

**A RACIONALIDADE ECONÔMICA E OS
FUNDAMENTOS DE MERCADO NA IMPLEMENTAÇÃO
DE POLÍTICAS PÚBLICAS – ANÁLISE DO
JULGAMENTO DO RACIONAMENTO DE ENERGIA
ELÉTRICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

*Humberto Cunha dos Santos
Procurador Federal; Superintendente-Adjunto e Assessor de Concessões e
Autorizações de Geração da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL;
Professor de Direito Econômico*

SUMÁRIO: 1 Intróito; 2 Economia e Direito; 3 Racionalidade Econômica; 4 Escolha pela implementação dos Direitos Humanos; 4.1 Educação e saúde como direitos básicos; 5 Análise casuística e concretizadora; 6 Racionamento de energia elétrica de 2001. 6.1 O julgamento da ADC nº 09-6; 6.1.1 Preços e mercado; 6.1.2 Resultado do julgamento; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: A partir da análise do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 09-06 – que tratou sobre as medidas de enfrentamento da crise de energia elétrica do país em 2001 – buscar-se-á discutir a perspectiva de análise econômica do Direito e sua contribuição para a efetivação de direitos previstos no ordenamento jurídico. Parte-se do reconhecimento de que não é possível discutir Direito sem correlacioná-lo com as demais ciências sociais, em especial com a Economia. Uma área exerce influência sobre o domínio da outra, e a ampliação da tradicional perspectiva jurídica auxilia o intérprete na compreensão de dilemas jurídicos de difícil solução, como a implementação de políticas públicas referentes a direitos humanos. Com a compreensão de que determinadas premissas econômicas relacionadas à escassez dos bens e de comportamentos típicos adotados no mercado é de fundamental importância para o Direito, conclui-se em prol de concepção que prestigia a função de regulação estatal.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Econômico. Racionalidade econômica. Políticas Públicas. Direitos Humanos. Mercado. Racionamento de energia elétrica. ADC 09-06. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This paper presents an approach of law and economics since the judgment of the Brazilian's Supreme Court in the case of supply energy crises in 2001.

KEYWORDS: Law and economics. Brazilian's supply energy crises. Market. Supreme Court.

1 INTRÓITO

O Direito tem uma enorme pretensão. Enquanto instrumento de uma dada sociedade, busca normatizar a vida minimamente harmônica entre os homens e o seu meio-ambiente.¹ Essa mesma pretensão é, de certo modo, compartilhada pela Economia.² Ainda que seja denso o conteúdo descritivo nos assuntos econômicos, não deve ser olvidado o seu aspecto prospectivo. Sob esse prisma, é possível estabelecer conciliação entre os desideratos dessas ciências sociais. As lentes de percepção, contudo, são bem distintas. Enquanto o Direito enxerga as relações sociais levando em conta, sobretudo, aspectos morais, em especial o que se mostraria mais justo, a Economia, por sua vez, baseia-se na preocupação de melhor alocação possível dos recursos, ou, em uma acepção, naquilo que, em face dos recursos disponíveis e das opções eleitas, mostrar-se-ia mais eficiente. Aos poucos, as áreas vêm estreitando suas interações, realçando, com isso, a importância do estudo das ações humanas segundo as implicações de ordem jurídica e econômica.³

O estreitamento de percepções entre as ciências sociais é de fundamental importância para quem lida com o Direito. Para Peter Häberle, a compreensão da Constituição e da realidade constitucional pressupõe a séria “exigência de incorporação das [demais] ciências sociais.”⁴ Partindo dessa ótica multifacetária, pretende-se discutir a implementação de direitos fundamentais, exigentes de efetivas políticas públicas, diante de contingências econômicas e comportamentos típicos esperados em ambientes informados pela lógica de mercados. Como parâmetro argumentativo, será analisado o julgamento conduzido pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião da ação direta de constitucionalidade que analisou o programa de racionamento de energia elétrica vivenciado no país em 2001.

1 O conceito de Direito a ser seguido segue a perspectiva de Bobbio, no sentido de que “se pode falar de Direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento. [...]” BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad.: Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999. p. 21.

2 A economia normativa, em contraste com a economia positiva, “trata de como o mundo, ou um pequeno pedaço do mundo, deve ser.” WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. *Economia*. Tradução Yeda Crusius e Carlos Crusius. Editora MCGraw-Hill, 1982. p. 30.

3 Papel de relevo é atribuído ao movimento conhecido como “*Law and economics*” propagado pela Escola de Chicago.

4 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Sergio Antônio Fabris. Porto Alegre. 1997. p. 12.

2 ECONOMIA E DIREITO

O funcionamento da economia depende do estabelecimento de uma determinada ordem. É preciso, primeiramente, compreender como o ordenamento jurídico disciplina determinados direitos e obrigações para só então discutir como as relações econômicas se darão. Se o Direito não conferisse reconhecimento à propriedade privada, a distribuição dos fatores de produção seria concebida de maneira distinta da atualmente assente. Basta conceber como se organizava a economia nos antigos países socialistas do Leste Europeu. O enunciado parece simplista, mas contém um dado fundamental: a economia de um país depende dos contornos dados pela ordem jurídica.

Tomemos a patente como referencial. Nos termos definidos pela Lei nº 9.279/96⁵, tem-se que a ordem jurídica brasileira reconhece como passível de apropriação o conhecimento tecnológico inovador, permitindo, assim, ao seu criador, a apropriação exclusiva, por determinado tempo, dos benefícios econômicos advindos em razão do esforço criativo empregado. Mas tomado o curso histórico das coisas, verificar-se-á que nem sempre esse tipo de conhecimento foi passível de proteção.⁶

Não é só o Direito que delimita as condições de exercício da Economia. Esta, por sua vez, também exerce forte influência sobre o Direito. A representação gráfica das interações exercidas por cada campo sobre o outro seria bem ilustrada por vias de mão dupla. Ao

5 “Art. 6º Ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas nesta Lei. [...]”

Art. 44. Ao titular da patente é assegurado o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente. Lei nº 9.279/96. Os comandos previstos na Lei nº 9.279/96 conferem eficácia plena ao previsto no art. 5º, inciso XXIX da CF/88: “[...] XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.”

6 Assafim destaca que “apesar da comunicação de uma tecnologia durante muito tempo ter sido regida pelo princípio de livre acesso – como se fosse um bem de domínio público, este preceito foi profundamente alterado a partir da implantação de instrumentos jurídicos de defesa e proteção das criações técnicas, formulados no final do século XVIII, consolidados durante o século XIX e que descrevem uma linha ascendente até nossos dias. Desde então, sob o conceito de ‘tecnologia’, foram formados três níveis – ou blocos – de bens ou produtos ‘técnicos’. [...]” ASSAFIM, João Marcelo de Lima. A transferência de tecnologia no Brasil – Aspectos contratuais e concorrenciais da Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p.2.

longo da história, mostrou-se sempre constante o estreitamento entre o poder econômico e o poder político. Com maior ou menor intensidade, a política tem traduzido em prescrições legais sucessivas pretensões econômicas. Isso sem fazer qualquer menção pejorativa ao regime democrático, ainda tido como o mais saudável a uma sociedade justa.

A influência econômica sobre o Direito também se dá através do apelo à racionalidade das regras econômicas. Os exemplos nesse campo são quase infindáveis. Os debates que envolveram a elaboração da atual lei de falências (Lei nº 11.101/05) são essencialmente fundados em razões econômicas. A substituição do instituto da concordata pela fase de recuperação de empresas, bem como a remodelação da classificação de créditos junto à massa falida, foram motivadas pela ineficácia do primeiro e na busca da redução do custo do crédito no país. Rubens Approbato assim descreve o cenário sob a vigência do Decreto-Lei nº 7.661/45⁷:

a falência (com a previsão da continuação do negócio) e a concordata, ainda que timidamente permitissem a busca da recuperação da empresa, no decorrer da longa vigência do Decreto-Lei 7.6661/45 e ante as mutações havidas na economia mundial, inclusive com a sua globalização, bem assim nas periódicas e inconstantes variações da economia brasileira, se mostraram não só defasadas, como também se converteram em verdadeiros instrumentos da própria extinção da atividade empresarial. Raramente uma empresa em concordata conseguia sobreviver e, mais raramente ainda, uma empresa falida era capaz de desenvolver a continuidade de seus negócios. Foram institutos que deixavam as empresas sem qualquer perspectiva de sobrevida. Com a manutenção do modelo constante do Decreto-lei 7.661, extinguíam-se, periodicamente, fontes de produção, geradoras de empregos, de créditos, de tributos, de gerência social e de fonte de fortalecimento da economia nacional.

7 MACHADO, Rubens Approbato Machado. Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 22. O Projeto de Lei nº 71, de 2003, que resultou na Lei nº 11.105/2005 tinha, em sua maioria, diretrizes tipicamente econômicas: (i) Preservação da empresa; (ii) Separação dos conceitos de empresa e de empresário; (iii) recuperação das sociedades e empresários recuperáveis; (iv) retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis; (v) proteção aos trabalhadores; (vi) redução do custo do crédito no Brasil; (vii) celeridade e eficiência dos processos judiciais; (viii) segurança jurídica; (ix) participação ativa dos credores; (x) maximização do valor dos ativos do falido; (xi) desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte; (xii) rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial.

As justificativas econômicas compuseram as razões determinantes que levaram o Supremo Tribunal Federal (STF) a reconhecer a constitucionalidade da nova lei de falências

No ponto, observou-se que a Lei 11.101/2005 resultou de amplo debate com os setores sociais diretamente afetados por ela, tendo surgido, também, da necessidade de se preservar o sistema produtivo nacional inserido em uma ordem econômica mundial caracterizada pela concorrência predatória entre seus principais agentes e pela eclosão de crises globais cíclicas altamente desagregadoras. Destarte, nesse contexto, o legislador teria optado por estabelecer que adquirentes de empresas alienadas judicialmente não assumiriam os débitos trabalhistas, por sucessão, porquanto isso não ensejaria prejuízo aos trabalhadores, já que a exclusão da sucessão tornaria mais interessante a compra da empresa e tenderia a estimular maiores ofertas pelos interessados na aquisição, o que aumentaria a garantia dos trabalhadores, em razão de o valor pago ficar à disposição do juízo da falência e ser utilizado para pagar prioritariamente os créditos trabalhistas. Além do mais, a venda em bloco da empresa possibilitaria a continuação da atividade empresarial, preservando empregos.⁸

Foi o vetor econômico, do mesmo modo, que propiciou a criação do instituto da alienação fiduciária em garantia, motivado pela necessidade de se atender ao “crescente desenvolvimento da indústria, [...] pois, sem crédito, não haveria incremento de produção, nem tampouco a expansão do escoamento do que se produz.”⁹ A demanda econômica dirigida ao Direito foi de se engendrar nova fórmula que pudesse “reforçar as garantias dos financiamentos realizados através de sociedades financeiras, para as quais não eram bastante as tradicionais garantias asseguradas pelo penhor ou pela venda com reserva de domínio.”¹⁰ Elaborou-se, portanto, um novo “negócio jurídico pelo qual o devedor, para garantir o pagamento de uma dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, retendo-lhe a posse direta, sob condição resolutiva de saldá-la”¹¹. Essa demanda veio a lume inicialmente pelo

8 ADI 3934/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 27.5.2009. (ADI-3934). Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência nº 548 – Maio de 2009.

9 ALVES, José Carlos Moreira. Alienação fiduciária em garantia. In CAHALI, Yussef Said (coord.). *Contratos nominados: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 25.

10 BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 308.

11 GOMES, Orlando. *Contratos*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 459.

texto da Lei de mercado de capitais no país, ainda nos idos de 1965 (Lei nº 4.728/65), sendo paulatinamente aprimorada.¹²

O teor das várias Emendas Constitucionais que alteraram a redação originária da CF/88, a fim de se conferir novos tratamentos a setores de mercado antes monopolizados ou exclusivos a empresas de capital nacional¹³, parece demonstrar, de forma um tanto quanto irrefutável, a forte influência exercida pela Economia sobre o Direito.

