

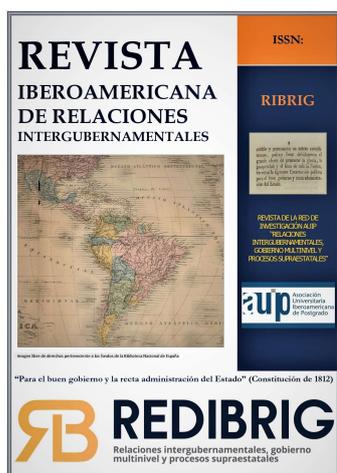
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: UN ESTUDIO DE LOS FALLOS 4357 Y 4425 BAJO MODULACIÓN DE LOS EFECTOS EN LA CORTE SUPREMA DE BRASIL

Adilson S. Santos

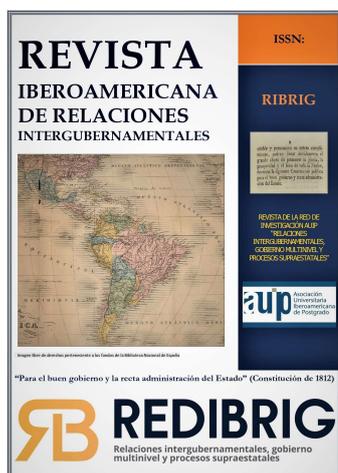
Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo de UNIDESC (Brasil)
adilson.santos@unidesc.edu.br

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA ESCUELA DE CHICAGO COMO PUNTO DE PARTIDA. III. LA CLÁUSULA DE PLENO DERECHO (FULL BENCH CLAUSE). IV. CONSIDERACIONES FINALES. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN: Este artículo aborda los aspectos relacionados con el control de constitucionalidad y el análisis económico del derecho, con el fin de analizar las sentencias de la Corte Suprema de Brasil en las Acciones Directas de Inconstitucionalidad 4357 y 4425, que utilizaron la modulación de los efectos que se analizan según el principio de eficiencia descrito por Pareto. Su objetivo es analizar los aspectos enumerados en la relación entre la economía y el derecho y sus implicaciones en los derechos fundamentales, cuya aplicación depende de instrumentos que se encuentran en las herramientas que la ciencia económica permite dentro de los aspectos jurídicos e institucionales contenidos en los problemas de judicialización. Esta perspectiva permite abordar la importancia de estos temas en la formación de un ordenamiento jurídico que represente la vigencia de los derechos. Para ello, y como base metodológica se utilizó el estudio de caso.



Para citar: A. S. Santos, "Control de constitucionalidad y análisis económico del Derecho. Un estudio de los fallos 4357 y 4425 bajo modulación de los efectos en la Corte Suprema de Brasil", *RIBRIG*, 2, 2021, 1-23.



ABSTRACT: This article addresses the aspects related to the control of constitutionality and the Economic Analysis of Law, seeking a study in the rulings decided by the Brazilian Supreme Court in Direct Actions of Unconstitutionality 4357 and 4425, which used in this institute the modulation of the effects being analyzed according to the principle of efficiency described by Pareto. Its objective is to analyze the aspects listed in the relationship between the economy and the law and their implications for fundamental rights whose application depends on instruments found in the tools that economic science allows within the legal and institutional aspects contained in judicialization problems. The perspective allows to address the importance of these issues in the formation of a legal order that represents the enforcement of rights. He used the case study as methodology.

KEY WORDS: Economic Analysis of Law; Constitutionality Control.

I. INTRODUCCIÓN

La presente discusión se centra principalmente en el análisis económico del derecho y su impacto en las decisiones sobre el control de constitucionalidad, ejercido por el Tribunal Supremo brasileño. La investigación examinará dos decisiones: Acción Directa de Inconstitucionalidad 4357¹ e la Acción Directa de Inconstitucionalidad 4425², cuyos contenidos son devueltos a la prueba que decidió la inconstitucionalidad de forma parcial del artículo 100 de la Constitución Federal brasileña de 1988. La inconstitucionalidad de la expresión “independientemente de su naturaleza”, contenida en el artículo 100, §12 de la Constitución Federal de 1988, se declaró en las Acciones de Inconstitucionalidad aquí mencionadas y estableció reglas generales para las órdenes judiciales de pago presentadas.

¹ Tribunal Constitucional, 26/03/2020, DJ Nr. 72.

² Tribunal Constitucional, 26/03/2020, DJ Nr. 72.

Siguiendo lo mencionado en el artículo 97, §10 de la Ley de Disposiciones Constitucionales Transitorias (Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias).

Poco después, la Corte Suprema brasileña en decisión plenaria tuvo que utilizar la modulación de los efectos de la decisión, que tomó en cuenta algunos aspectos del análisis económico del derecho, elaborado a partir de las ideas de Richard Posner (1979), como se explicará posteriormente.

En primer lugar, se hace imperativo realizar un acercamiento de las relaciones establecidas entre la ley y la economía, cuyo debate tiene por objetivo mover una estrategia de desarrollo de la justicia, basada en las características estructurales de una sociedad que discute las herramientas que la ciencia económica permite dentro de los aspectos legales e institucionales contenidos en la judicialización de las cuestiones del estudio.

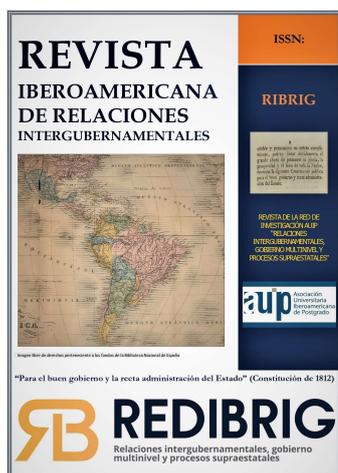
3

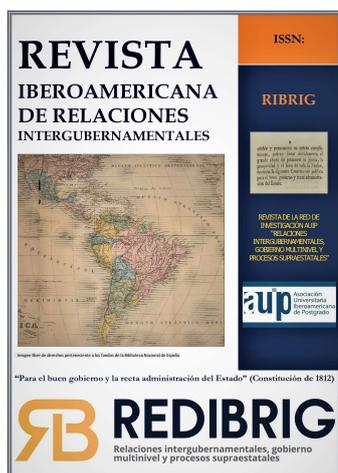
A continuación, se discutirá la cuestión del juzgado y sus interconexiones con la disciplina objeto de estudio. Para ello, se utilizará la metodología descriptiva, bibliográfica y electrónica contenida en libros del mencionado Tribunal Constitucional brasileño, con el fin de alcanzar la esencia y aplicación del contenido pretendido.

