A ECONOMIA CONSTITUCIONAL COMO MÉTODO DE CONSTRUÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL: UMA APLICAÇÃO DA LAW & ECONOMICS

CAROLINA LEISTER [(*)]

***RESUMO**: O presente estudo tem por objeto abordar a construção e a delimitação das duas principais instituições sociais do mundo moderno voltada para a solução de problemas cooperativos, o Estado e o Mercado, ou, noutras palavras, os setores público e privado. Considera-se, pois, que setores público e privado são inversamente proporcionais em termos das dimensões relativas que podem vir a assumir. Com base nessas ilações, verifica-se que as constituições nacionais chamam para si o papel de fiel da balança resolvendo as lides insurgentes do conflito engendrado da tendência natural desses dois setores expandirem-se um sobre o outro, assomando-se a esta tarefa aquela de incorporar a dinâmica à estrutura constitucional, de modo a admitir múltiplas combinações dos setores público e privado no seio da mesma Constituição viabilizando arranjos institucionais variados entre os dois setores, portanto, admitindo múltiplos equilíbrios possíveis ao longo do tempo, cada qual insculpido como solução ótima para resolver específicos problemas cooperativos enfrentados por um Estado-Nação tanto no âmbito interno quanto internacional. Neste sentido, a teoria da Economia Constitucional oferece uma abordagem teórica e instrumental para definir e redefinir os tamanhos relativos do Estado e Mercado sob a perspectiva de instrumentos econômicos, em especial com o uso das noções de custo, externalidades e da Caixa de Edgeworth.*

***PALAVRAS-CHAVE**: Estado; Mercado; Economia Constitucional; Constituição; problemas cooperativos.*

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto abordar a construção e a delimitação das duas principais instituições sociais do mundo moderno voltada para a solução de problemas cooperativos, o Estado e o Mercado, ou, noutras palavras, os setores público e privado. Na modernidade, essas instituições sociais gizam suas fronteiras e abrem ensanchas dentro dos Estados-Nação, sendo definidos e desenhados pelas constituições nacionais, que, impende ressaltar, cumprem a ingente tarefa de delimitar os tamanhos relativos dos setores público e privado[1]. De se ressaltar que tanto o setor público quanto o privado, apresentam, ínsito ao seu *modus operandi*, a tendência natural a desbordarem sobre os limites do outro setor, *verbi gratia*, o setor público procurando capturar para si uma maior proporção do PIB em detrimento do montante que caberá ao setor privado, e vice-versa, quer dizer, o mesmo empenho sendo realizado pelo setor privado para aumentar seu tamanho relativamente ao setor público.

Considera-se, pois, que setores público e privado são inversamente proporcionais em termos das dimensões relativas que podem vir a assumir, *i.e.*, quanto maior o tamanho do setor público em um dado Estado-Nação, menor o

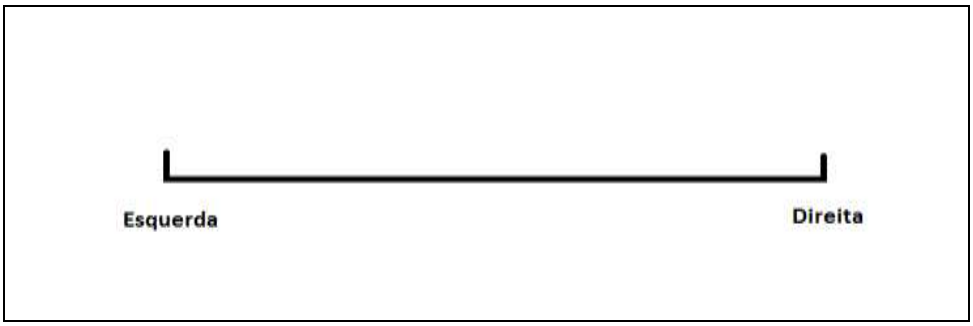
(*) A autora, Ana Carolina Corrêa da Costa Leister, é professora da Escola Paulista de Política, Economia e Negócio da Universidade Federal de São Paulo (EPPEN-UNIFESP). Graduada em Psicologia, Filosofia e Direito (USP); Mestre e Doutora em Filosofia (USP). Em seu pós-doutoramento pelo Departamento de Economia da FEA-USP aplicou a teoria da regulação derivada do programa de pesquisa da Economia Constitucional e da Law & Economics aos mercados de capitais e de inovação tecnológica no intuito de tratar das falhas de mercado inerentes a esses dois mercados, respectivamente, assimetria de informação e comportamento de free-rider.

