar-se que houve a incorporação pelo texto constitucional de um discurso ideológico político puro, vez que os valores constitucionalmente incorporados garantem a

defesa dos interesses das mais variadas classes sociais e econômicas, inclusive porque diversos atores com concepções distintas construíram dialeticamente o Texto de 1988.

E é exatamente nessa grande diversidade de valores constitucionalmente expressos, a possibilidade de leitura no texto da garantia da pluralidade econômica.

É o que defende Souza (2002), afirmando que

Elementos contidos em diferentes modelos ideológicos puros, quando trazidos para o texto constitucional, tomam novo 'valor', que este lhes consigna, e cabe ao intérprete conciliá-los em atenção ao que o legislador constitucional estatui. A doutrina passou a absorver essa nova situação, caracterizando o que evoluiu, no sentido de definir como 'Constituição Plural'. (SOUZA, 2002, p. 10)

Portanto, a previsão de valores que expressam ideologias distintas, quando presentes na Constituição, necessita de nova leitura, extraindo-se novos significados dentro do sistema constitucional, devendo ser harmonizados na construção e interpretação das políticas públicas, inclusive de espécie econômica.

A ideologia constitucionalmente adotada é representada por “princípios que o legislador constituinte pretenda serem fundamentos ideológicos incorporados pela Lei Magna” (SOUZA, 2002, p. 37), ou seja, um conjunto de normas constitucionais de conteúdo econômico que serve como fundamento para a implementação de políticas econômicas, seja através da instituição das normas infraconstitucionais pelas casas legislativas competentes, seja através da aplicação do direito pelos administradores públicos e pelos tribunais.

Entretanto, é importante deixar claro que segundo o próprio autor, tal definição pelo Texto Constitucional não é situação imutável, eis que a Constituição é organismo vivo, dependendo de sua aplicação em certo tempo e espaço, o que se dará através de processo hermenêutico. E é a atividade de aplicação e interpretação das normas constitucionais de Direito Econômico que concilia os valores ideológicos puros, superando pseudo antinomias e extraindo novos significados aos princípios prescritos na Constituição.

Complementando o raciocínio, afirmamos que o texto constitucional é apenas o ponto de partida para a interpretação da ordem econômica. O processo de efetivação da Constituição representa também ciclos de abertura aos novos significados do próprio texto em face das realidades sociais, ambientais, climáticas, econômicas e tecnológicas.

Contudo, apesar da abertura do texto e da construção dos novos significados dos princípios constitucionais econômicos através do acontecer hermenêutico, enquanto pontos de

partida, aqueles comandos compõem o núcleo intangível da Constituição brasileira, não podendo sofrer mutilações/exclusões pelo legislador constituinte derivado, nem tampouco ter sua orientação afastada na instituição das normas infraconstitucionais.

É o que propõe Souza (2002), defendendo:

(...) os princípios constitucionais econômicos são dotados de ‘rigidez’, não podendo ser modificados pelo legislador ordinário, donde se extrai o sentido de sua ‘estabilidade’, apesar da necessidade de atender a dinâmica da vida econômica, para o que recorre a ‘princípios’ que lhes são próprios, tais como o da ‘solidariedade econômica’, o da ‘igualdade’, ou o da ‘liberdade econômica’. (SOUZA, 2002, p. 38)

Nesse sentido, as políticas econômicas podem ser instituídas dentro da própria maleabilidade e flexibilidade das normas constitucionais econômicas, que acolhem variadas ideologias políticas e econômicas, mas deverá haver a submissão aos princípios constitucionais, que impõem limites e programações (mutações das realidades injustas e autoritárias), mas impede que uma ideologia (configurada enquanto princípios) prevaleça.

A Constituição de 1988 introduziu diversos dispositivos relacionados a matéria econômica, sistematizando-a em título próprio (Título VII), definindo os fundamentos da ordem econômica, assim como elencando diversos princípios, além de quadro capítulos.

Da leitura do artigo 170, da Constituição, percebe-se a incorporação de valores de variadas ideologias políticas, como a propriedade privada e livre concorrência, de matrizes liberais; a função social da propriedade, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução de desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido a empresas de pequeno porte, valores socializantes. Dessa forma se constrói uma ideologia própria da Constituição.

