

Economic Analysis of Law Review

Efeitos Econômicos de Políticas Licitatórias e Empreendedorismo Socialmente Responsável¹

Economic Effects of Bidding Policies and Socially Responsible Entrepreneurship

Everton das Neves Gonçalves²
UFSC

Joana Stelzer³
UFSC

RESUMO

O artigo apresenta os efeitos socioeconômicos gerados pela interação entre o disciplinamento de licitações públicas e políticas de incentivo à ação socialmente responsável de empresários, a partir da Lei n° 8666, de 21 de junho de 1993. A pesquisa é qualitativa, servindo-se do meio bibliográfico e legislação. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo para realizar uma análise exploratória e explicativa. A principal conclusão é que o Estado pode alterar o equilíbrio de mercado em prol do Princípio da Eficiência Econômico-Social – PEES por meio de seu poder de compra e legislação.

Palavras-chave: Responsabilidade Social; Licitação; Regulação; Análise Econômica do Direito.

JEL: K23

ABSTRACT

The article presents the socioeconomic effects resulting from the interaction between public bidding regulation and legal incentives to socially responsible action by entrepreneurs, based on Law n° 8.666, of June 21, 1993. The research is qualitative based on literature review and legal texts. The hypothetico-deductive method is employed to explore and explain the subject. The main conclusion is that Government may alter market equilibrium toward the Social-Economic Equilibrium Efficiency Principle – SEEP through its market power and legislation.

Keywords: Social Responsibility; Public Bidding; Regulation; Economic Analysis of Law.

R: 16/9/12 **A:** 16/6/13 **P:** 30/10/13

¹ Artigo premiado no VI Congresso de Direito e Economia do Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul – IDERS.

² E-mail: evertong@vetorial.net.

³ E-mail: joana@cse.ufsc.br.

1. Introdução

A investigação, que ora se apresenta, fundamenta-se nas Leis da Ciência Econômica e nas determinantes do Direito Público pátrio, justificando-se como estudo de aproximação entre o pensar jurídico-econômico e a prática normativa brasileira, destacando que a lei influencia sobremaneira o meio econômico e vice-versa. Justifica-se como instrumental teórico-econômico para o entendimento dos reflexos da prática normativa e da apreciação judicial quanto à interação entre políticas públicas incentivadoras (ou não) de gastos governamentais e as políticas de inclusão social (que impliquem responsabilidade social do empresariado). Trata-se, assim, de conscientizar o legislador e o juiz dos possíveis reflexos de tais políticas, sem, contudo, adentrar em cálculos econométricos ou estudo de casos específicos. A importância teórica do que se apresenta está na demonstração da interação entre a Ciência Econômica e o Direito a partir das máximas da Escola denominada Análise Econômica do Direito, em reflexão não exclusiva do entendimento majoritário da vertente Tradicional, Posneriana da *Law and Economics* e do pensamento Calabresiano de New Haven⁴. Sob tal ótica, pugna-se pela apreciação do defendido Princípio da Eficiência Econômico-Social – PEES.

A aproximação do Direito com a Economia implica a apreciação da fenomenologia social segundo critérios de eficiência⁵ e justiça. O Estado, pela ação de seus governantes, julgadores e legisladores aprimora quadros e instituições jurídicas tornando-os capazes de desenvolver pragmática adequada para a tomada de decisão jurídico-econômica eficiente, quanto às questões normativas e judiciais sem descuidar de racionalizar o uso de suas riquezas alocadas, individual e socialmente, segundo as pétreas garantias Constitucionais⁶. Competirá, dessa forma, ao Direito infraconstitucional criador e redistribuidor de riqueza, considerar os anseios individuais, porém, sem descuidar dos reflexos sociais em busca de soluções jurídicas que, aumentem a riqueza sopesada pela felicidade⁷, enquanto garantia de equilíbrio entre interesses privados e sociais. Económica-

⁴ Sempre é bom esclarecer que distintas são as visões de apreciação do jurídico pelo econômico. Andrés Roemer, em seu *Introducción al Análisis Económico Del Derecho* analisa quatro enfoques da disciplina em questão: o tradicional - de Posner -, o neo-institucional, o da *public choice* e os Estudos da Crítica Jurídica. Na literatura econômico-jurídica, consagrou-se a expressão *Law and Economics* para designar o enfoque tradicional da Escola de Chicago também conhecido como Institucionalista (Roemer, 1994. p.4).

⁵ O conceito de eficiência pode ser visto segundo critérios econômicos de Pareto – ótimo arranjo entre os agentes econômicos, sujeitos de direito ou fatores econômicos em que uma posterior mudança importaria perdas, inclusive a terceiros. Outro critério, adotado por Posner, é o de Kaldor-Hicks, pelo qual seria possível adotar uma posição que avançasse o ótimo de Pareto, desde que se verificasse a necessária compensação dos perdedores do sistema.

⁶ Assim, no caso brasileiro, entende-se justo e adequado o respeito aos ditames dos Direitos e Garantias Individuais e Sociais dos artigos 5º e 7º da Constituição Federal de 1988, segundo seja possível incentivar o uso socialmente desejado da riqueza bem como, a ação individual proativa para o uso eficiente da riqueza individual, sem desprezar, no entanto, valores humanos, princípios morais e sociais e que, eventualmente, possam ser considerados no cálculo econômico para a tomada de decisão jurídico-econômica.

⁷ A corrente tradicional da Análise Econômica do Direito capitaneada por Richard Allen Posner defende como valor máximo para o Direito, a eficiência, enquanto maximização da riqueza. Pensadores outros, como Guido Calabresi, da Escola New Haven, entendem que, para além da riqueza, deve ser buscada a maximização da felicidade, relevando-se, para fins de justiça, outros valores que não somente econômicos. O próprio Posner atenuou seu pensamento a partir dos anos noventa entendendo que a justiça econômica envolve mais do que a maximização de riqueza. Para fins deste trabalho, entende-se que na feitura da lei ou na sua apreciação judicial, otimizar riqueza implica redimensionar interesses privados segundo adequada internalização, no cálculo econômico para a tomada de decisão jurídico-econômica, dos custos sociais impingidos pela ação privada, ainda que relevando, segundo possibilidades fáticas, os anseios individuais. Esses anseios, de caráter não meramente econômico, como, preferências, gostos individuais, valores. EALR, V. 4, nº 1, p. 56-78, Jan-Jun, 2013

mente, o ponto de equilíbrio da decisão jurídico-econômica, então, é aquele em que os custos marginais sociais equivalem aos custos marginais privados e as receitas marginais sociais são tão e justamente equidistantes às receitas marginais individuais. Defende-se, pois, uma distinta apreciação capaz de aproximar ambas as visões do mundo dos fatos, a saber: eficiente e jurídica. Para fins de acordo semântico, entende-se que maximização econômica implica otimizar a riqueza, relevada a necessidade de inclusão social e os anseios individuais e coletivos de ordem diversa, inclusive econômicos e jurídicos, até mesmo, de futuras gerações. Dessa forma, é necessário adotar como critério de justiça econômico-jurídica o PEES em que devem ser incluídos, no cálculo para tomada de decisão, valores jurídicos mínimos legislados que impliquem racionalidade econômica sopeçada pela garantia de critérios, ainda que basilares, de bem estar como, por exemplo, o respeito aos direitos trabalhistas, à legislação ambiental, às garantias de consumidores; bem como, que impliquem responsabilidade social por parte do empresariado nacional, etc.

Considerado o referencial teórico exposto, apresenta-se, como problema, verificar se uma política de gastos governamentais, viabilizada pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 ou uma política que seja própria para o incentivo da ação empresarial socialmente responsável pode, e de que maneira, influenciar na conduta dos empresários aumentando ou diminuindo a oferta de bens e serviços. Para tanto, aprecia-se graficamente a interação e os efeitos econômico-sociais gerados pela possível adoção de políticas legislativas de disciplinamento do processo licitatório e políticas públicas que visem à ação socialmente responsável por parte do empresariado nacional. Objetiva-se detectar teoricamente as implicações que uma ou outra política pode ocasionar no sistema de compras governamentais e os respectivos efeitos no mercado interno. Como tese, conclui-se que, efetivamente, a adoção de políticas de implemento da responsabilização social por parte do empresariado, própria da elevação do nível de exigência jurídica, torna-se variável de cunho social a ser inclusa no cálculo econométrico para tomada de decisão racional econômica conforme o Princípio da Eficiência Econômico-Social - PEES.

No que tange à abordagem do problema o estudo é qualitativo, servindo-se do meio bibliográfico e legislação. O método de abordagem utilizado é o hipotético dedutivo e, quanto aos fins, trata-se de análise exploratória e explicativa. Em especial, detecta-se que o Estado, intervindo em mercado, com seu poder de compra, bem como, legislando para a implantação da cultura da responsabilidade social, altera a relação entre oferta e demanda com vistas a um novo patamar de mercado, fato graficamente demonstrado segundo as hipotéticas políticas suscitadas.

