

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP**  
**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em**  
**Direito Constitucional**

**Edmundo Pereira Correia**

**A Intervenção do Estado na Economia**

**Brasília - DF**

**2010**

**Edmundo Pereira Correia**

## **A Intervenção do Estado na Economia**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Doutora. Júlia Maurmann Ximenes.

**BRASÍLIA – DF**

**2010**

## Resumo

A intervenção do Estado na Economia pode dar-se de maneira direta quando ele exerce atividade econômica em sentido estrito. Pode atuar indiretamente regulando o mercado e coibindo abusos. A Análise Econômica do Direito – AED pode orientar a produção legislativa no sentido de conferir efetividade aos objetivos visados pela norma. Parte-se da premissa de que os agentes econômicos buscam maximizar seus ganhos e minimizar suas perdas. Dois setores da economia brasileira são bastante regulados: o Direito do Trabalho e Inquilinato. Discute-se se a flexibilização dessas normas, mas do que uma questão ideológica, seja necessária e eficaz na obtenção do fim querido pelo legislador.

**Palavras-chave:** Desregulação, privatização, flexibilização do Direito do Trabalho, Análise Econômica do Direito, *spread bancário*.

## ***Abstract***

The State's intervention in the economy can take place directly when it carries out an economic activity in the strict sense. It can take place indirectly regulating the market and impeding abuses. The Economic Analysis of Law – EAL can guide the legislative production in the sense of making the norm used to pursue an objective more effective. Based on the premise that the economic agents seek to maximize profit and minimize losses. Two sectors of the Brazilian economy are highly regulated: The Work Justice and Tenancy. The relaxation of these norms, more than an ideological issue, is necessary to obtain the desired objective by the legislator.

**Keywords: deregulation, privatization, relaxation of the Labor Laws, Economic Analysis of Law, banking spread.**

## SUMÁRIO

<b>1. A ORDEM ECONÔMICA .....</b>	<b>9</b>
<b>1.1 O Estado empresário e intervencionista .....</b>	<b>10</b>
<b>1.2 O Estado indutor de crescimento.....</b>	<b>13</b>
<b>1.3 A desregulação, a privatização e o neoliberalismo .....</b>	<b>16</b>
<b>2. INTERVENÇÃO VIA NORMATIZAÇÃO E ATUAÇÃO JUDICIAL .....</b>	<b>20</b>
<b>2.1 A Normatização e a Análise Econômica do Direito .....</b>	<b>25</b>
<b>2.2 O Judiciário no cenário econômico .....</b>	<b>30</b>
<b>3. ESTUDO DE CASOS.....</b>	<b>40</b>
<b>3.1 A Flexibilização do Direito do Trabalho.....</b>	<b>40</b>
<b>3.2 A proteção do inquilino.....</b>	<b>48</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>52</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>55</b>

## INTRODUÇÃO

O tema a ser discutido neste estudo surgiu da preocupação de trazer para o âmbito do direito a interdisciplinaridade com a Economia, alertando os operadores do direito sobre suas conseqüências. Para isso, no primeiro capítulo, definimos, a partir da Constituição, qual o modelo econômico que adotamos afinal. Indagamos se esse modelo é mais liberal ou intervencionista. Se o próprio texto constitucional ora pende num sentido, ora noutro, é de se esperar que a legislação infraconstitucional reflita essa dinâmica.

No primeiro capítulo veremos que nas últimas duas décadas houve um movimento no sentido de privatizar não só empresas estatais que atuavam na atividade econômica em sentido estrito, ou seja, competindo com o particular, mas também outras atividades que estavam nas mãos do Estado e que seriam serviço público, conforme definido até então. Na há unanimidade de entendimento quanto ao modelo a ser seguido, mas do confronto de opiniões poderá surgir conclusões mais isentas, desprovidas de conteúdo ideológico e, de maneira empírica, demonstrar se as mudanças foram ou não acertadas.

O Estado, ainda que não atue diretamente na Economia como empresário, tem forte influência na atividade econômica, podendo estimulá-la ou não. A política fiscal e monetária afeta as taxas de juros e de inflação e tem reflexos em todos os setores. Do mesmo modo a taxa de câmbio flutuante, a entrada ou saída de divisas, incentivos fiscais, política creditícia, temas de que se ocupam os economistas – mais que devem ser levados em conta pelos operadores do Direito como veremos, parecem regidos por uma relação causa e efeito evidente. Se aumenta o consumo - sem correspondente aumento de produção, aumentam os preços, em conseqüência propõe-se aumento de juros e/ou do depósito compulsório e assim por diante.

No segundo capítulo busca-se examinar um tipo de intervenção na economia mais sutil e de efeito insidioso. Vamos analisar como se dá a produção legislativa, mesmo sobre temas que, a princípio, não tem relevância econômica, mas que acaba trazendo conseqüências nessa seara, ainda que não previstas e desejadas. Se as pessoas e empresas procuram maximizar seus ganhos e minimizar eventuais perdas, como elas reagem a mudanças de regra? Elas temem a falta de regulação ou seu excesso? O mercado já tem um risco inerente, intrínseco, e pode ser que a atuação estatal seja determinante para aumentá-lo ou atenuá-lo. Regras claras e estáveis são essenciais e é preciso saber se há segurança jurídica, pois os agentes econômicos, os negócios, são movidos pela confiança e pela expectativa.

A visão puramente jurídica dessa realidade não é mais capaz de trazer respostas e ousamos nos socorrer da teoria da Análise Econômica do Direito – AED, para que a incidência da norma leve em conta a racionalidade decorrente da análise empírica da economia, para que seja factível. Será que a proteção do devedor, por exemplo, através da instituição do bem de família, redundará na melhora da sua condição? É preciso saber como o credor reage a isso e se é procedente a alegação de que o *spread* bancário elevado entre nós decorre do risco de inadimplência. Até que ponto uma decisão judicial que faça uma micro-justiça nos casos concretos possa ou não dar ensejo a socialização de uma injustiça.

No terceiro capítulo discorreremos detidamente sobre a flexibilização do Direito do Trabalho, processo que já foi desencadeado e que suscita opiniões divergentes. Preconizada por uns como a solução para o desemprego e necessária ante as modernas exigências do mercado de trabalho é tida por outros como a pura e simples precarização da condição dos trabalhadores. O papel da Justiça do Trabalho será explorado, seu protagonismo, inclusive no exercício do poder normativo, nos momentos de inflação elevada, com indexação salarial. Sua atuação num ambiente de estabilidade econômica como órgão judiciário estritamente técnico voltado para a composição dos conflitos.

Por fim, será analisada a relação da legislação do inquilinato com o mercado de locação de imóveis que, ao que parece, é um exemplo clássico de normatização calcada na análise econômica do direito, onde o protecionismo deu lugar a uma legislação eficaz, produzindo os efeitos dela esperado, confirmando a máxima de que os agentes econômicos buscam maximizar seus ganhos e minimizar suas perdas. Seu mecanismo de funcionamento poderia servir de paradigma para outros setores.