A interpretação sistemática de mencionados princípios, e dos demais comandos da ordem econômica, assim como a análise concreta da realidade, através da aplicação do direito, conduz a revelação/efetivação da ideologia constitucionalmente adotada.

Todavia, o discurso ideológico originariamente previsto no Texto Constitucional sofreu alterações significativas, modificando orientações nacionalistas, por exemplo, privilegiando-se o capital privado, principalmente o de origem internacional, em nome do neoliberalismo de regulação.

No fim do século XX e no início do XXI, as políticas neoliberais de regulamentação passaram a restringir a expansão e a mobilidade do capital. O novo ambiente mundial de fim da guerra fria, queda do socialismo real e de alta evolução tecnológica resulta em pressões por outras políticas econômicas ao gosto dos donos

do capital. Os Estados Nacionais passam a executar o neoliberalismo de regulação transferindo serviços e atividades à iniciativa privada (via privatização e desestatização), agora atraentes ao capital em face da “redução” dos ganhos com a indústria bélica da guerra fria e dos avanços científicos. A tecnologia tornou lucrativos setores que anteriormente tinham baixa lucratividade, ou não tinham, e estavam nas mãos do Estado.

Com a regulação, usada como único remédio salvador do mundo e protegida de grandes contestações pela mídia dos “donos do poder” (Faoro, 2000), o Estado passou a adotar uma nova técnica de ação na vida econômica, ou seja, o neoliberalismo de regulação. O poder estatal continuou a intervir indiretamente no domínio econômico, por meio das normas legais (leis, decretos, portaria); assim como de forma intermediária, via agências de regulação. Todavia, diferentemente das empresas estatais, as agências não produzem bens nem prestam serviços à população, mas somente fiscalizam e regulam o mercado ditando “comandos técnicos” de expansão, qualidade, índices de reajuste de preços etc.

É, porém, prudente frisar que a técnica intervencionista de regulação permite a existência de algumas empresas estatais, em menor número, atuando no âmbito do mercado. Mas sem desempenhar o papel anterior e possuindo uma reduzida capacidade de ingerência na vida econômica (CLARK, 2008, p. 208-209).

## 2 - As Alterações na Constituição Econômica e a Escola da Análise Econômica do Direito

A redação originária do Texto Constitucional passou por modificações, sofrendo forte influência da ideologia neoliberal reguladora, ampliando-se a abertura do mercado brasileiro ao capital estrangeiro. Tudo em nome da glória de mercado e da sua eficiência – sempre desautorizada pelas milhares de demandas judiciais contra as grandes empresas.

Através de breve enumeração das mudanças na Constituição de 1988, poderemos perceber que todas as emendas constitucionais que alteraram as normas de conteúdo econômico, em nome da regulação, digo, de menos Estado e mais oligopólios.

A Emenda Constitucional de n.º 6, de 15 de agosto de 1995, promoveu modificação na redação do art. 170, IX, que determinava “tratamento favorecido de empresas de capital nacional de pequeno porte”, substituindo-se por “empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham administração no Brasil”, possibilitando assim a obtenção da diferenciação às empresas de capital estrangeiro.

A mesma Emenda também promoveu a revogação do art. 171 da CR, que dispunha acerca da definição de empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, assim como sobre regimes diferenciados de proteção, concessão de benefícios e de contratação com o poder público. Conforme lições de Souza (2005), “A revogação desse artigo importou na abertura facilitada às empresas multinacionais e às estrangeiras, na concorrência com as nacionais” (SOUZA, 2005, p. 220).

Aqui é possível observar que a alteração da Lei Maior brasileira para a abertura do mercado interno às empresas de capital estrangeiro, dando a elas o mesmo tratamento das empresas de capital nacional, incorporando os ditames reguladores do Consenso de Washington do final do século passado, colocando em risco nossa soberania econômica (art. 170, I da CR).

A mesma Emenda Constitucional de n.º 6, através da modificação da redação do §1º, do art. 176, da CR, possibilitou, ainda, as empresas estrangeiras submetidas à legislação brasileira a pesquisa e lavra de recursos minerais. Tal modificação é lesiva aos interesses da Nação, pois “a soberania energética é um componente essencial da soberania econômica nacional, pois abrange setor chave da economia do país” (BERCOVICI, 2011, p. 234).