12 A previsão do instituto veio, inicialmente, contida no artigo 66 da Lei nº 4.728/65, cuja redação originária era: "Art. 66. Nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida." Esse dispositivo foi posteriormente alterado pelo Decreto-Lei nº 911/69 e pela Lei nº 10.931/04.

13 EC nº 05/95: extinguiu a obrigatoriedade de, em caso de concessão, os serviços estaduais de gás canalizados terem que ser destinados a empresas estatais. Remeteu à lei, a disciplina da matéria, vedando a edição de medida provisória para discipliná-la. (Redação originária do § 2º do artigo 25 da CF: - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado).

EC nº 06/95: revogou o artigo 171 que conferia tratamento privilegiado a empresas brasileiras de capital nacional e alterou o §1º do artigo 176 da CF, pondo fim à exclusividade da exploração de riquezas minerais e aproveitamentos de potenciais hidráulicos fossem apenas reservado a brasileiros ou empresas brasileiras de capital nacional.

EC nº 07/95: extinguiu as determinações constitucionais sobre exclusividade de funções reservadas a brasileiros sobre navegação nacional, bem como a exclusividade reservada às embarcações nacionais sobre navegação de cabotagem e interior, reservando à lei o trato das matérias referentes a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto ao transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

EC nº 08/95: extinguiu a obrigatoriedade de concessão dos serviços de telefônicos, telegráficos, transmissão de dados e outros de telecomunicações serem outorgados apenas a empresas sob controle acionário estatal, reformulando totalmente a conceituação desses serviços pela nova redação dada ao artigo 21, XI da CF, prevendo, inclusive, a criação de um órgão regulador para reger esse novo mercado.

EC nº 09/95: permitiu a contratação das atividades sujeitas à monopólio da União, listadas nos incisos I a IV do art. 177, a empresas estatais ou privadas, extinguindo a exclusividade anteriormente reservada à Petrobrás.

EC nº 13/95: extinguiu a obrigatoriedade do resseguro ser exercido apenas por órgãos oficiais, liberando essa parcela de mercado à iniciativa privada, a qual passou a concorrer com o Instituto de Resseguros do Brasil – IRB.

EC nº 19/95: acresceu o princípio da eficiência para regência de toda a Administração Pública no país, com típico conteúdo econômico.

EC nº 36/02: permitiu que pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no país possam ser proprietárias de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, anteriormente exclusividade de brasileiros natos ou brasileiros naturalizados há mais de 10 anos. A Emenda também permitiu a possibilidade de participação de capital estrangeiro nas referidas empresas, remetendo à legislação ordinária a disciplina do tema.

Apesar disso, deve ser evitada a adoção pura e simplista de teorias deterministas¹⁴ como único referencial teórico para compreensão das relações sociais envolvidas, dadas suas limitações explicativas.

Pondo cabo a esta breve introdução epistemológica, não se deve descuidar que fator imprescindível na compreensão da interação entre Direito e Economia é a percepção histórica evolutiva dos fatos sociais. O Direito é fruto de criação humana, e, como tal, encontra-se situado em determinado tempo e local. Garcia Amado aduz a importância de o Direito ser compreendido enquanto produto histórico, “solo *comprendible* a partir de *su propia realización*.”¹⁵ Perry Anderson, ao tratar do modo de produção feudal, assinalara como a concepção legal caracterizadora da relação de servidão entre camponeses e os senhores feudais repercutia diretamente no funcionamento da economia. Essa específica relação social permitira-lhe concluir que “nem o trabalho nem os produtos do trabalho eram bens. [...] A propriedade agrícola era controlada privadamente por uma classe de senhores feudais, que extraíam um

EC nº 40/02: Revogou todo o Capítulo IV da redação originária, que previa um conjunto de determinações ao sistema financeiro nacional, substituindo aquelas prescrições finalísticas por uma redação programática, prevista no novo artigo 192, o qual atribui à lei complementar dispor sobre todas as matérias, com o objetivo de promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade, prevendo a participação de cooperativas de crédito e participação do capital estrangeiro nas instituições que integram o sistema financeiro nacional.

EC nº 49/06: autorizou a permissão de produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas, relativizando vedação antes contida no rol de atividades sujeitas a regime de monopólio da União, previstas no inciso V, do artigo 177 da CF.

- 14 Exemplo de teoria determinista é o seguimento irrestrito do pensamento marxista. Apesar das valiosas contribuições dessa corrente para compreensão do sistema capitalista, deve-se pontuar que, segundo Marx, o Direito, enquanto superestrutura, seria mera decorrência das relações econômicas existentes (infra-estrutura). Seu principal eixo explicativo decorre do método histórico dialético, sintetizado na luta de classes travada entre a burguesia (detentora do capital) e o proletariado (possuidor apenas de mão de obra), donde se resultaria, a dominação daquela por imposição de seus valores e crenças. No *Manifesto Comunista*, Marx e Engels, ao explicarem o conceito de ideologia, como falsa compreensão da realidade, resumem o caráter determinista do mundo econômico: “as suas idéias [noções burguesa de liberdade, cultura, lei, etc] não passam de um produto das condições de sua produção e propriedades burguesas, exatamente como a sua jurisprudência não passa da vontade de sua classe transformada em lei para todos. *Uma vontade cujo caráter e direção essenciais são determinados pelas condições econômicas da existência de sua classe.* [...] As idéias dominantes de cada época sempre foram as idéias da classe dominante.” (p.36/40 - grifo nosso). Essa compreensão vai ser refletida na percepção do papel esperado da Política e do Estado para Marx: “o poder político, propriamente chamado, é, meramente, o poder organizado de uma classe para oprimir a outra.” (p.43-44) e “o Poder executivo do Estado moderno não passa de um comitê para gerenciar os assuntos comuns de toda a burguesia.” (p.12). MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *O Manifesto Comunista*. Tradução: Maria Lúcia Como. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.
- 15 AMADO, Juan Antonio Garcia. *Teorias de La tópic jurídica*. 1.ª ed. Madri: Civitas. p. 264.

excedente de produção dos camponeses através de uma relação político-legal de coação.”¹⁶ A obrigação de trabalho gratuito do servo, nas terras do senhor (corvéia), só pode ser compreendida inserida nesse específico contexto sóciopolítico caracterizador da vassalagem. Nesse ambiente, é impensável discutir preço de remuneração da mão de obra.

Celso Furtado, de modo similar, em referência ao Brasil do Século XIX, pontuara que o sistema jurídico legitimador da escravidão fazia com que a propriedade da força de trabalho pertencesse ao senhor de escravos e não ao trabalhador. “Prevalecia então a idéia de que um escravo era uma ‘riqueza’ e que a abolição da escravatura acarretaria o empobrecimento do setor da população que era responsável pela criação de riqueza no país.”¹⁷ O próprio autor se encarrega de desmistificar essa falsa percepção ao assinalar que “a abolição da escravatura per se não constitui nem destruição nem criação de riqueza. Constitui simplesmente uma redistribuição da propriedade dentro da coletividade.”¹⁸ Trata-se, na verdade, de reconhecer que, durante anos, uma opção política foi tomada pelo País, traduzida em leis, que concebia que a liberdade de uma pessoa fosse passível de apropriação por terceiros.¹⁹

Mesmo na acepção tipicamente liberal, existe um papel esperado pelo ordenamento jurídico na compreensão e no desenvolvimento da Economia. A Teoria da Escolha Pública destaca que:

mercados funcionam melhor dentro de uma estrutura legal estável contendo uma série de direitos bem definidos. Esses direitos incluem a liberdade para contratar uns com os outros, o direito à propriedade e o direito de ter os contratos cumpridos. O policiamento dos direitos e contratos contra a fraude, a trapaça, a destruição e o roubo é uma parte necessária de tal estrutura legal. Sem essas mínimas atividades por parte do governo, os mercados poderiam existir apenas com grande dificuldade. [...] Fornecer um sistema legal estabelece a estrutura para trocas colocando as regras do jogo.²⁰

16 ANDERSON, Perry. *Passagens da antiguidade para o Feudalismo*. 5. ed. Trad: Beatriz Sidou. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 143.

17 FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.199.

18 *Ibid.*, p.200.

19 O reconhecimento dessa injusta situação é a base fundante de ações afirmativas que vem sendo implementadas por algumas universidades públicas ao reservarem cotas de vagas a negros.

20 MITCHELL, William C; SIMMONS, Randy T. *Para além da política – mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia*. Tradução Jorge Ritter. Topbooks. Rio de Janeiro: 2003. p. 37-38.

Compreender, portanto, como a propriedade é tratada pelo ordenamento jurídico é ponto de partida para análise da racionalidade do funcionamento econômico. E o tratamento reservado à propriedade no sistema feudal ou no escravocrata brasileiro auxilia-nos a compreender por que razão se mostraria sem sentido discutir o valor da remuneração da mão de obra naqueles sistemas econômicos. Nesse aspecto, somos levados a compartilhar a “crença obstinada” de Dobb, segundo a qual análise econômica só faz sentido e pode dar frutos quando ligada a um estudo do desenvolvimento histórico.”²¹ Hodiernamente, verifica-se que a estipulação do salário mínimo nacional é sempre acompanhada de detidas preocupações, sobretudo, em razão do que se espera do seu real valor (art. 7º, IV da CF) e da capacidade de pagamento das forças produtivas.

Dos ramos do Direito, quem mais percebe a interatividade dessas ciências sociais é o chamado Direito Econômico. E a razão é trivial. Como o próprio nome sugere, trata-se de ramo que, nas palavras de Celso Bastos, destina-se a “normatizar as medidas adotadas pela Política Econômica através de uma ordenação jurídica, é dizer, a normatizar as regras econômicas, bem como a intervenção do Estado na economia.”²² Essa intervenção, enquanto gênero, tem por pressuposto a implementação de determinadas políticas públicas previstas para cada setor econômico.

Quando se discutem os direitos fundamentais que dependem de ação estatal logo se constata a importância de compreensão da real possibilidade de implementação dessas políticas, visto que, em uma ótica maior, referidos direitos são compreendidos como pertencentes ao conjunto definidor dos direitos humanos. Esse tema será retomado posteriormente. Antes, é preciso assinalar que o fato do direito reger a atividade econômica não importa em desnaturar as regras de funcionamento da economia, a qual possui, na lei da escassez, sua premissa motora. A seguir serão reservadas algumas linhas para esse importante tema.

Foi o vetor econômico, da mesma forma, que propiciou a criação do instituto da alienação fiduciária em garantia, motivado pela necessidade de se atender ao “crescente desenvolvimento da indústria, [...] pois, sem crédito, não haveria incremento de produção, nem

21 DOBB, Maurice. *A evolução do capitalismo*, 9. ed. Trad: Manuel do Rêgo Braga. LTC: Rio de Janeiro: 1987. p. 7.

22 BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Econômico Brasileiro*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 57.

tampouco a expansão do escoamento do que se produz.”²³ A demanda econômica dirigida ao Direito foi de se engendrar nova fórmula que pudesse “reforçar as garantias dos financiamentos realizados através de sociedades financeiras, para as quais não eram bastante as tradicionais garantias asseguradas pelo penhor ou pela venda com reserva de domínio.”²⁴ Elaborou-se, portanto, um novo “negócio jurídico pelo qual o devedor, para garantir o pagamento de uma dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, retendo-lhe a posse direta, sob condição resolutiva de saldá-la”²⁵. Essa demanda veio a lume inicialmente pelo texto da Lei de mercado de capitais no País (Lei nº 4.728/65)²⁶, sendo paulatinamente aprimorada.

O teor das várias Emendas Constitucionais que alteraram a redação originária da CF/88, a fim de se conferir novos tratamentos a setores de mercado antes monopolizados ou exclusivos a empresas de capital nacional²⁷, parece demonstrar, de forma um tanto quanto

23 ALVES, José Carlos Moreira. Alienação fiduciária em garantia. In CAHALI, Yussef Said (coord.). *Contratos nominados: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 25.