## 1. A ORDEM ECONÔMICA

Nossa análise econômica do Direito cinge-se ao campo da atuação do Estado na Economia, não como empresário, mas com normatizador ou regulação da atividade dos agentes econômicos. Eros Grau discorre sobre a ordem econômica assim<sup>1</sup>

Ainda que se oponha à *ordem jurídica* a *ordem econômica*, a última expressão é usada para referir uma parcela da *ordem jurídica*. Esta, então – tomada como sistema de princípios e regras jurídicas – compreenderia uma *ordem pública*, uma *ordem privada*, uma *ordem econômica*, uma *ordem social*. A ambigüidade de todas essas expressões é de tal ordem – e uso aqui, propositadamente, o vocábulo “ordem” – que a operacionalização dos conceitos que designam é sempre tormentosa.

Não obstante essa ambigüidade conceitual, interessa-nos a atuação estatal como indutora ou não da atividade econômica, pois a legislação, a regulação administrativa de setores da economia, bem como o funcionamento do Poder Judiciário influi em muito na atividade econômica.

De Plácido e Silva<sup>2</sup> defina a ordem econômica e financeira como

Política que o governo traça visando valorizar o trabalho e a livre iniciativa, observados os princípios da soberania nacional, da propriedade privada e a sua função social, da livre concorrência, da defesa do consumidor e do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Esse conceito não traz nenhum juízo de valor, sendo praticamente a reprodução literal de inúmeros dispositivos constitucionais que regem a matéria. Ressaltamos dentre eles os que definem nossa ordem econômica como fundada na valorização do trabalho, da livre iniciativa, da valorização da propriedade privada e da liberdade do exercício de qualquer atividade econômica, independente de

---

<sup>1</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Malheiros. São Paulo, 2004. 9ª Edição. Pág. 51.

<sup>2</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2003. Pág. 987.

autorização estatal, conforme esculpido no artigo 170, *caput*, inciso II e parágrafo único, da Carta Magna.

## 1.1 O Estado empresário e intervencionista

O Estado empresário é aquele que atua na atividade econômica como se particular fosse, ou seja, exercendo *atividade econômica em sentido estrito*, na feliz expressão de Eros Grau. Ele ensina que a expressão *atividade econômica* nos arts. 170, 173 e seu § 1º e 174 da Constituição de 1988, tem acepções diferentes:

Por certo que, no art. 173 e seu § 1º, a expressão conota *atividade econômica em sentido estrito*. Indica o texto constitucional, no art. 173, *caput*, as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de *atividade econômica*. Trata-se, aqui, de atuação do Estado – isto é, da União, do Estado-membro e do Município – como agente econômico, em área da titularidade do setor privado<sup>3</sup>.

O Estado tem funções outras que não se confundem com a atividade econômica em sentido estrito, não se justificando sua atuação como empresário, a menos que seja necessária, por imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Assim é a diretriz traçada pela Carta Magna em seu artigo 173, *caput*.

Art. 173 – Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

---

<sup>3</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Malheiros. São Paulo, 2004. 9ª Edição. Pág. 96.

A norma traça um modelo econômico baseado na propriedade privada, na economia de mercado, de livre iniciativa, em que a atuação empresarial estatal é exceção. A ordem econômica delineada na Constituição deve ser levada a cabo pelos governos, independente de sua ideologia. As políticas públicas devem refletir esta escolha que já foi feita pelo constituinte originário, cabendo ao legislador ordinário e ao governo realizá-la.

Essa opção do constituinte originário molda um Estado econômico que não é escolha deste ou daquele governo. Esse modelo deixar ao particular a opção de lançar-se à atividade econômica em busca do lucro, mas assumindo os riscos que não devem ser divididos como o Estado. Este deve manter-se o quanto possível afastado da atividade econômica. A tentação em substituir-se ao empreendedor privado não gera bons resultados como veremos adiante.

Depois da queda da cortina de ferro, da derrocada dos regimes de esquerda, não deixa de haver certo isolamento dos que ainda insistem em pregar uma estrutura econômica e social centrada no Estado como prestador universal de serviços. Sem entrar no mérito de ser ou não correto o regime dito vitorioso, a realidade é que ele tem se expandido de tal forma que é difícil opor-se a ele e à globalização.

Entre nós até um passado recente, o inchaço do Estado trouxe conseqüências nefastas. Tínhamos uma atuação estatal tão grande na economia que divergia por demais da ordem econômica delineada na Constituição. Na letra da lei pugnávamos pela defesa da livre iniciativa, do consumidor e de um Estado que não deveria imiscuir-se em atividade econômica estrito senso, salvo raras exceções. Na prática, grande parte dos serviços eram prestados diretamente pelo Estado.

Nem todos esses serviços poderiam ser classificados como “serviços públicos”, criando distorções e elevando o gasto público a um nível insustentável. Uma “linha telefônica” era considerada um bem, e não um serviço. Estava entre os bens mais penhorados nas execuções, dada sua elevada liquidez

no mercado. Chegava-se a pagar até dois mil dólares por uma, mesmo assim poderia levar anos para ser instalada. Para custear os investimentos públicos no setor, por vezes obrigava-se o consumidor a tornar-se acionista das estatais do setor.

Ainda discutimos o acerto ou não do processo de privatização. Não se olvida que muitos problemas afetam alguns setores privatizados. Um deles seria a inoperância da fiscalização das agências reguladoras. Talvez o erro não esteja na privatização em si, mas na incapacidade do Estado em impor seu poder de polícia. Paradoxalmente isso poderia reforçar o discurso favorável à privatização, na mediada em que fica fácil argumentar que se o Estado não tem condições de bem exercer sua atividade típica, que competência teria para atuar em atividade econômica em sentido estrito que não é sua seara?

Apesar dos percalços, temos evoluído no sentido de efetivar o que a Constituição determina, uma economia de mercado dinâmica e que visa o bem estar social. Outros saíram na frente. Preocupados que estávamos com a abertura política na constituinte de 88, olvidamos das profundas mudanças porque passava o mundo naquele momento. O Chile que provavelmente teve um regime autoritário mais severo que o nosso, ainda sob sua égide, foi providenciando a abertura econômica e hoje goza de uma situação privilegiada no contexto das nações latino americanas.<sup>4</sup>

Adam Smith já alertava o quanto pernicioso era o Estado atuar como empresário:

Os príncipes, entretanto, com freqüência se envolvem em muitos outros projetos mercantis, mostrando-se dispostos, assim como as pessoas particulares, a aumentar suas fortunas investindo como aventureiros nos setores comuns do comércio, embora dificilmente tenha conseguido algum sucesso. A prodigalidade quase sempre comum dos negócios dos príncipes faz que isso seja quase impossível. Os agentes de um príncipe consideram a riqueza de seu mestre como sendo inesgotável; pouco se importam com o preço que pagam ao comprar o que desejam; não se preocupam com o

---

<sup>4</sup> BERTONHA, João Fábio. Modelos para o Brasil. Chile? Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/071/71bertonha.htm> acessado em 29/7/210.