1 Nesse particular, mesmo o lícere dos direitos cumpre função instrumental na definição dos tamanhos relativos dessas duas instituições sociais, Estado e Mercado.

tamanho de seu setor privado. Com base nessas ilações, verifica-se que as constituições nacionais chamam para si o papel de fiel da balança resolvendo as lides insurgentes do conflito engendrado da tendência natural desses dois setores expandirem-se um sobre o outro, assomando-se a esta tarefa aquela de incorporar a dinâmica à estrutura constitucional, de modo a admitir múltiplas combinações dos setores público e privado no seio da mesma Constituição viabilizando arranjos institucionais variados entre os dois setores, portanto, admitindo múltiplos equilíbrios possíveis ao longo do tempo, cada qual insculpido como solução ótima para resolver específicos problemas cooperativos enfrentados por um Estado-Nação tanto no âmbito interno quanto internacional.

2 COMBINAÇÕES INSTITUCIONAIS ESTADO-MERCADO

A procedência do enfoque ora adotado pode ser encontrada nos trabalhos de Downs ([1957] 1999), para quem as decisões eleitorais são reduzidas a um espaço unidimensional esquerda-direita, e a decisão coletiva ótima, dadas as preferências dos eleitores – quaisquer que sejam elas –, e a decisão engendrada sob o princípio majoritário, é aquela envolvendo um *mix* entre os setores público e privado. Traduzindo a perspectiva de Downs para os termos da Economia Constitucional, a decisão coletiva em apreço é aquela envolvendo a escolha de uma Constituição nacional, e, por aí, restringindo o conjunto oportunidade dos possíveis arranjos Estado-Mercado, e não, como em Downs, acerca da escolha de representantes do povo no poder[2]. Downs reduz toda decisão política a um espaço unidimensional designado espectro ideológico esquerda-direita.



A direita representa a ideia de que toda atividade econômica é deixada a cargo da economia de mercado e é operada por um mecanismo descentralizado. A esquerda representa a economia totalmente planejada pelo Estado. Supondo Downs que os partidos formam o conjunto oportunidade de alternativas disponíveis à escolha do eleitor e que podem ser representados como pontos nesse espaço, pergunta-se ao eleitor se ele prefere que bens e serviços sejam oferecidos por meio do setor privado ou por meio do setor público. Supondo válido o axioma da convexidade, que é adotado para modelar as curvas de indiferença na teoria do consumidor, dessume-se do referido axioma que os consumidores preferem uma combinação de bens a um único bem, portanto, que o eleitor prefere que parte dos bens e serviços seja ofertado pelo Estado e parte pelo Mercado.

A teoria econômica favorece essa conclusão, pois é cediço: (i) que bens públicos são subofertados pelo mercado, e, portanto, que ficando a oferta ao encargo do Mercado a demanda tenderá a ser maior que a oferta, por mor do comportamento do *free-rider*, como admoesta-nos Olson ([1965] 1999); (ii) que bens privados poderão ser ofertados em um nível ótimo em um mercado competitivo em razão da operação das leis de mercado, mas que muito provavelmente desequilíbrios entre oferta e demanda poderão advir caso bens privados sejam ofertados pelo Estado. Desta forma, por óbvio que o eleitor deverá preferir (no mínimo) que o Estado se obrigue na oferta de bens públicos ao passo que deverá preferir que bens privados sejam ofertados pelo mercado. A diferença entre as preferências dos

[2] Por óbvio, com as devidas proporções, a escolha de representantes do povo no poder é, igualmente, uma decisão envolvendo os tamanhos relativos dos setores público e privado, como demonstrou Downs ([1957] 1999).

eleitores se reduz a uma calibração fina no quanto cada um prefere de Estado e Mercado, mas que combinações de Estado e Mercado serão preferidas aos extremos, ou apenas Estado, ou apenas mercado.

Em Downs, a consequência dessas asserções reside no fato de que partidos de centro tenderão a ganhar mais eleições que partidos localizados nos extremos do espectro ideológico esquerda-direita. Por conseguinte, uma consequência do modelo de competição eleitoral de Downs, é que sob a regra majoritária, a política tenderá a ser dinamicamente centrípeta, *i.e.*, os partidos tenderão a adotar posições moderadas ou de centro, antes que polarizadas e extremistas. Traduzindo a sistemática eleitoral downsiana para o âmbito da assembleia nacional constituinte, as mesmas conclusões se seguem, ou seja, combinações Estado e Mercado tenderão a ser preferidas pelo poder constituinte a alternativas mais próximas dos extremos, seja avantajando o tamanho do Estado em detrimento do Mercado, seja empoderando este último à custa daquele. Nessa perspectiva a ideologia assume um significado pragmático antes que passional.

