

A EFICIÊNCIA SEGUNDO A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO ELEMENTO HERMENÊUTICO PARA ATINGIR A MÁXIMA EFETIVIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL

EFFICIENCY BY ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AS AN HERMENEUTIC TO ACHIEVE MAXIMUM EFFECTIVENESS OF CONSTITUTIONAL STANDARD

Autor:

GUILHERME HELFENBERGER GALINO CASSI, Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental na Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado.

RESUMO

A hermenêutica jurídica mostra-se como um campo sempre essencial ao estudo do Direito, especialmente quando direcionada ao texto da Constituição Federal. A leitura da norma contida nos princípios e regras constitucionais exige do intérprete uma análise profícua e embasada em critérios objetivos bem determinados na ciência da interpretação. Sobretudo, quando se interpreta deve-se buscar a efetividade da norma, pois as garantias previstas pelo legislador constituinte tem por finalidade a máxima amplitude. Com essa premissa a Análise Econômica do Direito pode revelar-se como um valioso instrumento na investigação da norma jurídica a fim de que a efetividade da Constituição seja potencializada. Com a aplicação do conceito de eficiência prevista nessa ferramenta do Direito pode o intérprete, em conjunto aos demais métodos hermenêuticos, extrair do texto de lei um comando muito mais efetivo e, por consequência, justo.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica; interpretação constitucional; métodos; análise econômica do direito; eficiência; efetividade.

ABSTRACT

The legal hermeneutics shows up as a field always essential to the study of law, especially when directed at the text of the Federal Constitution. The reading of the rule contained in the Constitutional principles and rules requires from the interpreter an useful analysis based on well determined objective criteria in the science of interpretation. Especially, when interpreting should seek the effectiveness of the rule, because the guarantees intended by the constituent legislator aims at maximum amplitude. Based on this premise the Economic Analysis of Law may reveals to be a valuable tool in the investigation of the law so that the effectiveness of the Constitution is maximized. With the application of the concept of efficiency provided in this legal tool can the interpreter, combining with other hermeneutic methods, extract from the legal text more effectiveness and therefore fair.

Keywords: Legal hermeneutics; constitutional interpretation; methods, economic analysis of law, efficiency, effectiveness.

1. INTRODUÇÃO

Em uma sociedade em que a produção legislativa tenta acompanhar o mesmo compasso dinâmico das mudanças que se desenrolam no mundo dos fatos, a escolha e a manutenção de um eixo interpretativo em consonância à vontade e aos princípios da Constituição Federal são uma necessidade a fim de se garantir o continuísmo do desenvolvimento nacional. A hermenêutica, ao ser a ciência da interpretação, se mostra assim um importante campo de estudo do Direito, sobretudo quando dirigida à interpretação e aplicação do texto constitucional.

O destaque ao tema é demonstrado no fato de que a simples leitura textual da lei não é suficiente para a compreensão de seu significado e extensão. A correta aplicação da norma está atrelada ao uso da hermenêutica como uma lente, a qual deve ser colocada entre o intérprete e a legislação para somente então se descobrir como se deve ocorrer a aplicação do Direito aos casos concretos.

O estudo ganha ainda mais riqueza quando se percebe que não há apenas um método que pode ser utilizado pelo intérprete para extrair a verdadeira norma jurídica dos textos de lei. A atividade interpretativa é complexa e densa, podendo ser feita com a utilização de elementos históricos, deontológicos, teleológicos, entre outros, de forma isolada ou conjunta, o que, ao depender da escolha, pode alterar substancialmente o que se vê como conteúdo da lei e seus efeitos possíveis.

Acrescenta-se a esse volume de informações o fato de que a hermenêutica não é capaz de apontar um método interpretativo considerado “correto”, cuja utilização se dê de forma imperativa perante os demais. A prática jurídica demonstra que a escolha dos elementos hermenêuticos ocorre de maneira subjetiva, sem que haja uma uniformidade interpretativa entre todos os intérpretes. A consequência é uma enorme gama de interpretações e aplicações distintas da mesma norma jurídica.

Grandes exemplos são os próprios julgamentos colegiados realizados pelo Supremo Tribunal Federal nos quais, nos mesmos temas, acontece nítida divergência nos posicionamentos exarados pelos Ministros. Não há que se olvidar que todos são exímios conhecedores do Direito e principalmente da Constituição Federal, porém mesmo assim veem o mesmo comando legal com ótica e consequências díspares. Diante destas situações é possível indagar se um ou outro raciocínio é incorreto, se algum dos magistrados não possui uma base técnica suficiente para aplicar a própria norma constitucional. Entretanto, denota-se que, ao inverso do que se pode imaginar *prima facie*, mesmo as posições mais contraditórias

podem encontrar amparo à luz do Direito, e quase sempre com fundamentos jurídicos críveis que justificam plenamente o raciocínio adotado, sendo que a única diferença entre elas reside unicamente no método hermenêutico adotado para se chegar à conclusão.

Uma das poucas características indeléveis na ciência hermenêutica – com destaque no presente trabalho – é a de que independente do método utilizado deve o intérprete sempre primar pela efetividade da norma (sobretudo a norma constitucional), que nada mais é do que ampliar ao máximo as consequências benéficas previstas pelo legislador quando a editou e vislumbrou a sua aplicação aos casos concretos.

Para tanto, mesmo não havendo uma corrente uníssona na doutrina ou na jurisprudência quanto ao melhor elemento interpretativo, sugere-se, em relação aos princípios e regras contidos na Constituição Federal, a utilização da Análise Econômica do Direito como potencializadora da efetividade da norma.

Justifica-se que a aplicação da norma é na verdade um feixe composto por um espectro de vários elementos interpretativos incidentes sobre o texto normativo, dentre os quais podem ser incorporados os princípios da Economia aplicada ao Direito como forma de se obter o melhor extrato da lei. Há décadas reiterados estudos comprovam que a Análise Econômica do Direito é um potente ferramental analítico e normativo, o qual, dada sua característica inata de prover a melhor alocação de recursos, pode ser estendida à hermenêutica constitucional como mais um elemento interpretativo, especialmente o seu conceito de *eficiência*.

A metodologia adotada para exposição do tema parte da delimitação da hermenêutica jurídica como a ciência de interpretação do Direito, com a demonstração de seus princípios e métodos, e então desenvolver o tema sobre o ponto de vista da Constituição Federal.