24 BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 308.

25 GOMES, Orlando. *Contratos*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 459.

26 A previsão do instituto veio, inicialmente, contida no artigo 66 da Lei nº 4.728/65, cuja redação originária era: “Art. 66. Nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida.” Esse dispositivo foi posteriormente alterado pelo Decreto-Lei nº 911/69 e pela Lei nº 10.931/04.

27 *EC nº 05/95*: extinguiu a obrigatoriedade de, em caso de concessão, os serviços estaduais de gás canalizados terem que ser destinados a empresas estatais. Remeteu à lei, a disciplina da matéria, vedando a edição de medida provisória para discipliná-la. (Redação originária do § 2º do artigo 25 da CF: - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado).

EC nº 06/95: revogou o artigo 171 que conferia tratamento privilegiado a empresas brasileiras de capital nacional e alterou o §1º do artigo 176 da CF, pondo fim à exclusividade da exploração de riquezas minerais e aproveitamentos de potenciais hidráulicos fossem apenas reservado a brasileiros ou empresas brasileiras de capital nacional.

EC nº 07/95: extinguiu as determinações constitucionais sobre exclusividade de funções reservadas a brasileiros sobre navegação nacional, bem como a exclusividade reservada às embarcações nacionais sobre navegação de cabotagem e interior, reservando à lei o trato das matérias referentes a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto ao transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

EC nº 08/95: extinguiu a obrigatoriedade de concessão dos serviços de telefônicos, telegráficos, transmissão de dados e outros de telecomunicações serem outorgados apenas a empresas sob controle acionário estatal, reformulando totalmente a conceituação desses serviços pela nova redação dada ao artigo 21, XI da CF, prevendo, inclusive, a criação de um órgão regulador para reger esse novo mercado.

irrefutável, a forte influência exercida pela Economia sobre o Direito. Apesar disso, deve ser evitada a adoção pura e simples de teorias deterministas²⁸ como único referencial teórico para compreensão das relações sociais envolvidas, dada a incapacidade dessas teorias em lidar com a complexidade dos fatos que caracterizam o mutável e diversificado campo de ação dos atores sociais.

EC nº 09/95: permitiu a contratação das atividades sujeitas à monopólio da União, listadas nos incisos I a IV do art. 177, a empresas estatais ou privadas, extinguindo a exclusividade anteriormente reservada à Petrobrás.

EC nº 13/95: extinguiu a obrigatoriedade do resseguro ser exercido apenas por órgãos oficiais, liberando essa parcela de mercado à iniciativa privada, a qual passou a concorrer com o Instituto de Resseguros do Brasil – IRB.

EC nº 19/95: acresceu o princípio da eficiência para regência de toda a Administração Pública no país, com típico conteúdo econômico.

EC nº 36/02: permitiu que pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no país possam ser proprietárias de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, anteriormente exclusividade de brasileiros natos ou brasileiros naturalizados há mais de 10 anos. A Emenda também permitiu a possibilidade de participação de capital estrangeiro nas referidas empresas, remetendo à legislação ordinária a disciplina do tema.

EC nº 40/02: Revogou todo o Capítulo IV da redação originária, que previa um conjunto de determinações ao sistema financeiro nacional, substituindo aquelas prescrições finalísticas por uma redação programática, prevista no novo artigo 192, o qual atribui à lei complementar dispor sobre todas as matérias, com o objetivo de promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade, prevendo a participação de cooperativas de crédito e participação do capital estrangeiro nas instituições que integram o sistema financeiro nacional.

EC nº 49/06: autorizou a permissão de produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas, relativizando vedação antes contida no rol de atividades sujeitas a regime de monopólio da União, previstas no inciso V, do artigo 177 da CF.

- 28 Exemplo de teoria determinista é o seguimento irrestrito do pensamento marxista. Apesar das valiosas contribuições do pensamento marxista para compreensão do sistema capitalista, deve-se pontuar que, segundo Marx, o Direito, enquanto superestrutura, seria mera decorrência das relações econômicas existentes (infra-estrutura). Seu principal eixo explicativo decorre do método histórico dialético, sintetizado na luta de classes travada entre a burguesia (detentora do capital) e o proletariado (possuidor apenas de mão de obra), donde se resultaria, a dominação daquela por imposição de seus valores e crenças. No *Manifesto Comunista*, Marx e Engels, ao explicarem o conceito de ideologia, como falsa compreensão da realidade, resumem o caráter determinista do mundo econômico: “as suas idéias [noções burguesa de liberdade, cultura, lei, etc] não passam de um produto das condições de sua produção e propriedades burguesas, exatamente como a sua jurisprudência não passa da vontade de sua classe transformada em lei para todos. *Uma vontade cujo caráter e direção essenciais são determinados pelas condições econômicas da existência de sua classe.* [...] As idéias dominantes de cada época sempre foram as idéias da classe dominante.” (p.36/40 - grifo nosso). Essa compreensão vai ser refletida na percepção do papel esperado da Política e do Estado para Marx: “o poder político, propriamente chamado, é, meramente, o poder organizado de uma classe para oprimir a outra.” (p.43-44) e “o Poder executivo do Estado moderno não passa de um comitê para gerenciar os assuntos comuns de toda a burguesia.” (p.12). MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *O Manifesto Comunista*. Tradução: Maria Lúcia Como. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

Fator imprescindível na compreensão da interação entre Direito e Economia é a percepção histórica evolutiva dos fatos sociais. O Direito é fruto de criação humana, e, como tal, encontra-se situado em determinado tempo e local. Garcia Amado aduz a importância de o Direito ser compreendido enquanto produto histórico, “solo comprensible a partir de su propia realización.”²⁹ Perry Anderson, ao tratar do modo de produção feudal, assinalara como a concepção legal caracterizadora da relação de servidão entre camponeses e os senhores feudais repercutia diretamente no funcionamento da economia. Essa específica relação social permitira-lhe concluir que “nem o trabalho nem os produtos do trabalho eram bens. [...] A propriedade agrícola era controlada privadamente por uma classe de senhores feudais, que extraíam um excedente de produção dos camponeses através de uma relação político-legal de coação.”³⁰ A obrigação de trabalho gratuito do servo, nas terras do senhor (corvéia), só pode ser compreendida inserida nesse específico contexto sóciopolítico caracterizador da vassalagem. Nesse ambiente, não há espaço para se discutir preço de remuneração da mão de obra.

Celso Furtado, de modo similar, em referência ao Brasil do Século XIX, pontuara que o sistema jurídico legitimador da escravidão fazia com que a propriedade da força de trabalho pertencesse ao senhor de escravos e não ao trabalhador. “Prevalencia então a idéia de que um escravo era uma ‘riqueza’ e que a abolição da escravatura acarretaria o empobrecimento do setor da população que era responsável pela criação de riqueza no país.”³¹ O próprio autor se encarrega de desmistificar essa falsa percepção ao assinalar que “a abolição da escravatura per se não constitui nem destruição nem criação de riqueza. Constitui simplesmente uma redistribuição da propriedade dentro da coletividade.”³² Trata-se, na verdade, de reconhecer que, durante anos, uma opção política foi tomada pelo País, traduzida em leis, que concebia que a liberdade de uma pessoa fosse passível de apropriação por terceiros.³³

29 AMADO, Juan Antonio Garcia. *Teorias de La tópicica jurídica*. 1. ed. Madri: Civitas. p. 264.

30 ANDERSON, Perry. *Passagens da antiguidade para o Feudalismo*. 5. ed. Trad: Beatriz Sidou. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 143.

31 FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.199.

32 *Ibid.*, p.200.

33 O reconhecimento dessa injusta situação é a base fundante de ações afirmativas que vem sendo implementadas por algumas universidades públicas ao reservarem cotas de vagas a negros.

Mesmo na acepção tipicamente liberal, existe um papel esperado pelo ordenamento jurídico na compreensão e no desenvolvimento da Economia. A Teoria da Escolha Pública destaca que:

mercados funcionam melhor dentro de uma estrutura legal estável contendo uma série de direitos bem definidos. Esses direitos incluem a liberdade para contratar uns com os outros, o direito à propriedade e o direito de ter os contratos cumpridos. O policiamento dos direitos e contratos contra a fraude, a trapaça, a destruição e o roubo é uma parte necessária de tal estrutura legal. Sem essas mínimas atividades por parte do governo, os mercados poderiam existir apenas com grande dificuldade. [...] Fornecer um sistema legal estabelece a estrutura para trocas colocando as regras do jogo.³⁴

Compreender, portanto, como a propriedade é tratada pelo ordenamento jurídico é ponto de partida para análise da racionalidade do funcionamento econômico. E o tratamento reservado à propriedade no sistema feudal ou no escravocrata brasileiro auxilia-nos a compreender por que razão se mostraria sem sentido discutir o valor da remuneração da mão de obra naqueles sistemas econômicos. Nesse aspecto, compartilhamos da “crença obstinada” de Dobb, segundo a qual análise econômica só faz sentido e pode dar frutos quando ligada a um estudo do desenvolvimento histórico.”³⁵ Hodiernamente, verifica-se que a estipulação do salário mínimo nacional é sempre acompanhada de detidas preocupações, sobretudo, em razão do que se espera do seu real valor (art. 7º, IV da CF) e da capacidade de pagamento da economia.

Dos ramos do Direito, quem mais percebe a interatividade dessas ciências sociais é o chamado Direito Econômico. E a razão é trivial. Como o próprio nome sugere, trata-se de ramo que, nas palavras de Celso Bastos, destina-se a “normatizar as medidas adotadas pela Política Econômica através de uma ordenação jurídica, é dizer, a normatizar as regras econômicas, bem como a intervenção do Estado na economia.”³⁶ Essa intervenção, enquanto gênero, tem por pressuposto a implementação de determinadas políticas públicas previstas para cada setor econômico.

34 MITCHELL, William C; SIMMONS, Randy T. *Para além da política – mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia*. Tradução: Jorge Ritter. Topbooks: Rio de Janeiro, 2003. p. 37-38.

35 DOBB, Maurice. *A evolução do capitalismo*. 9. ed. Trad: Manuel do Rêgo Braga. LTC: Rio de Janeiro, 1987. p. 7.

36 BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Econômico Brasileiro*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 57.

Quando se discutem os direitos fundamentais que dependem de ação estatal logo se constata a importância de compreensão da real possibilidade de implementação dessas políticas, visto que, em uma ótica maior, referidos direitos são compreendidos como aqueles pertencentes aos direitos humanos. Esse tema será retomado posteriormente. Antes, é preciso assinalar que o fato do direito reger a atividade econômica não importa em desnaturar as regras de funcionamento da economia, a qual possui, na lei da escassez, sua premissa motora. Antes de avançar, é preciso reservar algumas linhas para esse importante tema.

3 RACIONALIDADE ECONÔMICA

A Economia tem na análise da melhor alocação dos recursos seu fundamento central. O ponto de partida refere-se à constatação de que as necessidades e os desejos humanos são sempre ilimitados e os recursos, por sua vez, são sempre finitos. Da necessidade de conciliar o que deve ser prioritariamente produzido em face da disponibilidade existente de recursos deriva a principal relação econômica, também conhecida como *lei da escassez*. Escassez porque qualquer prioridade definida envolverá o necessário sacrifício de recursos para satisfazê-la, pressupondo, portanto, o estabelecimento de verdadeiras *escolhas*.