2. Análise Juseconômica para Tomada de Decisão Políticas Públicas Licitatórias

Em um sistema econômico capitalista de mercado, ainda que, indelevelmente tocado pela ação empresarial, diretiva e fiscalizadora do Estado, resulta a interação entre forças que impulsionam o desenvolvimento da sociedade. Tal fato ocorre em virtude do incentivo governamental aos agentes produtivos, seja pela dinamização do consumo ou, ainda, em função da intervenção direta do Estado na Ordem Econômica segundo sua capacidade de consumo público – compras gover-

res afetivos, honra, caráter, percepções sociológicas, enfim, qualidades, valores e sentimentos devem ser integrados no cálculo para tomada de decisão como forma de uma justiça que atenda à busca da felicidade. Lança-se, aqui, desafio para os economistas em mensurar tais anseios que, não podendo ser medidos, podem ser comparados em curvas de indiferença, bem como serem tratados a partir da Teoria dos Jogos em que se adjudicam tomadas de decisão individuais relevadas as ações alheias. Trata-se de compatibilizar interesses e anseios individuais para uma desejável convivência social.

namentais ou, mesmo, como empreendedor de atividades econômicas através de sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações, parcerias público-privadas, etc. A ação estatal influencia sobremaneira no nível da demanda agregada de um país alocando bens de produção e de consumo, inclusive competindo, através dos gastos públicos com a demanda privada ou diminuindo-a em virtude da tributação. Da mesma forma, a ação estatal pode alterar a produção interna do considerado país, seja com políticas macroeconômicas de incentivo à indústria doméstica, seja através de políticas que onerem o sistema produtivo como, por exemplo, aumento da carga tributária, imposição de encargos das mais diversas ordens ao empresariado e, mesmo, abrindo o país à competição internacional – contestabilidade do mercado interno.

As políticas estatais macroeconômicas para o mercado, disciplinadas, principalmente, pelo Direito Econômico interno de um país, podem refletir os mais variados estratagemas como, exemplificativamente, se cita: políticas diretas sobre o mercado de bens e serviços, política fiscal do governo, políticas de disciplinamento do mercado de trabalho, políticas sobre a economia monetária - operações de mercado aberto, redesconto de títulos, encaixe monetário, taxa de juros, emissão monetária e sistema de crédito, políticas de proteção das relações de consumo, políticas de disciplinamento da atividade produtiva, etc.

A título de experimentação e de demonstração econômico-gráfica, da interação entre a ação do Estado, enquanto legislador ou agente econômico e a ação dos empresários privados, influenciando a Economia Interna do País, intenta-se, exemplificativamente, comparar os resultados, em mercado, das ações e legislações voltadas para a implementação de ação socialmente responsável por parte do empresariado, bem como, da ação do próprio Estado enquanto agente econômico realizando suas compras governamentais.

Sob tal ótica, efetua-se corte epistemológico, delimitando-se o campo de estudo a uma política governamental de compras embasada na Lei 8666/93 e ao implemento de políticas socioambientais⁸ como seriam, as Leis ambientais no Brasil, as Leis trabalhistas, as Leis de inclusão social e de redistribuição de renda que implicam ações por parte dos empresários como recrutamento de trabalhadores com necessidades especiais, observação de agendas mínimas de proteção ao trabalhador, de participação de lucros entre os trabalhadores, etc.

Se maximizar o lucro é o objetivo do empresário, da mesma forma, apresenta-se a esse o poder-dever de inclusão social que se justifica não só pela imposição legal, mas pela necessidade de coexistência social. Afinal, é possível derivar utilidade com o bem estar do outro e, mesmo, a empresa pode, sim, aumentar seus lucros em uma agenda normativa socialmente includente. É o lucro com o bem estar pessoal e do próximo que leva a uma generalização e maximização da riqueza que, antes de separar, unifica os agentes em torno de objetivos comuns⁹. Para tanto, em meio a uma sociedade civil ainda desequilibrada, social, política e economicamente, resta ao Estado, em economia de mercado, corrigir as falhas e internalizar as externalidades¹⁰, porém, não a

⁸ Para fins da proposta acadêmica verificada no presente artigo, opta-se por simples referência a uma variada legislação nacional de cunho social e ambiental, sem, no entanto, especificá-la. O intuito é verificar, em tese, os reflexos econômicos de tais políticas legislativas, ambientalmente protetoras ou socialmente includente, no processo produtivo, mormente, destacando que desenvolvimento implica maximizar a riqueza social eliminando os custos e externalidades causadas a terceiros presentes e de gerações futuras de forma eficiente e justa segundo o PEES.

⁹ A doutrina já vem tratando o tema como economia da comunhão, em que são conciliados os interesses do empresário e dos trabalhadores, pois, antes de estarem em polos opostos, são agentes que, em comum, trabalham e almejam o derradeiro objetivo social da empresa, o lucro.

¹⁰ Sobre a inclusão das externalidades, podem ser vistos os ensinamentos de Pigou e de Ronald Coase. Importante resgatar o pensamento do segundo citando Arthur Cecil Pigou: "A origem da moderna análise econômica do problema EALR, V. 4, nº 1, p. 56-78, Jan-Jun, 2013

qualquer custo. Idealmente, objetiva-se uma ordem política asseguradora da liberdade, uma ordem jurídica que perpetue a igualdade e uma ordem econômica fraternal que, se não existindo, fazem urgir mudanças na visão de mundo, de forma a tratar a inclusão das externalidades de forma eficiente. Não por outro motivo, Coase afirmou (1960, p.36):

Se os fatores de produção são pensados como direitos, torna-se mais fácil compreender que o direito de fazer algo que gera efeitos prejudiciais (tais como a emissão de fumaça, barulho, odores, etc.) é, também, um fator de produção. Da mesma forma que podemos usar um pedaço de terra de modo a evitar que as pessoas o atravessem, ou estacionem seus carros, ou construam suas casas sobre o mesmo, nós podemos usá-lo de modo a denegá-las uma vista, ou o silêncio, ou um ar não poluído. O custo de exercer um direito (de usar um fator de produção) é sempre a perda sofrida em outro lugar em consequência do exercício desse direito – a incapacidade de cruzar a terra, estacionar o carro, construir uma casa, gozar de uma vista, ter paz e silêncio, respirar ar limpo. Seria claramente desejável se as únicas ações realizadas fossem aquelas nas quais o ganho gerado valesse mais do que a perda sofrida. Mas, ao se escolher entre arranjos sociais em um contexto no qual decisões individuais são tomadas, temos que ter em mente que uma mudança no sistema existente, a qual levará a uma melhora em algumas decisões, pode muito bem levar a uma piora em outras. Além disso, tem-se que levar em conta os custos envolvidos para operar os vários arranjos sociais (seja o trabalho de um mercado ou de um departamento de governo), bem como os custos envolvidos na mudança para um novo sistema. Ao se projetar e escolher entre arranjos sociais, devemos atentar para o efeito total. Isso, acima de tudo, é a mudança de abordagem que estou defendendo. [tradução nossa].

Ao que se vê, compete, ao Estado, papel importante na distribuição eficiente e justa de direitos internalizando custos sociais causados pelo ganho privado; de modo que, por fim os custos marginais privados sejam iguais aos custos sociais privados e às receitas marginais privadas e sociais¹¹.

Nesse diapasão, percebe-se que o empresário, detentor dos fatores de produção – natureza, capital, trabalho, iniciativa empresarial e tecnologia, arquitetando-os, cria riqueza e, não raras vezes, direta ou indiretamente, causa externalidades sociais que poderão ser atenuadas pelo próprio Estado – *Welfare State*, ou pelos particulares. Aqui, defende-se, não uma atitude assistencialista do Estado, mas, sim, regulatória, no sentido de criação de um patamar de normatividade próprio para garantir agenda mínima de direitos a serem observados em favor dos perdedores do sistema, sem, contudo não incorrer em legislação nefasta para o setor produtivo que, consequentemente, leve à estagnação ou diminuição da produção e ao desabastecimento, por fim, levando ao prejuízo da sociedade como um todo, desassistida, desempregada, envolta em processo espiral descendente da economia, próprio de uma demanda não atendida. Resta, assim, aos legisladores, aos juízes e aos governantes, intervir com sabedoria na Ordem Econômico-Social, seja com a criação de normas, a determinação dos julgados, ou com a ação fiscal e as diversas políticas governamentais. Almeja-se, em síntese, eliminar externalidades e ajustar os arranjos sociais percebendo-se

ma discutido no presente ensaio (*The Problem of Social Cost*) é a obra *The Economics of Welfare*, de Pigou, e, em particular, a seção da Parte II que trata da divergência entre os produtos social e privado, que ocorre porque uma pessoa A, ao prestar serviços, pelos quais recebe pagamento, para uma segunda pessoa B, presta, também, incidentalmente, serviços ou desserviços a outras pessoas (não produtores de serviços afins), de tal forma que o pagamento não pode ser exigido das partes beneficiadas nem uma compensação pode ser requisitada pelas partes prejudicadas." (Coase, 1960, p. 23). Ver, também, a lição de Pigou sobre a divergência entre os produtos social e privado e a ação do Estado. (Pigou, 1932, p. 127-130).

¹¹ Situação ainda inexistente de pleno emprego, equilíbrio e estabilidade econômica próprios do modelo de concorrência perfeita.

que, os interesses dos agentes sociais e sujeitos de direito, sejam produtores, consumidores, reclamantes, reclamados, autores e réus, etc.; antes de antagônicos, são, em verdade, recíprocos.