II. LA ESCUELA DE CHICAGO COMO PUNTO DE PARTIDA

Inicialmente, es necesario realizar un acercamiento a la escuela del análisis económico del derecho (análisis del derecho económico y economía), nacida en Estados Unidos, con fuerte influencia de la Escuela de Chicago.

Uno de los mayores exponentes del análisis económico en el derecho ha sido el profesor de la Facultad de derecho de Chicago, Richard Posner(1979),





y uno de los máximos exponentes, con la publicación de *Some Uses and Abuses of Economics in Law* en 1979, que presenta un análisis económico del derecho como un movimiento de pensamiento y cuya característica esencial es la aplicación de la teoría microeconómica neoclásica para el análisis de las principales instituciones y del sistema jurídico en su conjunto. (Posner, 1979: 282).

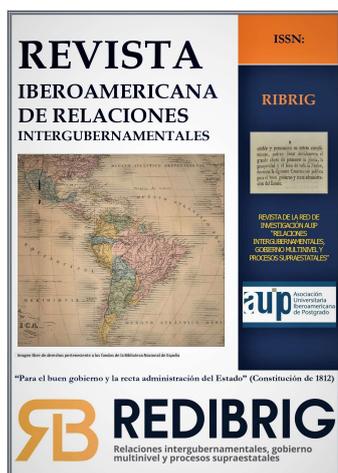
El análisis económico del derecho de Richard Posner está dividido en dos partes, que se remontan a la aparición de la economía como un campo distinto del estudio iniciado en el siglo XVIII. Una vertiente tiene sus inicios en el análisis económico que Adam Smith hace de las leyes que regulan los mercados, el "sistema económico", bajo el aspecto convencional. La otra parte pudo haber tenido su origen con el trabajo de Jeremy Bentham, en la generación siguiente a Smith, y consiste en el análisis económico de las leyes que rigen el comportamiento de accidentes, crímenes, contaminaciones, legales e ilegales y sus propios procesos políticos. De acuerdo con Posner:

4

The economic analysis of law has two branches, both of which date from the emergence of economics as a distinct field of scholarship in the eighteenth century. One branch, which dates back at least to Adam Smith, is the economic analysis of laws regulating explicit markets-laws regulating the "economic system" in the conventional sense. The other branch, which can be said to have originated with the work of Jeremy Bentham in the generation following Smith, is the economic analysis of laws regulating nonmarket behavior-accidents, crimes, marriage, pollution, and the legal and political processes themselves. (Posner, 1979: 282).

Aun así, Eduardo Stordeur hace hincapié en su importancia, puesto que desde la aplicación de sus principios es posible notar que las universidades de América Latina han incorporado contenidos y materiales

para completar programas de postgrado sobre el tema en cuestión. (Stordeur, 2011: 1).



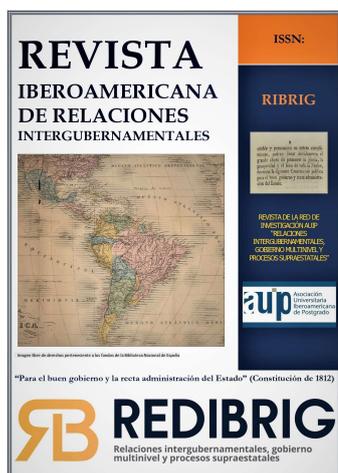
Sin duda, la importancia de la ciencia de la economía, de su desarrollo en el siglo pasado, no ha parado de ser reconocida. Es cierto que la economía juega un papel importante en la historia humana y es posible darse cuenta de que, en determinados momentos, como cuando la sociedad no estaba tan avanzada, siempre fue posible pensar en modelos que se pueden ajustar a los problemas de la oferta y la demanda, conforme lo discutido por esta ciencia. Sin embargo, puede deducirse fácilmente que la evolución de la sociedad industrial en gran parte gracias a la importante contribución que los estudios de la economía han desarrollado a lo largo del tiempo, con el fin de alcanzar su interrelación con otras ciencias.

Es posible afirmar que, con el paso del tiempo, la propia ley también se vio influenciada por la ciencia de la economía. Situaciones estas que implican la creación y redacción de las leyes por parte del legislador, así como la interpretación por parte del poder judicial en casos importantes, con reflejos en toda la sociedad, requieren varios conceptos económicos, como pueden ser el costo, la transacción de oportunidad, el abastecimiento de productos, etcétera.

Es posible vislumbrar que el trabajo de los operadores jurídicos implica la evaluación de modelos de ética y justicia y, sin embargo, no disponen de herramientas analíticas adecuadas para los exámenes más complejos de la aplicación del marco jurídico de manera sistemática. Con eso, la ayuda proporcionada por el economista se limita a describir conductas económicas, permitiéndole al operador del derecho predecir y visualizar los reflejos de los cambios, aplicados al contenido legal.

Stordeur, a este respecto, afirma que:

Es difícil conocer con precisión la naturaleza del razonamiento legal y de hecho no hay demasiado consenso acerca de qué procedimientos analíticos son los típicamente legales. Pero hay cierta “cultura” compartida entre los miembros de la profesión legal que les permite comprender de modo rápido y preciso las motivaciones de sus miembros y los coloca en una situación inmejorable para predecir resultados concretos de casos o un grupo limitado de casos. (Stordeur, 2011: 5).