Considerados os desejos da humanidade ao longo da história, veremos que nunca atingimos grau pleno de satisfação. E é provável que nunca o atingiremos. A complexidade desse enunciado levamos a reconhecer que o ser humano é, de certo modo, culturalmente insatisfeito. E a depender da cultura, o *tempo de insatisfação* pode ser de tal monta que aquilo que antes era considerado como suprido deixe de sê-lo em frações de dias, quiçá de minutos. Sobre esse intrigante aspecto da humanidade, *Bauman* sinaliza que uma das causas do mal estar do mundo pós moderno reside na insatisfação coletiva gerada pela “constante mutação do mercado.”³⁷

Voltemos, contudo, para os problemas decorrentes da escassez. Tomado o exemplo da necessidade de moradia, uma pessoa consegue satisfazê-la residindo em um pequeno imóvel. Nesse caso, em face dos

37 Para Bauman, o atual mercado “é inteiramente organizado em torno da procura do consumidor e vigorosamente interessado em manter essa procura permanentemente insatisfeita, prevenindo, assim, a ossificação de quaisquer hábitos adquiridos, e excitando o apetite dos consumidores para sensações cada vez mais intensas e sempre novas experiências”, o que acaba gerando uma sensação de mal-estar pela perda de referência de valores. BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad: Mauro Gama e Cláudia M. Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 23.

recursos dispostos e das prioridades eleitas, a necessidade restaria satisfeita com a aquisição de um pequeno apartamento. Com acréscimo de renda, e com o passar dos tempos, é possível que aquela mesma pessoa inicialmente satisfeita não mais se contente com o imóvel possuído e passe a almejar um apartamento maior, com mais conforto e comodidades. Mais quartos, salão de festas, churrasqueira, piscina, lavabo, varanda e melhor localização seriam motivações racionais para a troca de morada. A prioridade anteriormente satisfeita passa a exigir um novo cálculo de quanto será necessário desprender de recursos para atender o novo desejo. O exemplo é simples mas serve para elucidar um complexo enunciado: o principal desafio da economia reside em como equacionar *escolhas*.

Wonnacott e Wonnacott resumem a essência do dilema econômico:

todos os desejos não podem ser satisfeitos devido a um segundo fato fundamental. Embora nossa capacidade produtiva seja grande, não é sem limite. Existe um certo número de pessoas na força de trabalho, e dispomos de uma quantidade determinada de máquinas e fábricas. Em outras palavras, os nossos recursos são limitados. [...] Portanto, enfrentamos a necessidade de fazer escolhas.³⁸

Não é simples fazer escolhas. Ainda mais quando se trata de escolhas coletivas. A ciência econômica tem desenvolvido interessantes ferramentas para auxiliar-nos. Uma delas é a *curva de possibilidade de produção*. A referida curva indica como escolhas devem ser feitas segundo uma racionalidade que busca a *melhor alocação dos recursos disponíveis*. A partir de dois eixos, definiríamos, em cada um, quais as necessidades a serem atendidas. No exemplo de Wonnacotts, um eixo representaria a necessidade de satisfazer o desejo por alimentos, que poderia ser atendida pela produção de trigo, e noutro a necessidade de vestuário, satisfeita por meio da produção de algodão. A curva indicará quais serão as *possibilidades* de produção de cada necessidade eleita. Possibilidade porque refletirá quanto será utilizado da capacidade de produção disponível para se assegurar a satisfação de um *quantum* de determinada necessidade. A curva sempre trabalha com a ideia de previsão de plena utilização dos recursos disponíveis, ou seja, *é uma fronteira*, “revela o que a economia é capaz de produzir. Reflete a produção

38 WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. *Economia*. Tradução Yeda Crusius e Carlos Crusius. McGraw-Hill, 1982. p.20-21.

máxima possível de dois bens. Na prática, a produção realizada pode ficar aquém da potencial”³⁹, quando considerada, por exemplo, uma situação de alto desemprego, mas não é possível que haja uma situação fora da curva com as quantidades disponíveis de capital, terra, trabalho e tecnologia.

A curva também tem o mérito de indicar o *custo de oportunidade* de cada decisão. E isso se deve porque seu tracejado sinaliza o quanto será sacrificado de recursos para atendimento de uma determinada prioridade em relação à outra. Nessa função, a curva apresentará uma particularidade constante: sua concavidade será voltada para o origem, *sinalizando que produções adicionais de determinada prioridade implicarão em custos mais caros* para a sociedade. Não são necessários gráficos complexos ou fórmulas complicadas para compreender essa assertiva. No exemplo entre as necessidades envolvidas com a produção de trigo e algodão, ao extremarmos a prioridade de produção de comida, as terras aráveis mais propícias à produção de algodão serão todas canalizadas para a produção de comida, extraindo-se menos alimentos e sacrificando, portanto, mais unidades de algodão que poderiam ser obtidas com o seu plantio. Essa conclusão poderia ser objetada com a alegação de que as terras cultiváveis de algodão poderiam ser utilizadas para plantio de gênero alimentício mais aderente àquele tipo de solo o que, certamente, faria aumentar a produção. Isso, contudo, não elidiria a conclusão de que, independente da cultura eleita para produção de alimentos, sem o plantio de algodão não haverá como ser satisfeita a necessidade de vestuário, o que nos remete para a questão central de como equacionar escolhas.

É em especial nesse aspecto que Economia e Direito têm um grande espaço para estabelecer convergências. Os parâmetros econômicos de eficiência alocativa irão pressupor um cenário de distribuição de riquezas segundo as prioridades eleitas, as quais, em uma sociedade aberta e plural, serão sempre aquelas fruto do consenso democrático traduzido nas normas vigentes no país. Na concretização das disposições previstas no ordenamento é preciso levar em conta a racionalidade econômica. Vista a matéria sob esse aspecto, é possível concordar com a percepção de Rachel Stajjn⁴⁰ no sentido de que a racionalidade econômica dos agentes pode gerar benefícios a todos.

39 WONNACOTT, op. cit., p. 25.

40 A percepção de Rachel Stajjn parece ser aplicável a todas as hipóteses e circunstâncias. Segundo ela, “a racionalidade dos agentes, um dos postulados econômicos, que leva à procura da maximização de utilidades, e a eficiência alocativa, segundo essa visão, vão ao encontro da idéia de solidariedade e geração de bem-estar coletivo.” in STAJJN, Rachel. *Law and Economics*. In ZYLBERSZTJAN, Decio e SZTAJN,

4 A ESCOLHA PELA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Em sociedades complexas como a nossa, a escolha sobre o que deve ser realizado estará estribada nos fundamentos do *Estado Democrático de Direito*. De certo modo, ela já foi feita pelo Constituinte quando se erigiu uma série de direitos fundamentais extensíveis a todos os cidadãos. Direitos esses que, superada uma perspectiva meramente absenteísta, pressupõem prestações positivas pelo Estado, como o direito à educação, saúde, seguridade social e outros de caráter social, o que nos permite concebê-los como verdadeiras expressões dos *direitos humanos*.

Genaro Carrió classifica os direitos humanos em duas famílias. A primeira é composta pelos chamados direitos civis e políticos, como as prerrogativas de direito à vida, integridade física, moral e psíquica, inviolabilidade de domicílio e outros papéis privados. Para esses primeiros, o papel esperado do Estado é, sobretudo, de abstenção. Já a segunda família é composta pelos relativamente novos direitos econômicos, sociais e culturais do chamado constitucionalismo social, sendo, portanto, integrada por pretensões de “percibir una retribución justa, la de recibir una educación adecuada, la de gozar de una vivienda digna, la de recibir un retiro que permita vivir sin apremio los años de la vejez [...]”⁴¹ Para terem coloração real, esses direitos exigem ações estatais.

O tema tem matriz constitucional. Admitida a *completude do ordenamento jurídico*, não se mostra possível estabelecer que alguns direitos sejam mais importantes que outros, ou que a *dignidade da pessoa humana* possa ser garantida sem a satisfação de pretensões básicas, como o acesso à educação ou à saúde. A redação do artigo 170 da CF/88 é elucidativa ao prescrever uma finalidade geral à ordem econômica: “*assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.*” A preservação da dignidade da pessoa humana, por meio da realização finalística esperada no regular funcionamento do mercado, só pode ser compreendida em um contexto globalizante, no qual o mundo fático do “ser” necessita ser

Rachel. *Direito e Economia – Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 76. Não me é clara, contudo, essa ampla dimensão. A crise financeira global avivou a preocupação com o estabelecimento de mecanismos regulatórios a fim de se evitar abusos e má distribuição de ganhos. As negociações lastreadas nos créditos *sub prime*, epicentro da crise, eram informadas pela racionalidade econômica de maximização de utilidades e eficiência alocativa.

41 CARRIÓ, Genaro R. *Los derechos humanos y su proteccion: distintos problemas*. Buenos Aires: Abeledo-perrot., p. 28.

contrastado com um “dever ser” sistêmico.⁴² Nos dizeres de *Bobbio*, “o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo.”⁴³ As supostas *lacunas legales*, muita das vezes invocadas para justificar iniquidades, devem ser percebidas como falsos vazios normativos. *Quintana* salienta que “*el derecho no reconoce ni admite lagunas, pues constituye un conjunto homogéneo, coherente y completo, que permite encontrar solución para todos os problemas imaginables.*” Por essa razão, o autor conclui que

en toda obra legislativa late la intención, lograda o no, de realizar un *valor de justicia* cuya existencia se presupone. De otro modo no se hace posible entender el sentido de lo jurídico: el espíritu humano, puesto frente al derecho, no se aquieta con la consideración empírica de los hechos que acontecen, sino que pretende, y siempre ha pretendido, confrontarlos con algo que sirve para su enjuiciamiento.⁴⁴ (grifo nosso)

Admitido o reconhecimento de que o valor de justiça é próprio do Direito, e seu resgate axiológico contribuiu para a revisão do papel do Estado perante a economia, criando-se, assim, condições para que os direitos sociais fossem concebidos como típicos direitos humanos, ainda perdura a questão de como implementá-los.

A implementação dos direitos humanos não é um tema alheio à hermenêutica constitucional. *Raúl Usera* acentua que “*se interpreta la Constitución siempre que ésta há de ser aplicada. Dudamos, en consecuencia, que se produzcan casos constitucionales de absoluta claridad.*”⁴⁵ A falta de claridade se acentua quando se propõe a discutir a implementação de direitos fundamentais em face de recursos escassos.

42 O Ministro Ayres Britto teve oportunidade de se manifestar pela visão holística do Direito em julgado que versava sobre a regra a ser aplicável à aposentadoria de determinado servidor. Segundo ele, é preciso recordar a “indesmentida proposição de que, por vezes, a norma jurídica se encontra não num particularizado dispositivo, mas no conjunto orgânico de todos eles. É como dizer: aqui e ali, a inteireza de uma norma se desata de dispositivos sediados, ora num mesmo diploma legal, ora em múltiplos diplomas legais, valendo-se o intérprete da utilização do método sistemático em sua mais dilargada dimensão. [...]” *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Segurança nº 25.116. – Rel. Min. Ayres Britto.

43 BOBBIO, op. cit., p. 21.

44 QUINTANA, Segundo V. Linares. *Tratado de Interpretación Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 110.

45 USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y formula política*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales. p. 75.

Mireille Delmas-Marty admite ser irrefutável reconhecer a interdependência entre economia e direitos do homem. A compreensão de direitos humanos pela autora implica concebê-los como *indivisíveis e interdependentes*.⁴⁶ Por assim serem – continua a discorrer – não devem ser admitidas políticas que façam hierarquizações de valores, pois, na prática, a “indivisibilidade implica, também, uma obrigação de coerência. Dizer que os direitos do homem são indivisíveis significa dizer que são complementares e devem ser tornados compatíveis. Em outros termos, [deve-se] interpretar os textos de tal forma que cada direito seja salvaguardado, senão de modo absoluto, ao menos de modo relativo.”⁴⁷

A incorporação pura e simples da percepção de indivisibilidade dos direitos humanos traz, contudo, um problema de difícil resolução prática. É que para se garantir todos os direitos ao mesmo tempo será necessário dispor de recursos suficientes para tanto. *E pode ocorrer que não existam recursos disponíveis para a promoção de todas as necessidades erigidas*. O que fazer diante desse cenário?