Passo seguinte, após firmar as premissas do estudo hermenêutico constitucional, apresenta-se a Análise Econômica do Direito como uma nova vertente do estudo jurídico. Após longo tempo em que a ciência do Direito se satisfiz por si mesma, sem dialogar com demais campos de estudo científico, modernamente tem-se entendido que a Sociologia, Filosofia, Psicologia e a própria Economia têm importantes fundamentos que podem contribuir a explicar o funcionamento do sistema jurídico e, principalmente, a racionalidade dos indivíduos e da sociedade.

Assim posto em linhas iniciais, nas próximas páginas a hermenêutica é tratada como um dos sustentáculos da ciência jurídica, bem como a exposição de que a confluência com Análise Econômica do Direito, quando aplicada à interpretação da Constituição Federal, pode resultar em um aumento substancial no que se entende como efetividade da norma.

2. HERMENÊUTICA

A hermenêutica pode ser compreendida como a doutrina que, a partir das hipóteses de interpretação dos mais diversos textos, pretende objetivamente indicar a mais adequada. É uma ciência que por meio dos princípios interpretativos procura afastar o relativismo e vincular a interpretação a um critério objetivo (SANTOS, 2012).

A sua origem é ancorada no estudo dos princípios gerais de interpretação bíblica. Para judeus e cristãos, seu objeto era descobrir as verdades e os valores contidos na bíblia (BARROSO, 2011). A própria palavra intérprete tem uma conotação investigativa, pois sua origem latina – *interpres* –designava aquele que descobria o futuro nas entranhas das vítimas. Tirar das entranhas ou desentranhar era, portanto, o atributo do *interpres*, de que deriva para a palavra interpretar o significado específico de desentranhar o próprio sentido das palavras (MORAES, 2012).

A hermenêutica, especificamente a hermenêutica do Direito, resulta em um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras da interpretação das leis (BARROSO, 2011). A própria origem da palavra intérprete deixa implícito que a tradução do verdadeiro sentido da lei é algo bem guardado, entranhado em sua própria essência.

Maria Helena Diniz, ao resumir a hermenêutica como a teoria científica da arte de interpretar, completa que é uma ciência que compila o conjunto de princípios e normas que norteiam a interpretação jurídica (DINIZ, 2005).

Ao criar regras para serem seguidas pelo intérprete, a hermenêutica não deixa de conter um aspecto normativo: as regras são postas socialmente como direções para a ação do intérprete, como regimentos de conduta a serem seguidas como adequadas para a ciência jurídica.

Apesar da indissociável relação que existe entre os termos, interpretação e hermenêutica não se confundem. Categoricamente faz-se a distinção atribuindo à primeira a noção de técnica, enquanto que a segunda é associada à ideia de ciência, é a *ciência de interpretação* das normas jurídicas.

A hermenêutica seria entendida como a teoria da interpretação dos sinais, não sendo, pois, a interpretação em si (SEGANFREDDO, 1981). Carlos Maximiliano cita que hermenêutica é algo superior à interpretação, assim como a teoria das cores é algo superior á arte de combiná-las. Interpretar é a arte de determinar o sentido e o alcance das formas sensíveis, materiais, do Direito (MAXIMILIANO, 2007).

Interpretar, por sua vez, é extrair um significado de um texto, fazendo um caminho inverso ao do legislador: do abstrato procura chegar a preceituções mais concretas, o que só é factível ao se extrair o exato significado da norma. Neste sentido, complementa Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2012):

Busca a interpretação estabelecer o sentido objetivamente válido de uma regra de direito. Questiona a lei, não o direito. Objeto de interpretação é, de modo genérico, a norma jurídica contida em leis, regulamentos ou costumes. Não há norma jurídica que dispense interpretação.

Em conclusão, se hermenêutica é a ciência que delimita a arte de interpretar, a interpretação em si é atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto.

Passos adiante, a importância da hermenêutica para o Direito vai muito além do simples debate teórico, pois para o exercício da subsunção (aplicação do Direito ao fato da vida) é necessária uma interpretação para saber qual a norma que incide sobre o caso *sub judice*, ou melhor, para determinar a qualificação da matéria fática sobre a qual deve incidir uma norma geral. A subsunção está, portanto, condicionada por uma prévia escolha de natureza axiológica entre as várias interpretações possíveis.

Fala-se em várias interpretações porque a hermenêutica não apresenta uma regra interpretativa única para a leitura dos textos normativos. A afirmação chega a ser desalentadora, pois, com respeito à superioridade que possa demandar cada um dos métodos de interpretação jurídica, nenhum oferece uma receita infalível para estabelecer o sentido preciso da lei (BONAVIDES, 2012).

Desta forma, a prévia escolha de um método pelo intérprete é pressuposto da leitura que será realizada da norma e como ela será aplicada em um determinado caso concreto. Se verificada uma discrepância entre decisões judiciais que analisam o mesmo fato sob a égide de idêntica legislação, provavelmente isto se deve ao caminho interpretativo utilizado pelo juiz para realizar a atividade de subsunção.

2.1. MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

O estudo da hermenêutica através do tempo resultou na estipulação de elementos básicos na interpretação da norma jurídica. Apesar de a atividade interpretativa ser

iminentemente um ato do sujeito enquanto intérprete, assim sendo subjetiva, a ciência hermenêutica teve a preocupação em estabelecer eixos centrais de interpretação.

Sem o escopo de exaurir a totalidade dos possíveis métodos interpretativos da norma jurídica, para o momento é possível firmar uma base sólida com a apresentação dos chamados elementos tradicionais de interpretação jurídica, os quais, na sistematização adotada no Brasil e nos países de Direito codificado, remontam à contribuição de Savigny (BARROSO, 2011). Assim, a interpretação da legislação com o intuito de se investigar e extrair um comando deve levar em conta o texto da norma (interpretação gramatical), sua conexão com outras normas (interpretação sistemática), sua finalidade (interpretação teleológica) e aspectos do seu processo de criação (interpretação histórica).

2.1.1. MÉTODO GRAMATICAL

A primeira interpretação que se faz de um texto normativo é justamente a busca pelo seu sentido literal. A interpretação gramatical funda-se nos conceitos existentes na norma e nas possibilidades semânticas das palavras que integram o seu relato. Vale ressaltar que os conceitos e possibilidades semânticas do texto figuram como ponto de partida e como limite máximo da interpretação (BARROSO, 2011).

Trata-se aqui de dominar o idioma em que a norma jurídica foi produzida e assim estabelecer uma definição, momento a partir do qual se busca fixar qual o sentido dos vocábulos do texto normativo.