Con este análisis, desde la segunda mitad del siglo XX, en los Estados Unidos de América, se desarrolló la *law and economics* o el análisis económico del derecho, que combina los aspectos de las ciencias económicas y jurídicas, y tiene como objetivo el estudio interdisciplinario del derecho.

En su obra *Some Uses and Abuses of Economics in Law*, Richard Posner define el análisis económico del derecho como un movimiento de pensamiento cuya característica esencial es la aplicación de la teoría microeconómica neoclásica para el análisis de las principales instituciones y del sistema jurídico en su conjunto. (Posner, 1979: 287).

6

No obstante, una parte de los consejeros de la ley menciona que el análisis económico del derecho surgió hacia 1960, mientras que otros autores, como Eduardo Stordeur, (2011: 16-18) señalan que su origen fue en el siglo XVIII, con la doctrina económica de Adam Smith, que sirvió como apoyo al desarrollo de la tesis utilitarista de Jeremy Bentham. De estos estudios económicos de Smith y de las ideas filosóficas de Bentham se presentó, entonces, la interpretación jurídica de la economía.

A pesar de estas interpretaciones, el análisis económico de la disciplina de derecho tuvo su desarrollo más consistente y robusto a partir de la segunda mitad

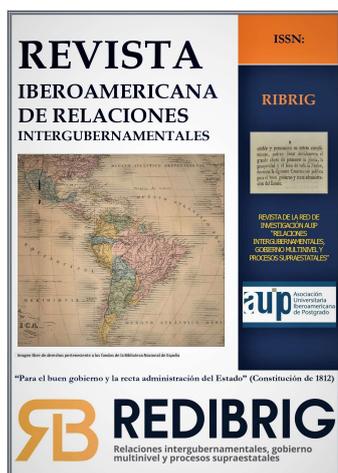
del siglo XX, a partir de clásicos como *The Economics of Discrimination*, de Gary Becker (1957); *The Problem of Social Cost*, de Ronald Coase (1960); y *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, de Guido Calabresi (1961).

Con estas construcciones es importante identificar la división en el análisis económico del derecho en dos áreas principales como derecho y economía: *old law and economics*, y *new law and economics*. La primera aboga por la aplicación de categorías económicas y racionalidad a los estudios de las normas reguladoras de los mercados explícitos. La segunda proporciona la implementación de normas reguladoras del comportamiento de mercado, con cuestiones relativas al derecho de propiedad, derecho de familia, responsabilidad civil, derecho penal, derecho ambiental, etcétera.

Haciendo una breve consideración sobre el análisis de estos autores, es posible afirmar que Gary Becker (1974) centró su estudio en situaciones puntuales sobre discriminación, análisis sobre la conducta económica y la posición de las minorías y centra gran parte de su discusión sobre cuestiones relacionadas con el trabajo, principalmente en lo referente a la relación entre personas blancas y negras.

Este trabajo es de relevante importancia al ser considerado como uno de los primeros dedicado al análisis económico que no tienen como objeto cualquier conducta de mercado. Debe tenerse en cuenta que Becker también escribió trabajos sobre el capital humano: *Human Capital* (1964), sobre la conducta humana: *The Economic Approach to Human Behaviour*, (1976), y *Treatise on Family*, (1981).

Sobre la obra Ronald Coase (1960), cabe destacar que realizó su análisis centrándose en el costo social como un problema y que tiene como propósito la unificación de criterios jurídicos y económicos. En ella explica el concepto de los costos de transacción, amén de cómo eso



explica los límites y las características de las empresas.

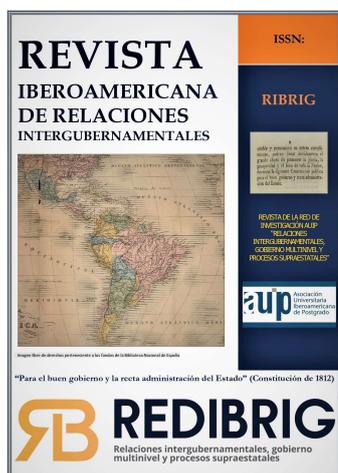
Uno de los grandes méritos de Coase (1960) fue tratar de interpretar la realidad humana no exclusivamente desde una perspectiva económica, puesto que los costos sociales tuvieron su origen en la falta de derechos de propiedad. El problema económico central es maximizar la producción, al criticar la teoría de la intervención estatal de Arthur Pigou (1920).

Para Ronald Coase, la regulación estatal directa no proporciona mejores resultados que los obtenidos en la situación donde esa cuestión la resuelve o bien el mercado o los agentes.

El profesor de la Universidad de Yale, Guido Calabresi (1961), centra su análisis en el estudio económico de la ciencia jurídica. Considerado como uno de los fundadores del análisis de derecho y de la economía, su doctrina se considera embrionaria de una de las ramas del análisis económico a las normas. Comenzó el debate legal en las áreas de interfaces de la ley que se refieren generalmente al derecho económico como derecho de la competencia y regulación económica de los sectores de la industria. Más adelante llegó a ser evidente destacando la relevancia de las ideas económicas para el análisis de problemas en otras áreas, como el Derecho privado.

Para Calabresi (1961), el análisis económico de derecho debe explicar el derecho en sí mismo y demostrar cómo será, con el objetivo de reconstruir el sistema legal, partiendo del parámetro de cuestiones económicas. Asimismo, abre una nueva discusión al manifestar la necesidad de introducir consideraciones distributivas.

Es de sobra conocido que el derecho y la economía, con el tiempo, han sido objeto de debate polarizado, puesto que el derecho camina hacia fines relacionados con la justicia, pese a que la economía tiene un carácter más positivo, al buscar la eficiencia vinculada a los



agentes económicos.