Outra Emenda Constitucional promotora de alterações na Constituição Econômica foi a de n.º 7, também de 15 de agosto de 1995, instituindo-se nova redação ao art. 178, permitindo estrangeiros integrarem a tripulação de embarcação nacional, assim como a revogação do dispositivo que previa a exclusividade da navegação de cabotagem às embarcações nacionais.

Já a Emenda Constitucional de n.º 9, de 9 de novembro de 1995, alterou o §1º, do art. 177 da CR, permitindo a União a contratação de empresas privadas para a exploração das atividades de petróleo, sendo considerado por Bercovici (2011, p. 252) uma extirpação do Texto Constitucional do monopólio da Petrobrás, digo, única exploradora do produto no Brasil.

E ainda a Emenda Constitucional de n.º 19, de 4 de junho de 1998, promoveu a alteração da redação do §1º, do art. 173, da CR, e a inclusão de diversos incisos, criando “dificuldades” a atuação direta do Estado no domínio econômico.

Também não podemos deixar de lado a Emenda de n.º 40, de 29 de maio de 2003, que acabou com a taxa de juros reais remuneratórios de no máximo de 12 % ao ano (art. 192 da CR – revogado parcialmente), a fim de dilatar os ganhos do sistema financeiro (parte internacional) e perpetuar a nossa perversa e histórica concentração de renda (segundo a Organização das Nações Unidas - ONU - no índice de desenvolvimento humano – IDH - o Brasil está classificado em 85º lugar apesar de termos uma das primeiras economias do mundo).

A denominada “quebra do monopólio do petróleo”, assim como o aumento das restrições constitucionais para a instituição de empresas públicas e sociedades de economia mista e o fim dos juros remuneratórios anuais de 12 % ao ano, confirmam a hipótese de que as emendas constitucionais promulgadas, em meados da década de noventa do século passado, privilegiam os donos dos lucros, em detrimento da valorização do trabalho humano e da existência digna (art. 170, Caput da CR), distorcendo assim comandos nucleares portadores da ideologia constitucionalmente adotada (SOUZA, 2005; GRAU, 2010).

Segundo o Mestre Washington Albino Peluso de Souza, confirmando a hipótese apresentada (e as argumentações), as alterações promovidas na Constituição “(...) tornou-se de certo modo óbvio o movimento pendular neoliberal para o lado do liberalismo” (SOUZA, 2005, p. 220).

Nessa perspectiva, há percepção de que as modificações promovidas no Texto Constitucional imperam os desejos da iniciativa privada lucrativa, enfatizando-se os valores defendidos pela ideologia reguladora econômica, atualmente fundamentada, enquanto seu braço doutrinário, teórico jurídico e interpretativo, pela teoria da análise econômica do direito.

Para melhor compreender a escola é importante a apresentação dos pressupostos da análise econômica do direito, para que possamos verificar se de fato ela possui relação com as alterações promovidas na Constituição Econômica acima descritas e, posteriormente, no tópico seguinte, possamos analisá-la criticamente.

Considerando o legado do utilitarismo de Jeremy Bentham, a teoria da *law and economics* propõe o denominado individualismo metodológico, partindo do princípio que as pessoas buscam sempre a eficiência em suas ações, almejando a maximização de suas riquezas. Portanto, considera a maximização das riquezas como pressuposto ético fundamental nas ações individuais.

Todavia, a escola da análise econômica do direito é considerada um passo além da proposta apresentada pelo utilitarismo benthamiano, pois o utilitarismo tem como pressuposto a crença na racionalidade das decisões humanas em busca da felicidade, enquanto a dita escola defende a mesma racionalidade, mas na maximização da riqueza.

Ricard A. Posner é um dos principais expoentes da *law and economics*, corrente de pensamento jurídico segundo a qual tanto o discurso de justificação, quanto o de aplicação do

direito, devem produzir a mais eficiente alocação de recursos da sociedade. Ou seja, é o aporte “teórico científico” do Direito da regulação, e ambas possuem os mesmos pressupostos.