preço de venda; não são cuidadosos com os gastos necessários para transportar suas mercadorias de um lugar a outro.<sup>5</sup>

Esta atuação na área do particular, para Eros Grau, é forma de intervenção, não se prestando a expressão para definir apenas o Estado que legisla e regula as relações econômicas entre os demais agentes econômicos. Entendendo intercambiáveis os termos *intervenção* e *atuação estatal*, conclui dizendo que:

Logo, se o significado da expressão é o mesmo, pouco importa se faça uso seja da expressão – *atuação (ou ação) estatal* – seja do vocábulo – *intervenção*. Aludimos, então, a atuação do Estado além da esfera do público, ou seja, na esfera do privado (área de titularidade do setor privado). A *intervenção*, pois, na medida em que o vocábulo expressa, na conotação mais vigorosa, precisamente atuação na área de outrem.<sup>6</sup>

Partimos então da premissa de que a intervenção estatal, entendida como atuação empresarial é exceção, exurgindo questões relativas a qual seria então o papel do Estado na econômica, seus limites e sua relação íntima como o Direito e vice-versa.

## 1.2 O Estado indutor de crescimento

Ao contrário do Estado empresário, aquele que se ocupa, com competência, de sua atividade fim, pode ser um decisivo agente indutor das atividades do particular, favorecendo a expansão da atividade econômica. Trata com cuidado e responsabilidade das questões macroeconômicas, deixando a atividade econômica em sentido estrito nas mãos do mercado, atuando apenas para regular e evitar abusos e distorções.

---

<sup>5</sup> SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações – Uma investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das nações*. Editora Madras. São Paulo, 2009, pág. 633.

<sup>6</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Malheiros São Paulo, 2004. 9ª Edição. Pág. 84.

Isto não significa que deva o Estado trazer a si os riscos da atividade econômica. Estes pertencem ao investidor, ao empreendedor. No entanto, por outro lado, não deve aumentar os riscos e incertezas a que o particular já está naturalmente exposto. Ao contrário, deve criar condições que atraiam os investimentos, gerando negócios, empregos e tributos. Isso ele pode fazer sem grandes custos, apenas propiciando regras estáveis, segurança jurídica, rapidez do Judiciário e uma correta política macroeconômica.

Os últimos governos tem se preocupado com a austeridade fiscal, sendo uma realidade sem volta sob a égide da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, que regula a gestão fiscal e limita gastos. Assim, de um lado o Estado põe freio ao déficit público, com ganhos no controle inflacionário, deixando ao particular a geração de riqueza e renda. De outra banda a distribuição equitativa da renda pode dar-se através de políticas tributárias que onerem os mais ricos, com transferência de renda para o menos favorecidos<sup>7</sup>.

É crucial que o Estado, ao mesmo tempo em que aposta na liberdade dos agentes econômicos e nas soluções do próprio mercado, atue com firmeza para coibir abusos, garantindo a livre concorrência e punindo o abuso do poder econômico. Para tanto dispõe de diversos mecanismos conforme salienta Vanessa Boarati<sup>8</sup>

A existência de **poder de mercado** com a possibilidade de abuso desse poder é outra falha mitigada pela intervenção do Estado, agora pela Lei de Defesa da Concorrência (Lei n.º 8.884/94, de 11 de junho de 1994). Quando os mercados operam em concorrência imperfeita, os preços serão fixados acima dos custos marginais de produção, e as quantidades serão produzidas abaixo do nível de eficiência. O poder de mercado é definido como a capacidade da empresa, ou de um grupo pequeno de grandes empresas, afetar de forma significativa o nível de preços de mercado de uma determinada mercadoria. O comportamento colusivo, ou cartelização, está associado a uma diminuição da rivalidade entre as empresas que operam em um determinado mercado, tendendo a uma acomodação das

---

<sup>7</sup> BOARATI, Vanessa. *Economia para o Direito*. Editora Manole, Barueri, 2006. Pág. 82.

<sup>8</sup> BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). *Economia para o Direito*. Editora Manole. Barueri, 2006. Págs. 75.

participações de mercado e a um aumento conjunto dos lucros. Na existência de um acordo explícito de fixação de preços e/ou participações de mercado, define-se a presença de um **cartel**.

Também não haverá uma economia pujante com um Estado que gasta muito e gasta mal. A raiz dos nossos problemas econômicos está no déficit público. Martins<sup>9</sup> discorre sobre a hiperinflação da República de Weimar de 1923, citando o livro de Stephen Webb “Hiperinflation and stabilization in the Republic of Weimar” (Ed. Stanford, EUA), afirma que a causa da hiperinflação era o déficit público alemão e a certeza dos agentes econômicos de que o governo não conseguiria controlá-lo, mas que

No momento em que as autoridades alemãs decidiram não transigir com o déficit, a qualquer custo, de um dia para o outro a hiperinflação cessou, com a introdução de uma nova moeda (o marco forte) e a redução do custo do Estado às forças da sociedade. À evidência, o processo recessivo foi a consequência imediata, mas, mesmo assim, menos oneroso que o processo hiperinflacionário numa economia desorganizada e recessiva. O déficit público, de rigor, é a essência de todos os problemas do Estado. Os governos complacentes em concessões, desperdícios e corrupção terminam gerando déficits maiores do que sua capacidade de geri-los e, no momento em que os agentes econômicos passam a duvidar dessa capacidade, a moeda não se sustenta e a economia se descompassa.

Então, se de um lado o Estado se afasta da atividade econômica em sentido estrito, por outro é muito presente quando se trata de fazer o controle da inflação, via combate ao déficit público e política monetária. Assim cria condições favoráveis ao investimentos privados, e florescendo esses o Estado arrecada os tributos necessários para a implementação das políticas públicas.

---

<sup>9</sup> MARTINS, Ives Gandra. *A constitucionalização do déficit público*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1930>. Acessado em 29/7/2010.

### 1.3 A desregulação, a privatização e o neoliberalismo

Em 1989 houve a queda do muro de Berlim. No mesmo ano economistas reuniram-se para discutir a crise do capitalismo em congresso patrocinado pelo *Institute for International Economics*, com sede em Washington D.C., em que participaram o BIRD e o FMI. Coube ao economista inglês John Williamson, diretor do instituto, apresentar uma cartilha de recomendações aos países da América Latina no sentido de tornarem-se competitivos no mercado internacional. Suas conclusões ficaram conhecidas desde então como “Consenso de Washington”, a saber conforme Negrão<sup>10</sup>:

- Disciplina fiscal, através da qual o Estado deve limitar seus gastos à arrecadação, eliminando o déficit público;
- Focalização dos gastos públicos em educação, saúde e infraestrutura;
- Reforma tributária que amplie a base sobre a qual incide a carga tributária, com maior peso nos impostos indiretos e menor progressividade nos impostos diretos;
- Liberalização financeira, com o fim de restrições que impeçam instituições financeiras internacionais de atuar em igualdade com as nacionais e o afastamento do Estado do setor;
- Taxa de câmbio competitiva;
- Liberalização do comércio exterior, com redução de alíquotas de importação e estímulos à exportação, visando a impulsionar a globalização da economia;
- Eliminação de restrições ao capital externo, permitindo investimento direto estrangeiro;
- Privatização, com a venda de empresas estatais;

---

<sup>10</sup> Apud BERGER, Cristine. *A flexibilização do Direito do Trabalho como meio de retrocesso social*. In: *Justiça do Trabalho*, v. 25, n.299, novembro de 2008, pág. 63

- Desregulação, com redução da legislação de controle do processo econômico e das relações trabalhistas;
- Propriedade intelectual.