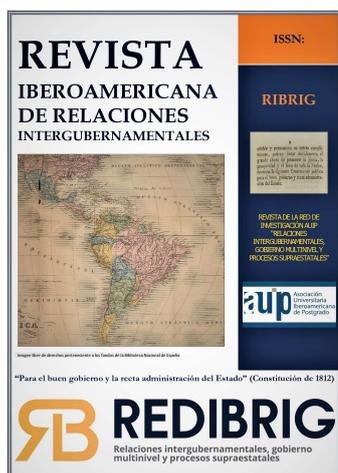
De acuerdo con George Stigler (1992: 462-463),

En quanto a eficiência se constitui no problema fundamental dos economistas, a justiça é o tema que norteia os professores de Direito (...) é profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, toda ação racional) e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os aspectos da conduta humana. Essa diferença significa, basicamente, que o economista e o advogado vivem em mundos diferentes e falam diferentes línguas.

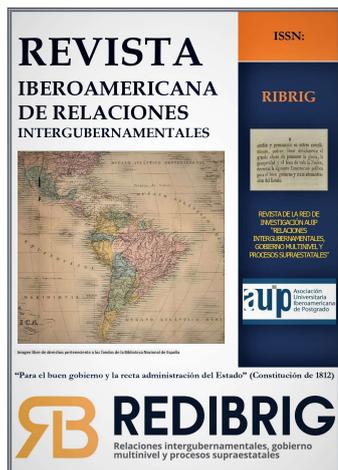
En un pasado todavía reciente, el derecho ha tenido como análisis de disciplina totalizadora, con una importante habilidad para prescribir comportamientos sociales, lo que afecta directamente a otros ámbitos del conocimiento (Ferraz Jr., 2012).

El análisis económico del derecho considera a las instituciones jurídicas no como causas externas al sistema económico, sino como variables, y analiza los efectos de los cambios en una o más de estas variables en los elementos del sistema. A partir de ella se busca encontrar no sólo normas jurídicas que vinculan las conexiones con la realidad económica, sino enlaces con las reglas jurídicas en el contexto de su aplicación y el costo de su repercusión. Es este contexto de análisis de aspectos del derecho tributario, derecho laboral, derecho de la competencia, regulación industrial y derecho social, es posible analizar también a otras áreas de la ley, en particular el derecho de contratos, propiedad, penal y responsabilidad civil.

De este modo, el análisis económico del derecho pretende encontrar respuestas a las siguientes preguntas: a) ¿cómo verse afectado por las normas legales el comportamiento de los individuos y las instituciones?; b) cuando se trata de medidas del



impuesto de previsión social y estrictamente definido, por medio de carácter coercitivo, ¿cuáles son las mejores reglas y cómo se puede comparar diferentes normas jurídicas en el marco normativo?



Así, esta investigación trajo un breve análisis sobre los fallos de tribunales de Brasil en los que se necesita verificar los análisis de legislador y juez en la construcción y aplicación de la norma, así como una ponderación de valores conectados con el análisis económico del derecho.

Para ello, analiza el instituto de la cláusula de reserva de pleno asociado con la modulación de los efectos sobre la decisión de la acción directa de inconstitucionalidad en la Corte Suprema de Brasil.

III. LA CLÁUSULA DE PLENO DERECHO (*FULL BENCH CLAUSE*)

Brasil adopta como control de constitucionalidad tanto el modelo difuso, como el concentrado. Este es el tipo de construcción que permite lograr el mejor rendimiento para reconciliar la conformación entre lo que ocurre en el entorno social y su ajuste a la Carta Magna.

Con ello se busca el control y la adecuación constitucional, así como respuestas más actuales, a través de la interpretación constitucional, frente a casos concretos y abstractos dentro de su complejidad, amplitud y profundidad. También se pretende alcanzar la recuperación económica que tendrá como resultado tanto el criterio *inter partes*, como el *erga omnes*.

El control de constitucionalidad es un juicio de adecuación de la norma infra-constitucional a la norma fundamental, mediante un análisis de cumplimiento vertical entre la parte inferior con la superior con supremacía, en este caso la Constitución brasileña. Se

busca, con eso, la verificación de la compatibilidad o incompatibilidad material y/o formal con la Constitución (Moraes, 2013: 135).

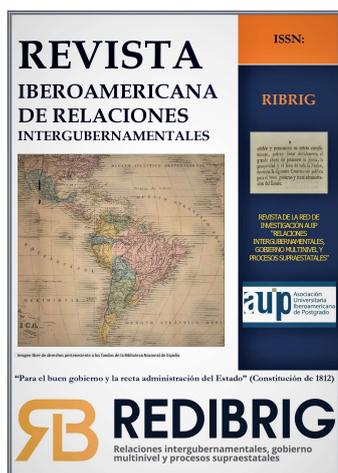
La jurisdicción constitucional es una defensa de la Constitución. Su actuación puede proteger el contenido, así como derechos y garantías fundamentales. Existen, por consiguiente, tres aspectos principales, a saber:

El primero radica en la naturaleza de la jurisdicción constitucional, que afirma, de acuerdo con Kelsen, que toda actividad está dotada de índole jurisdiccional.

La competencia de la jurisdicción constitucional no debe limitarse al control de la constitucionalidad de las leyes. Debe extenderse, primeramente, a los reglamentos que tienen fuerza de ley, actos inmediatamente subordinados a la Constitución y cuya regularidad consiste exclusivamente - la que se ha indicado - en su constitucionalidad. Entre estos reglamentos se encuentran, principalmente, los llamados “autónomos”. El control de su constitucionalidad es bastante importante pues toda violación de la Constitución significa, a este respecto, una alteración a la línea que divide las esferas del gobierno y del Parlamento, tan importante políticamente. (Kelsen, 2016: 61).

La jurisdicción constitucional es mucho más amplia que la interpretación realizada por la actividad del Tribunal Constitucional, y le concede al contenido de las normas un aspecto político.