A teoria da análise econômica do direito foi desenvolvida a partir do utilitarismo de Jeremy Bentham, construído a partir “(...) do pensamento econômico moderno a figura de um homem que acreditava que os indivíduos, em todas as esferas da vida humana, buscam o máximo de sua satisfação” (POSNER, 2010, p. 4).

A dita corrente de pensamento tenta desenvolver suas premissas através da aplicação da economia não somente aos fatos do mercado, mas também ao comportamento não mercadológico, defendendo a hipótese de que os economistas são detentores de método científico capazes de equacionar todas as relações sociais.

Reafirmamos, a escola da análise econômica do direito defende (de forma fundamentalista) a crença na racionalidade humana que busca a eficiência econômica em suas relações, entendendo-se aqui eficiência como sinônima de maximização de riquezas. Ademais, ela é defendida como alternativa às correntes positivistas e das teorias neoconstitucionais da ponderação, proporcionalidade e do direito como moral, entendendo estas duas correntes como extremadas, considerando-se como intermediária.

Posner defende que, desde Jeremy Bentham, autor do século XVIII, a ciência econômica é vista como teoria das escolhas racionais, pois os economistas dispõem de técnicas para pecuniarizar os custos e benefícios não pecuniários. É a fé “científica” na Economia em detrimento do direito.

Após o resgate da teoria das escolhas racionais pela Escola de Chicago (Milton Friedman, George Stigler, Ronald Coase, Henry Simons e Gary Becker), partindo de estudos iniciados por estes autores, Posner defende a maximização da riqueza como doutrina e usa a análise do custo-benefício para orientar as decisões sociais, considerando que aqueles (custo-benefício), inclusive os não pecuniários, devem ser levados em conta para decidir o que é uma norma ou prática eficiente.

O método paretiano é defendido por Posner para mensuração das melhores escolhas, na aplicação do princípio de maximização da riqueza. Segundo ele, há uma superioridade no método paretiano pois, descobre-se que “uma forma de alocação de recursos é superior a outra

se puder melhorar a situação de pelo menos uma pessoa sem piorar a de ninguém” (POSNER, 2010, p. 106), ou então, indeniza os prejudicados. Sendo assim, a única forma de atingir-se decisões racionais através do método pareto-superior é através do livre mercado, devendo ser afastada qualquer interferência estatal. Em síntese, o Estado é o “demônio” que liquida a felicidade humana possível apenas na “glória” do mercado.

Ademais, segundo Posner “(...) o princípio de maximização de riqueza determina que os direitos devem ser inicialmente conferidos àqueles que provavelmente os valorizarão mais, de modo a minimizar os custos de transação” (POSNER, 2010, p. 86). Ele ainda defende: “(...) a riqueza da sociedade é a totalidade da satisfação das preferências (as únicas moralmente relevantes em um sistema de maximização de riquezas) financeiramente sustentadas, isto é, que se manifestam em um mercado” (POSNER, 2010, p. 73), considerando também que a vida econômica é organizada pelo princípio do escambo.

Desenvolvida sob tais pressupostos, a ideia de eficiência está atrelada ao individualismo metodológico, enfatizando-se a crença no livre mercado, defendendo-se o suposto “afastamento” do Estado (irreal) em questões econômicas, salvo para correção de eventuais falhas existentes no próprio mercado, preferencialmente via regulação – sendo ela por si própria uma técnica de atuação estatal na vida econômica. Em síntese, a escola da análise econômica do direito prega a submissão da ordem econômica constitucional e de sua ideologia adotada ao mercado e a sua realidade de oligopólios e ganâncias. Idênticos são os pressupostos do neoliberalismo regulador.

O mercado privado é elevado a condição de instituição capaz de criar suas próprias regras, partindo-se de pressupostos que tais regras são conseqüências lógicas da atuação individual das pessoas que sempre agem de forma eficiente, visando a maximização de sua riqueza.

Desenvolvendo a defesa da maximização da riqueza como princípio ético, Posner entende que a ética da maximização da riqueza pode ser vista como uma mescla de tradições filosóficas rivais, quais sejam, o utilitarismo e o kantianismo.

A riqueza é positivamente vinculada, ainda que de forma imperfeita, à utilidade, mas a busca da riqueza, fundada que está no modelo de transação voluntária de mercado, envolve um respeito às escolhas individuais maior do que aquele que se vê no utilitarismo. (POSNER, 2010, p. 79).