3 DO PROCESSO DECISÓRIO CONSTITUCIONAL: O PROBLEMA

Como supramencionado, o problema que temos em foco refere-se ao estabelecimento dos fundamentos lógicos para a escolha de uma Constituição. Por óbvio, a decisão acerca da Constituição não deve ser tomada como uma dentre tantas outras decisões coletivas, mas como aquela que assume precedência sobre as demais, posto se configurar na etapa de fixação das regras que conduzem o processo de tomada de decisão coletiva infraconstitucional. Tendo como foco a decisão quanto à escolha de uma Constituição, a Economia Constitucional, ramo da *Law & Economics* para o âmbito do direito constitucional, adota como pré-requisito na identificação de uma solução para o problema da escolha de uma Constituição o atendimento de seu pressuposto metodológico individualista, que sustenta que as decisões coletivas devem refletir as preferências e decisões individuais. Nesse mister, os teóricos discriminam dois tipos de decisão individual: (i) independente, aquela que não gera consequências para terceiros alheios à decisão; (ii) interdependente, a decisão individual que traz consequências para outro(s) indivíduo(s) que não seu agente.

A Economia Constitucional, ampliando o conceito de *externalidade* da economia, designa como tal todas as consequências de uma decisão que se espraiam sobre terceiros alheios à decisão tomada. Como na economia, essas externalidades podem ser classificadas como: (i) externalidades positivas, quando a decisão de um indivíduo gera benefícios para outros, *verbi gratia*, o trabalho voluntário em organizações da sociedade civil de assistência social; (ii) externalidades negativas, quando o resultado da decisão individual produz custos que recaem sobre outros indivíduos. Um exemplo deste último caso é a poluição produzida por uma indústria com a qual os moradores de seu entorno têm que conviver sem receber compensação pelo dano sofrido porque este custo não foi precificado[3]. Tendo por base, então, a classe das ações individuais interdependentes, leia-se, aquelas geradoras de externalidades, e, em particular quando se tratar de externalidades negativas, lides deverão advir.

Essas asserções introdutórias têm como propósito delimitar o problema que subsiste por trás da formulação de uma Constituição: separar as atividades envolvendo decisões individuais não geradoras de externalidades, ou cuja incorporação das externalidades no sistema de preços pode ser obtida sem maiores obstáculos pelo Mercado[4], das atividades geradoras de externalidades, especialmente as negativas, que passarão a ser reguladas pelo setor público, que tem por função internalizar essas externalidades precificando-as. A Constituição e todo o ordenamento jurídico infraconstitucional é, neste caso, a garantia dessa possibilidade de internalizar externalidades provenientes de decisões individuais interdependentes. Por meio da legislação uma série de decisões individuais (leia-se aqui também aquelas das empresas ou outros agentes do setor privado) envolvendo externalidades têm suas consequências

[3] Quando o custo da poluição industrial é incorporado ao sistema de preços, *i.e.,* ao valor final do bem produzido e a população prejudicada recebe esse valor como compensação pela fábrica por ter que suportar esse custo, a externalidade não mais subsiste, *i.e.*, é internalizada.

[4] Contudo, como admite Coase (1960), a internalização das externalidades pode ser empreendida na interação de mercado, portanto, independente do Estado, sempre que direitos de propriedade estão bem definidos e os custos de transação não são altos (teorema de Coase). É apenas na ausência dessas condições que o Estado deve atuar no sentido de internalizar externalidades.

deletérias precificadas. Tomemos um exemplo: na legislação penal brasileira, o *preço* ou *custo* de se cometer um homicídio são 6 a 20 anos de prisão, *in verbis*:

> **Art. 121.** – Matar alguém:
>
> Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

Trata-se, neste caso, de uma decisão (a de cometer um assassinato) que produz externalidades negativas e que, portanto, pela legislação deve ser punida. Inobstante, uma decisão pode, igualmente, gerar externalidades positivas, devendo ser, neste caso, incentivada e premiada. Referido incentivo pode ser implementado através, *verbi gratia*, de abatimentos e isenções fiscais, como é o caso dos incentivos proporcionados pela Lei Rouanet (Lei Nº 8.313/91) às empresas que investem em cultura. Caso todas as ações interdependentes puderem ser precificadas na legislação (ou mesmo através do mercado), todas as suas externalidades terão sido internalizadas.