El segundo se convierte en la legitimidad de los órganos investidos en la jurisdicción constitucional, a través de la cual se pretende decidir a quién le corresponde la legitimidad para el ejercicio de la interpretación constitucional. Esta legitimidad se basa en el amparo de cara a una apertura a la sociedad mediante la ampliación de los participantes en el proceso de interpretación constitucional. Tiene la finalidad de abrir el debate interpretativo y aplicar la Constitución, buscar su eficacia y dar sentido a las decisiones más



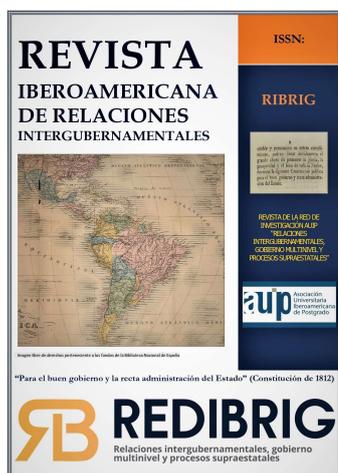
democráticas de la jurisdicción constitucional.

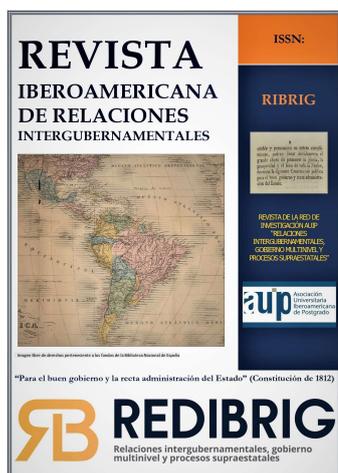
El tercero tiene como objetivo abordar los límites de actuación de los órganos responsables de la jurisdicción constitucional. Se debe, en este momento, garantizar la efectividad de los derechos fundamentales consagrados en el modelo constitucional, un criterio de planificación coherente y sistémico.

Existe, por consiguiente, una dualidad: control político preventivo y control represivo judicial. El primero tiene un carácter político y abre espacio para el control de la constitucionalidad de propuesta de la enmienda a la Constitución y proyecto de la ley por parte del poder ejecutivo y legislativo. La interpretación de este último a través de sus dos sedes: el Senado y la Cámara Federal. El segundo tiene lugar cuando la cúpula del poder judicial declara la inconstitucionalidad de enmienda a la Constitución Federal.

En algunos casos es posible ejercer el control político represivo cuando el poder ejecutivo en sus actividades exorbita los límites del poder reglamentario. También es posible un caso en el que, partiendo de un control judicial preventivo, se pueda controlar la constitucionalidad de la teoría de la medida cautelar presentada por un miembro del Congreso Nacional, procesado y juzgado por el Tribunal Supremo, contra una enmienda propuesta o un proyecto de ley que violan las restricciones sobre el poder de reforma constitucional, basada en su creencia de que el peticionario es titular del derecho, siempre que derecho y líquido no estén sujetos a un procedimiento legislativo inconstitucional (Moraes, 2013: 151).

El sistema legal brasileño presenta dos modelos, esto es: el control difuso, donde cualquier órgano judicial puede declarar la inconstitucionalidad; y el control concentrado, en el que este control de constitucionalidad corresponde a la Suprema Corte. En este caso se apoya por la vía de la excepción.





La cláusula de reserva de sesión plenaria, en el modelo brasileño, se lleva a cabo ante una situación de inconstitucionalidad de una ley o acto normativo, el mismo tendrá que someterse a la votación de la mayoría absoluta de los miembros de su órgano especial que considerará inconstitucional.

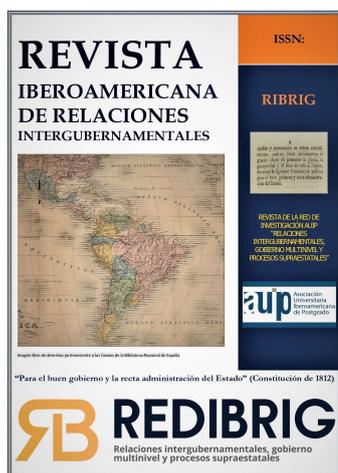
Esta cláusula, también conocida como *full bench* o *full court*, está prevista en la Constitución Federal brasileña en el artículo 97 de la Constitución Federal brasileña, *in verbis*: “artículo 97. Sólo por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros o miembros de su órgano especial pueden los tribunales declarar la inconstitucionalidad de la ley o acto normativo de las autoridades públicas” (Brasil, 1988).

Tan solo el órgano especial de un determinado tribunal podrá declarar la inconstitucionalidad de la ley o acto normativo. Y todo ello por la presunción de constitucionalidad de las leyes emitidas por el poder legislativo.

13

La presente cláusula, tanto en el modelo concentrado, como en el difuso, no requiere su cumplimiento y los jueces de tribunales de pequeñas reclamaciones deciden estas cuestiones constitucionales cuando son judicializadas. El análisis económico del derecho se lleva a cabo en estas decisiones cuando los tribunales examinan la ley o acto normativo, para utilizar en su interpretación un criterio político o verificar las repercusiones sociales en el Estado.

Esos análisis no explicitan claramente la adopción de esta doctrina por el Tribunal Supremo brasileño, pero al hacer un análisis interpretativo constitucional de contenido económico, social y político, se aplican algunas técnicas de análisis económico del derecho y hay una convergencia de análisis de los fenómenos jurídicos bajo un enfoque basado en principios económicos, entre ellos la eficacia de sus decisiones.



Por ello, se busca entender y explicar los efectos de las normas jurídicas, en cuya base se utilizan las creaciones y formulaciones de los economistas. Un ejemplo de esto es el fallo de la Suprema Corte brasileña en las acciones directas de inconstitucionalidad números 4357 y 4425, sobre las órdenes judiciales de pago (*precatório*)³ que se presentaron y fue objeto de cambio por la enmienda constitucional 62/2009.

Promulgada en 2009, la mencionada enmienda constitucional 62/2009 tenía la intención de introducir un régimen especial para el pago de condenas impuestas contra el gobierno, que se han acumulado a lo largo del tiempo y, en consecuencia, los estados no podrían remediar sus cuentas porque no restaron fondos públicos para las inversiones y manutenciones estatales.

En este sentido, varios estados estaban en situación de endeudamiento derivado de fallos pretéritos que se han convertido en convicciones juzgadas, no observadas por gobernadores y alcaldes. La Constitución Federal de 1988, tras la aprobación de esta enmienda, con nuevos arreglos para el pago de *precatórios*, cuya enmienda se dio en forma, plazo y en orden cronológico para el pago de las deudas.