Além de fixar o sentido de cada uma das palavras que compõe a norma jurídica, verifica-se também a sintaxe, observando a pontuação, colocação e escolha dos vocábulos dentre outros aspectos. Caso a expressão tenha um sentido comum e um sentido técnico deve-se dar preferência ao sentido técnico – a não ser que dentro do contexto daquela norma jurídica específica este sentido técnico não lhe seja adequado.

2.1.2. MÉTODO SISTEMÁTICO

A interpretação sistemática disputa com a teleológica a primazia no processo de aplicação do Direito (BARROSO, 2011). Através deste método se analisa a norma jurídica dentro do contexto em que ela está inserida, relacionando-as com as demais normas do mesmo sistema jurídico.

No entendimento de Glauco Barreira Magalhães Filho temos que a interpretação sistemática é a interpretação da norma à luz das outras normas e do espírito (principiologia) do ordenamento jurídico, o qual não é a soma de suas partes, mas uma síntese (espírito) delas (MAGALHÃES FILHO, 2002). A interpretação sistemática procura compatibilizar a partes entre si e as partes com o todo – é a interpretação do todo pelas partes e das partes pelo todo.

Como afirma Paulo Bonavides, graças a esse meio hermenêutico, é possível inquirir a norma em sua essência lógica, em conexão com as demais normas e, finalmente, referi-la a todo o ordenamento jurídico (BONAVIDES, 2012).

Começa naturalmente onde se concebe a norma como parte de um sistema – a ordem jurídica, que compõe um todo ou unidade objetiva, única a emprestar-lhe o verdadeiro sentido, impossível de obter-se se a considerássemos insulada, individualizada, fora, portanto, do contexto das leis e das conexões lógicas do sistema (BONAVIDES, 2012).

A interpretação sistemática ganha grande destaque quando considerada que todas as normas infraconstitucionais não podem ser interpretadas isoladamente, sem a incidência valorativa das normas contidas em outros regramentos legais e, principalmente, na Constituição Federal.

2.1.3. MÉTODO TELEOLÓGICO

O método teleológico tem por objetivo a interpretação da norma jurídica a partir do fim social que ela almeja. A norma jurídica seria um meio – ou o meio – adequado para se atingir um fim desejado. Chama-se teleológico o método interpretativo que procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento jurídico com a edição de dado preceito (BARROSO, 2009).

A Constituição e as leis visam resguardar certas necessidades e devem ser interpretadas no sentido que melhor atenda à finalidade para a qual foi criada. O legislador brasileiro, em uma das raras exceções em que editou uma lei de cunho interpretativo, agiu, precisamente, para consagrar o método teleológico, ao dispor, no art. 5º da Lei de Introdução ao Direito, que na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ele se dirige e às exigências do bem comum (BARROSO, 2009).

2.1.4. MÉTODO HISTÓRICO

Este método empreende uma análise pelo intérprete do contexto histórico em que a norma jurídica foi criada. São relevados os motivos que levaram à elaboração da legislação e quais os interesses dominantes que ela buscava resguardar.

O método traça toda a história da proposição legislativa, desce no tempo a investigar a ambiência em que se originou a lei, procura enfim encontrar o legislador histórico, as pessoas que realmente participaram da sua elaboração, trazendo à luz os intervenientes fatores políticos, econômicos e sociais, configurativos da *occasio legis* (BONAVIDES, 2012).

Faz-se a ressalva que a análise histórica desempenha um papel secundário, suplementar na revelação do sentido da norma. À medida que a Constituição e as leis se distanciam no tempo e na conjuntura histórica em que foram promulgadas, a vontade subjetiva do legislador vai sendo substituída por um sentido autônomo e objetivo da norma, que dá lugar, inclusive, à construção jurídica e à interpretação normativa (BARROSO, 2011), mais a frente adensadas.

O método histórico vê o Direito como sendo um produto do tempo em que se concretiza, oriundo da vida social e, desta forma, capaz de adaptar-se às novas condições e realidades sociais. Destaca-se, por fim, que não é utilizado de maneira isolada na interpretação e aplicação do Direito, pois uma verificação puramente histórica caberia ao historiador, e não ao jurista.

3. A HERMENÊUTICA DA CONSTITUIÇÃO

A hermenêutica aplicada aos princípios e regras constitucionais é mais complexa e ampla do que aquela no trato da lei comum. A Constituição, como norma basilar, possui a responsabilidade ímpar de estabelecer a organização do Estado e impor linhas gerais e imperativas a todas as demais leis.

A Constituição é, por consequência, um documento normativo que reside em posição de supremacia em relação ao restante do ordenamento jurídico, supremacia que diz-se formal e substancial (FACHIN, 2006). A supremacia substancial significa que determinados conteúdos, inscritos ou não na constituição, têm dignidade constitucional e, por conseguinte, ascendência sobre o restante do ordenamento jurídico. A supremacia formal implica em reconhecer que a Constituição escrita localiza-se em posição superior às demais normas do

ordenamento jurídico e que exige um procedimento específico para ser alterada. A conotação que se é conferida aos seus preceitos irradia toda sua força normativa ao restante das leis infraconstitucionais, razão pela qual a sua adequada interpretação é de tão grande importância.

Há de se dizer que à rigor não existe distinção de natureza entre a interpretação das normas constitucionais e a interpretação das demais normas do ordenamento jurídico, existem sim distinções decorrentes da peculiaridade das regras básicas, de seu conteúdo ou do aspecto material, mas que não devem afetar a essência da norma jurídica (BONAVIDES, 2012).

A interpretação das normas constitucionais, pelo caráter político de que se revestem em razão de seu conteúdo, se aparta, em importantíssimo ponto, da metodologia empregada para a fixação do sentido e alcance de outras normas jurídicas, cuja interpretação se move num círculo menos sujeito a incertezas e dificuldade como aquelas que aparecem tocante à norma constitucional (BONAVIDES, 2012).

Destarte, os mesmos elementos hermenêuticos da interpretação da lei infraconstitucional podem ser utilizados para extração dos comandos normativos previstos na Constituição. Os métodos clássicos, inclusive, também têm seu papel nesta tarefa.