4 O CONTRATO CONSTITUCIONAL

Verificamos que, na ausência do Estado, subsiste todo um conjunto de decisões individuais produtor de efeitos adversos que extrapolam a pessoa do agente. Vimos, ainda, que esse campo de decisões gerador de prejuízos sobre terceiros tem sido designado pela Economia Constitucional como o campo das decisões interdependentes. Destas, deriva-se o conceito de externalidade, que trata de toda decisão interdependente cuja internalização dos custos decorrentes da decisão sobre terceiros podem ser precificados. Caso a precificação seja possível, temos uma externalidade real, caso não, segundo Buchanan e Stubblebine (1962) a externalidade é apenas aparente, não real. Ainda, no caso de externalidade real, duas alternativas para sua internalização são admitidas: (i) internalização via acordos espontâneos entre os indivíduos via economia de mercado, quando direitos de propriedade estão bem definidos[5] e o custo de transação envolvendo a realização do acordo é baixo; (ii) internalização via acordos promovidos pelo Estado, na ausência das condições anteriores. Portanto, economia de mercado e Estado são instrumentos ou instituições essenciais na garantia da internalização de externalidades demonstrando serem instituições centrais na solução de problemas cooperativos[6]. Dessume-se, ainda, que para a Economia Constitucional a necessidade do Estado para solver problemas cooperativos extrapola sua função de definir e garantir os direitos de propriedade. Portanto, não há que se falar que a Economia Constitucional advoga em favor do Estado Mínimo.

Para além da definição e garantia dos direitos de propriedade, o Estado, nesta proposta, é chamado a atuar e sua função figura justamente na possibilidade de, por meio de sua atuação, minimizar problemas envolvendo ações interdependentes geradoras de externalidades que não podem ser sanados via economia de mercado. De sorte que, havendo possibilidade de promover melhorias envolvendo ganhos mútuos no *status quo* em que externalidades relevantes se fazem sentir, descortina-se um campo ou *setting* de decisões alocacionais, aquelas nas quais subsistem oportunidades de minimizar externalidades negativas para cada indivíduo relativamente ao seu *status quo*. Em outras palavras, sendo a natureza da interação a produção de externalidades, e havendo possibilidade de minimizá-las, surge a oportunidade de emergir a cooperação entre esses agentes por meio de um acordo coletivo, o contrato constitucional. Este contrato, acordado entre todos os indivíduos (ou, ainda, por meio de seus representantes na assembleia nacional constituinte) e a partir de uma decisão coletiva, tem como principal objetivo estabelecer uma Constituição que defina e limite o poder do Estado, fixando os tamanhos relativos das duas grandes instituições sociais envolvidas, modernamente, em problemas cooperativos. Como afirmado supra, o contrato é a oportunidade de estabelecer um jogo cooperativo entre os indivíduos, uma vez que possibilita, para cada indivíduo, a minimização de externalidades decorrentes de decisões individuais interdependentes.

---

5 Evidentemente a condição envolvendo direitos de propriedade bem definidos exige, de antemão, a existência do Estado.

6 Como se pode depreender desta análise, a teoria dos custos de transação de Coase, bem como a Economia Constitucional constituem-se em abordagens complementares. Coase sustenta que a empresa nasce em função dos custos de transação. A Economia Constitucional, por sua vez, elabora uma metodologia próxima aquela de Coase, sustentando a existência de custos de transação também nas decisões coletivas.

Assumindo que o campo de decisões interdependentes possa ser dividido em diferentes atividades, verificamos que a coletivização de uma atividade, leia-se sua regulamentação pelo setor público, será empreendida caso a internalização das externalidades não puder ser promovida por um acordo espontâneo das partes via economia de mercado. A coletivização, por sua vez, significa que a coordenação das decisões daquela atividade passa a ser gerenciada pelo Estado. Noutros termos, a escolha de uma Constituição, *i.e.*, o contrato constitucional envolve a decisão coletiva relativa a manter uma atividade desregulamentada e gerenciada pelas regras de mercado, ou, ao contrário, coletivizá-la, passando o Estado a promover a regulamentação das decisões tomadas naquele campo de atividades. A melhor compreensão acerca do que vem a ser o contrato constitucional ou a escolha de uma Constituição para a Economia Constitucional requer o reconhecimento de que subsistem dois níveis de decisão coletiva: (i) o nível constitucional, que corresponde à decisão coletiva envolvendo o contrato constitucional, e que determina, para além da coletivização de certas atividades, as regras de decisão coletivas que dirigirão as escolhas ulteriores para cada uma dessas atividades tornadas coletivas; (ii) o nível operacional, envolvendo todas as decisões políticas ordinárias ou infraconstitucionais tomadas a partir das regras acordadas no nível constitucional.

Com maior minudência, o nível constitucional inclui: (i) as decisões quanto à definição das atividades que devem ser coletivizadas ou mantidas desregulamentadas no setor privado, decisão esta que se define em função da possibilidade ou não de minimizar externalidades via Estado e quando acordos espontâneos parecem muito custosos; (ii) a seleção das regras de tomada de decisão que devem gerir cada uma dessas atividades tornadas coletivas; (ii) o tamanho da jurisdição que deverá legislar sobre cada campo de atividades tornado coletivo, se, *viz.*, municipal, estadual ou federal, considerando que a Economia Constitucional se posiciona em favor de uma maior descentralização, visto que considera que decisões coletivas tomadas em unidades menores atendem melhor às preferências dos indivíduos de uma dada localidade.