El Supremo Tribunal Federal brasileño desestimada parcialmente las Acciones Directas de Inconstitucionalidad 4357 y 4425, para declarar la inconstitucionalidad de las partes de la enmienda constitucional 62/2009.

14

³ Según el Consejo Nacional de Justicia de Brasil, es un requerimiento de pago derivado de sentencias judiciales contra la Hacienda Pública Nacional, Estatal o Municipal. Cuando se agotan las posibilidades de recursos financieros, la acción se convierte en un *precatório*. El término es utilizado por los tribunales y juristas brasileños para indicar las solicitudes judiciales realizadas por los presidentes de los respectivos tribunales para que el ente federal pague la deuda constatada en la sentencia, a los acreedores, que pueden ser personas físicas o jurídicas. A partir de ese momento, la Hacienda respectiva está obligada a realizar el pago y saldar la deuda con el acreedor, pero para el Ente hay un plazo. En Brasil esto ocurre según el artículo 100 de la Constitución Federal de 1988.

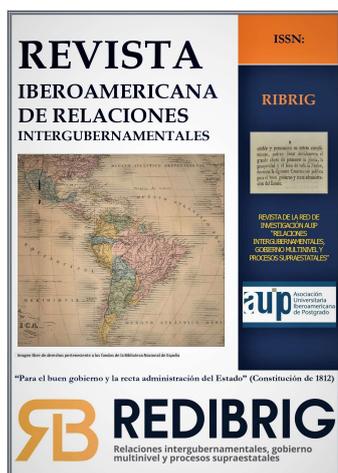
De esta decisión se declararon inconstitucionales los dispositivos del artículo 100 de la Constitución Federal, que instituyó las normas generales de estas órdenes judiciales de pago, presentes en el artículo 97 del Ato de las Disposiciones Constitucionales Transitorias (ADCT), que crea el régimen especial de pago.

El régimen especial establecido por la enmienda 62 es la adopción del sistema de entrega de pago parcelado en 15 años de deuda, combinado al régimen al que está destinado entre el 1 y el 2% de los ingresos de los estados y municipios en una cuenta especial dedicada al pago de las solicitudes presentadas. De estos recursos, el 50% están destinados al pago en orden cronológico y los valores restantes a un sistema que combina pagos en valor ascendente, a través de subastas o acuerdos directos con los acreedores ⁴.

En marzo de 2013, en la decisión emitida, que declaró parcialmente inconstitucional la enmienda constitucional, por el pleno del Tribunal Constitucional, por la mayoría de los ministros, cuyo informe siguió el voto del ponente y considera que el artículo 97 de la ley de las disposiciones constitucionales transitorias es inconstitucional, al abordar las cláusulas inmutables, tales como garantizar el acceso a la justicia, la independencia entre los poderes y la protección de lo juzgado.

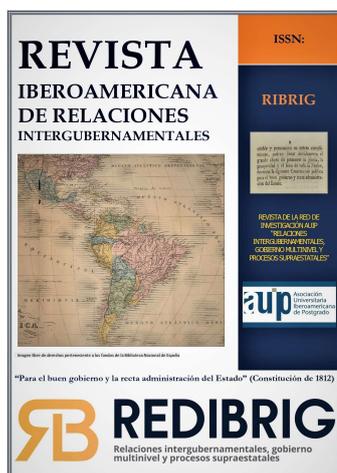
En marzo de 2015, tras una nueva reunión, se decidió establecer la modulación de los efectos de la decisión que declaró parcialmente inconstitucional el régimen especial del pago parcial. La mayoría de los ministros estuvieron de acuerdo con la propuesta de modulación presentada por los ministros Fux y Barroso.

15



⁴ Vid juicio de las Acciones Directas de Inconstitucionalidad números 4357 y 4425, disponibles en <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233520>. Acceso: 8 de septiembre de 2020.

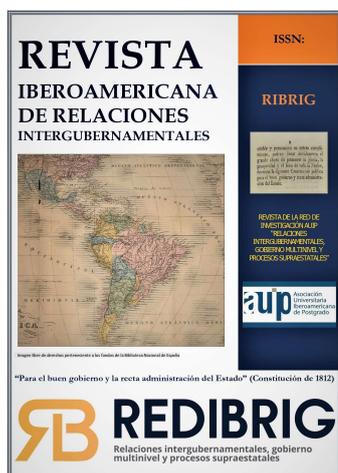
Es el contenido de la decisión, *in verbis*:⁵



Decisão: Concluindo o julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto, ora reajustado, do Ministro Luiz Fux (Relator), resolveu a questão de ordem nos seguintes termos: 1) - modular os efeitos para que se dê sobrevida ao regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016; 2) - conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: 2.1.) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e 2.2.) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e Lei nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária; 3) - quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: 3.1) consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de

16

⁵ Juicio disponible en la página electrónica del Supremo Tribunal Federal brasileño: URL: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4357&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acceso: 8 de septiembre de 2020.

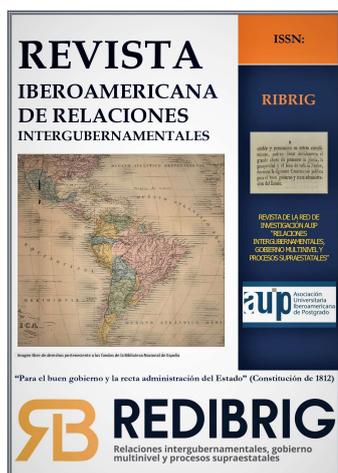


crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; 3.2) fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado; 4) – durante o período fixado no item 1 acima, ficam mantidas a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT), bem como as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, § 10, do ADCT); 5) – delegação de competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e (ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório, e 6) – atribuição de competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão, e, em menor extensão, a Ministra Rosa Weber, que fixava como marco inicial a data do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade. Reajustaram seus votos os Ministros Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. (Presidência del ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 25.03.2015).