É de se observar que o respeito às escolhas individuais enfatiza a crença no mercado livre como melhor ideologia a ser absorvida pelo Direito, pautada na ética exclusivamente da riqueza. Esta conclusão pode ser observada em passagem da obra de Posner: “A maior parte dos escrúpulos convencionais (cumprir promessas, dizer a verdade etc.) podem ser tirados do princípio da maximização da riqueza (...)”, pois “(...) mesmo o altruísmo (benevolência) é um princípio de economia, já que pode funcionar como substituto de dispendiosos processos mercadológicos e jurídicos” (POSNER, 2010, p. 81).

Nessa perspectiva, na visão de Posner, referenciando a Hayek, as regras de mercado estão tão absolutamente arraigadas ao pensamento atual das pessoas na sociedade onde a maior parte dos nossos atos de bondade vem de nossa busca por ganhos, e por isso afirma: “O princípio da maximização da riqueza incentiva e gratifica as tradicionais virtudes e habilidades ‘calvinistas’, ou ‘protestantes’, associadas ao progresso econômico” (POSNER, 2010, p. 82).

A teoria de Posner defende também que a maximização das riquezas fornecem bases mais sólidas para a teoria da justiça corretiva e distributiva. Para ele, o princípio da maximização da riqueza resolve automaticamente a questão distributiva, pois a repartição da riqueza é um mero subproduto da distribuição de direitos e, portanto uma justa divisão de riqueza não precisa ser postulada.

Por fim, pela ótica de Posner o “Estado não é pré-condição para ordem social” (POSNER, 2010, p. 141), o que ele tenta demonstrar através da análise das relações sociais existentes nas sociedades primitivas, o que fortaleceria supostamente os pressupostos de sua teoria. Existe, portanto, uma aversão ao Estado e ao seu papel institucional no processo produtivo, ditado pelas Constituições atuais, incluída a brasileira,

Apresentadas as bases teóricas da *law and economics*, verifica-se sua estreita relação com os fundamentos reguladores que justificaram as alterações promovidas na Constituição Econômica, com objetivo de reduzir a participação do Estado na atividade econômica, via privatizações, bem como a diminuição de gastos sociais públicos, a elevação da produção de normatização indutora, etc. Contudo, paralelamente, ampliou-se as possibilidades de atuação do capital privado no mercado nacional, principalmente o capital internacional, bem como regulou-se e dilatou-se os gastos estatais a seu favor (MARICATO, 2013).

Os postulados da escola da análise econômica do direito como redução da atividade do Estado, ou a própria “ausência” do Estado e a crença na liberdade do mercado, estão estritamente ligados aos fundamentos das Emendas Constitucionais acima apresentadas (tais como as de n.ºs 6, 7, 9 e 19), sendo possível concluir que as alterações formuladas na Constituição brasileira são fortemente influenciadas por mencionada teoria. A referida escola é indubitavelmente um braço doutrinário, interpretativo, teórico jurídico da regulação.

### 3 - As Críticas aos pressupostos da Escola da Análise Econômica do Direito

Conforme mencionado no primeiro tópico da presente pesquisa, a Constituição Econômica é integrada por um conjunto de normas com conteúdo econômico, ou seja, trata-se da juridicização do fato econômico, enquanto política econômica.

Os princípios constitucionais que regem a atividade econômica representam a diversidade de ideologias econômicas puras que, interpretados sistematicamente, evidenciam o que foi denominado pelo Prof. Washington Peluso Albino de Souza de ideologia constitucionalmente adotada.

(...) Começamos pela “ideologia constitucionalmente adotada”. Esta determina os “parâmetros”, ao mesmo tempo em que oferece os “fundamentos” dessa interpretação. Porém, compõe-se dos “princípios” nela consagrados, independentemente de “tipos ideológicos puros”. Assim sendo, num mesmo texto constitucional podemos encontrar “princípios” que estariam em “conflito” entre si, na sua forma pura. Porém, não podemos admitir tal oposição, sob pena de uma contradição da natureza íntima da própria idéia de Constituição. Assumindo o princípio da “antinomia”, um jurista liberal e tradicional excluiria de seu trabalho interpretativo os elementos “socializantes”. Do mesmo modo o jurista socialista procederia em face dos elementos liberais. No entanto, a realidade constitucional incorporou os dois “princípios”, anulando a idéia de “conflito” entre os mesmos (SOUZA, 2005, p. 232).