Por conseguinte, a Constituição engloba um conjunto de regras de decisão coletiva, cada uma selecionada para reger uma atividade coletivizada distinta. Assim, dependendo da importância da atividade para o indivíduo e dos custos que uma decisão coletiva imporia a ele no caso de suas preferências não serem contempladas com a decisão, diferentes regras de decisão coletiva são adotadas. Daí justifica-se as diferentes maiorias exigidas para tomar decisões em setores de atividade humana diversos, em função de sua maior ou menor importância para os indivíduos: (i) maioria qualificada de três quintos dos membros em duas votações em cada casa parlamentar exigida no Brasil, para reformas na Constituição, portanto, através de um processo solene e diferenciado para aprovar projetos de emendas à Constituição relativamente à legislação infraconstitucional; (ii) maioria absoluta para aprovar leis complementares que possuem campo de matéria reservada, *i.e.*, aquelas matérias que complementam ou explicam as disposições constitucionais garantindo a aplicabilidade dessas disposições ou que tratam de matéria de maior relevância definidas como tais explicitamente na Constituição; (iii) maioria simples, para aprovar leis ordinárias no Brasil.

A diferença nas maiorias exigidas para aprovar diferentes matérias indica que algumas delas requerem maior proteção para serem alteradas em função de sua relevância, como se posiciona a Economia Constitucional. No Brasil, *viz.*, se atribui maior proteção à matéria fiscal e tributária e aos direitos de propriedade, regulados no Brasil por lei complementar segundo disposto no Titulo VI – Da Tributação e do Orçamento, Constituição Federal brasileira, e devendo ser, segundo a abordagem buchano-tullockiana, regidas por processos decisórios mais solenes e rígidos que aqueles adotados nas demais decisões[7]. Destarte, é nesse primeiro nível, o nível constitucional, que corresponde à decisão quanto ao contrato constitucional, aquela decisão que fica nas mãos do poder constituinte, que essas regras de decisão coletiva devem ser selecionadas. Cito Rowley:

> 'Constitutional choices, however, do not concern policy issues as such but rather reach out to choices among alternative rules and institutions. (...) Individuals this will make a determination as to which activities shall be organized privately and which collectively, thus determining the range of collective action' (1993, p. 443 -445).

No nível operacional, por sua vez, uma vez definidas, no nível constitucional, as regras de tomada de decisão para cada uma das matérias ou atividades coletivizadas, tendo sido definidas as regras que governam cada uma das atividades ou matérias tornadas coletivas, novas decisões são tomadas subsequentemente, desta vez em um nível

[7] Isso porque é justamente por meio da alteração de matéria fiscal e tributária que se dá mais comumente a expansão estatal para além de seus limites constitucionalmente definidos.

infraconstitucional, devendo, inobstante, respeitar os imperativos e aditamentos firmados na Constituição para cada uma das atividades tornadas coletivas. Daí decorre a interpretação da Constituição como um processo de tomada de decisão, visto ser ela que fixa o enquadre para o *iter* decisório infraconstitucional.

Se no nível constitucional são definidas diferentes maiorias a serem exigidas para regulamentar matérias diversas, cabível a pergunta quanto a qual regra decisória deverá ser adotada no nível constitucional. Ou seja, pergunta-se agora sobre qual regra de decisão coletiva deverá ser adotada para operar no nível constitucional. No intuito de evitar a regressão infinita. Supondo infrutífera esta problemática, a Economia Constitucional adota a unanimidade como regra de decisão coletiva a ser tomada no nível constitucional para selecionar atividades ou matérias a serem coletivizadas ou não, para escolher as maiorias exigidas em cada matéria bem como as unidades jurisdicionais que terão competência para tratar de cada matéria. Mas adotar a unanimidade não importa unicamente em uma fuga da regressão infinita.

Adotar a unanimidade significa adotar uma regra de proteção ao indivíduo em face dos desmandos da coletividade. A unanimidade figura como instrumento de investigação para pesquisar o conjunto oportunidade envolvendo estados sociais e identificar *movimentos* ótimo-de-Pareto e *estados* Pareto-superior, aqueles nos quais ganhos mútuos podem ser auferidos. Por outras palavras, a unanimidade faz do contrato constitucional um movimento ótimo-de-Pareto, tornando o jogo constitucional um jogo de soma positiva para cada um dos indivíduos relativamente ao *status quo, i.e.*, fazendo com que o contrato constitucional que funda o Estado permita ganhos mútuos. É essa propriedade que confere à unanimidade seu estatuto privilegiado e sua operacionalização do pressuposto axiológico individualista, justificando sua adoção para este nível crucial da decisão coletiva, o contrato constitucional, *setting* eminentemente alocativo.