Observando el contenido de la decisión, la Corte realizó un análisis económico del derecho, aún de contenido político, ya que inicialmente se hizo una ponderación de valores en la noción de eficiencia, cuyo concepto aquí tratado refleja la realidad de la condición y el estado brasileño en el momento de la decisión.

Sobre la cuestión de la eficiencia, es importante recordar el diseño contenido en la teoría de análisis de Pareto, donde parte de una técnica estadística utilizada en la toma de decisiones que permite seleccionar y priorizar un número pequeño de elementos capaces de producir gran efecto en la mejora de procesos.

Como se ve, la decisión emitida por el Tribunal Constitucional brasileño inmediatamente podría ya de inmediato haberse decidido por la inconstitucionalidad de la enmienda constitucional e, inmediatamente, haber regresado en el tiempo y haber aplicado efecto *erga omnes* al caso. Sin embargo, decidió aplicar la modulación de los efectos sobre la decisión de la acción directa de inconstitucionalidad, justamente para resolver, desde un análisis económico del derecho, los puntos más problemáticos del contenido de la enmienda constitucional que fue rechazado parcialmente, entre ellos es el índice de fijación para la corrección de los valores aplicados antes y después de la decisión, a saber: el índice oficial de remuneración básica de cuenta de ahorros (TR)⁶ y el índice de precio al consumidor amplio



⁶ TR - Tasa referencial. " Ley básica: Ley nº 8.177/91 de 1 de marzo de 1991; Resolución del Consejo Monetario Nacional (CMN) nº 2.437 de 30 de octubre de 1997, que sustituyó a la Resolución nº 2.097 de 22 de julio de 1994; Resolución nº 2.604 de 23 de abril de 1999 - Circular del Banco Central de Brasil nº 3.056 de 20 de agosto de 2001. La Ley nº 8.660/93, de 28 de mayo, estableció los nuevos criterios de determinación de la TR - Tasa Referencial y extinguió la TRD - Tasa Referencial Diaria a partir del 1 de mayo de 1993. A partir de la aprobación de la presente Ley, se modifica el artículo 11 de la Ley nº 8177/91, de 1 de marzo, que queda redactado de la siguiente manera, que deberá cumplirse a partir de dicha fecha: "La utilización de la Tasa Referencial - TR como base de retribución de los convenios sólo es aceptable cuando tengan un plazo de vigencia o de renegociación igual o superior a tres meses". http://www.portalbrasil.net/tr_mensal.htm).

IPCA-E7, respectivamente.

Siguiendo con la idea de eficiencia, basada en Pareto, la profesora Isabel Cristina González Nieves (2014: 164) destaca que

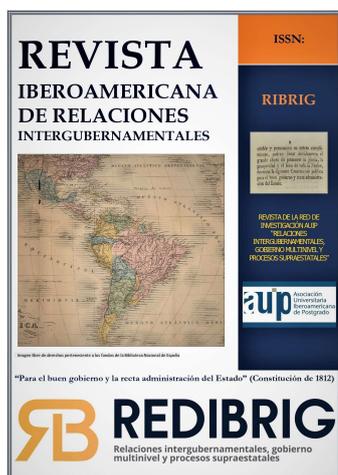
“la regla de Pareto determina que solo se alcanza un máximo de eficiencia social en la asignación de recursos cuando todas y cada una de las actividades de la sociedad alcanzan el nivel en que el beneficio marginal social se iguala al costo marginal social”.

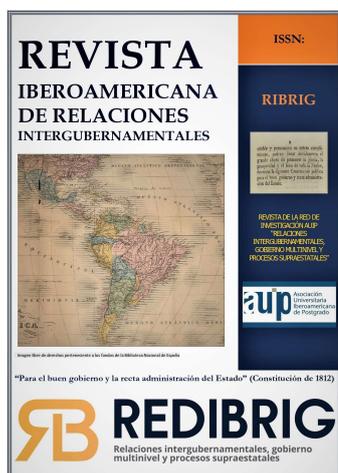
Por ello, la administración debe intervenir para corregir externalidades, es decir, su contenido en situaciones que pueden influir positiva o negativamente sobre los costos o beneficios en el proceso económico. (Stordeur, 2011: 94).

Es importante mencionar que la modulación de los efectos se dio cuando los puntos se comprueban en la decisión emitida por el Tribunal Supremo brasileño en un momento cuando un posible resultado sería manifiestamente injusto, o implicaría un daño mayor al bien público. En este caso también se buscó no aplicar su efecto inmediatamente cuando la decisión afectaría a intereses dignos de protección de los ciudadanos.

Otro punto también observado en la decisión llevó en

⁷ IPCA-E - Índice de precios al consumo a nivel nacional especial. Por determinación legal (Medida Provisional número 812 del 30 de diciembre de 1994), el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística está publicando trimestralmente el IPCA - Serie Especial, con base en los índices del IPCA-15. El Portal Brasil también presenta en la tabla la variación mensual - sólo para fines estadísticos y para la futura estimación del índice. Su validez y aplicabilidad, sin embargo, es trimestral. Este índice se informa aquí sólo para subvencionar las expectativas de acumulaciones trimestrales o entre períodos. El IPCA/IBGE verifica las variaciones de costos con los gastos de las personas que ganan entre uno y cuarenta salarios mínimos en las regiones metropolitanas de Belém, Belo Horizonte, Brasilia, Curitiba, Fortaleza, Porto Alegre, Recife, Río de Janeiro, Salvador, São Paulo y el municipio de Goiânia.