Reciprocidade parece ser a palavra que resume uma visão de mudança para o sistema jurídico. O direito de alguém não é exclusivo na medida em que interage com o direito de outrem em uma sociedade com escassos e mal distribuídos recursos. A riqueza global de uma sociedade, ainda que individualmente apropriada, tem comprometimento com a totalidade de seus membros que, excluídos, em última análise oneram a própria sociedade civil que, afinal de contas, sustenta o aparelho estatal¹².

Acredita-se que, não somente a coercitividade da lei, ou mesmo seu uso persuasivo, mas a educação, a elevação do nível cultural do povo e a transparência no agir empresarial vêm corroborar para uma ação privada socialmente inclusiva. Hodiernamente, a atividade empresarial socialmente responsável advém da conscientização do empresariado que busca legitimar-se pelo atendimento das exigências advindas de um público consumidor instruído, da ação da imprensa, da mobilização das minorias e da elevação do grau de exigência da sociedade como um todo.

A ação de gestão da empresa, preocupada com a inclusão social implica promoção do desenvolvimento, entendido como resultado de práticas socialmente inclusivas, economicamente eficientes, politicamente adequadas, ambientalmente sustentáveis, humanamente progressistas, juridicamente emancipadoras e que elevem, em ambiente de acomodação dos arranjos institucionais, ao uso racional e potencial da riqueza que, por sua vez, atinja a toda ou máxima plenitude dos seres que coexistem no tão abatido ecossistema planetário. Já se disse alhures, o ar que se respira no Brasil, é o mesmo dos Estados Unidos da América, da Europa, da Ásia, da África e da Oceania; portanto, a tomada de decisão individual não pode ir de encontro com a vontade de subsistência coletiva. Por isso, a alocação dos escassos recursos deve ser otimizada, os desrespeitos à vida desestimulados e a ação socialmente responsável incentivada como forma de existir e deixar existir, sob pena de extermínio da vida no Planeta Terra.

Disciplinando a ação das empresas, deve, o Estado, ainda, atentar para a distribuição do risco oriundo da ação empresarial. O impacto causado pelo processo produtivo tem de ser arcado de forma adequada e responsável pela sociedade como um todo. Não se pode permitir um Poder Legislativo e um Judiciário complacentes com ação irresponsável do empresariado segundo flexibilização das normas como, *v.g.*: a legislação de consumo, trabalhista, ambiental, etc. e, nem se pode defender um Estado ineficiente que atropela as mínimas recomendações das leis de mercado; aos moldes dos malfadados planos econômicos e tabelamentos de preços já vividos no Brasil.

Para este estudo, intenta-se analisar as consequências privadas da (in)gerência estatal exemplificada através de duas políticas públicas macroeconômicas contrapostas a saber: a política de compras governamentais e seus reflexos no mercado e o arcabouço normativo que se generaliza como sendo socialmente includente. O objetivo é demonstrar, com visibilidade econômico-gráfica aos operadores do direito, os reflexos socioeconômicos, criados no espaço social, a partir das ações estatais, seja pela criação normativa ou pela apreciação judicial do caso concreto.

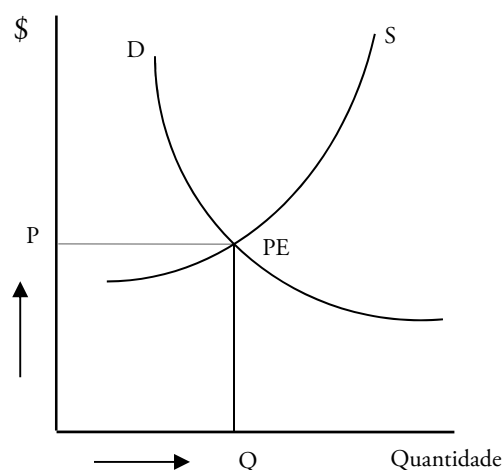
Como pressupostos de análise têm-se: a) existe uma dada demanda governamental por bens e serviços (D); b) existe uma dada oferta da parte dos empresários de bens e serviços (S); c)

¹² Visto de outro ponto de vista, ou se promove a inclusão social via aparelho estatal, com políticas de redistribuição de renda, ou se a promove pela ação cidadã e pragmática da própria sociedade civil para a difusão do bem estar. A própria ação empresarial, nesse sentido, pode gerar empregos, produtos seguros e adequados para o consumo, tributos para o Estado, bem estar para seus colaboradores, creches para os filhos dos colaboradores, inclusão dos portadores de necessidades especiais, etc.

podem ser adotadas políticas públicas licitatórias para compras governamentais com maior ou menor grau de exigência, implicando em aumento ou diminuição dos custos empresariais, seja pelo recrudescimento da Lei 8.666/93, em termos de imposições licitatórias, seja pela flexibilização da referida norma; d) podem ser adotadas políticas públicas voltadas para a ação empresarial socialmente responsável, implicando aumento ou diminuição das exigências normativas; ambientais, trabalhistas, disciplinadoras das relações de consumo, voltadas para a inclusão de pessoas com necessidades especiais, ou, ainda, genericamente, aumentando ou diminuindo a inclusão social ou a responsabilidade social da empresa; e) o recrudescimento ou aumento das exigências nas normas licitatórias implica aumento dos custos empresariais e consequente diminuição da oferta de bens e serviços e vice versa; f) o aumento no nível de exigência do comprometimento social por parte do empresariado implica aumento dos custos empresariais e consequente diminuição da oferta de bens e serviços e vice versa; e, g) a demanda de bens e serviços pelos órgãos públicos (compras governamentais) buscará, racionalmente, a maximização de suas vantagens (qualidade e preço).

Em um primeiro momento, poder-se-ia partir de um ponto de equilíbrio (PE), entre a oferta privada e a demanda pública conforme visto na Figura 1, abaixo:

Figura 1 – Equilíbrio de Mercado



O PE que se vê na Figura 1 advém de uma oferta da indústria doméstica que se submete às condicionantes normativas do edital público que atenta para as exigências públicas licitatórias, segundo as disposições da Lei 8.666/93, tanto como mínimo legal, como possível normativo flexibilizado e que favorece o melhor atendimento de edital por parte do empresariado. Nesse sentido, é evidente que, segundo a Legislação apresentada, valores outros passam a ser considerados que não aqueles exclusivamente voltados para a maximização da riqueza, enquanto crescimento econômico, individualista e indiferente aos mínimos éticos, sociais e ambientais. Assim, o legislador pátrio faz incluir no cálculo econométrico para a tomada de decisão jurídico-normativa, variáveis que implicam exigências sociais, como as previstas nos artigos 3º, 12 e 15 da Lei 8.666/93, e variáveis que vem atenuar as exigências para o empresariado como vistas nos artigos 24, 25 e 26 da Lei 8.666/93. Aqui, pode ser necessário destacar que o individualismo metodológico racional econômico pode ser visto como a tomada de decisão individual (de agentes econômicos sujeitos ao Direito) que derivam utilidades para si considerados os reflexos sociais de suas decisões e, mesmo, os anseios e necessidades sociais. É o que se conhece, em Economia, por derivação de utilidade para terceiros; em outras palavras, passa a ser racional para o ofertante privado oferecer,

por exemplo, produtos (hortaliças, sapatos, mesas, etc.) sob condições ambientalmente favoráveis, sob a égide de uma mínima agenda de direitos trabalhistas – Consolidação das Leis Trabalhistas, conforme ação socialmente responsável, como é a inclusão de trabalhadores com necessidades especiais, e assim tantos outros ditames característicos de uma agenda humanitária, progressista e socialmente incluyente).

A partir do equilíbrio inicial pode-se inferir as consequências econômicas teoricamente advindas das possíveis tomadas de decisão públicas, seja quando da flexibilização dos editais ou dos julgamentos relativos às dissidências ocasionalmente verificáveis no processo administrativo licitatório; seja quando do aumento do grau de exigência normativo para a elaboração dos editais de compras públicas ou, mesmo, o uso de critérios interpretativos da lei, nas barras dos tribunais, extremamente exigentes, por assim dizer, para o empresariado. É o que se passa a verificar, assumidas as expectativas racionais de quatro possíveis políticas assumidas no Quadro 1¹³.

Quadro 1 - Análise Juseconômica para Tomada de Decisão

Hipótese Econômica	Reflexo Econômico (<i>ceteris paribus</i>)¹⁴
Hipótese (A) (Implementação das compras estatais ou aumento dos gastos públicos)	A expansão na procura estatal de bens e serviços, mantendo-se inalterada a oferta dos empresários, perturbará o equilíbrio do mercado: aumentarão, ao mesmo tempo, as quantidades transacionadas e os preços. Causas: urgência na prestação de serviços públicos e aquisição de bens, por exemplo, para o término, em caráter de urgência de estádios e construções para a Copa do Mundo de 2014. Observa-se, em verdade, que a flexibilização da normatividade licitatória e dos editais públicos e a diminuição do comprometimento social do empresário diminuem os custos para o empresariado e facilitam a compra governamental, tornando os produtos mais acessíveis diminuindo seus preços para o Estado.
Hipótese (B) (Retração das compras estatais ou diminuição dos gastos públicos)	A redução na procura estatal de bens e serviços, mantendo-se inalterada a oferta dos empresários, perturbará o equilíbrio do mercado: cairão as quantidades transacionadas e os preços também. Causas: elevado comprometimento de setores privados da economia voltados para o exclusivo ou significativo atendimento ao Setor Público e política de ajuste fiscal do Governo. Observa-se que a política de incremento nas exigências licitatórias e de exigência de comprometimento social por parte do empresariado aumentam os custos e dificultam a compra governamental, tornando os produtos mais caros e aumentando seus preços para o Estado.