Na esteira da nossa abertura econômica – tardia já que inicialmente nos preocupamos apenas com a abertura política, veio uma série de medidas legislativas no sentido de alterar o modelo econômico até então vigente. Antes da Constituição de 1988 e das reformas havia um modelo pouco competitivo, com era exemplo o monopólio do petróleo e a lei de reserva da informática no governo Sarney – essa impedia a importação e atuação de empresas estrangeiras no setor. Já sob a égide da novel Carta Magna houve a preocupação com um modelo baseado na iniciativa privada e na livre concorrência.

Assim, foi necessário alterar o conceito de empresa nacional no texto constitucional, de tal forma a afastar o preconceito para com o capital externo que é bem vindo. As privatizações trouxeram novo alento, não apenas por reduzir gasto público (importante para o controle inflacionário), mas, também, por dinamizar a economia com novos e maciços investimentos e criação de inúmeros negócios. Diversos dogmas foram quebrados e os controles foram afrouxados deixando que “a mão invisível do mercado” desse as respostas que o Estado revelara-se incapaz de dar.

O processo de privatização que teve início nos anos 90 do século passado de certa forma coaduna-se com o espírito da Constituição de 1988 já que muitos juristas consideram inconstitucional a intervenção do Estado no domínio econômico, segundo Barros<sup>11</sup>

Muitos questionamentos têm sido levantados em judiciosos pareceres emitidos por notáveis juristas, sempre na direção da inconstitucionalidade da intervenção do Estado no domínio econômico, em face da vigente lei Maior. Poder-se-ia citar, v.g., os eminentes constitucionalistas Miguel Reale, Geraldo Camargo Vidigal e Celso Ribeiro Bastos, segundo aos quais, o sistema constitucional ora vigente incompatibiliza-se com qualquer atividade

---

<sup>11</sup> BARROS, Raimundo Gomes de. *Intervenção no Domínio Econômico e a Constituição de 1988*. Repertório de Jurisprudência – 1ª quinzena de junho de 1992 – nº 11/92. Pág. 210.

de intervenção do Estado no domínio econômico, uma vez que a livre iniciativa, situada no plano da vida econômica, por força do art. 170, *caput* da CF, afasta em definitivo esse tipo de intromissão. Entendem, pois, esses renomados juristas que a legislação interventiva não foi recepcionada pela CF.

Essa vedação há que se referir à atuação direta do Estado na economia e não à sua atuação como órgão regulador e fiscalizar, no exercício do poder de polícia, mesmo porque, segundo o autor <sup>12</sup>

No art. 170, depois de explicitar que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, manda que seja observado o princípio de defesa do consumidor. De forma claramente interventiva, no art. 173, § 4.º, diz que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Ainda, no § 5.º desse mesmo art. 173, manda que a lei estabeleça responsabilidade, instituindo penalidades para os atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. Por fim, o art. 149 dimensiona que compete exclusivamente à União intervir no domínio econômico.

Quanto maior a interferência do Estado em determinado setor, menor sua eficiência em prejuízo não apenas dos consumidores, mas também dos empresários e investidores. Hoje, com a inflação sob controle vemos que seu núcleo deve-se, em grande parte, aos chamados preços administrados, ou seja, aqueles em que há algum controle estatal, tais como remédios, tarifas públicas como água, luz, etc. Vê-se que aqui não vige a total livre concorrência e são freqüentes as queixas das concessionárias de serviços públicos de que o valor da tarifa é insuficiente, não estimulando novos investimentos. Submetem-se a reajustes de preços com bases em determinados indicadores que não refletem os custos do setor. Do mesmo modo o consumidor sente-se desamparado e sem opção de escolha quanto a preço e qualidade.

Há mais de três décadas Stewart Macauley<sup>13</sup>, jurista normo-americano, já apontava para uma normatividade paraestatal no mundo dos negócios, advertindo que

---

<sup>12</sup> BARROS, Raimundo Gomes de. *Intervenção no Domínio Econômico e a Constituição de 1988*. Repertório de Jurisprudência – 1ª quinzena de junho de 1992 – nº 11/92. Pág. 211-212.

Parte dessa mudança não decorre do rolo compressor do “neoliberalismo”, do “fim das ideologias” e do “fim da História”, mas resulta da crescente incapacidade de se regularem situações altamente complexas por meio de normas padronizadoras de caráter abstrato, geral e impessoal, porque em períodos históricos de mudanças socioeconômicas intensas e profundas, com o atual, os tradicionais mecanismos de legalização costumam ver esgotado seu potencial disciplinador, estando o novo direito, resultante dessas mudanças, por se fazer, em termos mais flexíveis e suscetíveis de se adaptar rapidamente a conjunturas cambiantes e de se amoldar aos imperativos pragmáticos das estratégias de intervenção estatal, seja no campo econômico, seja no campo das políticas sociais.

As reformas que buscaram solucionar esses gargalos foram pejorativamente tratadas entre nós como sendo um projeto “neoliberal” e, portanto, contrário aos interesses dos trabalhadores, dos menos favorecidos, uma afronta à democracia. Neste ponto é importante trazer a contribuição de Franco Montoro Filho<sup>14</sup> em interessante artigo intitulado Convite ao Diálogo:

É muito difundida na sociedade, em especial nos meios jurídicos, a idéia de que em uma economia de mercado exista um conflito básico entre patrões e empregados, entre pobres e ricos, ou , como propugnava Marx, entre proprietários e proletários. Nessa visão, um objetivo central do direito, ou mesmo do Estado, é proteger os mais fracos – empregados, pobres, proletários – contra os abusos e a exploração dos mais fortes.

É crescente a relação entre Direito e Economia e num mundo globalizado o Direito não pode mais ficar alheio ao fato econômico, para o bem ou, segundo alguns, para o mal. Para Alexandre Morais da Rosa<sup>15</sup> este discurso coloca o Direito na condição de instrumento de realização das políticas econômicas, sobressaindo a questão da segurança jurídica, da liberdade, do respeito à propriedade privada e aos contratos, limitando-se o discurso jurídico do Estado de bem Estar Social, o que entende ser antidemocrático.

---

<sup>13</sup> *Apud* BRITO, Rider Nogueira de. *Estabilização econômica e dissídio coletivo*. In: Genesis: Revista de Direito do Trabalho, v.9, n. 54, pág. 766, jun. 1997.

<sup>14</sup> MONTORO FILHO, André Franco. *Direito e Economia*. Editora Saraiva, São Paulo, 2008. Pág. VII.