Delmas-Marty sinaliza, ainda que de forma tímida, para uma solução. Segundo a autora, seriam admitidas certas concessões:

Concretamente as *restrições recíprocas são possíveis* – elas são, além disto, expressamente permitidas em certos textos –, mas que se acredita serem aceitáveis como *genuínas exceções ou derrogações de um direito sob o pretexto do respeito a outro direito*. Verdadeiramente falando, tudo é uma questão de proporção e equilíbrio.”⁴⁸

Não obstante a vagueza que a simples menção de proporção e equilíbrio suscita, *Delmas-Marty* só concebe a restrição de um direito se for, excepcionalmente, para incrementar a satisfação de outro. Além de se tratar de uma hipótese muito restritiva, parece-nos que, como toda *escolha*, a definição de prioridades perpassa, necessariamente, por uma certa hierarquização do que deve ser atendido, o que, para além do debate dos legitimados a tomarem decisões coletivas, remete-nos à análise do *custo de oportunidade* de cada decisão.

46 “Cada direito enunciado é determinado por cinco tipos de relações: uma relação civil, de reconhecimento jurídico como cidadão; política, de participação ativa no Estado; econômica, de reciprocidade de troca; social, de integração à sociedade democrática; e cultural, de pertença a uma comunidade.” DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Lúmen-juris, p. 43.

47 *Ibid.*, p. 48.

48 *Ibid.*

Aqui mostra-se necessário esclarecer um aspecto crucial: *guardamos descrença na efetividade de proposições que buscam implementar políticas públicas sem perspectiva condizente com a racionalidade econômica.* Apesar de bem intencionadas, essas proposições apresentam pouco ou nenhum significativo espaço de concreção. Compartilhamos a percepção de que a formulação de políticas públicas precisa mostrar-se estribada em análises referenciadas de custos econômico-sociais que melhor reflitam, em uma perspectiva geral, aquilo que se mostra mais benéfico para toda a sociedade, buscando maximizar benefícios comuns com o menor sacrifício possível. Retomemos à análise da curva de possibilidade de produção. Em seus eixos, ao invés de alimentação e vestuário, pensemos em saúde e educação.

4.1 EDUCAÇÃO E SAÚDE COMO DIREITOS BÁSICOS

A Constituição Federal de 1988 assegura que a educação é direito de todos e dever do Estado (art. 205), assim também a proclama quando trata da saúde (art. 196). Essas prioridades, portanto, devem ser satisfeitas simultaneamente. A Constituição não impõe a forma de satisfazê-las, mas determina uma série de prescrições mandamentais. Em análise descritiva do texto constitucional, vê-se um conjunto de regras que poderiam ser sintetizadas em: (i) que o ensino fundamental deverá ser obrigatório e gratuito, constituindo, inclusive, direito público subjetivo, passível de configuração de crime de responsabilidade da autoridade competente a ausência no seu oferecimento (art. 208, §§1º e 2º); (ii) o ensino médio deverá ser progressivamente universalizado; (iii) deve ser conferido atendimento especial aos portadores de deficiências; (iv) garante-se a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos de idade; (v) também fica garantido o acesso aos níveis mais elevados de ensino, pesquisa e criação artística; (vi) deverá haver oferta de ensino noturno regular; (vii) é obrigatório atendimento ao educando, no ensino fundamental, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (art. 208, incisos I a VII). A Constituição também determina a aplicação mínima de receita para a manutenção e desenvolvimento da educação. No mínimo, 18% dos impostos para a União e 25% dos impostos para os Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 212).

No que se refere à saúde, a garantia efetivar-se-á por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços

para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196). A Constituição Federal, tal qual na educação, também não determina a forma de satisfação dessas ações garantidoras, competindo ao Poder Público implementá-las diretamente ou “por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.” (art. 197). A norma constitucional também impõe a aplicação de percentuais mínimos de receita, segundo os parâmetros fixados no §2º do artigo 198.

Dado esse conjunto de prescrições e de necessidades de realização ao mesmo tempo a racionalidade econômica auxiliar-nos-á a definir o ponto ótimo de *alocação dos recursos disponíveis em face de ambas as prioridades*. Levando-se em conta, portanto, a necessidade de serem feitas escolhas, um determinado percentual de recursos deverá ser definido para fazer frente às despesas com material escolar do ensino obrigatório. Pode ocorrer que, para satisfação dessa rubrica, o transporte escolar tenha que ser satisfeito de uma forma menos onerosa, utilizando-se, para tanto, de um transporte mais módico. O mesmo pode ocorrer com a saúde. Ao se definir a prioridade de construção de um posto de saúde em um município na zona rural, para atendimento de constantes casos de ataques de animais peçonhentos, possivelmente os recursos necessários para outras atividades, como a compra de remédios, restarão mais escassos, não permitindo, com isso, a disponibilidade de distribuição gratuita de medicamentos mais expensivos àquela população.

Nesse sentido, uma determinada pessoa pode vir a se sentir lesada em face das escolhas que foram estabelecidas pelo Poder Público e procure, em juízo, pleitear a satisfação do seu direito subjetivo de ter um meio de transporte mais cômodo ou que possa ter acesso gratuito a tratamentos e medicamentos complexos que permitiriam combater efeitos maléficis de um dado tumor. Como deveria ser resolvida essa pretensão?

Qualquer resposta que busque resolver, efetivamente, o problema evitará tecer juízos apriorísticos, radicais e demagógicos e, numa ótica condizente com a racionalidade econômica, procurará reconhecer, antes de tudo, *se é possível economicamente atender ao que foi pedido*. E isso se deve por uma razão muito simples: *é preciso reconhecer que todo direito possui um custo subjacente para satisfazê-lo*. Uma sentença do Judiciário, uma lei aprovada pelo Parlamento ou um decreto expedido pelo Executivo possuem, nessa perspectiva, a mesma limitação de cumprimento em face de uma dada realidade econômica, renegando a um outro plano as discussões sobre hierarquia ou legitimação da atuação dos órgãos estatais.

A curva de possibilidade de produção auxilia a visualizar qual é o custo social de satisfazer uma dada prioridade. Não raro, pode ser que, em face das prioridades eleitas, não seja possível incrementar novas pretensões, mantidas as alocações existentes. Deixada para uma outra oportunidade a discussão sobre a determinação de competências para a tomada de decisões coletivas em um Estado Democrático de Direito, e no quanto essas decisões mostrar-se-iam legítimas ou não à luz de juízos de constitucionalidade, seja por ação ou omissão estatal, *é preciso primeiramente analisar se existem condições econômicas possíveis para agasalho das pretensões requeridas*. Essa perspectiva contribui para que o debate da implementação de políticas públicas seja feito de forma séria e responsável.

Nesse contexto, um estudo que contribui para a reflexão supramencionada verifica-se no período de racionamento de energia elétrica vivenciado no país em 2001, cuja discussão foi levada ao Supremo Tribunal Federal por conta do julgamento de constitucionalidade de suas principais medidas. Antes, contudo, de analisar o julgado, é preciso reservar algumas linhas para a percepção tópica do Direito.

5 A ANÁLISE CASUÍSTICA E CONCRETIZADORA

Jorge Miranda assinala íntima conexão entre a tarefa fundamental, de caráter geral, de promover os direitos econômicos, sociais e culturais com as incumbências reservadas ao Estado. O autor distingue tarefas, funções e incumbências. Segundo ele:

tarefas equivalem a fins do Estado manifestados em certo tempo histórico, em certa situação político-constitucional, em certo regime, em certa Constituição em sentido material. Traduzem um determinado enlace entre o Estado e a sociedade. Implicam um princípio (ou uma tentativa) de legitimação do exercício do poder. As *tarefas* contrapõem-se às *funções em sentido estrito* – que são não tanto algo de pensado quanto algo de realizado – ou atividades que o Estado, constante, repetida e repetidamente, vai desenvolvendo, de harmonia com as regras que o condicionam e conformam, e que, por conseguinte, aparecem como meios ao serviço. [...]

Entre umas e outras situam-se as *incumbências*, que são, ao mesmo tempo, metas e ações a que o Estado fica constitucionalmente adstrito – o mais das vezes através de normas programáticas – em

face dos direitos, interesses ou instituições que lhe cabe garantir, promover ou tornar efectivos; e as incumbências traduzem-se em ‘imposições constitucionais’, designadamente em ‘imposições legiferantes’.⁴⁹ (grifo nosso)

Trazidas para o contexto brasileiro, as incumbências, *tipicamente de carácter normativo e prospectivo*, poderiam ser vislumbradas no *artigo 3º da CF* que prescreve os objetivos da República Federativa do Brasil de (i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) garantir o desenvolvimento nacional; (iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e (iv) promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. A incumbência de prestação de serviços públicos, prevista no artigo 175 da CF, também poderia ser compreendida sob esse prisma. Mas tão somente a incumbência de prestação dos serviços, pois a forma de concretização parece mais condizente com o *conceito de tarefa*, visto refletir uma determinada opção política contextualizada. A opção de delegação à iniciativa privada ou de desestatização de empresas públicas bem refletem o carácter temporal e situacional dessas opções.

Jorge Miranda também acentua que existe “um conteúdo essencial também das tarefas e das incumbências que o intérprete deve desvendar e o aplicador da Constituição preservar.”⁵⁰ Esse conteúdo essencial, que poderia ser compreendido com um *mínimo existencial de proteção de determinados direitos*, é de difícil delimitação, sendo desafiador reduzi-lo em termos objetivos e quantificáveis aprioristicamente enquanto enunciados gerais açambarcador de todas as hipóteses abstratamente consideradas. Numa dimensão pragmática, esse mínimo assegura, em *condições possíveis*, aquilo que Hesse resolveu por chamar de “*concretização da Constituição*”⁵¹ enquanto fruto da interpretação constitucional. Para nós, *o problema a ser enfrentado passa a ser definir o mínimo existencial de determinada prioridade em face de recursos escassos disponíveis*. O tema é árido e desde logo deve se reconhecer que muitas interpretações seriam justificáveis. Qualquer solução, entretanto, perpassará pelo reconhecimento de que compreender,

49 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV – Direitos Fundamentais*. 2 ed: Coimbra, 1993, p. 344-345.

50 *Ibid.*, p. 345.

51 “*La concretización presupone la ‘comprensión’ del contenido de la norma a ‘concretizar’*. *La cual no cabe desvincular ni la ‘precomprensión’ del intérprete ni del problema concreto a resolver.*” HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 43.

e, a partir daí concretizar, *só é possível diante de casos concretos*, visto que as particularidades fáticas dos casos a serem solucionados nos revelarão o quadro discricionário de possibilidades para tomada de decisões.

Cabe a observação de *Hesse* que “*no existe interpretación constitucional desvinculada de los problemas concretos.*”⁵² Esse é também o entendimento de *Müller*, que acrescenta ao processo interpretativo e concretizador, o programa da norma e o âmbito da norma, para concluir que “concretizar significa produzir, diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito.”⁵³

Seguindo, portanto, a linha *topoi*, o caso ilustrador que se passa a analisar, de forte tensão socioeconômica em se buscar garantir um mínimo existencial em face de situação de escassez de oferta, foi o *programa de racionamento do uso de energia elétrica vivenciado no País em 2001*, cujo debate foi levado ao Supremo Tribunal Federal por ocasião da proposição da *Ação Direta de Constitucionalidade nº 09/06*, pelo Presidente da República, que teve por objetivo reconhecer a constitucionalidade das principais medidas daquele programa.