Nesse sentido, não há uma prevalência de uma ideologia sobre outra e, qualquer tentativa de se implementar reformas no sentido de afastamento de um valor constitucional em detrimento de outro, é inconstitucional.

As forças neoliberais reguladoras, do final do século passado e início do presente, têm influenciado sobremaneira as reformas ocorridas em nosso Texto Constitucional, estruturadas nos supostos fundamentos científicos da escola da análise econômica do direito, que lhe apresentam as bases propícias (teorização) para a sua imposição social.

Conforme já desenvolvido no tópico anterior, algumas Emendas Constitucionais (n.ºs 5, 7, 9, 19 e 40), após 1995, foram promulgadas com o objetivo de afastamento do Estado da atividade econômica, objetivando a ampliação da atuação do capital estrangeiro no Brasil. Como consequência das alterações na Constituição vieram diversas alterações na legislação de Direito Econômico em prol do denominado neoliberalismo de regulação.

O programa de desestatização e privatização das empresas estatais (Lei n. 9.491/1997), bem como a criação das Agências Reguladoras (ANA, ANP, ANATEL, ANAEEEL), confirmam a submissão do Direito aos comandos e necessidades do capital privado, especialmente internacional, colocando em risco, inclusive, a soberania econômica do Estado brasileiro (art. 170, I da CR).

Todo esse conjunto de reformas na legislação, no atendimento de interesses do poder econômico privado, veio ao alvedrio dos anseios sociais, da participação democrática e da finalidade pública, gerando ilegitimidade nas “mutações/mutilações”, principalmente por serem fundamentadas na eficiência econômica, pressuposto da teoria da análise econômica do direito e da regulação.

A implementação da escola da análise econômica do direito gera o afastamento dos pressupostos do próprio Direito, ou seja, do seu código binário: direito/não-direito para o código da ciência da economia: eficiência/ineficiência. E ainda: a utilização dos pressupostos teóricos da interpretação econômica “(...) assumem uma lógica típica de um consensualismo forte que é capaz de desnaturar o código binário do Direito” (CRUZ, 2001, p. 211).

O afastamento do Estado da atividade econômica ao argumento da ineficiência não tem validade para o Direito, principalmente porque as atividades definidas como públicas pela Constituição impõem ao Estado o atendimento das necessidades coletivas e sociais, independentemente de serem lucrativas ou não.

Além do mais o conceito de eficiência econômica privada não pode ser confundido com o de eficiência econômica pública, pois da atividade estatal não se espera lucratividade, mas sim o atendimento das necessidades sociais.

Na esfera pública, eficiência significa melhores resultados com menores custos (ambientais, tecnológicos, sociais, e outros), dentro de uma linha de maior vantagem não

somente econômicas/financeiras, o que impede a identidade conceitual com a eficiência da esfera privada com fins lucrativos.

Ademais, o Direito possui pressupostos próprios, que o diferencia de outras áreas do conhecimento, e “(...) a deontologia do Direito implica reconhecer que o código lícito e ilícito é uma ‘regra’ constitutiva do jogo do Direito (...)” (CRUZ, 2011, p. 218).

Nesse sentido, esboçando críticas aos pressupostos a análise econômica do direito, Cruz afirma:

(...) a forma de argumentar e os argumentos admitidos no jogo do Direito não são livres como supõe Alexy, pois, caso isso ocorra, o Direito se desdiferencia e deixa de subsistir. Se esse trânsito for livre, se não houver filtragem, não há fechamento operativo do sistema e, assim, a argumentação se torna política, religiosa ou econômica. O Direito desaparece, cedendo lugar a outro jogo de linguagem, qual seja, a Política ou a Economia. (CRUZ, 2011, p. 218 e 219)

E é exatamente o que pretende propor Richard Posner com a *law and economics*, com a crença na racionalidade econômica sobrepondo-se a qualquer outra ética no discurso de justificação e aplicação do Direito.