<sup>15</sup> ROSA, Alexandre Morais e LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Editora Lumen Junis, Rio de Janeiro, 2009. Págs. 8 e 9.

## 2. INTERVENÇÃO VIA NORMATIZAÇÃO E ATUAÇÃO JUDICIAL

O Estado pode interferir de diversas maneiras na Economia, seja atuando diretamente no mercado, seja regulando as atividades produtivas, tributando, oferecendo incentivos fiscais ou política creditícia, coibindo o monopólio e a cartelização, etc. Uma forma de intervenção é a regulação econômica do mercado. Para Vanessa Boarati<sup>16</sup>,

Esse tipo de intervenção consiste na imposição de restrições de oferta e procura num mercado (controle de preços, restrições à entrada de novos produtores), na imposição de atendimento aos consumidores de uma determinada área, na especialização de características de produtos ou tecnologias a ser empregados na fabricação e na imposição de padrões ambientais no local de trabalho e fora da empresa. Os instrumentos de regulação são genericamente classificados em **comando e controle** (C&C) e **incentivos financeiros** (IF). Os instrumentos financeiros estão associados a transferências de recursos por meio de imposto e subsídios. Já os instrumentos de comando e controle, são aqueles associados a regras particulares implementadas por agências governamentais, especialmente concebidas para esses fins, fazendo uso de regulamentos e sanções.

Ainda que não atue como empresário diretamente, o Estado pode achar-se muito presente na vida econômica, regulando excessivamente as atividades econômicas, descendo a minúcias que deveriam ser negociadas no mercado. A dinâmica das atividades empresariais exige uma margem de manobra maior de tal forma que possam adequar-se às demandas e inovações do mercado. Se as regras são muito rígidas, reduz-se a capacidade de adaptação e de sobrevivência das empresas. É certo que a atividade econômica já tem o risco como algo inerente. No entanto, o risco além do razoável afugenta os investimentos de longo prazo, visto que o ganho somente é proporcional ao risco em atividades financeiras eminentemente especulativas.

Além de regular o que não deveria, o Estado não tem a devida agilidade em mudar a regra quando os ventos tocarem em outra direção, e, pior

---

<sup>16</sup> BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). *Economia para o Direito*. Editora Manole. Barueri, 2006. Págs. 74/75.

ainda, pode chamar a si a responsabilidade de exercer a atividade econômica em sentido estrito, inclusive sob monopólio. Vanessa Boarati<sup>17</sup> afirma

O fato de as falhas de mercado configurarem conceito dinâmico pode definir que a ação do Estado no sentido de induzir uma (suposta) estrutura mais eficiente de monopólio poder não ser adequada. As rápidas mudanças tecnológicas e do próprio tamanho do mercado estão, permanentemente, alterando as condições de mercado e, conseqüentemente, as estruturas organizacionais existentes. Dada a natural morosidade dos governos para perceber mudanças e o fato de as condições de mercado configurarem conceito dinâmico, a tentativa de corrigir falhas de mercado poderia ser substituída por uma desnecessária falha de Estado em decorrência da velocidade daquelas transformações.

Trubek<sup>18</sup> afirma que Max Weber buscou relacionar o direito com a organização econômica capitalista, para demonstrar que o desenvolvimento econômico encontrava um ambiente propício no mundo ocidental, e em especial na Europa continental, onde forças econômicas fundamentais eram decorrentes de um fenômeno jurídico comum entre aquelas nações. A explicação era que a coação organizada, a legitimidade e a normatividade, permeadas pela racionalidade lógico-formal (regras existentes e critérios de decisão intrínsecos ao sistema), redundavam em um mercado funcional. Um sistema de regras universalmente aplicáveis e infenso a influências outras. O sistema está na raiz da formação do estado burocrático moderno em que se deve obediência às regras jurídicas de maneira impessoal. Sendo as regras facilmente determinadas, esta ordem jurídica elimina um elemento da incerteza econômica. A religião e o direito secular separam-se, havendo um divórcio entre normas éticas e normas jurídicas. Enfim, Weber falava sobre segurança jurídica.

O convívio diuturno com um extenso, complexo e altamente mutável ordenamento jurídico pode ser um fator de desestímulo aos investimentos. É preciso redobrar as cautelas visto que aos riscos inerentes ao negócio acrescenta-se o risco jurídico. As empresas podem ser surpreendidas com alterações na legislação tributária, pondo a perder os projetos de investimentos que tinham em mente.

---

<sup>17</sup> BOARATI, Vanessa. *Economia para o Direito*. Editora Manole, Barueri, 2006. Págs. 76.

<sup>18</sup> TRUBEK, David M. *Max Weber sobre Direito e Ascensão do Capitalismo (1972)*. Revista Direito GV, v.3 n. 11 p.151-186, jan-jun 2007.

Direitos são concedidos pelo Estado, mas com custeio pelo particular, a exemplo da meia-entrada nos cinemas para estudantes como forma de implementar o direito à cultura previsto na Constituição. A ADI 2.163 trata da matéria e aguarda voto de minerva para concluir o julgamento, revelando o quanto o assunto é controvertido, ora pendendo para o ordem econômica, ora para a ordem social.

Não se pode estimular o investimento sem segurança jurídica e esta não existe sem regras claras, honestas e estáveis. Uma empresa não pode fazer um plano de investimentos quando a qualquer momento uma medida provisória poderá trazer mudanças significativas, pondo por terra todo um planejamento. A atividade normativa há que ser exercida com responsabilidade e parcimônia, ainda maiores quando se passa da mera regulamentação para a produção legislativa e para a reforma constitucional. Basta que haja a polarização da campanha eleitoral presidencial para que se tema que um futuro governo de outro viés ideológico mude as regras, a partir da Constituição, trazendo grande turbulência à economia.

Nesse sentido é preciso certo pragmatismo de quem elabora as leis e dos operadores do Direito, de tal forma que não se afaste do mundo dos acontecimentos, nem que opte por soluções baseadas em critérios de momento, casuísticos, sendo ao máximo objetivo. É neste momento que é importante fazer um Análise Econômica do Direito - AED, para que a legislação e o Direito não se afaste da realidade dos fatos. Vejamos o que diz Gigo Júnior<sup>19</sup>

A conseqüência desse afastamento é que, mesmo após a grande evolução que as ciências naturais e sociais gozaram durante o século XX, os juristas ainda não possuem qualquer instrumental analítico robusto para descrever a realidade sobre a qual exercem juízos de valor ou para rever as prováveis conseqüências de decisões jurídico-políticas que são seu objeto de análise tradicional. Em síntese, o direito não possui uma teoria sobre o comportamento humano. É exatamente nesse sentido que a Análise Econômica do Direito – AED é mais útil ao direito, na medida em que oferece um instrumental teórico maduro que auxilia a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos.

---

<sup>19</sup> GICO JÚNIOR, Ivo. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. Departamento de Direito da Universidade Católica de Brasília, 2009. Pág. 2.