6 O RACIONAMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA DE 2001

O Brasil vivenciou em 2001 uma de suas maiores crises de suprimento de energia elétrica. O caso repercute ainda hoje com os desdobramentos das medidas de combate aos efeitos da crise⁵⁴ e serviu de duro aprendizado para o aperfeiçoamento das grandes linhas

52 HESSE, op. cit., p. 45.

53 MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed.: Renovar. p.131.

54 Recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade dos encargos tarifários criados pela Lei nº 10.438/02, também conhecidos como “seguro-apagão”, em análise de dois recursos extraordinários que haviam tido a repercussão geral reconhecida. Naqueles julgados, reconheceu-se que “em 2001, em virtude da redução da geração de energia elétrica pelas usinas hidroelétricas, ante os baixos níveis pluviométricos registrados, o Governo adotou certas providências para assegurar a continuidade da prestação desse serviço, dentre as quais, a instituição do debatido encargo, por meio da Medida Provisória 14/2001, convertida na Lei 10.438/2002, tendo por objetivo financiar, por rateio entre os consumidores, os custos, inclusive de natureza operacional, tributária e administrativa, relativos à aquisição de energia elétrica e à contratação de capacidade de geração ou potência pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial - CBEE.” 90). Supremo Tribunal Federal. RE 576189/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 22.4.2009. (RE-576189) RE 541511/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 22.4.2009. (RE-541511). Informativo de Jurisprudência nº 513 – Abril de 2009.

regulatórias do modelo do setor elétrico brasileiro, atualmente estribado nas Leis nº 10.847/04 e 10.848/04.

O racionamento caracterizou-se pela incompatibilidade entre a oferta de energia e a demanda requerida, mostrando-se necessário racionar o uso da energia. A sua principal causa foi atribuída ao atraso na construção de empreendimentos de geração e transmissão de energia elétrica no período de 1998 a 2001 que deveriam acompanhar o crescimento estimado da demanda.⁵⁵ Esse atraso significou, em 2001, déficit de “22 mil GWh, equivalente a 15% da capacidade de armazenamento conjunta das regiões Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste.”⁵⁶ Caso nenhum desses atrasos tivesse ocorrido, seguindo a conclusão oficial, “o nível de armazenamento destas regiões em fins de abril de 2001, que era de 32%, teria sido acrescido de 15 pontos percentuais, chegando a 47%.”⁵⁷ O impacto desse atraso na expansão da oferta foi potencializado por um ano de hidrologia desfavorável, com poucas chuvas e forte estiagem em várias regiões, além de ter sido agravado por outros fatores relacionados à implementação do modelo de livre comercialização inaugurado pela Lei nº 9.648/98, em especial no sobredimensionamento atribuído à energia assegurada das usinas.

Nessa situação de escassez, a solução adotada pelo Poder Público não poderia ser outra senão buscar compatibilizar a demanda à oferta. Se não se mostrava possível agregar maior oferta no curto prazo, tendo em vista os prazos de construção dos empreendimentos elétricos – em média 3 a 5 anos para usinas hidroelétricas e 2 anos para linhas de transmissão –, mostrava-se necessário reduzir a demanda. Eis, portanto, que as principais medidas do programa de racionamento foram concentradas na demanda:

- (i) imposição de meta de consumo para todas as classes de consumidores (residenciais, comerciais, industriais, consumidores livres, poder público e rurais);
- (ii) aumento das tarifas para as faixas de consumo acima da meta (“sobretarifa”);

55 Análise a partir das conclusões oficiais da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica. www.planalto.gov.br. Acesso em 12 de fevereiro de 2009.

56 Presidência da República. *Relatório da Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico de Energia Elétrica*. KELMAN, Jerson (Coord.). Câmara de Gestão da crise de energia elétrica, 2001. p.6.

57 Ibid.

- (iii) concessão de estímulos econômicos, por meio de bônus e compensações, para aqueles que reduzissem o consumo aquém da meta; e
- (iv) possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica para os consumidores que descumprissem a meta.

A meta do programa era reduzir o consumo geral em 20%, segundo relatório de confiabilidade apresentado pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS à época.

A ADC nº 09/06 teve por parâmetro as normas oficializadas na *Medida Provisória nº 2.152/2001*, em sua quarta edição⁵⁸, mas que desde a sua primeira versão já vinham provocando acirradas controvérsias judiciais quanto à legitimidade de suas medidas. À época da propositura da ADC nº 09/06, a Advocacia-Geral da União (AGU) listou mais de 127 ações judiciais em curso.⁵⁹ Em momento algum foi questionada a existência de relevante controvérsia judicial como empecilho ao conhecimento da ação.⁶⁰

6.1 O JULGAMENTO DA ADC Nº 09/06

O julgamento da ADC nº 09/06 envolveu forte correlação da análise jurídica em face de típicos dilemas econômicos enfrentados em situações de escassez. Logo ao propor a inicial, o Presidente da República buscou justificar as medidas que estavam sendo implantadas pelo caráter atípico do comportamento do mercado:

- (i) As metas estão estabelecidas em critérios que permitirão uma redução autogerida, em que são preservadas a autonomia e

58 A Emenda Constitucional nº 32/01 deu nova redação ao artigo 62 da CF/88 extinguindo a possibilidade de sucessivas reedições das Medidas Provisórias. Nos termos da atual redação do §7º, só é admitida uma única vez a prorrogação. A referida Emenda preservou, contudo, a vigência das medidas provisórias editadas em conformidade com a redação anterior do artigo 62 da CF/88, conforme disposição contida em seu artigo 2º.

59 Anexos 5 a 13 da Inicial da ADC nº 09-DF. *Supremo Tribunal Federal*. Relator: Min. Nery da Silveira. DJ 23/04/2004.

60 O artigo 14, inciso III da Lei nº 9.868/99 exige, como requisito de admissibilidade da ADC, que haja relevante controvérsia judicial sobre a matéria. Como os atos normativos gozam de presunção de constitucionalidade, seu questionamento, de forma concentrada, demanda a comprovação objetiva que se tenha dúvida fundada em relação à constitucionalidade daqueles dispositivos.

as prioridades individuais. Com efeito, cada consumidor adequará as suas necessidades à execução da meta, elegendo entre formas alternativas de consumo, isto é, optando pelo desligamento de alguns eletrodomésticos, pela utilização de lâmpadas fluorescentes, pela redução do uso do chuveiro e ferro elétricos, dentre outras opções.⁶¹

- (ii) Em face da escassez do bem energia elétrica e da consequente elevação do seu custo, instituíram tarifas especiais para aqueles consumidores que consumirem acima da meta e bônus – a saber, a necessária contrapartida tarifária de estímulo à poupança – para aqueles que reduzirem seu consumo em parcela excedente à poupança determinada pela respectiva meta.⁶²
- (iii) O terceiro instrumento previsto no Programa é a suspensão do fornecimento de energia elétrica, comumente denominado ‘corte.’ Trata-se de um mecanismo de redução compulsória do consumo, se inoperante a redução voluntária. Assegura-se, em consequência, o cumprimento da meta em benefício de toda a coletividade, já que, sendo a energia elétrica um bem ou recurso comum, se ela faltar, faltará para todos. Logo, aos não-solidários consumidores de energia elétrica reservou-se a suspensão do fornecimento de energia, como instrumento que garanta eficácia da observação da devida meta. Reitere-se que, aos consumidores cujo consumo mensal seja igual ou inferior a 100 kWh, não se aplica a suspensão do fornecimento por inobservância da meta, já que, além de o seu consumo já ser reduzido e afigurar-se pouco expressivo um eventual excesso, não haveria como se lhe exigir uma redução ainda maior.⁶³

O Ministro *Néry da Silveira*, relator da ação, julgou pela inconstitucionalidade do programa de racionamento. Na percepção do Ministro, as medidas retratavam um desvirtuamento da tarifa, visto não terem caráter contraprestacional ao serviço.⁶⁴ Entendeu, ademais,

61 *Supremo Tribunal Federal*. ADC nº 09/06-DF - Relator: Min. Nery da Silveira. DJ 23/04/2004. p.63.

62 *Ibid.*

63 *Ibid.*, p. 34.

64 “Bem de ver, é pois, que de tarifa, *nomine próprio*, aqui não se cuida. De fato, a tarifa, remuneração de serviço, o preço público tem como marca indelével ser contraprestação de serviço, qual bem o anotou Carlos Valder Nascimento.” *Ibidem*. p. 83.

que as medidas violavam os preceitos constitucionais que asseguram a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, art. 170, V e 175, II e IV). Afirmara em seu voto que:

não há [...] legitimidade constitucional para a suspensão do fornecimento de serviço essencial concedido, como o de energia elétrica, àqueles usuários, consumidores finais, e, no caso concreto, tão-só porque, em seu consumo mensal de energia elétrica, ultrapassaram o número de kWh, pré-estabelecido, com base em plano de contingenciamento de gasto, em medida provisória que, assim, se entremostra sem amparo na Constituição e revela evidente caráter punitivo.⁶⁵

O Ministro Relator vislumbrou ainda desrespeito aos “princípios da razoabilidade e proporcionalidade”.⁶⁶ Tomado o caráter central da argumentação do Relator, vê-se que a discussão de caráter econômico é renegada. Os termos utilizados expressam pouca ou nenhuma significância da ótica da racionalidade econômica ao deslinde da matéria, visto que o corte de fornecimento de energia é encarado como indevido por “tão só” ter se descumprido a meta de racionamento. Em momento algum a pergunta econômica de difícil solução foi suscitada: *como resolver a hipótese de existirem consumidores dispostos a pagar preços mais caros pela energia sem se atrelarem a meta alguma?* Na hipótese de existirem esses consumidores, e considerada legítima a possibilidade de aquisição, quem produziria a energia demandada ?

6.1.1 PREÇOS E MERCADO

Os preços possuem forte caráter indutivo no mercado. O comportamento humano não é ditado apenas por aumentos ou diminuições de preços, mas é inevitável reconhecer seu elemento influenciador. Corretamente considerado, *preços são traduções de consensos definidos no mercado*. Tomada a noção de *mercado*, verificar-se-á que esse último é melhor compreendido se percebido como “um conceito abstrato que se refere aos arranjos feitos pelas pessoas para trocar bens e serviços umas com as outras em todos os aspectos da vida econômica. Assim trata-se de um processo, em vez de um lugar claramente definido ou de algo

⁶⁵ op. cit., p. 90.

⁶⁶ “De outro modo, ainda, os valores previstos nas normas em referência também não poderiam prevalecer por sua desproporção, relativamente à causa de sua exigência, ferindo os princípios de razoabilidade e proporcionalidade.” Ibid. p.92.

que podemos observar facilmente, mesmo que alguns mercados estejam localizados em lugares específicos.”⁶⁷

O mercado, muito além de um mero lugar, é objeto de detido estudo pela Sociologia desde o momento em que as revoluções liberais do Século XVIII passaram a concebê-lo como um importante elemento de explicação das relações sociais em sociedades modernas. Segundo *Max Weber*, “falamos de mercado quando pelo menos por um lado há uma pluralidade de interessados que competem por oportunidades de troca.”⁶⁸ É, portanto, a elaboração de arranjos de troca entre os homens que caracteriza o elemento central de definição do mercado. *Se não existissem interessados em trocar, não haveria espaço para o mercado funcionar.*

Durkheim também acentua os contornos definidores da troca como principal elemento de caracterização de mercados. Segundo ele, o mercado, enquanto fato social, deve ser compreendido como “uma das instituições relativas à troca.”⁶⁹ Instituição social aqui considerada segundo o conceito analítico proposto por *Berger e Berger*, cuja caracterização objetiva pressupõe o reconhecimento de que algo só “é objetivamente real quando todos (ou quase todos) admitem que de fato a mesma existe, e que existe duma determinada maneira.”⁷⁰ Nesse sentido, a caracterização fundamental do mercado, enquanto objetividade social, reside em possibilitar trocas, o que, dentre outras questões, permite-nos compreender o papel instrumental desempenhado pela moeda, enquanto elemento viabilizador de trocas.