Nessa linha de raciocínio, Cruz argumenta que se os postulados econômicos passam a guiar o Direito, evidenciar-se-á a colonização de um sistema por outro, com uma lógica binária distinta, no caso lucro e prejuízo, colocando-se em risco as bases do Direito, a estabilidade da sociedade e da democracia (CRUZ, 2001, p. 220).

O que se defende aqui não é uma suposta neutralidade do Direito, nem tampouco o afastamento pleno da influência da economia na sua elaboração e aplicação, mas sim a verificação da existência de pressupostos deontológicos próprios do Direito, o que impossibilita que os argumentos unicamente econômicos/financeiros prevaleçam.

Portanto, os pressupostos formulados pela teoria da análise econômica do direito não são válidos, sob pena de haver a desdiferenciação entre o Direito e a Economia, com a prevalência desta sobre aquele e, conforme já mencionado, colocando-se em risco a própria democracia e a concretude da Constituição.

A idéia de eficiência do poder econômico privado, conjugada com a de individualismo metodológico e pseudo “afastamento” do Estado da atuação no mercado, postulados da regulação (teorizados juridicamente pela escola em estudo) é evidenciada nas reformas promovidas no Texto Constitucional brasileiro.

A radicalização de comandos reguladores na Constituição, mutilando sua ideologia, sem qualquer mandato para tal, em nome da eficiência privada e da lógica perfeita do mercado, dilatando os lucros e os poderes dos agentes lucrativos, é a negação da importância do papel desenvolvido pelo Estado, principalmente na realização das políticas econômicas voltadas para a defesa do próprio mercado e de redução de desigualdades, enquanto um dos atores das transformações programadas e ditadas pela Constituição brasileira de 1988.

Mas o curioso é que mesmo se incorporando a teoria ao direito brasileiro, o que pode ser constatado pela análise da relação entre ela e as emendas de nossa Constituição, verifica-se que os pressupostos da *law and economics* não são aceitáveis, pois não se constata a confirmação das suas hipóteses.

Pelo contrário, após as reformas constitucionais, com a conseqüente implementação de um regime jurídico econômico de regulação, com a desestatização/privatização de serviços públicos, a tão aclamada eficiência do capital privado não tem sido demonstrada. Basta verificarmos a péssima qualidade dos serviços de telefonia móvel, assim como das recorrentes interrupções no fornecimento de energia elétrica por todo o país (apagões), apenas para ficarmos em dois exemplos.

Outra constatação da falácia da eficiência é comprovada pelas sucessivas crises econômicas mundial, a partir de 2008, onde os Estados nacionais que adotam a regulação foram obrigados a intervir agudamente na economia, principalmente para cobertura de prejuízos econômicos e sociais causados pela gestão irresponsável daqueles que encontram-se a frente das grandes organizações privadas (sistema financeiro). Foi o colapso das políticas reguladoras diante de sua pandemia anunciada (CLARK, 2009).

O que pode-se concluir, portanto, é que a teoria da análise econômica do direito não consegue demonstrar a validade de seus pressupostos, quando efetivamente implementados. A tentativa da instituição do dogma do livre mercado no Direito Econômico brasileiro tem mutilado seus pressupostos deontológicos, principalmente no que se refere aos seus compromissos na efetivação da Constituição Econômica de 1988 e de sua ideologia constitucionalmente adotada. Além disso, o individualismo metodológico desconsidera o pressuposto da inexistência de oportunidades iguais evidenciada na sociedade brasileira, não sendo, portanto, pressuposto teórico validamente aceitável à nossa realidade.

#### 4 – Considerações Finais

A Constituição de 1988, instituidora do Estado Democrático brasileiro, há 25 anos, tem passado por inúmeras alterações, o que também ocorre com os dispositivos constitucionais com conteúdo econômico.

Com o fenômeno da “globalização”, verifica-se a tentativa de uniformização de um discurso ideológico neoliberal regulador, onde o livre mercado vem se tornando um dogma fundamentalista incontestável e as vozes que se levantam contra seus pressupostos, normalmente de implantarem a ideia única da glória do mercado, são normalmente jogados no gueto e condenadas as trevas do inferno.

Contudo, em que pese a afirmação contrária daqueles que interpretam o texto com ênfase somente nos princípios constitucionais que garantem a livre iniciativa e a propriedade privada, não se pode afirmar que a Constituição de 1988 adotou fundamentos econômicos exclusivamente liberais.