A análise semântica do texto constitucional descreve particularmente o comando permissivo ou restritivo a ser aplicado em determinado caso concreto – são os limites da norma impostos pelo legislador constituinte; a interpretação histórica do contexto em que a Constituição foi elaborada e promulgada perfaz um indicativo de qual era a finalidade proposta pelos seus criadores, bem como é um indicativo da efetividade que deve ser perseguida pelo intérprete (interpretação teleológica); finalmente, a Constituição é a base e o fim de todo o ordenamento jurídico, ao ponto sua leitura, tanto interna, quanto frente às leis de menor envergadura, deve ser feita de maneira sistemática.

Mesmo que sendo uma tarefa árdua, a interpretação constitucional impõe ao intérprete a utilização de múltiplos métodos por uma linha de atuação que menos reflete uma opção preferencial por qualquer deles do que adesão a determinada postura ideológica (GRAU, 2012). Porém, apesar de tais considerações, por óbvio que o estabelecimento de critérios absolutos para a interpretação da Constituição se afigura como uma tarefa complexa, se não impossível (GRAU, 2012).

3.1. CRITÉRIOS ESPECIAIS DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Apesar de a interpretação constitucional seguir a linha geral apresentada pela hermenêutica para interpretação dos textos do Direito, a importância da Constituição para o ordenamento jurídico faz com que certos princípios lhe sejam peculiares, cuja observância mostra-se como condição *sine qua non* para que o intérprete faça uma correta leitura da norma nela insculpida.

Os preceitos peculiares da leitura constitucional apresentados na doutrina especializada sobre o tema variam conforme o jurista de sua autoria, contudo em essência não se dissociam àqueles citados por Canotilho em sua obra (CANOTILHO, 2003):

- Unidade da Constituição: a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas;
- Efeito integrador: na resolução de problemas jurídico-constitucionais, deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como o reforço da unidade política;
- Máxima efetividade: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior efetividade;
- Justeza ou conformidade social: os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário;
- Concordância prática ou harmonização: exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relações com outros;
- Força normativa da Constituição: entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.

Com uma leitura convergente dos princípios acima pode-se sintetizar que a aplicação das regras de interpretação para a Constituição deverá buscar a harmonização do texto constitucional com suas finalidades precípuas, adequando-as à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas.

Talvez o ponto de grande destaque quando se procede a interpretação do texto constitucional é a premissa de que ele se encerra em um verdadeiro e único código de regras e princípios, cuja significação destes não é obtível pela compreensão isolada de cada um, sendo necessário levar em conta que eles dialogam entre si. Disso resulta uma interferência recíproca entre as normas e princípios que faz com que a vontade constitucional só seja extraível a partir de uma *interpretação sistemática*.

Portanto, é essencial ao intérprete considerar que a constituição, além de ser um subsistema normativo em si, é também fator de unidade do sistema como um todo, ditando os valores e fins que devem ser observados em conjunto com o ordenamento (BARROSO, 2011).

Princípios que compõem um sistema jurídico-democrático, tais como a liberdade e a igualdade, têm que ser postos conjuntamente, em relação à dialética com a realidade, num debate de compromisso, em busca da solução mais adequada, evitando-se construções unilaterais ou unidimensionais, que importem em sacrifício de um princípio em proveito do outro: por exemplo, igualdade sufocando a liberdade, ou a liberdade reprimindo a igualdade (BONAVIDES, 2012).

Desta forma a interpretação de uma norma constitucional levará em conta todo o sistema, tal como positivado, dando-se ênfase, porém, para os princípios que foram valorizados pelo constituinte.

3.2. ABSTRAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO PRINCIPIOLÓGICA

A amplitude e complexidade da hermenêutica dos preceitos constitucionais se justificam na natureza da linguagem das Constituições, própria à veiculação de normas principiológicas e esquemáticas, o que faz com que aqueles apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica.

Esta característica inata à Constituição é resultado do movimento neoconstitucionalista que dominou o Direito durante o século XX. O paradigma neoconstitucional representou um marco de conversão da abordagem do direito no plano interno, com uma abertura maior para a dimensão axiológica, normalmente abandonada pela ótica positivista que consagra a ciência jurídica, afastando o direito dos valores (EMERIQUE, 2009). Com o neoconstitucionalismo ocorreu o reconhecimento da normatividade dos princípios (EMERIQUE, 2009).

Os princípios incorporados à ordem constitucional possuem grande grau de abstração, sendo que conceitos como os de igualdade, moralidade, função social da propriedade, justiça social, bem comum, dignidade da pessoa humana, dentre outros, conferem ao intérprete um significativo espaço para a discricionariedade.

O preenchimento do sentido dos princípios constitucionais poderá ser realizado com a utilização dos métodos hermenêuticos interpretativos já citados, porém, em alguns casos a simples interpretação não será suficiente para solucionar o vácuo normativo existente a determinado caso concreto. Deste modo, outro conceito relevante, especialmente no âmbito da interpretação constitucional, é o de construção. Por sua natureza, uma Constituição se utiliza de termos vagos e de cláusula gerais, e isso se deve ao fato de que ela se destina a alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto (BARROSO, 2011).

Quando houver obscuridade na solução normativa aplicada a determinado fato social, a plenitude do enunciado constitucional normativo dependerá da chamada atuação integrativa do intérprete, a quem cabe fazer valorações e escolhas fundamentadas à luz dos elementos do caso concreto. Essa função criativa do sentido das normas pelo intérprete dá margem ao desempenho de uma atividade criativa, que se expressa em categorias como a interpretação construtiva (BARROSO, 2011).

A interpretação construtiva consiste na ampliação do sentido ou extensão ou alcance da Constituição – seus valores, seus princípios – para o fim de criar uma nova figura ou uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente, ao menos não de maneira expressa. Significa tirar conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas (BARROSO, 2011).

O método concretista, que somente é possível em casos concretos, considera a interpretação constitucional uma concretização, admitindo que o intérprete, onde houve obscuridade, determine o conteúdo material da Constituição. Desse modo o teor da norma só se completa no ato interpretativo (BONAVIDES, 2012). A concretização gravita ai redor de três elementos: a norma que se vai concretizar, a “compreensão prévia” do intérprete (leia-se o conhecimento dos pressupostos de aplicação da norma pelo intérprete) e o problema concreto a resolver.

3.4. A EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

A Constituição, nascida a partir de dadas circunstâncias fáticas e históricas, contempla o *ser*, porém não escapa à função de um *dever-ser*. Expressa o *ser* porque, de certo modo, é produto de um contexto político e social existente. É *dever-ser* porque pretende conformar essa realidade, impondo-se como norma (FACHIN, 2006). A Constituição, como consequência, está intimamente ligada a uma expectativa que o legislador constituinte tem para com a sociedade, de modo que o comando normativo, quando interpretado e em seguida aplicado, deve produzir os efeitos esperados e transformar o *dever-ser* em uma realidade.