¹³ Para auxílio na consecução de modelos gráficos microeconômicos, ver, dentre outros, Riani (1998, p. 10 e ss.), Rossetti (1990) e Vasconcellos & Garcia, (2002).

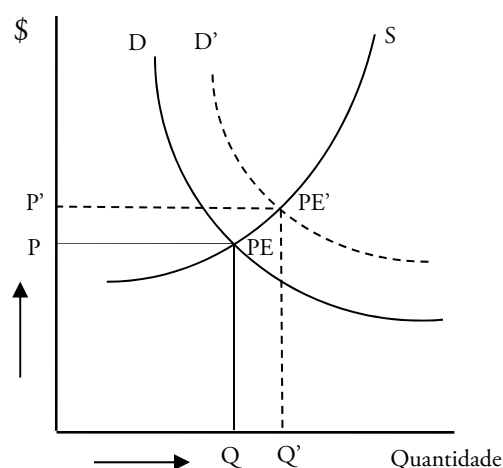
¹⁴ Observa-se que, no Quadro 1, são isoladamente apresentados os efeitos individuais de cada possível política pública que, conseqüentemente, alteram, como de fato ocorre no mundo real, ambas as curvas (oferta e demanda) absorvendo; cada uma, parte do reflexo causado pela ação normativo-jurídico-política. No Quadro 2 e nas Figuras 2 a 5, em instância teórica e exemplificativamente, demonstram-se, isoladamente, os efeitos das mudanças de uma das variáveis (oferta ou demanda), mantida a outra estável.

Hipótese (C) (Implementação da ação comercial dos empresários ou diminuição dos custos privados)	A expansão na oferta dos empresários de bens e serviços para atendimento das necessidades públicas, mantendo-se inalterada a procura estatal, perturbará o equilíbrio do mercado: maiores quantidades serão transacionadas a preços mais baixos. Causas: diminuição das exigências licitatórias e dos níveis de comprometimento social dos empresários, queda das demandas; privada interna e externa.
Hipótese (D) (Retração da ação comercial dos empresários ou aumento dos custos privados)	A redução na oferta dos empresários de bens e serviços para atendimento das necessidades públicas, mantendo-se inalterada a procura estatal, perturbará o equilíbrio do mercado: menores quantidades serão transacionadas a preços mais altos. Causas: aumento das exigências licitatórias e dos níveis de comprometimento social do empresariado, atendimento prioritário das demandas; privada interna e externa.

3. Análise Estática da Variação de Oferta e Demanda: a influência do direito na economia e da economia no direito

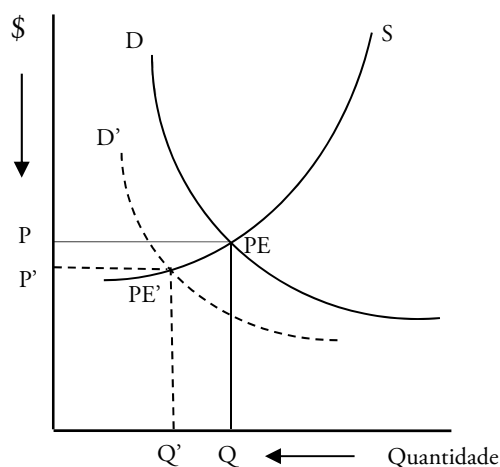
Aproximando o entendimento do jurista ao do economista, pretende-se, agora, apresentar, graficamente, as hipóteses e os respectivos efeitos descritos no Quadro 1; ainda simplificando o modelo hipotético, ao manter-se uma das variáveis constante e alterando a outra, como é visto nas Figuras 2 a 5. Torna-se evidente, assim, que políticas governamentais normativas ou judiciais influenciam na demanda ou oferta de produtos na ordem econômica. Há, mesmo, verdadeira reciprocidade de efeitos das normas no mercado e do mercado na normatividade, sob a pena, desta última desconhecendo os princípios basilares da primeira, tornar-se inócua, ineficaz.

Figura 2 – Variação na Demanda: Hipótese (A)



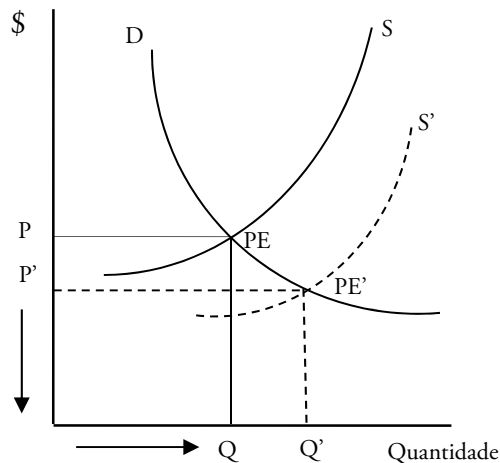
Na Figura 2, a curva da demanda se desloca de D para D' (da esquerda para a direita), de forma que o reflexo de tal deslocamento é absorvido por um aumento dos preços de P para P' e das quantidades, de Q para Q'; já que, não havendo variação na curva S (condições) da oferta, a demanda maior passou a pressionar a indústria que, além de ofertar mais produtos e serviços, pode aumentar seus preços.

Figura 3 – Variação na Demanda: Hipótese (B)



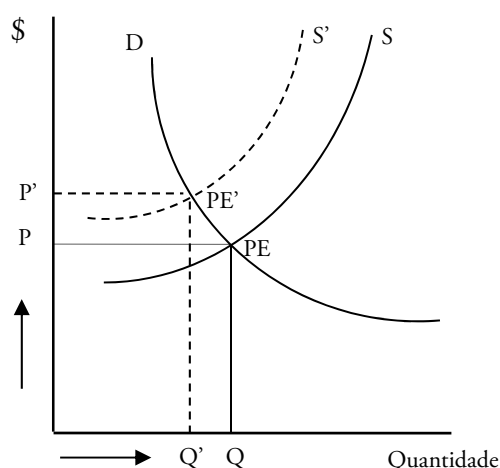
Na Figura 3, a curva da demanda se desloca de D para D' (da direita para a esquerda), de forma que o reflexo de tal deslocamento é absorvido por uma diminuição dos preços de P para P' e das quantidades, de Q para Q'; já que, não havendo variação na curva S (condições) da oferta, a demanda menor passou a liberar a capacidade instalada da indústria que, além de ofertar menos produtos e serviços, teve de diminuir seus preços.

Figura 4 – Variação na Oferta: Hipótese (C)



Na Figura 4, a curva de oferta se desloca de S para S' (da esquerda para a direita), de forma que o reflexo de tal deslocamento é absorvido por uma diminuição dos preços de P para P' e aumento das quantidades, de Q para Q'; já que, não havendo variação na curva D (condições) da demanda, a oferta maior, ocupando a capacidade instalada da indústria, passou a disputar a demanda e, conseqüentemente teve de diminuir seus preços; por outro lado, a demanda foi beneficiada pela diminuição de preços.

Figura 5 – Variação na Oferta: Hipótese (D)



Na Figura 5, a curva de oferta se desloca de S para S' (da direita para a esquerda), de forma que o reflexo de tal deslocamento é absorvido por um aumento dos preços de P para P' e diminuição das quantidades, de Q para Q'; já que, não havendo variação na curva D (condições) da demanda, a oferta menor, desocupando a capacidade instalada da indústria, passou a ser mais disputada pela demanda e, conseqüentemente, a indústria aumentou seus preços; por outro lado, a demanda foi prejudicada pela diminuição dos bens e aumento dos preços.

A partir da interação das políticas públicas de expansão – Hipótese (A) ou retração – Hipótese (B), das exigências licitatórias e da diminuição – Hipótese (C) ou intensificação – Hipótese (D), de políticas socialmente responsáveis, verificáveis no Quadro 1, pode-se alterar o nível de arranjos socioeconômicos de forma a maximizar ou minimizar a riqueza – aumento do PIB ou crescimento econômico, e o bem estar social – desenvolvimento ou felicidade social; conforme se observa no Quadro 2.