O desempenho da unanimidade permite a pesquisa de estados Pareto-superior e movimentos ótimo-de-Pareto[8] e evita a passagem de qualquer contrato constitucional que possam vir a prejudicar a posição de um único indivíduo, pois, se as decisões constitucionais implicam na anuência de cada indivíduo, e se é suposto que os indivíduos são todos autointeressados o que implica que não aceita ter sua posição piorada relativamente ao *status quo ante* (que poderíamos bem entender como sua posição pré-constitucional) com o jogo constitucional, somente decisões envolvendo ganhos mútuos passarão sob o crivo da unanimidade. O mecanismo ínsito à unanimidade que permite o controle de melhoramentos locais, quer dizer, no nível individual, sancionando apenas aqueles movimentos que garantam melhoramentos para cada um dos indivíduos, e, por aí, a possibilidade de se auferir ganhos mútuos, é o poder de veto imputado a cada um desses indivíduos.

Não obstante, é um truísmo a ideia de que a unanimidade dificilmente pode ser alcançada, dada a divergência de interesses entre os indivíduos. No intuito de apaziguar essas divergências de interesses e viabilizar a unanimidade, é que a Economia Constitucional separa os níveis constitucional e operacional. Expliquemos. Para o nível constitucional, a Economia Constitucional pressupõe que os indivíduos se encontram em uma *posição de incerteza*, desconhecendo previamente a posição que assumirá ao longo das questões que serão decididas ulteriormente naquela atividade, se coletivizada. Sob esta prerrogativa, acredita-se que seus interesses particulares possam ser colocados de lado enquanto este procede à análise das regras de decisão coletiva no intuito de optar por uma delas. Com essa estratégia, os teóricos acreditam ter resolvido o problema da revelação das preferências individuais. É essa posição aquela tomada por Hansjüngens, que sustenta ser o principal objetivo da formulação da hipótese da *posição de incerteza* no contrato constitucional, *vencer o problema da revelação de preferência* (*apud* Hansjüngens, 2000, p. 101), deixando para esse nível, o nível constitucional, a tomada das decisões básicas quanto à coletivização de certas atividades e às regras de decisão coletiva para reger aquelas atividades que serão coletivizadas, visto que as decisões tomadas no nível constitucional exigem uma análise mais propriamente técnica do desempenho das regras de decisão coletiva, e menos relacionada às preferências particulares sustentadas pelos indivíduos. Buchanan e Tullock, os fundadores da Economia Constitucional, afirmam:

> 'Agreement seems more likely on general rules for collective choice than on the later choices to be made within the confines of certain agreed-on rules' ([1962] 1971, p. 77). Grifo dos autores.

[8] As pesquisas econômicas envolvendo o estudo de trajetórias e de critérios de performance para avaliar trajetórias e minimizar perdas sociais provém da teoria do controle ótimo e da otimização dinâmica (Caputo, 2005). Nesse sentido, a unanimidade figura, na Economia Constitucional como critério de performance no sentido de ser capaz de avaliar a trajetória envolvendo um *continum* de decisões coletivas em termos de melhoramentos paretianos.

Na *posição de incerteza*, uma vez que o indivíduo não conhece de antemão sua posição social, e, portanto, suas preferências nas futuras decisões envolvendo uma determinada matéria, suas paixões, no que tange às decisões políticas ordinárias, são eclipsadas no nível constitucional.

Desta forma, o debate que se desenrola entre os indivíduos no nível constitucional no sentido de fixar as regras de decisão coletiva permanece sendo puramente técnico, *i.e.*, divergências são supostas existir tão somente no que tange a ponto de vista individual quanto ao desempenho das regras. Em última instância, a decisão quanto às questões tomadas no nível constitucional exigem mais a razão, antes que as paixões. Para a Economia Constitucional, o estratagema envolvendo a separação dos níveis constitucional e operacional que possibilita colocar o indivíduo em uma *posição de incerteza* constitui-se em um pré-requisito para a escolha das regras de decisão coletiva. Negá-la implica supor que o indivíduo é onisciente quanto à posição que deve ocupar em uma etapa ulterior às decisões constitucionais, quer dizer, nas decisões tomadas no nível operacional, de modo que suas escolhas no primeiro nível seriam orientadas por seus interesses particulares que somente poderão aflorar no segundo nível.