Essa concretização dos efeitos fáticos prospectados com a aplicação da norma jurídica é chamada de efetividade. Efetividade é o compromisso final da Constituição.

A ideia de efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo. Significa, em suma, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social (BARROSO, 2011).

Aqui cabe frisar que a terminologia de efetividade, apesar de próxima, é distinta das ideias de eficiência e de eficácia. Enquanto efetividade é sintetizada na concretização dos efeitos esperados com a norma jurídica, eficácia é a capacidade da norma de produzir efeitos, já eficiência é o desenvolver desses efeitos de maneira adequada.

Feito este aparte, o intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador (BARROSO, 2011).

Neste sentido, tal como apresentado quando dos princípios específicos da hermenêutica voltada à Constituição, a atuação do intérprete deve ser regida pelo princípio da máxima efetividade, também chamado de interpretação efetiva, e que pode ser formulado nos seguintes termos: “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê” (FACHIN, 2006).

A extensão máxima dos efeitos da Constituição depende inteiramente do método hermenêutico escolhido pelo intérprete para fazer a leitura do texto positivado. Por exemplo, enquanto uma análise gramatical pode ser capaz de restringir o alcance da norma, uma

sinergia com o contexto histórico em que a Constituição foi elaborada talvez seja suficiente para levar o sujeito cognoscente a interpretar o comando legal de maneira extensiva.

4. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A primazia da hermenêutica constitucional pela efetividade pode ser auxiliada de maneira contundente por uma seara jurídica que é muito pouco explorada pelos juristas voltados ao tema: a chamada Análise Econômica do Direito.

A ciência econômica há anos vem auxiliando a percepção do Direito de uma maneira nova, e até não poderia ser diferente, pois a Economia, tal como o Direito, igualmente se desenvolveu para explicar de maneira concreta e empírica as mais diversas relações humanas.

Historicamente, a inter-relação entre as Ciências teve início com a aplicação do raciocínio econômico para condutas antitruste e de regulamentação, que desde então tem sido expandida para trazer uma análise econômica (em graus variáveis) em todos os aspectos do currículo das escolas de Direito. Inobstante ocasionais dissidências, a junção de Direito e Economia é amplamente considerada como uma história de sucesso (WILLIAMSON, 2005).

A visualização do mundo jurídico sob este aspecto econômico notadamente pode-se dar em várias vertentes. Na contribuição do Direito para a Economia temos a regulação jurídica de certas áreas e práticas econômicas, como leis de regulação às relações de consumo, relações societárias, mercado de capitais, concorrência empresarial, leis antitrustes, etc. Na via inversa, da Economia para o Direito, é possível citar a análise do resultado comportamental com a aplicação de determinada lei, as circunstâncias e probabilidades para que um sujeito escolha entre o cumprimento ou descumprimento de um contrato, as chances de sucesso ou insucesso em um eventual e futuro litígio judicial, e tantas outras confluências possíveis.

Essa relação tornou comum que a Constituição Federal começasse a utilizar abundantemente termos da Economia, tais como desenvolvimento econômico, crescimento econômico, teoria econômica, escassez, produto nacional, capital, demanda, oferta, procura, pleno emprego, moeda, inflação, mercados, monopólio, oligopólio, concorrência e outros (FACHIN, 2006).

Mesmo que o Direito Econômico (regulação da Economia pelo Direito) e a Análise Econômica do Direito (estudo de fatos jurídicos através de noções econômicas) não se confundam, é um demonstrativo do diálogo com outras fontes que tem permeado a ciência do Direito nos últimos dois séculos (GICO JUNIOR, 2010).

No que diz respeito à Análise Econômica do Direito, a abordagem *juseconômica* investiga as causas e as consequências das regras jurídicas e de suas organizações na tentativa de prever como os cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alterarão seu comportamento caso esta regra seja alterada (TIMM, org., 2012).

Assim, a figura da lei, fonte de Direito, é entendida pela Economia não apenas como provedora da justiça, mas também incentivo para a mudança de comportamento e como instrumento para se atingir objetivos de eficiência e distribuição de riquezas (COOTER, 2010).

Como se passará a demonstrar, um dos principais fundamentos da Economia – a *eficiência* – pode ser criteriosamente utilizado como mais um elemento hermenêutico, auxiliando de maneira preciosa a atividade do intérprete na busca pela mais adequada leitura da Constituição.

5. O INCREMENTO DA EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL COM A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A questão central a ser respondida do presente trabalho é como a Análise Econômica do Direito – AED – pode contribuir como elemento hermenêutico para o aumento da efetividade das normas constitucionais.

Parte-se da premissa de que a AED pode ser sintetizada como o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do Direito. Com ela, aperfeiçoa-se o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências (GICO JUNIOR, 2010). É, assim, um potente ferramental para avaliar as consequências da aplicação de uma norma jurídica e prever se ela será efetiva.

A AED aplicada como método hermenêutico parte de o intérprete (1) identificar as possíveis alternativas normativas advindas das técnicas hermenêuticas e (2) investigar as prováveis consequências de cada uma para, a partir de então, (3) comparar os resultados obtidos sob critérios de eficiência.

Nas próximas linhas, como o raciocínio pode ser utilizado na prática.

5.1. HERMENÊUTICA APLICADA

Para fim didático, e inclusive coroar Análise Econômica do Direito como um método que não se restringe a temas jurídico-econômicos, os postulados da AED utilizada como elemento hermenêutico serão trabalhados de maneira aplicada, com o exemplo da disposição constitucional acerca ao reconhecimento e proteção da união estável prevista no artigo 226, §3º, na Constituição Federal ¹.

Em primeiro lugar, quando o intérprete se depara com determinado texto positivado na Constituição, deve fazer uma análise textual daquilo que se pretende interpretar. É o contato imediato com a norma jurídica e que lhe determina o objeto e os contornos previstos pelo legislador.

Com tal providência, sob a ótica do artigo 226, §3º, o intérprete pode deduzir pelo menos cinco assertivas: a união estável é reconhecida como entidade familiar; portanto merece guarnição no Estado; somente por ocorrer entre homem e mulher; não se confunde com casamento; a lei deve facilitar a sua conversão em casamento.