Quadro 2 - Análise Econômica para a Tomada de Decisão e suas Consequências

Hipótese Econômica	Política Pública	Efeitos no mercado de bens e serviços
Interação da Hipótese (A) e Hipótese (C)	A) Políticas Públicas de diminuição e flexibilização das normas protetivas dos consumidores estatais (Normas licitatórias mais brandas e flexíveis) ou C) Políticas Públicas de diminuição e flexibilização das normas concorrenciais (Normas que flexibilizem a ação socialmente responsá-	A interação das políticas (A) e (C) é, em seu extremo, a mais liberal possível, própria de um Estado pouco ou não interventor. Gera como conseqüências: a) Insegurança e aumento dos riscos para os consumidores estatais; b) Pela flexibilização normativa, aumento da demanda estatal para produtos em geral; c) Descomprometimento do empresariado para com a inclusão social; e d) Diminuição das exigências para o empresariado e, conseqüentemente, retração da curva de custos para os ofertantes, com aumento na oferta. Efeitos: a) Econômicos: diminuição geral do nível de

	vel por parte do empresariado)	preços e aumento das quantidades transacionadas; b) Sócio-responsabilidade: amplamente desatendida em uma pragmática de exclusão social e de consumo perigoso; c) Necessidades Estatais: quantitativamente atendidas e qualitativamente deficientes; e d) Ponto de Equilíbrio: Desloca-se para a direita (aumento de quantidades) e para baixo (diminuição de preços).
Interação da Hipótese (B) e Hipótese (D)	B) Políticas Públicas de recrudescimento das normas protetivas dos consumidores estatais (Normas licitatórias mais severas) ou D) Políticas Públicas de recrudescimento das normas concorrenciais (Normas que impliquem ação socialmente responsável por parte do empresariado);	A interação das políticas (B) e (D) é, em seu extremo, a mais conservadora possível, própria de um Estado interventor. Gera como consequências: a) Extrema segurança para os consumidores estatais e, consequente, aumento da demanda estatal, principalmente para aqueles produtos e serviços que possuem demanda reprimida; b) Pela severidade na exigência normativa, diminui a possibilidade de atendimento da demanda estatal para produtos em geral, por parte do empresariado; c) Comprometimento do empresariado para com a inclusão social; b) Aumento das exigências para o empresariado e, consequentemente, incremento dos custos para os ofertantes, com diminuição na oferta. Efeitos: a) Econômicos: aumento geral do nível de preços e diminuição das quantidades transacionadas; b) Sócio-responsabilidade: amplamente atendida em uma pragmática de inclusão social; c) Necessidades Estatais: quantitativamente não atendidas e qualitativamente atendidas; d) Ponto de Equilíbrio: Desloca-se para a esquerda (diminuição de quantidades) e para cima (aumento de preços).
Interação da Hipótese (B) e Hipótese (C)	B) Políticas Públicas de recrudescimento das normas protetivas dos consumidores estatais (Normas licitatórias mais severas) e C) Políticas Públicas de diminuição e flexibilização das normas con-	A interação das políticas (B) e (C) reflete práticas ora conservadoras, ora flexibilizadoras, próprias de um Estado parcialmente interventor, gerando as seguintes consequências: Consequências das normas licitatórias mais severas: a) Segurança para os consumidores estatais e remetendo, teoricamente, a um aumento da demanda estatal, principalmente em função da compatibilização dos custos com a qualidade dos bens ou serviços adquiridos; entretanto, <i>a posteriori</i>, a demanda estatal, no

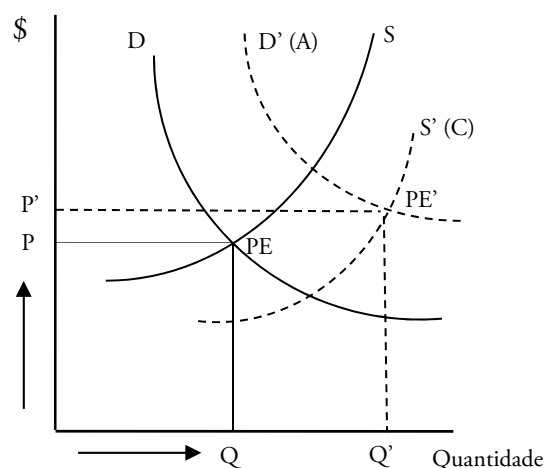
	correcionais (Normas que flexibilizem a ação socialmente responsável por parte do empresariado);	geral se retrai pelo aumento do custo dos produtos; b) Pela severidade na exigência normativa, diminui a possibilidade de atendimento da demanda estatal para produtos em geral, por parte do empresariado; c) Aumento das exigências para o empresariado e, conseqüentemente, incremento dos custos para os ofertantes, com diminuição na oferta. Conseqüências das normas que flexibilizem a ação socialmente responsável por parte do empresariado: a) Insegurança e aumento dos riscos para os consumidores estatais e conseqüente diminuição da demanda estatal, principalmente para aqueles produtos e serviços que não possuem demanda reprimida; b) Pela flexibilização normativa, aumento da demanda estatal para produtos em geral; c) Diminuição das exigências para o empresariado e, conseqüentemente, retração dos custos para os ofertantes, com aumento na oferta; mormente, dos produtos e serviços que possuem demanda reprimida. Conseqüências da interação das duas políticas: a) Ocorre o deslocamento de ambas as curvas, de oferta e de demanda, para baixo e, conseqüentemente, observa-se a diminuição do nível de preços; b) Os efeitos negativos das políticas públicas licitatórias mais severas para a oferta são compensados pela política de flexibilização da ação socialmente mais responsável por parte do empresariado que será estimulado a ofertar; c) Os efeitos positivos das políticas públicas licitatórias mais severas para a demanda estatal, em termos de garantias para o consumo estatal, serão anulados pelo recrudescimento nas exigências para o produtor doméstico. De qualquer forma, a política de ação socialmente menos responsável por parte do empresariado diminuirá seus custos. Efeitos: a) econômicos: diminuição geral do nível de preços. Efeitos contrapostos no nível de quantidades transacionadas; b) Sócio-responsabilidade: amplamente desatendida em uma pragmática de exclusão social e de consumo perigoso; c) Necessidades Estatais: quantitativamente não atendidas e qualitativamente atendidas; d) Ponto de Equilíbrio: Desloca-se para baixo
--	---	--

		(diminuição de preços).
Interação da Hipótese (A) e Hipótese (D)	A) Políticas Públicas de diminuição e flexibilização das normas protetivas dos consumidores (Normas licitatórias mais brandas e flexíveis) e Políticas Públicas de recrudescimento das normas concorrenciais (Normas que impliquem ação socialmente responsável por parte do empresariado);	A interação das políticas (A) e (D) reflete práticas ora flexibilizadoras, ora conservadoras, próprias de um Estado parcialmente interventor, gerando as seguintes consequências: Consequências das normas licitatórias mais brandas: a) Insegurança e aumento dos riscos para os consumidores estatais e consequente diminuição da demanda estatal, principalmente para aqueles produtos e serviços que não possuem demanda reprimida; b) Diminuição das exigências para o empresariado e, consequentemente, retração dos custos para os ofertantes, com aumento na oferta. Consequências das normas que impliquem em exigência da ação socialmente responsável por parte do empresariado: a) Segurança para os consumidores estatais e, consequente, aumento da demanda estatal, principalmente para aqueles produtos e serviços que possuem demanda reprimida; b) Aumento das exigências para o empresariado e, consequentemente, incremento dos custos para os ofertantes, com diminuição na oferta. Consequências da interação das duas políticas: a) Deslocamento de ambas as curvas, de oferta e de demanda, para cima e, consequentemente, observa-se um aumento significativo dos níveis de preços; b) Os efeitos positivos das políticas públicas licitatórias mais brandas para a oferta são anulados pelo recrudescimento na política de ação socialmente mais responsável por parte do empresariado que se retrai para ofertar; c) Os efeitos negativos das políticas públicas licitatórias mais brandas para a demanda estatal são compensados pelo recrudescimento na política de ação socialmente mais responsável por parte do empresariado que estimulará, assim, o consumo estatal. Efeitos: a) econômicos: aumento geral do nível de preços. Efeitos contrapostos no nível de quantidades transacionadas; b) Sócio-responsabilidade: amplamente atendida em uma pragmática de inclusão social; c) Necessidades Estatais: quantitativamente atendidas e não qualitativamente atendidas;

		d) Ponto de Equilíbrio: Desloca-se para cima (aumento de preços).
--	--	---

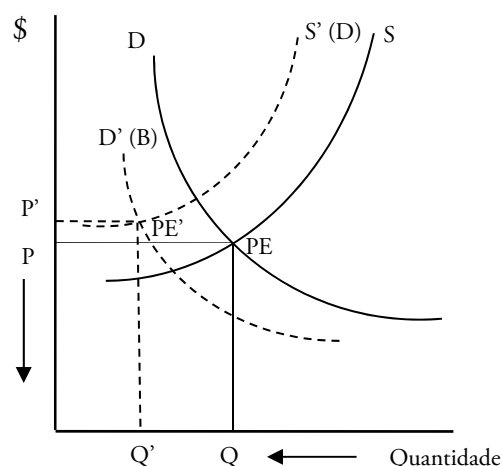
A partir da exposição do Quadro 2, podem ser inferidas as apreciações gráficas próprias da interação entre as diversas políticas jurídicas que, ora incentivam a ação socialmente responsável, ora incentivam o aumento de exigências para o cumprimento de editais públicos, ora flexibilizam as relações da administração pública com o ente privado ou, ainda, propiciam maior liberdade e descomprometimento social para o empresariado doméstico.

Figura 6 – Deslocamento da Oferta e Demanda: Hipóteses (A) e (C)



Na Figura 6, ocorre deslocamento na curva da demanda (D), da esquerda para a direita, implicando maior acessibilidade, por parte do poder público, aos bens e serviços privados; bem como, verifica-se o deslocamento da curva de oferta (S), também, da esquerda para a direita, indicando diminuição dos custos privados dos produtores ou ofertantes domésticos.