A assembleia constituinte de 1988, ao incorporar o pluralismo como fundamento da República, absorveu também valores de outras ideologias políticas, e através de uma hermenêutica analítico substancial, é possível identificar o que o Prof. Washington Peluso Albino de Souza denominou, pioneiramente, de ideologia constitucionalmente adotada.

As alterações promovidas nas normas de conteúdo econômico possuem fundamentos eminentemente reguladores, numa tentativa de desfiguração/mutilação da ideologia adotada na Constituição. Apesar das sequelas constitucionais, os maiores excessos foram realizados na legislação infraconstitucional e na imposição dogmática da análise econômica do direito na interpretação jurídica do Direito Econômico positivo.

O conjunto de normas reguladoras estatais, ditadas pelo poder econômico privado, possui como braço teórico jurídico a escola da análise econômica do direito, que tem como pressuposto a prevalência da racionalidade econômica sobre a deontologia do Direito.

Possuindo o Direito pressupostos deontológicos lógicos próprios, a prevalência de qualquer outro valor sobre tais pressupostos, fere suas bases, colocando em risco a estabilidade da sociedade e a democracia, vez que a lógica da eficiência econômica, afasta a do valor de justiça incorporada em nossa Lei Maior de 1988.

Nesse sentido, as alterações promovidas na Constituição brasileira, com ampliação do número de dispositivos que atendam às pretensões do poder econômico privado, viabilizando constitucionalmente o neoliberalismo de regulação, desrespeitaram e mutilaram a diversidade das ideologias políticas que construíram de forma dialética um Texto próprio com valores diversos, nascendo uma ideologia constitucional a partir da participação e da vontade popular, e não do império do dinheiro e de sua mídia.

Não é privilegiando a livre concorrência e a propriedade privada, em detrimento de todos os demais princípios socializantes expressos no Texto Constitucional, que se construirá uma sociedade mais livre, justa e solidária, sem pobreza e se promoverá o bem de todos, objetivos fundamentais da República.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BERCOVICI, Gilberto. Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de outubro de 1988.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Custos dos Direitos e Reforma do Estado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CLARK, Giovani. O Município em face do Direito Econômico. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CLARK, Giovani. Política Econômico e Estado. São Paulo: Revista de Estudos Avançados, v. 22, n. 62, 2008, p. 207-217.

CLARK, Giovani. O neoliberalismo de regulação como intervenção do Estado – A regulação e a Constituição de 1988. Lisboa: Lusíada: Economia & Empresa, n. 9, 2009, p. 9-30.

CLARK, Giovani & NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Política Econômica Privatizante: o caso da Educação Superior Brasileira. In: SOUZA, Washington Peluso Albino de & CLARK, Giovani (Coord.). Direito Econômico e a Ação Estatal na Pós-Modernidade. São Paulo: LTr, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 353, ano 54, p. 14 – 26, mar. 1965.

CORRÊA, Leonardo Alves. Direito Econômico e Desenvolvimento: uma interpretação a partir da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Publit, 2011

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. A Resposta Correta – Incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da Justiça. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do Direito: Paranóia ou mistificação. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda & LIMA, Martonio Mont Alverne Barreto (Org.). Diálogos Constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimentos em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de Magalhães. Filosofia Analítica e Filosofia Política: a dimensão pública da linguagem. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

MARICATO, Ermínia. É a questão urbana, estúpida! In. MARICATO, Ermínia et al. Cidades Rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013, p. 13-26.

MÉSZÁROS, István. A Crise Estrutural do Capitalismo. São Paulo: Boitempo, 2011.

PAULA, João Antonio de (org.). Adeus ao desenvolvimento: A opção do Governo Lula. Belo Horizonte: Autêntica, 2005

POSNER, Richard A. A Economia da Justiça. Tradução Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras Linhas de Direito Econômico. 6ª edição. São Paulo: Editora LTr, 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Teoria da Constituição Econômica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK Giovani. Questões Polêmicas de Direito Econômico. São Paulo: LTr, 2008.

SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK Giovani (Coord.). Direito Econômico e a Ação Estatal na Pós-Modernidade. São Paulo: LTr, 2011.