Contudo uma interpretação meramente textual das normas constitucionais é sempre considerada pobre, devendo ser acompanhada de outros elementos que venham a melhor elucidar o comando normativo.

Assim, após a análise gramatical, deve o intérprete realizar um cotejo teleológico do objeto interpretado. Rememora-se que o método teleológico observa a finalidade precípua insculpida pelo legislador na norma constitucional. É um conceito intimamente ligado com a efetividade, pois esta existe quando é concretizada a finalidade para a qual determinada lei fora criada.

No nosso exemplo, o reconhecimento da união estável no corpo da Constituição Federal se deveu ao volumoso número de casais que constituíam verdadeiramente uma unidade familiar sem, contudo, gozar dos direitos conferidos pelo instituto do casamento. Desta forma, a finalidade maior da lei foi garantir a fruição de direitos conjugais e patrimoniais àqueles que não estavam formalmente amparados pelo então Código Civil de 1916.

Até este momento a combinação entre a interpretação gramatical e teleológica já trazem várias conclusões sobre qual vem a ser o comando normativo previsto do texto legal. Contudo, uma das principais regras da hermenêutica constitucional, senão a principal, é que a

¹ “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

de que a interpretação sempre deve ser realizada de forma sistêmica, pois a Constituição se encerra em um corpo jurídico uno e conciso, do qual não é possível excluir a influência de um único elemento sobre os demais valores ou regras.

No que diz respeito à proteção constitucional à união estável, reconhecida a partir de então como entidade familiar, grande divergência sempre houve quanto à possibilidade de casais homoafetivos obterem o mesmo reconhecimento. A reticência para esta espécie de união ser acolhida pelo Direito levou a muitos debates doutrinários e ações judiciais com o intuito do reconhecimento das prerrogativas dos parceiros pelo Estado.

No caso, se uma análise meramente gramatical exclui essa possibilidade, pois o texto constitucional traz expressamente que a união estável se dá “entre homem e mulher”, e o elemento teleológico não auxilia para responder a dúvida lançada, a utilização do método sistemático, indispensável para a hermenêutica da Constituição, é fundamental para sacramentar que a união estável se estende sim a pessoas do mesmo sexo.

Tal qual decidiu o Supremo Tribunal Federal quando sedimentou a matéria ², não é possível ler o artigo 226, §3º, da Constituição Federal sem considerar o artigo 3º, inciso IV ³. O princípio fundamental veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, sendo que ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. Conforme expôs o Ministro Carlos Ayres Brito, Relator das ações, “o sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”.

Portanto, apesar de textualmente a Constituição dizer que união estável ocorre entre pessoas de sexos diferentes, a interpretação sistemática é suficiente para entender que tal passagem é meramente exemplificativa, podendo se dar também para casais homoafetivos.

Esta nova interpretação dada ao comando legal é reflexo do fenômeno da *construção* (acima citado) e de outro, ainda inédito neste trabalho, conhecido como mutação. A mutação constitucional por via de interpretação consiste na mudança do sentido da norma, em contraste ao entendimento preexistente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada (BARROSO, 2011).

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4277/ ADPF ° 132. Relator Min. Carlos Ayres Brito. J. 05/05/2011.

³ Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O que há de se indagar é se a partir deste momento, com a construção e a mutação advindas da interpretação hermenêutica sobre o dispositivo, a norma constitucional foi elevada à sua máxima efetividade.

Da mesma forma em que houve a sobreposição de elementos interpretativos para se concluir que o Estado garante proteção a união estável entre pessoas do mesmo sexo, sugere-se a partir de agora a incorporação da Análise Econômica do Direito para se verificar se a norma extraída do texto legal é mesmo efetiva ou se poderia ser lida de uma maneira mais completa.

5.2. A EFICIÊNCIA COMO ELEMENTO HERMENÊUTICO CONSTITUCIONAL

De início deve-se entender que, diferente do entendimento comum sobre o que vem a ser a Economia, esta ciência tem por foco a investigação do comportamento humano em um ambiente que os recursos são escassos. Acaso fosse diferente, houvesse plenitude de recursos para todos, não haveria por que fazer escolhas, pois tudo seria abundante. Como são realizadas essas escolhas é o que a Economia busca responder.

Toda escolha pressupõe alternativas possíveis e excludentes – ou seja, aquelas que serão preteridas. Como consequência, pode-se dizer que a alternativa que não foi escolhida é o ônus – o custo – daquela que o foi, pois é algo que poderia ter ocorrido, mas não vai. É o chamado *trade off* da escolha (IVO GICO, 2010).

Portanto, quando alguém se vê diante de alternativas possíveis, realizará o cotejo entre o custo/benefício do que se tem a ganhar e perder com cada uma delas, então optará por aquela que maximiza os seus resultados e deixará de lado aquela que lhe é menos benéfica.

O que se propõe é que o mesmo raciocínio seja realizado na interpretação da norma constitucional para se primar pela efetividade. A aplicação deste conceito para a hermenêutica constitucional ocorre quando o intérprete, dentro dos resultados obtidos com os diversos métodos interpretativos, escolhe por aquele que possui a maior eficiência. O caminho para tanto é o que será desvendado.

Pode-se verificar no tópico anterior que cada elemento interpretativo que incidia sobre o texto constitucional lhe acrescentava ou diminuía um significado. Acaso o intérprete ao analisar o artigo 226, §3º, da Constituição Federal conferisse mais importância à análise gramatical do que aos demais elementos hermenêuticos, ou mesmo realizasse uma verificação sistemática sem antes promover o entendimento teleológico da norma, teria por conclusão que

apenas casais heterossexuais poderiam ter reconhecida sua união estável nos termos da lei. É uma questão de escolha entre as interpretações possíveis, nos exatos termos acima.

A escolha do agente pela melhor forma de interpretação será por aquela mais efetiva. Na possível dúvida sobre qual interpretação confere maior efetividade à norma constitucional, será efetiva quando também for eficiente sobre o ponto de vista da Análise Econômica do Direito.

Em outras palavras, a escolha pela melhor interpretação da norma constitucional, aquela que possui mais grau de efetividade, também é possível de ser realizada através dos critérios de eficiência trazidos pela Economia.

Para tanto, cumpre ao intérprete conhecer que o conceito de eficiência para a ciência econômica é comumente elaborado sob dois critérios principais: *Pareto* e *Kaldor-Hicks*.