Transpostos esses conceitos à fundamentação do voto do Ministro *Néry da Silveira*, teríamos que admitir que consumidores mais abastados poderiam consumir energia elétrica em escaladas crescentes, mesmo com tarifas mais altas, desde que fosse essa a prioridade desses consumidores. *Propensos, portanto, a continuar a trocar energia por dinheiro, esses consumidores não teriam impeditivos para racionarem seu consumo, mesmo no momento de escassez do bem vivenciado no País.* Sem a possibilidade de corte, o único elemento balizador para a tomada de decisão seria mensurar o preço da energia. *Poder-se-ia vir a admitir, com essa prática, que a energia elétrica passasse a ser consumida somente por quem*

67 MITCHELL; SIMMONS, op. cit., p. 35.

68 WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Editora da UnB, 1995. p. 419.

69 DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

70 BERGER, Peter L. e BERGER, Brigitte. *O que é uma instituição social*. In FORACCHI, M. M., MARTINS, J.S. (Orgs.). *Sociologia e sociedade*. Rio de Janeiro : Livros Técnicos e Científicos, 1977. p. 196.

detivesse mais recursos em detrimento de menos afortunados. Uma grande indústria exportadora de aço, eletrointensiva, em um momento aquecido do mercado por seus produtos, com câmbio favorável, poderia continuar a consumir energia em demasia, sem qualquer meta restritiva.

Em momento de escassez do bem, a redução de consumo apenas pela via de aumento de preços não surtiria os efeitos esperados, daí a razão da previsão do corte como medida extremada para os casos de recalcitrância na redução de consumo. Esse dado não foi considerado na decisão do Ministro Relator possivelmente pela falta do estabelecimento de diálogo entre Economia e Direito.

A análise econômica do Direito é uma “poderosa ferramenta” para compreender um vasto conjunto de questões legais, como bem salientara *Posner*.⁷¹ Mas, para tanto, obviamente é preciso inseri-la no debate jurídico. Sendo as pessoas *racionais e maximizadoras de utilidades*, sem a possibilidade de corte, a conduta dos consumidores seria pautada apenas na análise individual do custo da energia sem qualquer outro vetor de caráter social. É fundamental compreender que os agentes atuantes no mercado aplicam a lei da escassez com enfoques *individuais* e não coletivos, por mais que queiramos atribuir componentes éticos, morais e socializantes na regência de suas condutas. *Adam Smith* já sinalizava essa lógica propulsora do mercado em sua clássica sistematização, ainda hoje presente, mesmo com as agendas de crescimento sustentável, preocupação com o meio ambiente, governança corporativa, preocupação com os consumidores e acionistas minoritários:

Quem quer que ofereça a outrem uma barganha de qualquer tipo, está propondo isto. Dá-me aquilo que desejo e terás isto que desejas, é o significado de toda oferta, assim e é, destarte, que obtemos uns dos outros a franca maioria dos bons ofícios de que necessitamos. *Não é da benevolência do açougueiro, cervejeiro ou padeiro que esperamos nosso jantar, mas de sua preocupação por seu próprio interesse. Dirigimo-nos não à sua humanidade, mas ao seu amor-próprio, e nunca lhe falamos de nossas necessidades, mas das vantagens deles. Ninguém, senão um pedinte,*

71 “Escribo este libro con la convicción de que la economía es una herramienta poderosa para analizar un vasto conjunto de cuestiones legales, pensando al mismo tiempo que la mayoría de los juristas e y los estudiantes de derecho (incluso los muy brillantes) tiene dificultades para realacionar los principios económicos con los problemas legales concretos.” POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. Tradução Eduardo L. Suárez. México: Fonde Cultura Económica, 1998. p. 11.

*escolhe depender principalmente da generosidade de seus concidadãos, e nem mesmo o mendigo dela depende inteiramente.*⁷² (grifo nosso)

Por mais paradoxal que uma primeira leitura açodada possa sugerir, *as medidas do plano de racionamento de energia elétrica vieram a proteger o consumidor e não o contrário*. Consumidor aqui compreendido em sua coletividade e não isoladamente, tal como já suscitado na análise dos temas da educação e saúde no item 4.1. E isso se deve por que:

- (i) *o mínimo existencial*, referido por *Jorge Miranda*, enquanto elemento próprio da realização dos direitos humanos, havia sido assegurado, pois a todos os consumidores era garantido consumo mínimo mensal de 100 kWh, faixa na qual não estavam sujeitos a racionamento nem a corte;
- (ii) as novas classes tarifárias, criadas com valores mais altos para as faixas acima da meta, serviriam de *desestimuladores econômicos ao consumo*, representando, em momento de escassez, maior valoração social do bem raro. Se diamantes fossem descobertos a todo momento certamente não seriam tão valiosos. No mesmo sentido, aqueles que reduzissem consumo aquém da meta, em momento de escassez, teriam um ativo (bônus) que poderia ser destinado ao mercado, servindo de *incentivo à poupança de energia*; e
- (iii) o corte do fornecimento de energia elétrica dos consumidores que não colaborassem espontaneamente com as medidas de redução visaria, por via coercitiva, *garantir o atendimento aos demais consumidores solidários*, dado o caráter social e imprescindível da energia para todos, caracterizada com típico serviço público (artigos 175, 176 e 21, XII, b da CF/88).

A *Ministra Ellen Gracie* iniciou a divergência na Corte, agregando elementos de racionalidade econômica à discussão jurídica. Segundo ela, estariam preservados os preceitos de vinculação da tarifa à política tarifária que, bem situada, “era estimular a redução de demanda, na impossibilidade momentânea de aumentar a oferta.”⁷³ Sobre a defesa do consumidor, encarou-a em uma perspectiva mais abrangente:

72 SMITH, Adam. *Riqueza das Nações*. Tradução Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 2008. p. 25.

73 ADC nº 09-6-DF. Relator: Min. Nery da Silveira. DJ 23/04/2004. p.98.

Incorre agressão, mas, muito ao contrário, há preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem *a utilizar-se moderadamente de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa*. Não há inconstitucionalidade por violação ao direito de propriedade. Tudo porque, inexistente propriedade a ser alegada em relação ao consumo de energia elétrica. [...] Tampouco considero que a suspensão do fornecimento seja medida que caracterize dupla punição. Os pressupostos de aplicação da sobretarifa e do corte de energia são diversos. Aqui, mais uma vez se revela a marcada preocupação que tiveram os redatores da medida, com a redistribuição entre os cidadãos dos ônus decorrentes da situação de carência ora enfrentada. Tudo para que os consumidores com maior poder aquisitivo que poderiam, portanto, manter-se indiferentes ao acréscimo de custo, tenham presente a possibilidade de serem levados, pela via coercitiva, *ao exercício da solidariedade social mínima* e não venham, como lembrou a inicial, a seguir aquecendo piscinas ociosas, até que falte a energia necessária para que se acenda uma simples lâmpada na residência pobre.⁷⁴ (grifo nosso)

O Ministro *Nelson Jobim* acompanhou a divergência e, após explicar o mecanismo de funcionamento da sobretarifa e do bônus, acrescentou ao seu voto a análise econômica que, de certo modo, embasa a ideia central da curva de possibilidade de produção referida no item 3. Pontuou uma característica típica do fato que se pretendia regular:

[...] devemos lembrar que o direito subjetivo, eventual, que possa se ter em relação ao fornecimento de energia elétrica é do que se tem, porque aqui estamos perante o direito a uma prestação e não um direito potestativo. *É um direito que se satisfaz por meio de uma prestação e esta depende da capacidade de oferta. Se a capacidade de oferta reduziu-se, devem-se ajustar os consumidores a esta capacidade de oferta.*⁷⁵ (grifo nosso).

Esse enfoque é fundamental para permitir o diálogo entre Direito e Economia. A doutrina reconhece que mesmo os direitos fundamentais prestacionais podem sofrer restrições quando verificadas condições impossíveis de assegurá-los. Valendo-nos, mais uma vez, do referencial de Jorge Miranda, tem-se que:

74 ADC nº 09-6-DF. Relator: Min. Nery da Silveira. DJ 23/04/2004.. p. 99.

75 Ibid., p. 107.

A efectivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não depende apenas da aplicação de normas constitucionais concernentes à organização econômica. *Depende também, e sobretudo, dos próprios factores económicos, assim como – o que nem sempre é suficientemente tido em conta – dos condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da Administração pública e dos recursos financeiros.* [...] E a doutrina fala no ajustamento do socialmente desejável ao economicamente possível, na subordinação da efectividade concreta a uma reserva econômica do possível ou na raridade material do objeto da pretensão como limite real.⁷⁶

O pensamento do possível, muitas vezes desvirtuado para escudar incompetentes e maus gestores públicos, pressupõe um dado básico: *o Direito necessita levar em conta as contingências econômicas, pois não é possível exigir algo que não seja capaz de ser realizado.* A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possui vastos precedentes que levam em conta esse postulado.⁷⁷

Acompanhando a divergência, o Ministro *Maurício Corrêa* também sinalizou que as medidas do racionamento deveriam ser “entendidas sob o ângulo de sua estrita essencialidade, em face de seu caráter inadiável, imediato e intransferível”, ainda que as matérias impusessem “pesados ônus, sacrifícios e desconfortos, quiçá por imprevidência e incúria de quem teria a obrigação de prevenir, mas que aqui não comporta ser responsabilizado”⁷⁸, votando, assim, pela constitucionalidade do programa.

Já o Ministro *Carlos Velloso* teve a sensibilidade de formular as perguntas necessárias para resolução do problema. Segundo ele: “teria havido imprevisão por parte de órgãos governamentais? Isto não interessa

76 MIRANDA, op. cit., p. 348.

77 Dentre outros, destaca-se: “[...] O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do possível depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro. [...] a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da constituição - ainda quanto teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem. *Supremo Tribunal Federal*. ADI (EI) 1.289-DF – Rel. Min. Gilmar Mendes – Informativo de Jurisprudência nº 306 – Maio de 2003.

78 ADC nº 09-6-DF. Relator: Min. Nery da Silveira. DJ 23/04/2004, p.109.

discutir aqui. Certo é que vivemos uma crise de energia elétrica.”⁷⁹ Com as lentes voltadas para a situação de escassez, pôde concluir que: “em sistema de escassez do serviço, possa o legislador, realizando a política tarifária que lhe incumbiu a Constituição, *cobrar mais caro pelo serviço que excede à cota destinada ao consumidor. Tudo isso comporta-se no conceito de política tarifária, tornando-o realidade no mundo das coisas.*”⁸⁰

Essa posição também foi compartilhada pelo Ministro *Sepúlveda Pertence*. Após reconhecer o caráter extrafiscal que a tarifa pode adotar, concluiu que tarifas são *preços políticos* e “se o problema político não é o preço da energia, *mas é a falta de energia a vender, de nada serviria, porém, esse mecanismo de sobretarifa se não se lhe permitisse, em face de persistência no abuso, o corte de fornecimento.*”⁸¹ Esse também foi o entendimento do Ministro *Moreira Alves*. Antes de concluir, o Ministro apresentou a distinção de tratamento da tarifa à luz da Constituição de 69 – estritamente vinculada a uma destinação específica – e a Constituição atual:

[...] hoje não haver dúvida de que a tarifa é um preço público de natureza política, inclusive, o que me permite, hoje, considerar que a tarifa possa ter – eu não digo efeitos extrafiscais, porque tarifa nada tem que ver com o fisco – efeitos que extravasam aquilo que é o normal do preço público, que é justamente a contraprestação do dinheiro em relação ao serviço ou à mercadoria que é prestada.⁸²

O Ministro *Marco Aurélio*, Presidente do Tribunal à época e último a votar, acompanhou o voto do Ministro Relator e por considerar desvirtuado o conceito de tarifa, enquadrando-o “como um verdadeiro empréstimo compulsório, sem observância das disciplinas legais”,⁸³ julgou inconstitucional os dispositivos que embasavam o programa oficial de racionamento. Seu voto não traz elementos que permitam aproximar o Direito à Economia. Um detalhe curioso no julgamento foi quando indagado pelo Ministro *Pertence* se não era possível racionar, *Marco Aurélio* limitou-se a responder que “não se pode transferir ao povo a culpa e ele pagar por ela.”⁸⁴

79 ADC nº 09-6-DF. Relator: Min. Nery da Silveira. DJ 23/04/2004, p. 113.

80 Ibid., p. 114.

81 Ibid., p. 118.

82 Ibid., p.124.

83 Ibid., p.109.

84 Ibid. p. 158.

Discussões sobre culpa não costumam auxiliar na resolução de problemas tipicamente econômicos, pois não solucionam as lides. Não por outra razão, *as responsabilidades por atos praticados no mercado são tipicamente objetivas e não subjetivas*.⁸⁵ Em outras palavras, questões de índole psicossociais são irrelevantes, bem como as análises sobre as razões volitivas dos agentes causadores de danos ao mercado. Buscar atribuir culpa em ação que tinha por objeto resolver o problema de escassez de energia não se mostraria adequado, pois a escassez continuaria a perdurar independentemente de a quem fosse imputada a responsabilidade, além de transformar, por vias transversas, o objeto do controle difuso de constitucionalidade em ação de improbidade ou de crime de responsabilidade.⁸⁶ Como Coase⁸⁷ sugere, mais importante que buscar atribuir responsabilidades por situações de escassez é analisar como os custos devem ser alocados. No caso de energia elétrica, considerado o comportamento *inelástico da demanda em relação aos preços de energia*⁸⁸, caso o programa de racionamento não fosse mantido, a tendência seria que o bem se esgotasse por aqueles que estivessem mais propensos a consumi-lo, maximizando utilidades individuais até o colapso do sistema, dado que a oferta não se compatibilizaria à demanda no curto prazo, levando a interrupções generalizadas no fornecimento e gerando, por consequência, os indesejados apagões.