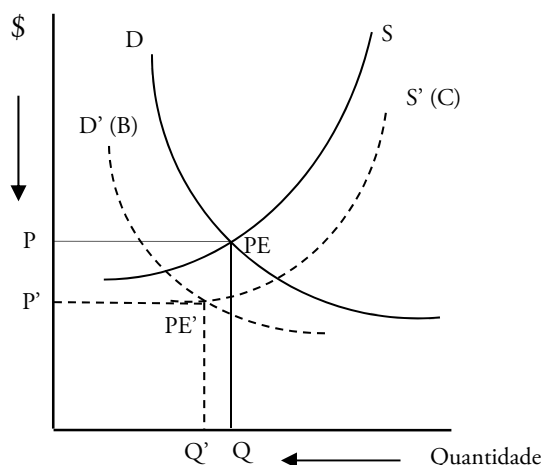
Figura 7 – Deslocamento da Oferta e Demanda: Hipóteses (B) e (D)



Na Figura 7, ocorre deslocamento na curva da demanda (D), da direita para a esquerda, implicando menor acessibilidade, por parte do poder público, aos bens e serviços privados; bem

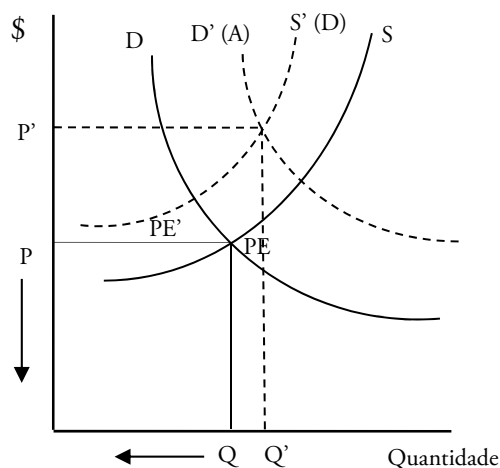
como, verifica-se o deslocamento da curva de oferta (S), também, da direita para a esquerda, indicando aumento dos custos privados dos produtores ou ofertantes domésticos.

Figura 8 – Deslocamento da Oferta e Demanda: Hipóteses (B) e (C)



Na Figura 8, ocorre deslocamento na curva da demanda (D), da direita para a esquerda, implicando menor acessibilidade, por parte do poder público, aos bens e serviços privados; bem como, verifica-se o deslocamento da curva de oferta (S), da esquerda para a direita, indicando diminuição dos custos privados dos produtores ou ofertantes domésticos.

Figura 9 – Deslocamento da Oferta e Demanda: Hipóteses (A) e (D)



Na Figura 9, ocorre deslocamento na curva da demanda (D), da esquerda para a direita, implicando maior acessibilidade, por parte do poder público, aos bens e serviços privados; bem como, verifica-se o deslocamento da curva de oferta (S), da direita para a esquerda, indicando aumento dos custos privados dos produtores ou ofertantes domésticos.

4. Tomada de Decisões Públicas sob o enfoque do PEES e do MEL

A dicotomia entre Estado e mercado vem sendo objeto de atenção por parte dos pesquisadores há tempos. Enquanto Marx afirmava que a superestrutura originava-se da estrutura econômica, EALR, V. 4, nº 1, p. 56-78, Jan-Jun, 2013

mica, Rudolph Stammler, afirmava serem duas verdades da mesma moeda, tanto a verdade formal - o Direito -, quanto a verdade real - a fenomenologia econômica. Fato é, entretanto, que se alternam períodos de liberalismo político, jurídico e econômico com períodos de forte intervenção Estatal, inclusive de caráter totalizante, ainda permeando-se tais extremos pela prática keynesiana intervencionista em suas diversas nuances.

No final do Século XIX e na primeira metade do Século XX, diversos ordenamentos asseguraram práticas econômicas, bem como, direitos ligados à defesa dos interesses sociais. As Constituições que, até então, se preocupavam em assegurar direitos políticos - chamados de primeira geração, inerentes à liberdade, à vida, ao ir e vir, dentre outros da mais alta conta; passaram a tratar, também, de delimitar o uso do poder econômico - direitos sociais de segunda geração, como o fizeram as constituições do México, em 1917 e de Weimar, em 1919, além da “Declaração dos direitos do povo trabalhador e explorado” da Rússia de 1918.

Era o surgimento do Direito próprio para a prática da intervenção Estatal. No que concerne à doutrina, podem ser destacadas, como pioneiras, as obras de Heymann, em 1908, denominadas *Arbeiten Zum Handels Gewerbes - un landwirtschaftsrecht*, - Trabalhos sobre Direito Comercial, Direito da Empresa e Direito Agrário - e de Justus Wilhelm Hedemann, em 1918, com a criação, na Universidade de Iena, do *Institut für Wirtschaftsrecht - Instituto de Direito Econômico*; das publicações das *Mitteilungen des Jenaer Institut für Wirtschaftsrecht* - Comunicações do Instituto de Direito Econômico de Iena - e dos *Schriften des Institut für Wirtschaftsrecht* - Escritos do Instituto de Direito Econômico. Em 1923, Hans Goldschmidt publicou compêndio didático denominado *Reichswirtschaftsrecht* - Direito Econômico do Império e, posteriormente, autores como Geiler, Hausmann, Rumpf, Arndt, Bauer, Thal, Reichardt, Darmstädter e Klausning, a sua vez, destacaram-se. Dessas primeiras contribuições teóricas surgiram estudos outros, principalmente na Alemanha; inicialmente, associando o Direito Econômico ao esforço de guerra, e, posteriormente, assumindo posicionamentos variados conformes às suas diversas escolas.

De outra forma, a partir dos anos sessenta, verificou-se efetivo questionamento acadêmico¹⁵ quanto à tomada de decisão estatal que já não deveria ser ineficiente. Politicamente, a queda do muro de Berlim, em 1989, e a derrocada da experiência comunista na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, evidenciaram, efetivamente, que se iniciava processo globalizante a envolver a sociedade de Estados. No Brasil, passado o momento de turbulência político-econômica do início dos anos noventa, estabeleceram-se governos de cunho social que, no entanto, não puderam afastar-se do cumprimento das exigências neoliberalizantes que espraíram no cenário mundial. Entretanto, não se pode deixar de notar que o Estado brasileiro se fez presente, em um intervencionismo estatal já pautado pela eficiência¹⁶.

Economistas e doutrinadores consagrados no mundo ocidental capitalista de influência anglo-saxã, adotaram o pensamento utilitarista como base do racionalismo econômico, que, por sua vez, é base filosófica das *Economic Schools* que fundamentam as vertentes da *Law and Economics*. Impera no pensamento econômico o problema da escassez, que deve ser superado segundo conquistada a sobrevivência individual e do semelhante. Trata-se, mesmo, da busca de solução

¹⁵ Principalmente em Chicago e Yale nos Estados Unidos, com pensadores como Ronald Coase, Guido Calabresi e Richard Allen Posner, dentre outros. Para maiores informações a respeito, ver Coase (1960) e Gonçalves e Stelzer (2006).

¹⁶ Não se pode esquecer a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998 que modificou o regime e dispôs sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, dando, ainda, outras providências; em especial, incluindo no rol dos princípios da Administração Pública, a eficiência.

racional para necessidades, e, nesse ponto, surge o Direito como que para assegurar essa sobrevivência.

Na sociedade de massa, a persuasão torna-se eficiente instrumento em detrimento da coerção legal e o Direito, pois passa a ser visto de modo previdente. Na Análise Econômica, existe situação tal, em que não se faz necessário nenhuma força ou móbil de influência para obter mudança social: trata-se do dito Ponto de Equilíbrio de Mercado. Nessa situação de perfeito equilíbrio entre as forças de mercado, e dentro da ótica da *Law and Economics*, o Direito perderia sua função. De outra forma, se não atingido o eficiente equilíbrio, restar-lhe-ia, ao normativo-legal, a tarefa de proceder a um juízo de valor moral, ético e positivado ou inculcado na tradição jurídica adotada, a fim de escolher, dentre as diversas possibilidades sociais, em qual nível operaria o critério de justiça da sociedade, voltando-se para nova posição estável conforme disposição de meios, instrumentos e desejos jurídico-sociais.

Agindo egoística ou altruisticamente, os indivíduos têm, sempre, consigo o intuito de ganho. Max Weber (1994, p. 4 e 33) lembra que o lucro ou ganho maior possível não é impulso específico da atividade econômica capitalista, antes é inerente ao próprio homem. Assim, se o indivíduo vai, por exemplo, ao Poder Judiciário em busca de um ideal de justiça, também o faz em função de atitude racional de busca do ressarcimento compensador de seu instinto de ganho.

Entre a benevolência do máximo desprendimento material e o egoísmo extremado, existe grau de aceitação - racional, moral, ético e justo que é o ponto de equilíbrio a ser alcançado pelo Direito, maximizando a felicidade da sociedade. Nesse desiderato o pensamento econômico embasa-se na utilidade e na preferência. Para os economistas “utilidade” é a característica que torna um bem desejado. O problema maior em relação a tal preferência por determinado bem é a valoração subjetiva e, mesmo, a comparação interpessoal de gostos. O pensamento utilitário remonta à longínqua Grécia onde Epicuro pregava em relação ao meio social a doutrina hedonista ou eudemonista que sublimava o egoísmo, principalmente em relação a sua ideia de prazer superando a dor. Shumpeter (1984, p. 79) lembra que, embora diferentes, as ideias utilitárias modernas como as de Jeremy Bentham, não deixam de ter certa conexão com as postulações daquele pensador.