A interpretação da Economia Constitucional acerca de problemas cooperativos envolve a consideração de todo um subcampo de ações humanas nas quais subsistem externalidades, consequências que extrapolam o agente da ação. Dessas, é-nos de interesse as consequências adversas dessas ações, as externalidades negativas para as quais duas soluções são admissíveis: (i) a solução de mercado, por meio do acordo espontâneo entre as partes; (ii) a solução estatal, por meio de acordos promovidos pelo Estado. Caso direitos de propriedade encontrem-se bem definidos e os custos envolvendo a feitura do contrato (custos de transação) não superem os benefícios que se espera auferir deste, então o acordo espontâneo se constitui na melhor forma de internalizar essa externalidade negativa. Quando direitos de propriedade inexistem e custos de transação são altos, a alternativa é lançar mão do Estado para internalizar essas externalidades. Assim, a intervenção estatal para solucionar problemas envolvendo externalidades negativas é recomendada quando: (i) direitos de propriedade inexistem ou estão mal definidos, e, igualmente, (ii) os custos envolvidos na celebração do contrato são altos. Dadas essas condições, a função da Constituição é, justamente: (i) definir direitos de propriedade; (ii) mensurar os custos de transação e decidir pela melhor solução, manter a atividade privada ou coletivizá-la.

Ora, verificamos que uma das principais decisões (as primeiras delas) a serem tomadas no contrato constitucional é exatamente avaliar quando uma atividade ou matéria deve ou não ser coletivizada para, em seguida, definir a regra de decisão coletiva que deve embasar as decisões tomadas para essa atividade, se tornada coletiva, e, depois, finalmente definir a unidade jurisdicional competente para administrar a referida matéria. Da metodologia de custos é bastante conhecida a análise envolvendo custos de transação. Para a Economia Constitucional, o correlato dos custos de transação de Coase, são os *custos de decisão*. Cabe aqui abordar a questão da definição de direitos de propriedade. Do ferramental envolvendo a caixa de Edgeworth, dadas as dotações iniciais e uma vez pressupostas certas restrições sobre as preferências individuais, no caso, comparabilidade, transitividade, monotonicidade e convexidade que permitem representar suas preferências em termos de curvas de indiferença, aqui para estados sociais (compreendidos como cestas envolvendo arranjos institucionais diversos, *i.e.*, combinações variadas de setor público e privado), um ponto de eficiência paretiana sempre pode ser obtido por meio de trocas que envolvam ganhos para os dois indivíduos.

O conjunto de todos esses pontos de eficiência paretiana é chamado de curva de contrato, dadas todas as possíveis alocações de dotações iniciais para esses dois indivíduos. Assim, qual desses pontos será aquele selecionado dependerá, assumindo as restrições supraarroladas sobre as preferências desses dois indivíduos, da alocação da dotação inicial imputada a eles, quer dizer, do ponto de partida ou *status quo* em que se encontram esses dois indivíduos antes de terem inicio as trocas entre eles. Por conseguinte, a definição da dotação inicial ou de direitos de propriedade é essencial para determinar o específico ponto de contrato que será alcançado. Nesse sentido, o papel da Constituição é definir uma dotação inicial de direitos de propriedade a partir dos quais trocas envolvendo vantagens mútuas possam tomar lugar[9]. Para defini-la, podemos supor que algum critério ético se faz necessário para distribuir esses direitos entre os indivíduos de uma sociedade.

[9] Assim, para solucionar o caso envolvendo a externalidade *poluição*, primeiro são distribuídas cotas de carbono entre os países ou firmas, e, em seguida, é criado um mercado no qual créditos de carbono são trocados visando internalizar a externalidade produzida da poluição. Dessa forma, se direitos de propriedade encontram-se bem definidos, a possibilidade de trocas em um mercado para este bem subsiste ainda que seja ele um bem intangível.

Para a Economia Constitucional, e, em regra, para toda a concepção liberal fundada na abordagem da *Law & Economics* a qual aquela pertence, identifica-se como critério de justiça a igualdade de oportunidade, *i.e.*, a igualdade no ponto de partida. Nesse sentido, diferente do utilitarismo benthamita e de toda a escola de bem-estar social que procura esse critério de justiça no ponto de chegada, ou ainda, na superfície em que estão localizados os pontos ótimo-de-Pareto, para a Economia Constitucional e para a concepção liberal da *Law & Economics* a qual ela pertence como um de seus ramos, a igualdade enquanto critério de justiça social é colocada na origem, caracterizando-se como uma igualdade de oportunidade, tornando justificáveis as desigualdades que possam advir da trajetória de cada indivíduo. Assim, a proposta da Economia Constitucional diverge profundamente daquela advogada pela Economia de Bem-Estar Social, bem como de seu instrumental envolvendo a função de bem-estar social, visto que essa função visa identificar, dentre o subconjunto contendo pontos da fronteira paretiana, o melhor dentre eles, e deve fazê-lo apenas incluindo um critério ético forte acerca das comparações interpessoais de utilidade.