No que diz respeito à eficiente circulação da riqueza, o critério usual é o proposto por Pareto, segundo o qual os bens são transferidos de quem os valoriza menos a /quem lhes dá mais valor. O economista considera que a mudança é eficiente, numa sociedade, quando alguém fica melhor do que anteriormente com a mudança de alguma atribuição de bens anterior, sem que ninguém fique pior.

Outro critério proposto para avaliação da eficiência é desenvolvido por Kaldor e Hicks que, partindo de modelos de utilidade, tais como preconizados por Bentham, sugerem que as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem estar ao maior número de pessoas (STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, 2005).

O critério de Pareto seria aquele em as modificações em uma determinada sociedade melhoram a situação para alguém sem que haja a piora na situação de outrem (RIBEIRO; GALESKI, 2009), é, desta forma, um conceito que busca uma situação de equilíbrio.

Já a eficiência perante o critério de Kaldor-Hicks se dá quando em determinada alteração o proveito obtido por quem ganha permite compensar os prejuízos de quem perde (RIBEIRO; GALESKI, 2009). Prega a maximização de resultado a alguém desde que esse ganho compense o que outro perdeu.

A decisão sobre qual dos dois critérios deve ser utilizado depende inteiramente do caso concreto, pois, avaliando que a aplicação e interpretação da norma constitucional tem acima de tudo um escopo deontológico, utilizar um critério de eficiência sem que ele possa se amoldar o objeto interpretado pode vir a desvirtuar justamente o elemento teleológico da norma.

A efetividade da norma constitucional, então, poderá ser alcançada quando as modificações por ela implementadas melhorarem a situação de alguém sem prejudicar a de

outrem ou, quando necessário, que os ganhos de um possam compensar os prejuízos de outrem.

Pelo raciocínio inverso, a norma não será efetiva quando não melhorar a situação pretérita de um dos atingidos pela sua eficácia ou, em segunda análise, quando os benefícios conferidos a alguns não puderem compensar os prejuízos sofridos por outros.

No exemplo utilizado para ilustrar a hermenêutica não é factível utilizar o critério de Kaldor-Hicks porque não há uma proporção entre perdas e ganhos na interpretação da norma sobre a união estável na Constituição, apenas ganhos. Desta feita, a eficiência na norma interpretada deve ser medida pela máxima proteção conferida àqueles que vivem em união estável, ou seja, utiliza-se o critério de Pareto. Quanto mais abrangente o alcance da norma, mais eficiente, porque mais pessoas ganham; quanto mais eficiente, mais efetividade da norma constitucional.

No caso citado a leitura gramatical da norma já seria em parte eficiente, pois a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 a proteção a esta unidade familiar passou a ser fundamental ao Estado. Pelo critério de Pareto, todos os homens e mulheres que viviam em situação idêntica teriam um incremento em sua proteção jurídica.

Contudo, mesmo diante da verificada eficiência da interpretação gramatical, pergunta-se: é possível interpretar a norma de modo que alguém fique em situação melhor sem que ninguém fique em situação pior?

O contexto social brasileiro se alterou substancialmente nos quase 25 anos desde que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, vindo a mostrar de forma cada vez mais flagrante que uma parcela da população estava à margem da interpretação restritiva do artigo 226, §3º. Isto porque os pares homoafetivos foram paulatinamente incorporados ao panorama social e inclusive aceitos como uma unidade familiar, porém que não viam reconhecidos os seus direitos civis, tal como já ocorria com os companheiros heterossexuais.

Como já afirmado, a leitura da Constituição Federal com a utilização da interpretação sistemática foi o suficiente para remediar a discriminação e proteger todos os casais, independentemente da orientação sexual. Esta interpretação redundou em abranger mais pessoas pelo elemento finalístico da norma jurídica, o qual, *in casu*, é reconhecer o instituto como merecedor da proteção civil, à exemplo dos direitos sucessórios conferidos também aos companheiros, assim como às pessoas casadas.

A fundamentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para julgar as ações que tratavam sobre o tema foi calcada no diálogo que deveria existir entre o artigo 226 e o artigo 3º, inciso IV, ambos da Constituição Federal. Contudo, na oportunidade poderia o Tribunal

também justificar o posicionamento na máxima efetividade da norma constitucional, a qual, segundo critérios da hermenêutica constitucional através do elemento da eficiência econômica, seria atingida com a abrangência da proteção prevista na norma jurídica ao maior número de pessoas e situações.

O mesmo raciocínio da eficiência como critério de escolha do mais adequado método interpretativo pode ser utilizado em várias oportunidades. A eficiência segundo Kaldor-Hicks é uma grande ferramenta, por exemplo, na interpretação de normas constitucionais quando, em uma análise sistemática, verifica-se uma colisão com outro direito constitucional.

A máxima efetividade da norma é medida pelo maior alcance de suas finalidades. Pode ocorrer, porém, de o alcance da norma invadir a seara de proteção jurídica de outra regra ou princípio constitucional. O intérprete, nesta hipótese, poderá socorrer-se em duas soluções - subsidiárias uma da outra, sendo que a segunda é a eficiência de Kaldor-Hicks.

A interpretação da garantia constitucional à proteção da intimidade encontra bloqueio onde começa a proteção à vida, contudo se deita em maior extensão sobre o direito à liberdade de expressão. Assim, a primeira solução do intérprete para marcar a efetividade das normas constitucionais é compreender que elas têm valores jurídicos distintos, regrados por ideais axiológicos que indicam às pessoas quais são os mais caros. Deste modo, quando o jurista interpreta a garantia constitucional à intimidade, o alcance de sua finalidade (efetividade) vai até onde conflita com outro princípio de maior valor jurídico. A efetividade de uma norma termina onde começa a da outra.

Por outro lado é possível verificar que existem casos em que os valores contidos em normas jurídicas conflitantes são aparentemente parelhos, oportunidade em que é possível a utilização do critério de Kaldor-Hicks como elemento hermenêutico.

A interpretação gramatical e teleológica do artigo 225 da Constituição Federal ⁴ resulta na afirmação indelével de que o Meio Ambiente deve ser salvaguardado a qualquer custo. Já a interpretação sistemática mitiga a proteção ambiental integral em prol de outros dizeres constitucionais, como em relação à exploração de recursos naturais estabelecida no artigo 176, também da Constituição Federal ⁵. Neste caso, utilizando-se da eficiência de Kaldor-Hicks, o intérprete deve extrair do artigo 225 que o Meio Ambiente possui suma proteção, mas que grande *utilidade* na exploração de recursos naturais, verificada *in concreto*,

⁴ Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁵ As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

poderá *compensar* os danos ambientais causados. A efetividade de uma norma vai até onde por compensar a retroação de outra.