6.1.2 O RESULTADO DO JULGAMENTO

Para o bem do País, o julgamento restou concluído pela declaração de constitucionalidade do programa de racionamento de energia elétrica, deferindo-se medida cautelar para suspender, com eficácia *ex*

85 Art. 12 e 14 da Lei nº 8.078/90 disciplinam a responsabilidade objetiva por fato do produto ou do serviço em relações de consumo, sendo irrelevante a discussão sobre culpa. Do mesmo modo, a Lei nº 8.884/94 enuncia que as infrações à ordem econômica prescindem de qualquer discussão sobre culpa (art. 20). E o atual Código Civil, superando as prescrições do antigo Código de 1916, determina que a responsabilidade empresarial seja tida como objetiva (art. 931), além da previsão geral contida no parágrafo único do artigo 927.

86 Em momento mais acalorado da discussão com o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Sepúlveda Pertence sugeriu então que se queimassem “os governantes para se fazer termelétrica.” *Ibidem*. p. 158.

87 COASE, Ronald Henry. “*The problem of social cost.*” *The journal of law and Economics*. Chicago: University of Chicago, 1960.

88 “A elasticidade-preço da demanda, às vezes chamada simplesmente de elasticidade da demanda, mede a variação percentual no preço. Se a elasticidade for menor que a unidade, diz-se que a demanda é inelástica; se for maior do que um, que ela é elástica. [...] Itens como eletricidade, serviços de água e esgoto e mesmo alguns remédios, além de essenciais, não têm substitutos próximos, por isso a sua demanda é muito inelástica.” PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 47-48.

tunc, e com efeito vinculante, até final julgamento da ação que viria a ocorrer ainda naquele ano, a prolação de qualquer decisão que tivesse por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos artigos 14 a 18 da Medida Provisória nº 2.152-2, de 1º de junho de 2001. Ficaram vencidos os Senhores Ministros Relator e Presidente. Votaram pelo deferimento os Ministros Ellen Gracie, Nélson Jobim, Maurício Corrêa, Carlos Velloso, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Sydney Sanches. Papel de destaque deve ser dado ao então Advogado-Geral da União, Ministro Gilmar Mendes, articulador da defesa apresentada.

7 CONCLUSÃO

O *Direito Econômico* parte da *ordem econômica*⁸⁹ (campo do ser) para prescrever conteúdo finalístico aos fatos econômicos, valendo-se, para tanto, de um conjunto de técnicas e instrumentos de típica *intervenção estatal* na economia. O reconhecimento da legitimidade desse ramo do Direito só se mostra possível quando se supera a percepção ideológica tida como liberal clássica e se reconhece um novo papel político ao Estado. Ainda que no curso da história da humanidade seja possível identificar inúmeras medidas tipicamente interventivas, perpassando desde a longínqua antiguidade⁹⁰, a sistematização dessa intervenção só adveio no recente Século XX, com o surgimento do Welfare State.

89 O conceito de ordem econômica é utilizado como ordem do ser e do dever ser. Enquanto ordem do ser, Vital Moreira sintetiza que a ordem econômica é: “o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser; exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato”. MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Lisboa, Caminho, 4. ed. 1987, p. 67-71.

90 Paula Forgioni analisa registros históricos relacionados à defesa da concorrência ao longo de sua classificação trifásica evolutiva do tema, perpassando pelos períodos de (i) disciplina da concorrência para eliminação de distorções tóxicas (englobando a antiguidade grega e romana, Idade Média e Mercantilismo); (ii) concorrência percebida no liberalismo (*Sherman act*) e (iii) as normas antitruste como instrumento de implementação de políticas públicas (pós-guerra). Dentre os exemplos, destaca-se a adoção de regras de proteção ao consumidor desde as Comunas, na Idade Média, como as existentes em Florença, na qual “um fiscal, ao fim do dia, cortava a cauda de todos os peixes que haviam sido postos à venda, para que o consumidor, no dia seguinte, soubesse que o produto não era fresco. O próprio mecanismo das feiras era utilizado para que fossem evitados abusos de preços por parte dos comerciantes, principalmente de gêneros de primeira necessidade. Exigia-se, assim, que os agricultores levassem suas mercadorias a um determinado lugar (praça do mercado), em horas preestabelecidas, viabilizando a concorrência.” FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.45.

Nessa feição de Estado, os direitos de caráter econômico e social pressupõem efetiva atividade estatal para implementá-los e não mera abstenção. A doutrina os reconhece como sendo típicos *direitos humanos*.

A necessidade de políticas públicas concretizadoras desses direitos humanos não pode, contudo, passar ao largo da análise da lógica de funcionamento da economia. Questões sobre análise de custos, possibilidade de produção, definição de preços em momentos de escassez, enfim, situações tipicamente enfrentadas na seara econômica, devem ser incorporadas à discussão jurídica, caso se queira, efetivamente, regular o mercado.

O Brasil seguiu, em grandes linhas, o modelo norte americano de tripartição de Poderes, permitindo classificá-lo como filiado à essa família.⁹¹ Muito diferentemente dos EUA, o nosso País depende, em uma escala infinitamente maior, da implementação de inúmeras políticas públicas básicas e da presença estatal em vários setores, seja direta ou indiretamente. Mesmo no setor empresarial, arena própria das regras do mercado e, portanto, da seara que seria tipicamente reservada à individualidade, há ainda muito o que se fazer, sobretudo em infraestrutura e na universalização de serviços prioritários à sociedade. O racionamento de energia elétrica vivenciado em 2001 bem denota esse quadro deficitário. Não se deve concluir, com isso, que caiba ao Estado prestar todas as atividades que interessam diretamente à sociedade, basta compreendê-las inseridas em um contexto condizente com a real função de regulação estatal da economia.⁹² Se o Poder Público opta por delegar à iniciativa privada a execução de serviços públicos, tal como lhe faculta a CF, deve reconhecer que a materialização dessa

91 *Jorge Miranda* reconhece a existência de quatro grandes famílias de Direito constitucional no século XX: a inglesa, a norte-americana, a francesa e a soviética. Seu método de classificação consiste em “encarar o sistema constitucional de cada país nas suas linhas directrizes e no seu espírito – que lhe conferem originalidade e, ao mesmo tempo, integração, em plano mais amplo, num tipo constitucional.” Nessa perspectiva, aponta como linhas diretas da família norte-americana o (i) *sistema federativo*; (ii) o *presidencialismo* e (iii) a *fiscalização judicial*. In MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002. p. 18

92 Segundo Aragão, a regulação estatal da economia pode ser definida como “o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.” ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2. ed, 2005. p. 37.

execução dar-se-á informada pela lógica de mercado e não por preceitos tipicamente estatais. Quando a iniciativa privada decide por contratar com o Poder Público a execução de um determinado serviço assim o faz motivada pelo escopo lucrativo, sintetizado por Adam Smith na busca pela maximização de interesses egoísticos.

Para que a intervenção estatal consiga realizar os objetivos almejados pela sociedade, mostra-se fundamental que o Direito se aproxime das demais ciências sociais, visto ser descabida pretensões de intervenção estatal na economia que não partam, primeiramente, da devida compreensão dos fatos que se pretende regular. Karl Popper, em discurso sobre a lógica das ciências sociais, enfatizava que só se pode denominar verdadeira uma proposição “se ela corresponde aos fatos, ou se as coisas são como as descritas pela proposição.”⁹³

A falta de aproximação entre Direito e Economia tende a resultar em medidas inócuas, acabando por gerar frustrações pelo descumprimento de expectativas socialmente geradas. A efetivação de políticas públicas no País reclama a série exigência de se incorporar a análise econômica nos ofícios jurídicos. Só assim o Direito poderá, efetivamente, reger a atividade econômica. Um bom começo reside em esforçarmo-nos em buscar compreender os mecanismos e os comportamentos adotados no mercado.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. Alienação fiduciária em garantia. In CAHALI, Yussef Said (coord.). *Contratos nominados: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1995.

AMADO, Juan Antonio Garcia. *Teorias de La tópica jurídica*. Madri: Civitas.

ANDERSON, Perry. *Passagens da antiguidade para o Feudalismo*. 5. ed. Trad: Beatriz Sidou. São Paulo: Brasiliense, 1989.

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

93 POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. UnB: Brasília, 1978. p. 28.

ASSAFIM, João Marcelo de Lima. *A transferência de tecnologia no Brasil – Aspectos contratuais e concorrenciais da Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Econômico Brasileiro*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad: Mauro Gama e Cláudia M. Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BERGER, Peter L.; BERGER, Brigitte. O que é uma instituição social. In FORACCHI, M. M., MARTINS, J.S. (Orgs.). *Sociologia e sociedade*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1977.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad.: Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB, 1999.

BULGARELLI, Waldírio. *Contratos mercantis*. São Paulo: Atlas, 2000.

CAHALI, Yussef Said (coord.). *Contratos nominados: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1995.

CARRIÓ, Genaro R. Los derechos humanos y su proteccion: distintos problemas. Buenos Aires: Abeledo-perrot.

COASE, Ronald Henry. The problem of social cost. *The journal of law and Economics*. Chicago: University of Chicago, 1960.

DELMAS-MARTY, Mireille. Três desafios para um direito mundial. *Lumen-juris*.

DOBB, Maurice. *A evolução do capitalismo*. 9. ed. Trad: Manuel do Rêgo Braga. LTC: Rio de Janeiro, 1987.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Sergio Antônio Fabris. Porto Alegre. 1997.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MACHADO, Rubens Approbato Machado. *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *O Manifesto Comunista*. 8. ed. Tradução: Maria Lúcia Como. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV – Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra, 1993.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MITCHELL, Wiliam C; SIMMONS, Randy T. *Para além da política – mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia*. Tradução: Jorge Ritter. Topbooks: Rio de Janeiro, 2003.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Renovar.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. Brasília: UnB, 1978.

POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

Presidência da República. *Relatório da Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico de Energia Elétrica*. KELMAN, Jerson (Coord.). Câmara de Gestão da crise de energia elétrica, 2001.

QUINTANA, Segundo V. Linares. *Tratado de Interpretación Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

SMITH, Adam. *Riqueza das Nações*. Tradução Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 2008.

STAJN, Rachel. Law and Economics. In ZYLBERSZTJAN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia – Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADCnº 09-DF. Relator: Min. Nery da Silveira. DJ 23/04/2004.

_____. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 31 mai. 2009.

USERA, Raúl Canosa. *Interpretacion constitucional y formula política*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: UnB, 1995.

WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. *Economia*. Tradução Yeda Crusius e Carlos Crusius. Editora: McGraw-Hill, 1982.

ZYLBERSZTJAN, Decio e SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia – Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.