E, por sua vez, a garantia da igualdade no nível constitucional, quando deverá ser firmado o contrato constitucional, é a unanimidade, que figura como uma regra de distribuição igualitária de direitos, que são, pela unanimidade, direitos positivos e negativos, respectivamente: (i) o direito de participação (direito positivo), a partir da fórmula *um indivíduo, um voto*; (ii) o direito de veto (direito negativo), uma vez que cada indivíduo dispõe do poder de se opor àquelas decisões que possam impactar negativamente seu *status quo ante*[10]. De sorte que, convém ressaltar, a igualdade defendida pela Economia Constitucional é, prioritariamente, uma igualdade no ponto de partida, no momento em que se decide por um contrato constitucional, não no nível operacional. Não obstante, é preciso recordar-se que uma distribuição justa dos direitos de propriedade não é condição necessária para que uma alocação eficiente venha a ser auferida. A justiça ou equidade na distribuição dos direitos é justificada não pela via do critério de eficiência, mas em função do pressuposto individualista cujo desdobramento é a igual consideração de cada indivíduo, o que é operacionalizado por meio da unanimidade.

5 NOTAS FINAIS

O objetivo deste trabalho foi apresentar o contrato constitucional como a escolha envolvendo a definição dos tamanhos relativos dos setores público e privado. Essa escolha envolve a consideração de decisões interdependentes, leia-se, aquelas decisões individuais que acarretam consequências deletérias sobre terceiros que não o agente da decisão, designadas pela Economia Constitucional, em uma acepção mais ampla do conceito, de externalidades. Imbuída do propósito de minimizar externalidades negativas sobre os indivíduos, fundamento material último para a tomada de decisão no nível constitucional, adota-se para as decisões tomadas nesse nível a regra da unanimidade, por ser esta a única apta a realizar o controle local das decisões coletivas, *i.e.*, permitindo a avaliação individual das decisões coletivas tomadas no nível constitucional, e, por aí, possibilitando que o contrato constitucional possa ser caracterizado como uma decisão puramente alocativa, admitindo apenas decisões que se constituam em movimentos ótimo-de-Pareto.

REFERÊNCIAS

BUCHANAN, J.M., STUBBLEBINE, W.C. Externality. In.: *Economica*. New Series, Vol 29, nº 116, Nov., 1962, p. 371-384.

BUCHANAN, J. M., TULLOCK, G. The Calculus of Consent: Foundations of Constitutional Democracy. Ann Arbor, The University of Michigan Press, [1962] 1971.

CAPUTO, M. R. Foundations of Dynamic Economic Analysis: optimal control theory and applications. Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

COASE, R.H. The Problem of Social Cost. In.: *Journal of Law and Economics*, 1960, vol. 1.

DOWNS, A. Uma Teoria Econômica da Democracia. São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, [1957] 1999.

[10] Impende ressaltar que a regra majoritária fornece o direito de participação, mas não condiciona o direito de veto.

HANSJÜRGENS, B. The influence of Knut Wicksell on Richard Musgrave and James Buchanan. *Public Choice*, 103, 2000, p. 95-116.

OLSON, M. A Lógica da Ação Coletiva: Os Benefícios Públicos e uma Teoria dos Grupos Sociais. São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, [1965] 1999.

ROWLEY, C.K.. Public Choice Theory – Volume III – The Separation of Power and the Constitutional Publical Economy. E. Elgar Pub, 1993.

THE CONSTITUTIONAL ECONOMY AS A METHOD OF CONSTRUCTION OF CONSTITUTIONAL LAW: AN APPLICATION OF LAW & ECONOMICS

***ABSTRACT**: This study's purpose is to address the construction and delineation of two major social institutions of the modern world the state and the market, that solve problems of cooperation. It is considered, therefore, that public and private sectors are inversely proportional in terms of relative size that may take. Based on these conclusions, it appears that National Constitutions call for himself the role of the balance faithful labors insurgents solving the conflict caused the natural tendency of these two sectors to expand on one another, looming up to this task that the incorporate the dynamics of constitutional structure, so as to allow multiple combinations of public and private sectors within the same Constitution enabling institutional arrangements varied between the two sectors, thus admitting multiple equilibria possible over time, each one definite as a optimal solution for solve specific problems of cooperation faced by nation-state at both domestic and international. In this sense, the Constitutional Economics theory offers a theoretical approach and instrumental to define and redefine the relative sizes of the state and market from the perspective of economic instruments, especially with the use of the notions of cost, externalities and the Edgeworth box.*

***KEYWORDS**: State; Market; Constitutional Economics; Constitution; cooperative problems.*

Recebido para publicação em 12/05/2013.
Aceito para publicação em 30/06/2013.

Este trabalho foi licenciado sob uma Licença Creative Commons Atribuição 3.0 Não Adaptada.

Publicação original disponível em:
http://www.esdc.com.br/seer