Evoluídos os estudos econômicos, conquistou-se o entendimento da teoria paretiana da utilidade marginal decrescente dos bens e foram aprimorados os critérios de decisão econômica como a teoria dos jogos e os conceitos de eficiência de Pareto e de Kaldor-Hicks. Se, no campo doutrinário, floresceu teoria justificativa da prática capitalista, politicamente, desde o início do Século passado, já havia questionamentos defensores da intervenção de Estado, porém, agora, de forma eficiente.

Na visão tradicional da *Law and Economics*, o próprio Richard Allen Posner evoluiu seu pensamento no intuito de defender o mercado, advogando a necessidade da intervenção administrativa do governo através, inclusive, do Direito; de forma a coibirem-se abusos e corrigirem-se distorções. A ação corretiva, assim, poderia traduzir-se pelo controle de lucros, controle de entrada de firmas no mercado e controle sobre a estrutura de preços através de agências governamentais, assim como, também por ações reguladoras de incentivo à eficiência mesmo em monopólio. Nesse ponto pode ser notada a possível dicotomia entre a regulação pública de mercado através de *public utility regulations* e o próprio mercado de livre concorrência assegurado pela *Common Law* como um todo; ambos em busca da eficiência¹⁷.

¹⁷ Para elucidação do pensar posneriano, ver, dentre outras obras, em sua maioria, já, atualmente, traduzidas para o vernáculo: *Antitrust Law: An Economic Perspective* (1976); *The Economic of Justice* (1981); *The Problems of Jurisprudence* (1990); *Overcoming Law*. (1996) e *Economic Analysis of Law* (1992).

Ex positis, na realidade, a questão básica é a consecução de normas de Direito eficientes, devendo-se ser assumida, como real escolha entre políticas normativo-jurídicas, que ora atentem para o caráter público de controle administrativo direto, ora para os direitos privados assegurados pelo próprio Direito. As falhas de mercado, nesse sentido, podem ser vistas mais como formas de desvio das próprias leis de mercado do que por falha de mecanismos regulatórios que devem acompanhar as normas sociais.

A propósito da escolha entre legislar e regular interesses públicos e privados, mormente quanto à questão da interação entre a política pública licitatória e as políticas públicas que incentivem a ação empresarial socialmente responsável, deve ser buscada solução intermédia, eficiente e socialmente incluyente que possa representar o meio termo entre o liberalismo e o intervencionismo econômico. Assim, tem-se defendido, na doutrina, a adoção do PEES¹⁸ e do MEL¹⁹ como forma de se avançar jurídico-economicamente sobre os discursos antagônicos ora de intervenção, ora de flexibilização neoliberal, cuja distribuição perversa da riqueza leva a maiores injustiças sociais. Necessária é a ação Estatal, em mercado-social, disciplinando as relações econômico-jurídicas segundo ética de alteridade e solidariedade segundo critérios progressistas de distribuição da riqueza, ainda considerando, no cálculo utilitário decisório, a eliminação das externalidades sociais negativas. A regulamentação, em busca do equilíbrio social interno de cada país e internacional, deve determinar a obrigação de compensação dos desfavorecidos ou destituídos de suas prerrogativas em função da adoção de possibilidades socialmente eficientes. Dessa forma, seja nas negociações ou na tomada de decisões, a partir da lógica do jurista-economista, os agentes devem maximizar suas expectativas individuais e coletivas.

A título de conjectura sobre as análises gráficas apresentadas podem ser inferidas assertivas como segue:

- a) O Legislador e o operador jurídico indelevelmente influenciam o mercado;
- b) As leis de mercado não podem ser olvidadas, seja na consecução da lei, seja na sua apreciação judicial;
- c) Normas excessivamente protetivas das relações de consumo estatal – normas licitatórias mais severas ou mais socialmente comprometidas; podem levar, no curto prazo, ao desabastecimento e à escassez e, no longo prazo, à realocação dos fatores produtivos para atividades menos custosas ao empresário investidor. Nesse caso, a severidade do legislador desconhece as possibilidades materiais do produtor doméstico;
- d) Analogamente, políticas públicas que venham a determinar exigências licitatórias razoáveis e a intensificar a ação socialmente responsável por parte do empresário (aplicação de legislação antitruste, defesa do consumidor, inclusão de pessoas com necessidades especiais, por exemplo), podem levar; no curto prazo, ao aumento dos custos para toda a sociedade que, no entanto, colherá, indubitavelmente, os frutos de um mercado socialmente

¹⁸ Sobre o PEES ver, dentre outros trabalhos de Gonçalves e Stelzer, *O Direito e a Law and Economics: possibilidade interdisciplinar na contemporânea análise econômico-jurídica internacional* (2006. pp 67-68); *A função logística do Direito e o Comércio Exterior: em busca do efetivo desenvolvimento econômico*. (2008. pp. 1426-1441) e *O Direito Econômico: Extraordinário Instrumento de desenvolvimento* (2009. pp. 2727-2761).

¹⁹ Sobre o MEL, ver, ainda, as obras de Gonçalves e Stelzer, destacando-se: *Interação entre a política pública licitatória e as políticas públicas implementarias da ação empresarial socialmente responsável: apreciação gráfica dos efeitos econômicos no mercado* (2012. pp.1-26) e *A Economia e o Direito Internacional Econômico: a necessária disciplina das relações externas contemporâneas* (2012. pp. 563-574).

inclusivo, com patamares de consumo e de produção apropriados para o desenvolvimento econômico-social da sociedade em questão;

e) Normas excessivamente liberais quanto às relações de consumo estatal – normas licitatórias mais brandas ou liberais e menos socialmente comprometidas podem levar à insegurança na satisfação da demanda pública, ao abuso de poder econômico por parte da indústria, à proliferação de práticas concorrenciais infrativas e à oferta de produtos e serviços não socialmente responsáveis, ambientalmente danosos, com qualidade duvidosa, segundo ação empresarial que, na busca de economias de escala e diminuição de custos, ou, mesmo, de domínio de mercado, em instância de ineficientes monopólios, oligopólios e cartéis; afetará negativamente a demanda pública por bens e serviços.

f) Da mesma forma, políticas públicas que venham a flexibilizar as exigências licitatórias e permitir a ação não socialmente responsável por parte do empresário (depredação ambiental, flexibilização do Código do Consumidor, desrespeito à propriedade intelectual e não adoção de mínimos patamares trabalhistas, por exemplo), podem, ainda que, em um primeiro momento, levando; no curto prazo, à diminuição dos custos empresariais, ocasionar, no longo prazo, para a sociedade, como um todo, as nefastas consequências de um mercado socialmente injusto, com patamares de consumo e produção distantes das condições próprias para o desejado desenvolvimento econômico da sociedade em questão;

g) A equalização geral dos preços com o atendimento das demandas sociais, segundo adequado estabelecimento da oferta; no curto prazo, permite a superação da etapa de preparação da economia local – regional; para, no longo prazo, com maturidade empresarial e fortificação do Estado, ser intentada a conquista de novos mercados externos concorrentes, em um primeiro momento e, depois, a inclusão da sociedade considerada em um processo de estabilização e desenvolvimento global das condições mercadológicas segundo o que se entende por Princípio da Eficiência Econômico-Social - PEES.

h) O inovador, na análise em questão, é a percepção da reciprocidade de interesses – dos empresários, que querem menores custos privados e dos consumidores – Estatal e privado, que querem qualidade nos produtos e serviços, preços competitivos e respeito a uma mínima agenda social, assim determinada pela normatividade. Nesse viés, antes de meramente antagônicos, tais interesses são inerentes ao mesmo problema, qual seja, produzir e consumir com responsabilidade social. A dicotomia possivelmente verificável entre as forças de mercado e os anseios sociais pode perfeitamente ser dirimida no entendimento de que o mercado que se quer, ou, ainda, a ação emergente dos agentes privados admitida no mercado deve pautar um mínimo socialmente aceitável que, se não naturalmente ofertado, deve ser buscado pelo legal como forma de persuasão para a conduta socialmente desejada. Nesse caso, compete ao Direito suprir as falhas de mercado, eliminar as externalidades e pugnar por desenvolvimento em detrimento de crescimento. De qualquer forma, entendendo-se inconsequente ou não apropriado o simples crescimento para o mercado e, em busca de efetivo desenvolvimento, pugna-se, para a implementação do mercado a observação do Princípio da Eficiência Econômico-Social – PEES.

Segundo a eficiente ação, quando da tomada de decisões no âmbito econômico-jurídico, seja para o setor privado, seja para o setor governamental, deve, invariavelmente, ser objetivada a criação de ambiente econômico favorável à livre concorrência saudável de mercado social que, regulamentado conforme perspectiva progressista e inclusiva, indique o melhor uso da riqueza social, individualmente apropriada, conforme o *desideratum* último da eficiência econômica. Essa

se traduz por situação de equilíbrio na qual as forças econômico-sociais têm satisfeitas suas necessidades de consumo e recompensados todos seus esforços produtivos de forma a, também, serem compensadas quaisquer externalidades por ventura causadas a terceiros e considerados os reclames de responsabilidade social de dada sociedade.

O PEES aplicado à norma traduz a elaboração ou aplicação da mesma de forma eficiente economicamente, maximizando-se resultados esperados quando da adjudicação de direitos ou da determinação de obrigações, todavia, de forma a considerar, no cálculo econométrico para a tomada de decisão, o reflexo social e o custo externo determinado para a sociedade presente ou, mesmo futura; de forma a serem compensados, na sua totalidade, os prejuízos causados pelo ganho presente das partes envolvidas.