Em tais possibilidades reside a aplicação da eficiência segundo critérios da Análise Econômica do Direito como elemento hermenêutico para interpretação da Constituição.

6. CONCLUSÃO

Não há como se aplicar o Direito sem antes interpretá-lo. A letra crua da lei positivada em codificações ou legislações esparsas não tem o condão de indicar sumariamente ao jurista qual o comando legal previsto pelo legislador. É preciso antes de tudo interpretar, extrair do texto a verdadeira norma jurídica, incrustada muitas vezes embaixo de significados dúbios ou interesses não tão bem explícitos.

A correta leitura da norma jurídica depende de que ele seja iluminada por uma luz branca, resultante da combinação de todas as cores (métodos) que são propiciadas pela ciência da interpretação, a hermenêutica.

A árdua tarefa de se interpretar o Direito foi refletida de maneira apenas indicativa no presente trabalho. A hermenêutica é uma ciência de vários princípios e regras que não poderiam ser compilados em um único artigo. Contudo, indicou-se de maneira precisa a importância dessa ciência para o conhecimento jurídico e como ela pode ser aplicada concretamente.

O tema ganha contornos de maior complexidade quando se volta à letra da Constituição, cujo corpo jurídico transformou-se em um código de natureza principiológica, mutante no tempo e adaptável pelo seu intérprete. A sua relevância é de igual medida porque aqui a interpretação da norma não é só imediata à Constituição, mas também mediata a todo o ordenamento jurídico nela subsistente. O intérprete tem, portanto, um grande poder nas mãos quando exerce a atividade cognitiva interpretativa da Constituição.

Apesar de a interpretação constitucional fundar-se nos mesmos métodos hermenêuticos aplicáveis à legislação de menor calibre, contém princípios norteadores que lhe propicia contornos próprios. Neste ponto se fala da interpretação sistemática, da supremacia da Constituição, da força normativa e, principalmente, da primazia pela máxima efetividade.

A concretização das finalidades contidas na norma constitucional, denominada efetividade, deve ser sempre um objetivo do intérprete, de modo que o comando legal se torne algo factível e com amplo alcance em benefício da sociedade.

A proposta do presente trabalho surge no mesmo instante que a indagação sobre como escolher a interpretação constitucional mais efetiva.

Os métodos clássicos e contemporâneos da hermenêutica podem ser aplicados como lentes ao texto constitucional, sendo que cada ponto de vista, seja ele isolado a um elemento interpretativo ou através de elementos sobrepostos, traz uma leitura diversa do que vem a ser a norma jurídica.

A interpretação mais efetiva da Constituição torna-se desta forma uma questão de *escolha* do intérprete, cuja análise é a especialidade de uma terceira ciência que também pode confluir com o Direito e a Hermenêutica: fala-se da Economia, especialmente aplicada ao mundo jurídico, através da Análise Econômica do Direito.

Sob o aspecto da Análise Econômica do Direito, dentre possibilidades interpretativas distintas, o jurista escolhe a mais adequada de acordo com critérios econômicos. Assim, considerando o mote da interpretação constitucional, o benefício que explica a escolha do agente é a maior efetividade da norma interpretada.

Por sua vez, para escolher a interpretação mais efetiva, a proposta aqui lançada é a utilização da *eficiência* segundo critérios da Análise Econômica do Direito em conjunto a demais elementos hermenêuticos.

A metodologia para uso da eficiência como elemento hermenêutico é simples.

Dependendo dos métodos utilizados o intérprete chegará a conclusões distintas sobre qual é norma contida no texto constitucional. A partir destas conclusões, aplica-se os critérios econômicos de eficiência. Propõe-se que quanto mais eficiente a interpretação, maior a efetividade da norma constitucional.

Apresenta-se que pelo critério de Pareto será eficiente aquela interpretação que tornar mais abrangente o alcance da finalidade para a qual a norma foi criada. Quanto mais pessoas forem contempladas pelo benefício jurídico insculpido na norma, sem que outras tenham prejuízo, maior será a efetividade constitucional.

Outra possibilidade é a utilização de um segundo conceito de eficiência (Kaldor-Hicks) para compreender qual o alcance da norma interpretada quando há colisão com outro direito constitucional, especialmente quando há valores jurídico-sociais similares entre eles.

O conceito de que a eficiência se alcança quando os ganhos compensam as perdas pode ser utilizado para a interpretação de bens jurídicos por vezes antagônicos, como propriedade e meio ambiente, intimidade e liberdade de expressão, autonomia privada e dignidade da pessoa humana. Será efetiva aquela interpretação que, quando encontrar a colisão com outra norma constitucional, compensa a sobreposição de uma sobre outra.

De todo o exposto, em linhas gerais, se deduz que a hermenêutica assim como o Direito é uma ciência em constante transformação, a qual pode dialogar com outras fontes que há pouco tempo pareciam intangíveis, como a Economia. Nesta toada, a eficiência incorporada pela Análise Econômica do Direito é uma importante aliada naquilo que a ciência da interpretação deve primar, que é a máxima efetividade da Constituição.

7. BIBLIOGRAFIA

- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277**. Relator Min. Carlos Ayres Brito. J. 05/05/2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF ° 132**. Relator Min. Carlos Ayres Brito. J. 05/05/2011.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição** Coimbra: Coimbra, 1991.
- COELHO, Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 182.
- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e Economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- EMERIQUE, Lilian Balmant. **Neoconstitucionalismo e direitos sociais: um contributo para a luta contra a pobreza**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado: FAPERJ, 2009.
- FACHIN, Zulmar. **Teoria geral do direito constitucional**. 2ª ed. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)** - 15ª ed. São Paulo: Malheiros. 2012.
- GICO JUNIOR, Ivo. **Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito**. Economic Analysis of Law Review – EALR, v.1, nº1, 2010.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica Jurídica Clássica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos**: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 88.

SANTOS, Angeli Dias dos; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Org. **Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional**. Birigui, SP: Editora Boreal, 2012.

SEGANFREDDO, Sonia Maria Saraiva. **Como interpretar a lei: a interpretação do direito positivo**. Rio de Janeiro: Rio, 1981.

STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio (org.). **Direito & Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TIMM, Luciano Benettiv(Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

WILLIAMSON, Oliver. **Why law, economics, and organization?** Annu. Rev. Law Soc. Sci. 2005. 1:369–96.