Essa objetividade, pragmatismo e pretensão da AED é criticada por Coelho<sup>20</sup>

O resgate da objetividade advém da concepção científica emprestada à Economia, que, por meio da Análise Econômica do Direito, passa então a atingir o fenômeno jurídico. E é por isso, por responder a um fetiche por objetividade existente no Direito, que a Análise Econômica do Direito conquista, diferentemente de outras doutrinas jurídicas tipicamente americanas, uma simpatia quase mundial.

Parecem consistentes os argumentos trazidos pelo estudo de Gico, pois ele demonstra o quanto é importante que o legislador e o operador do Direito saiba que a ordem jurídica ao prescrever o “dever ser” acaba moldando comportamentos, estimulando ou não determinadas ações. Felizmente estamos compreendendo essa intrigada relação e legislando de forma mais responsável e pragmática visando objetivos claros e factíveis.

Também é importante entender que a estabilidade das regras traz maior segurança e não amedronta o capital de longo prazo. Imagine uma concessão de uma hidrelétrica ou de uma rodovia. Demandam investimentos elevados durante muito tempo e com retorno ainda mais longínquo. Se a regra muda no meio do jogo o prejuízo é enorme. Quando a política econômica é inconstante, o investimento produtivo de longo prazo desaparece. Nada colhemos dos planos econômicos que rompiam com as regras até então vigentes, afetavam contratos, interferia na formação de preços.

No plano macroeconômico somente com a estabilização da economia passamos a gozar de confiança. Onde antes havia calote da dívida externa, câmbio fixo artificialmente e quebra de contratos, hoje há uma economia mais saneada e estável pelos próprios méritos, merecedora da confiança internacional, demonstrada com a elevação ao *grau de investimento*, significando o acesso mais fácil a crédito barato.

---

<sup>20</sup> COELHO, Cristiane de Oliveira. *O fetiche por objetividade como explicação para o êxito da “Análise Econômica do Direito”*. Notícia do direito brasileiro: nova série, n.14, p.144, 2007.

Não é novidade que está em franco andamento uma nova, ou renovada, ideologia no que tange à Economia diante da globalização e da queda da cortina de ferro. Não se trata de discutir quanto a uma pretensa vitória do modelo ocidental e liberal de Estado, com a recusa de alternativa. No entanto, é inegável que o modelo prevalente tem logrado êxito no sentido da pujança econômica e tecnológica, ao mesmo tempo em que sendo democrático, aceita os devidos ajustes para que haja justiça social e que suas próprias crises se resolvam. Tamer<sup>21</sup> afirma

A economia de mercado subsiste e impulsiona o progresso e o bem-estar da humanidade a despeito deste ou daquele regime político: ela foi testada no curso da história. Os governos são sócios ocultos de toda atividade produtiva, lançando mão de tributos para financiar as suas despesas, inclusive na área social. Um gigante que se chamou de “União das Repúblicas Socialistas Soviéticas” ruiu, nos anos 80, porque a sua “economia planificada”, de caráter estatizante, não suportou a estrutura pesada do Estado e colapsou. Tivemos nós, no Brasil, o período das *Brás*, surto estatizante que do período militar. Chegou o momento em que o “milagre brasileiro” na economia não conseguiu mais dinheiro para mantê-las e muitas delas viraram sucatas. Acrescente-se a isso a ineficiência na prestação de serviços e o “cabide de empregos” que elas representavam, o que selou o destino do nacionalismo econômico pós 64.

O Estado perdulário que tudo pode não existe mais e o Estado de Bem Estar Social não é antagônico ao neoliberalismo, ao contrário, é através da pujança, da eficiência, da tecnologia, da redução de custos e do aumento da produtividade que se obterá os recursos para investir nas políticas públicas. O Estado não dispõe de recursos ilimitados, bastando tão-somente sua alocação por questão de “vontade política”

Entre nós é relativamente recente a idéia de controle do déficit público. Na década de 60 do século passado a União contava com um “cheque especial” no Banco Central, sacando recursos que tinham origem na emissão de papel moeda, para despesas correntes, com conseqüências inflacionárias. Aliomar Baleeiro sintetiza o pensamento da época<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> TAMER, Sérgio. *O retrocesso Chávez e seus efeitos na economia brasileira*. Revista Jurídica Consulex – ano XI – n.º 242 -15 de fevereiro de 2007, pág. 15.

<sup>22</sup> *Apud* CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito Econômico e Direito Administrativo – O Estado e o Poder Econômico*. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2006. Pág. 15.

Ao argumento de natureza puramente contábil que localiza no déficit público a causa da inflação responde Aliomar Baleeiro, com apoio em Gael Fain, que este déficit, em determinadas circunstâncias, pode se justificar para a remoção de ponto de estrangulamento oriundos da precariedade dos serviços públicos. Pode-se acrescentar, ainda, que determinadas atividades podem não interessar ao particular, apesar de se as ter como vitais, ou, se estiverem em mãos do particular, não de lhes conferir uma tal soma de poder que pode resultar no alijamento de amplos setores da sociedade civil do acesso a bens de consumo que lhe incumba produzir ou na submissão do poder público a interesses egoísticos.

A idéia era de que o Estado deveria prover todas as necessidades, seja lá a que custo, demonstrando inclusive preconceito em relação ao capital privado. O resultado foi o aumento do déficit público e um processo de aumento de preços na economia que levou à hiperinflação nos anos 80 do século passado. Veremos o quanto é necessária uma normatização factível, bem como uma atuação judicial que não fiquem alheias à realidade dos fatos, e que a norma e a decisão judicial influenciam o mercado. Temos os exemplos profícuos da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei do Inquilinato.

## **2.1 A Normatização e a Análise Econômica do Direito**

O modelo econômico que vigorou até início dos anos 90 do século passado privilegiava o estado empresário. Além de atuar diretamente na economia, regulava por demais as relações entre particulares. Não era uma regulação para coibir abuso do poder econômico ou estimular a concorrência. Ao contrário, cuidava-se mais de proteger, artificialmente, os menos eficientes. Assim, os que aventurassem no mercado estavam sujeitos a uma série de controles e limitações impostas pelo Estado. O mercado interno era restrito e o consumidor tinha poucas opções.

Durante muito tempo a discussão quanto a alteração desse modelo se dava com o embate entre um modelo estatizante e a defesa da privatização, ou

entre um Estado grande e um Estado enxuto. Ainda reinava a dicotomia Leste/Oeste, mas aproximávamos do fim da guerra fria. Faltava uma análise mais pragmática e isenta de valores ou conceitos de bem ou mal. De certa forma parecia necessária uma volta ao Positivismo tão criticado no pós-guerra. Sobre ele diz Gico<sup>23</sup>

A percepção jusnaturalista começa a perder espaço ainda no século XVIII, com Kant, que propugna a total separação entre direito (objeto de preocupação do jurista) e moral (objeto de preocupação do filósofo) (...) O jurista deve afastar-se de questões morais (o que é justiça) e da realidade fática e preocupar-se com as normas escritas, pois apenas elas revelariam a vontade geral. (...) O objetivo do Positivismo de Comte era aplicar diretamente à sociedade (e, portanto, ao homem) os métodos bem-sucedidos das ciências naturais, pois eles seriam os únicos capazes de fornecer respostas verdadeiras aos problemas humanos e sociais.