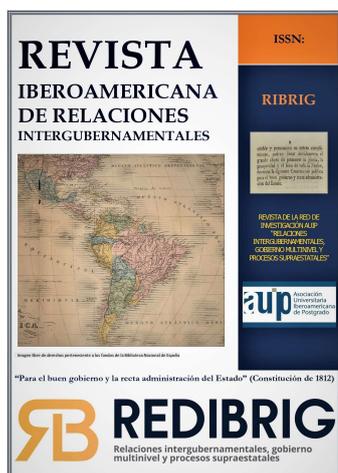
cuenta los datos que se basan en los costos de transacción, esto es, los gastos efectuados por los agentes económicos relacionados con la adquisición y manejo de información, relacionados con el proceso de negociación. De acuerdo con Coase (1990: 41), los impuestos involucrados en la asignación de recursos, que se basa en la carga tributaria de exención llevada a término por el cambio del índice de corrección, habían supuesto una pérdida de ingresos. En el funcionamiento interno de cada estado federal no disponían de recursos financieros para costear su funcionamiento, lo que significaría la pérdida de ingresos y una disminución en la maximización de los resultados destinados a la aplicación y uso de los recursos en áreas llamadas sociales.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El sistema jurídico y la estructura regulatoria durante mucho tiempo tuvieron su construcción apoyada por aspectos paralelos de la economía. Esta es una importante contribución a la formación de la ley en diversos aspectos relacionados con las dos ramas del conocimiento hacen que el planteamiento de ambas disciplinas se aproxime y busque una comprensión de los fenómenos multifacéticos que hay en común.

Las aplicaciones indicadas en el análisis económico del derecho tienen su base y enseñanzas que tratan de identificar los efectos y consecuencias de la validez y eficacia de la legislación en operación en ciencia económica. Además, se considera que los beneficios son importantes cuando se consigue la eficiencia económica como criterio de justicia, cuya previsibilidad anotada con las técnicas enumeradas en AED, como el costo de transacción y las externalidades, permiten resolver los problemas inherentes a la ley.

En la investigación mencionada se verifica que la Corte Suprema brasileña, incluso sin describir

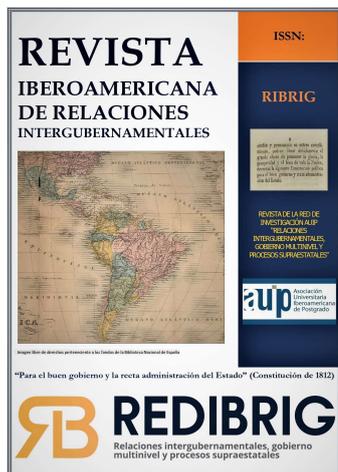


explícitamente la adopción de criterios y conocimientos sobre el análisis económico del derecho en sus decisiones, dispone de un análisis parcial. A partir de la base teórica encontrada en esta disciplina se demuestra claramente en la eficiencia social preconizada por Pareto, vista en los costos de transacción y las externalidades analizadas por Coase (1960).

De esta manera, el uso de aspectos de análisis económico del derecho visto por Richard Posner y utilizado en Brasil, puede ser de gran valor, puesto que la realidad económica y social en la mayoría de las situaciones requiere un ajuste por parte del poder judicial en sus decisiones de control de constitucionalidad con efectos *erga omnes* antes de aplicar el derecho. Al consagrar el principio de la seguridad jurídica y proteger los derechos fundamentales se ve obligado a hacer un análisis económico del derecho. De esta manera, el estudio de diversos temas legales puede contar con más soluciones eficaces y justas, bajo el enfoque de esta disciplina en diferentes ramas del derecho.

21

Por todo ello, esta reflexión se centró, principalmente, en verificar si el análisis económico del derecho puede contribuir positivamente a la estructuración de modelos y aplicaciones prácticas orientadas a la realidad experimentada por el acceso de sujetos que necesitaren del tema al poder judicial, cuya relación es corroborada por la aplicación de la importancia de la utilidad de las dos disciplinas.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADI 4357. (2015). Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/ver-NoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233520>. Acceso 8 de setiembre 2020.

ADIn 4425. (2015). Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/ver-NoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233520>. Acceso 8 de setiembre 2020.

Brasil. (1988). *Constitución de la República Federativa de Brasil*. Brasília: Senado.

Brasil. (2019). *Resolución CNJ n° 303*. Brasília: CNJ.

Coase, Ronald H. (1960). *The Problem of Social Cost*. JLE, 3, pp. 1-44.

Coase, Ronald. H. (1990). *The firm, the Market and the law*. Chicago: The university of Chicago Press.

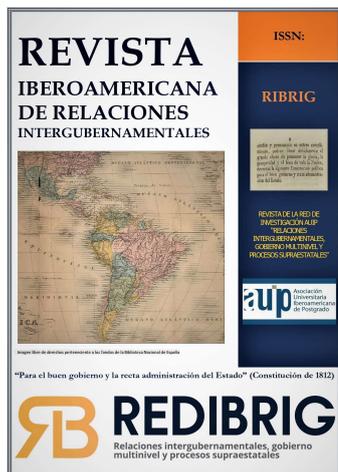
Calabresi, G. (1961). *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*. New Haven: Yale Law Journal. Vol. 70. pp. 499 y ss.

Becker, Gary S. (1957). *The Economics of Discrimination*. Chicago: University of Chicago Press.

Becker, Gary S. (1964). *Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis. with Special Reference to Education*. (3rd ed.). Chicago: University of Chicago Press.

Becker, Gary S. (1976). *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press.

Becker, Gary S. (1981). *A Treatise on the Family*. Cambridge: Harvard University Press.



González Nieves, Isabel Cristina. (2014). *Lecciones Jurídicas y Económicas*. (1ª edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot.

Kelsen, Hans. (2016). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*(Salmorán. R. T. Trad.). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones, Defensoría de los Derechos Universitarios.

Moraes, Guilherme Peña de. (2013). *Curso de Direito Constitucional*. (5ª edición). São Paulo: Atlas.

Pigou, Arthur C. (1920). *The Economics of Welfare*. Indianapolis: Liberty Fund.

Posner, Richard A. (1978-1979). *Some Uses and Abuses of Economics in Law*. Hein On line. Chicago: U. Chi. L. Rev. 281-306.

Stigler, George J. (1992). *Law or Economics? The Journal of Law & Economics*. Chicago: University of Chicago Law School. v. 35. n. 2, oct.

Stordeur, Eduardo. (2011). *Análisis Económico del Derecho: Una introducción*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.