Portanto, a tomada de decisão que, apenas e tão somente, represente posicionamento político e não comprometido com o uso racional da riqueza social, mesmo que individualmente apropriada, incorre em contrariedade ao PEES. Tal fato significará, em virtude do emprego ineficiente ou desvio de recursos, pelos encargos causados ao processo produtivo doméstico e pela criação de indicadores mercadológicos falsos, o caos econômico a partir da constatação da carência de recursos em outras atividades, de alto custo para satisfazer a demanda interna, do maior desemprego ocasionado em outros setores, em virtude da manutenção de empregos em atividades ineficientes e de tantos outros problemas reflexos gerados a partir da equivocada tomada de decisão.

Dessa forma, tem-se por justa, segundo a ótica econômico-jurídica, a compensação de cada agente, atuante no mercado-social, conforme seu interesse, observado o interesse de terceiros; ou seja, considerada a reciprocidade na adjudicação de direitos ou determinação de obrigações; assim como, o parâmetro da eficiência como determinante axiológico do melhor uso que se pode atribuir aos recursos, consideradas as variáveis de cunho social, ambiental, trabalhista, de bem estar do consumidor, etc.

O PEES é princípio que prima, quando da elaboração ou aplicação normativa, pela essência de caráter econômico da norma que, devendo ser eficiente - maximizadora de resultados esperados quando da adjudicação de direitos entre os agentes, ou quando determinante de obrigações - não deve esquecer a consideração, no cálculo econométrico, das variáveis de caráter social e temporal que, corretamente valoradas, devem ser internalizadas de forma que a relação de custo e benefício demonstre a realidade das utilidades que se recebe sacrificando determinados bens e serviços de terceiros, assim como, seja considerado o maior número possível ou a totalidade dos agentes envolvidos, ainda, possibilitando a eliminação das externalidades para as sociedades, presente e futura.

Problema crucial, então, está em definir a proporção da dose médica de remédio que o legislador ou o operador jurídico vai imprimir ao mercado, segundo sua ação normativo-judicial. Se a dose for maior do que o necessário, “mata-se o paciente”, se menor, não “se o cura”.

Ainda que não definitivamente²⁰, o que se propõe é que a tomada de decisão jurídico-legislativa não seja política, cega e nem casuística e que, pelo contrário, seja revestida de cientificidade e técnica racional de forma a combinar justiça econômica – eficiência, com justiça social – distributiva e equitativa. O objetivo maior então é a eliminação eficiente das falhas e externalidades de mercado; conceituadas essas como a diferença entre os custos particulares e os custos sociais ou entre lucros particulares e lucros sociais.

²⁰ Entende-se que sempre se pode evoluir no pensar e que não somente a Ciência Econômica pode contribuir com o Direito, mas, certamente, outras ciências sociais.

Tal como na criação e aplicação de normas licitatórias, de inclusão social, concorrenciais ou de defesa do consumidor, tornam-se úteis, para a tomada de decisão jurídico-econômica, critérios de eficiência como os de Pareto e Kaldor-Hicks, além de políticas distributivas ou programas a serem, cautelosamente, implementados pelo Estado. Afinal, não podem ser computadas, no cálculo utilitário, questões particulares não avaliáveis, dentro do instrumental metódico disponível, como aquelas inerentes ao mérito social.

A análise de custo e benefício objetiva, assim, a internalização dos custos externos considerando, para tanto, como instrumento de medida o valor de mercado-social ou, na falta deste, o preço-sombra obtido a partir da apreciação do valor, fora de mercado, incluídos os mínimos sociais desejáveis. Quanto à questão das incertezas a serem consideradas no cálculo de para a tomada de decisão, a Teoria Econômica apresenta o que é denominado Teoria dos Jogos, na qual, determinam-se métodos para diminuir a incerteza na avaliação dos projetos e das leis, bem como estratégias para decisão em vista da existência de outros agentes em mercado.

5. Conclusões

Procurou-se, em instância hipotética, detectar os específicos efeitos gráficos oriundos da interação entre as possíveis políticas públicas licitatórias e aquelas persuasivas da ação empresarial socialmente responsável. Tal exercício pode, oportunamente, ser enriquecido pela quantificação própria de um estudo de caso; entretanto, para o propósito do presente artigo a apreciação por intermédio de figuras gráficas viabiliza o entendimento dos juristas quanto à *expertise* micro econômica.

Na situação em que ocorre desequilíbrio econômico-social, próprio de práticas que: i) fragilizam as compras governamentais; ii) implementam postura empresarial socialmente irresponsável e infrativas de mercado; iii) determinam concentrações econômicas ineficientes; iv) resultam na ineficácia da proteção das relações consumeristas; e, v) findam por aplicar as legislações licitatórias e de implementação da responsabilidade social do empresário nem sempre de forma socialmente eficiente; compete ao Direito, em função da utilização do parâmetro da eficiência econômico-social como critério de justiça jurídico-econômica, determinar a obrigação de compensação dos perdedores do sistema e a eliminação da pragmática que entrave ou contrarie os ditames Constitucionais previstos no art. 170 da Constituição Federal de 1988, em busca de uma *praxis* de mercado-social.

Está-se, na verdade, a implementar discurso que busca, através da Teoria Econômica, o entendimento do fenômeno econômico social que é, também, objeto do Direito. Trata-se de ver o Direito como instituído na sociedade que se divide em atenções para interesses públicos e privados, intervindo não mais em busca de ideal jurídico metafísico; mas, para a solução concreta do conflito econômico possivelmente existente entre as forças de demanda e de oferta deixando, em segundo plano, a questão da culpabilidade ou do direito pré-condenatório - no sentido tradicional - para adotar solução eficiente que, por fim gere resultados individuais e globais que elevem o grau de satisfação dos indivíduos, atenda às exigências sociais mínimas e conserve os interesses das gerações futuras. Agora, já não é tão importante pré-concluir se alguém tem direitos em detrimento de outrem, mas, sim, recompor os interesses das partes, seja em relação de consumo privada ou de implementação de gastos públicos, e, mesmo, de produção privada; segundo persuasão jurídico-econômica, em nível de mercado, a fim de se obter, para ambas as partes - neste caso, Estado e empresário; envolvidas na relação social, grau de satisfação que lhes permita otimizar sua ação em sociedade.

As externalidades levam à ineficiência do sistema competindo corrigi-las e, nesta situação a Análise Econômica do Direito apresenta-se como critério para distribuição de riqueza ou consagração de direitos segundo a capacidade que tenham os agentes - partes envolvidas na lide social - de promover melhor bem-estar social através do uso eficiente dos escassos recursos. Se a análise econômica de custos e benefícios de um mercado extremamente capitalista não considera critérios distributivos e, preconizando maiores lucros para um grupo, submete outro a carências, por outro lado, a distribuição regressiva das riquezas de uma sociedade leva a maiores injustiças em termos materiais. Assim, devem ser considerados critérios progressistas de distribuição e aplicação de justiça que não levem à estagnação ou inoperância da atividade econômica. É o que se defende segundo o PEES.

6. Referências

- COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost. Journal of Law and Economics*. Outubro, 1960.
- GONÇALVES, E. N.; STELZER, J. O Direito e a Law and Economics: possibilidade interdisciplinar na contemporânea análise econômico-jurídica internacional. *Anais do XV Encontro do CONPEDI*. Recife, PE: Fundação Boiteux, 2006, pp. 67-68.
- GONÇALVES, E. N.; STELZER, J. A função logística do Direito e o Comércio Exterior: em busca do efetivo desenvolvimento econômico. *Anais do XVII CONPEDI*, Salvador, BA: Fundação Boiteux, v. 1. 2008, pp. 1426-1441.
- GONÇALVES, E. N.; STELZER, J. O Direito Econômico: Extraordinário Instrumento de desenvolvimento. *Anais do XVIII CONPEDI*. Maringá, PR.: Fundação Boiteux, v. 1. 2009, pp. 2727-2761.
- GONÇALVES, E. N.; STELZER, J. Interação entre a política pública licitatória e as políticas públicas implementarias da ação empresarial socialmente responsável: apreciação gráfica dos efeitos econômicos no mercado. *Anais do XXI Encontro do CONPEDI*. Uberlândia, MG: Fundação Boiteux, v. 1. 2012, pp.1-26.
- GONÇALVES, E. N.; STELZER, J. A Economia e o Direito Internacional Econômico: a necessária disciplina das relações externas contemporâneas. In: *Direito Internacional em Expansão. Anais do 10º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, RJ: Arraes. v. 1. 2012, pp. 563-574.
- PIGOU, A. C., *The Economics of Welfare* 183. 4th Ed. 1932.
- POSNER, Richard A. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1976.
- _____. *The Economic of Justice*. Cambridge: Harvard University, 1981.
- _____. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University, 1990.
- _____. *Overcoming Law*. Cambridge: Harvard University, 1996.
- _____. *Economic Analysis of Law*. Boston: Kluwer Law, 2004.
- RIANI, Flávio. *Economia: Princípios básicos e introdução à Microeconomia*. São Paulo: Pioneira, 1998.
- ROEMER, Andrés. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Tradução de José Luis Pérez Hernandez. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval e GARCIA, Manuel Enriquez. *Fundamentos de Economia*. São Paulo: Saraiva, 2002.