Mas a resposta veio da Análise Econômica do Direito - AED, que não se afastando da realidade fática, ao contrário buscando entendê-la e alterá-la de maneira eficaz e aceitando a interdisciplinaridade do Direito com os demais ramos do saber num movimento Pós-Positivismo. No Brasil, esse movimento era uma novidade, estranha ao nosso meio jurídico. Continua Gico<sup>24</sup>

Salvo raríssimas exceções, a educação jurídica no Brasil permanece sendo prioritariamente baseada em apresentação de princípios gerais para, em seguida, analisar-se as regras e peculiaridades de cada ramo do direito. Nos cursos de direito, as disciplinas de outras áreas (e.g. economia, sociologia, ciência política, psicologia), quando ministradas, o são de forma desconexa das disciplinas jurídicas, não influenciando seu conteúdo de forma relevante. A principal consequência é a carências de um instrumental analítico mais robusto (teoria) como o disponível nas demais ciências sociais com as quais o direito não dialoga de fato, o que me parece ser um legado largamente atribuível à degeneração da propostas juspositivista enquanto método e levado ao extremo pelas idéias sucessoras, entre as quais o neo-constitucionalismo. (...) No Realismo Jurídico norte-americano, a reação ao juspositivismo resultou em um clamor pela interdisciplinaridade com as demais ciências para aproximar direito da realidade social, afastando-se de seu formalismo estéril. Esse movimento acabou por gerar várias escolas de pensamento jurídico interdisciplinares, não necessariamente convergentes, que tentavam enxergar o mundo de forma mais realista e pragmática pela ciências, como a Análise Econômica do Direito e os Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies*), entre outros movimentos.

---

<sup>23</sup> GICO JÚNIOR, Ivo. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. Departamento de Direito da Universidade Católica de Brasília, 2009. Págs. 4/5.

<sup>24</sup> GICO JÚNIOR, Ivo. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. Departamento de Direito da Universidade Católica de Brasília, 2009. Págs. 6/7.

Entre nós é grande a influência do saber jurídico. São muitas faculdades de Direito, muitos bacharéis. A formação jurídica abria a possibilidade de uma “carreira” política. Na legislação em qualquer ramo (trabalhista, consumidor, criança e adolescente) normalmente é tida com a mais avançada. A realidade nua e crua dos fatos é que insiste em não acompanhar o mundo do dever ser previsto nas normas programáticas da constituição. Assim temos leis que não “pegam”. Outras são acintosamente descumpridas. É verdade que algumas normas constitucionais foram regulamentadas e geraram resultados concretos. Mas muitas ficaram somente na promessa. De costas para a realidade esperamos que as normas por si alterem o mundo dos fatos. Um excerto de um artigo<sup>25</sup> divulgado em um site jurídico resume tudo:

A questão do *direito* fundamental à felicidade encontra-se reaberta na atualidade. O Senador Cristovam Buarque motivado por entidades do terceiro setor, artistas e intelectuais encomendou uma audiência pública no Senado para o dia 26 de maio de 2010 junto à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa para discutir a viabilidade de se incluir formalmente na Constituição da República, o *direito fundamental à felicidade*. Muito embora sejam discussões preliminares, trata-se de tema da maior importância. O reconhecimento do direito à felicidade como formalmente constitucional poderá ser mais um importante dispositivo para fundamentação dos pedidos e das decisões na seara judicial. Ademais poderá sedimentar um novo efeito *cliquet*, ou seja, um marco que servirá como verdadeira cláusula de proibição do retrocesso. Vale lembrar, entretanto, que para finalizar eventual Proposta de Emenda à Constituição dependerá da adesão de pelo menos outros 26 senadores (art. 60, I da Constituição).

Não podemos discutir apenas em tese questões que afetam o dia-a-dia das pessoas. Não basta a norma ser boa e moralmente defensável. Há que se pensar em alcançar o resultado social desejado, segundo GICO, para que os supostos critérios de justiça sejam operacionalizáveis, não nos contentando apenas com justificativas teóricas para a aferição da adequação abstrata entre meios e fins, mas valendo-se de teorias superiores à mera intuição que auxiliem em juízos de diagnóstico e prognose. Trata-se de questão técnica e não moral ou ética, ou ainda, ideológica. Conclui dizendo:

---

<sup>25</sup> MONTEIRO, Juliano Ralo. *PEC da felicidade positivará direito da CF*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-mai-29/pec-felicidade-positivacao-direito-reconhecido-resto-mundo> acessado em 04/07/210.

É nesse contexto que começa a ser discutida e considerada no Brasil a Análise Econômica do Direito, cujo propósito é precisamente introduzir uma metodologia que contribua significativamente para a compreensão de fenômenos sociais e que auxilie na tomada racional de decisões jurídicas. Em resumo, é exatamente nesse aspecto que a Análise Econômica do Direito oferece sua maior contribuição do ponto de vista epistemológico jurídico. Se a avaliação da adequação de determinada norma está intimamente ligada às suas reais conseqüências sobre a sociedade (conseqüencialismo), a juseconomia se apresenta com uma interessante alternativa para esse tipo de investigação. Primeiro, porque oferece um arcabouço teórico abrangente, claramente superior à intuição e ao senso comum, capaz de iluminar questões em todas as searas jurídicas, inclusive em áreas normalmente não associadas como suscetíveis a este tipo de análise. Segundo, porque é um método de análise robusto o suficiente para o levantamento e teste de hipóteses sobre o impacto de uma determinada norma (estrutura de incentivos) sobre o comportamento humano, o que lhe atribui um caráter empírico ausente no paradigma jurídico atual. E terceiro, porque é flexível o suficiente para adaptar-se a situações fáticas específicas (adaptabilidade) e incorporar contribuições de outras searas (inter e transdisciplinariedade), o que contribui para uma compreensão mais holística do mundo e para o desenvolvimento de soluções mais eficazes para problemas sociais em um mundo complexo e não-ergódico.<sup>26</sup>

As reformas, tanto da Constituição quanto da legislação infraconstitucional, empreendidas a partir do governo Collor, a despeito do forte debate ideológico que despertaram, deram início a um período de acerto na política econômica. A razão é simples, funciona. Pensou-se de maneira pragmática, quebrando velhos paradigmas ideológicos. Os resultados não podem ser negados, nem se aceita desfazê-los. Não é a Análise Econômica do Direito a submissão do direito à economia, nem que toda norma tenha que produzir resultados econômicos, ao contrário, é a racionalidade, o objetivo e a utilidade da norma. Diz Gico<sup>27</sup>

A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, em como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito. Note-se que a utilização do método econômico para analisar o direito não quer dizer que são os economistas que praticam a AED. Pelo contrário, na maioria dos

---

<sup>26</sup> GICO JÚNIOR, Ivo. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. Departamento de Direito da Universidade Católica de Brasília. 2009. Pág.10.

<sup>27</sup> GICO JÚNIOR, Ivo. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. Departamento de Direito da Universidade Católica de Brasília, 2009. Pág.12/13.

casos, os pesquisadores que a praticam são juristas ou possuem dupla formação. De qualquer forma, são juseconomistas. (...) Quando usamos o termo Análise Econômica do Direito, portanto, estamos nos referindo à aplicação do ferramental econômico justamente às circunstâncias a que normalmente não se associam questões econômicas. Por exemplo, a juseconomia pode ajudar a reduzir a ocorrência de estupros, pode ajudar a reduzir o número de apelações protelatórias, pode ajudar a compreender porque algumas leis pegam e outras não, porque muitas vezes uma legislação é adotada e porque noutras vezes o Congresso adota uma legislação que será sabidamente vetada pelo Presidente, mas o faz da mesma forma, ou ainda porque é tão difícil alugar um imóvel no Brasil. A juseconomia pode, inclusive, auxiliar na concreção dos direitos fundamentais, que requerem decisões sobre recursos escassos.

Klein<sup>28</sup> defende que o direito identifica inquietantes questões oriundas do meio econômico, e da influência deste no social, às quais o direito permanece alheio. Trata dessa distorção asseverando

Mas a anomalia mais grave e evidente é, sem dúvida, a idéia de que a esfera econômica é um espaço de liberdade meramente econômica sem grandes conseqüências sociais. Ora, trata-se obviamente de uma grande falácia, o poder econômico exerce influência nos mais diversos âmbitos da vida em sociedade. O direito identifica essa situação, mas permanece, em parte, inerte a ela. Os ramos de direito que mais deveriam estar atentos a tais preocupações, ou seja, aqueles ligados diretamente à regulação da atividade econômica não mudaram suas concepções e premissas eminentemente ligadas à realidade que envolvia o sistema liberal e não mais existe. Um exemplo bem claro é a discussão da constitucionalização do direito civil e o surgimento do direito do consumidor e a inexistência do mesmo questionamento no direito comercial, que se mantém ligado à dogmas e proposições que ignoram os diversos custos e benefícios do poder econômico em grande escala.

Adiante vamos tratar de situações concretas em que a intervenção do Estado e a normatização produzem efeitos concretos e imediatos na Economia, como é o caso da lei do inquilinato e do Direito Material e Processual do Trabalho, dentro de uma perspectiva, também, da atuação do Judiciário no cenário Econômico.

---

<sup>28</sup> KLEIN, Vinícius. *Apontamentos sobre a análise econômica do Direito*. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, n.32, dez. 2006, pág. 405

## 2.2 O Judiciário no cenário econômico

Não é mais possível desprezar a influência que o sistema judiciário como um todo tem no cenário econômico. Mas o Judiciário não é solução para tudo, não podendo ser desconsiderada a interdisciplinaridade em suas decisões, em especial com a Economia que tem regras próprias que não devem ser desprezadas.

Sobre a Análise Econômica do Direito Alexandre Morais da Rosa<sup>29</sup> diz ser uma “articulação silenciosa”, “instrumento flexível e ideológico do modelo neoliberal”, criticando o modelo que

pretende demonstrar os prejuízos de uma estrutura organizada e centralizada pelo Estado Intervencionista e tutor de Direito Sociais. Aponta os benefícios coletivos a partir do interesse individual que se pode obter quando o ‘mercado’ funciona adequadamente. Adota uma postura conforme o pensamento econômico neoclássico (Jevons, Walras, Marshall, dentre outros): o mercado é o melhor instrumento para satisfação das necessidades (individuais) diante de sua capacidade auto-regulatória capaz de levar a uma situação *ótima*. Daí que combate todas as formas de redistribuição em favor dos menos favorecidos e recoloca o lugar o do Estado, a saber, mínimo.

Esse argumento é rebatido por GICO<sup>30</sup> que diz

O método econômico se baseia em alguns postulados. Primeiro, os recursos da sociedade são escassos. Se os recursos não fossem escassos, não haveria problema econômico, pois todos poderiam satisfazer suas necessidades – sejam elas quais forem. Curiosamente, a mesma idéia, com outra roupagem, motiva o direito; se os recursos não fossem escassos, não haveria conflito, sem conflitos, não haveria necessidade do direito, pois todos cooperariam *ex moto próprio*. A **escassez** dos bens impõe à sociedade que escolha

Traz-se à baila a idéia de que o Direito passou a ser mero instrumento da ideologia neoliberal, refém do “mercado”, de maneira antidemocrática

---

29 ROSA, Alexandre Morais e LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Editora Lumen Junis, Rio de Janeiro, 2009. Pág. 38.

<sup>30</sup> GICO JÚNIOR, Ivo. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. Departamento de Direito da Universidade Católica de Brasília, 2009. Pág.17.

e em oposição a um Estado de Bem Estar Social. No que tange ao Poder Judiciário Alexandre Morais Rosa<sup>31</sup> afirma que

O 'custo país', entendido como todos os custos acrescidos ao da transação, aponta para a ausência de maior eficiência do Poder Judiciário na garantia dos dogmas (propriedade privada e contrato), já que estes elementos seriam fundamentais para o perfeito funcionamento do mercado. A deficiente qualidade do Sistema de Justiça é apontada com um dos fatores responsáveis pela estagnação econômica, demandando, assim, um realinhamento à nova ordem mundial. [...] A internacionalização do 'mercado sem fronteiras' praticamente obriga uma uniformização judicial dos países baseada no custo/benefício para que se tornem competitivos. O mercado mundial impõe regras claras em todos os territórios (ainda) nacionais. Este é um dos fatores do imbricamento entre as tradições do *civil law* e o *common law*.

O que temos assistido é uma modernização do Sistema Judiciário em benefício do conjunto da sociedade, não devendo causar estranheza a assimilação de instrumentos típicos da *common law*. Formas alternativas de solução de conflitos, como arbitragem e mediação, tem se desenvolvido. Um marco definitivo foi a instituição dos juizados especiais cíveis e criminais (Lei nº 9.009/95), como exemplo de justiça célere e eficaz. Em seu discurso de posse como Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, definiu como função do Poder Judiciário: (i) dar acessibilidade a todos; (ii) previsibilidade de suas decisões e (iii) proferir decisões em tempo social e economicamente tolerável.

Busca-se cada vez mais a celeridade e a efetividade das decisões.

Márcio Manoel Maidame<sup>32</sup> afirma que

A busca por *efetividade* no processo (entendida como garantia de fruição de 'vantagens tangíveis', ao nível prático) é hoje considerada a principal tarefa a ser enfrentada pelo Estado e pelos operadores do direito; esta é a idéia central da denominada *terceira onda do processo civil*. Parece, pois, que celeridade é fator ligado ao tempo de duração do processo e efetividade está ligada à habilidade de o processo '*dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir*', na feliz expressão de Carnelutti.

---

<sup>31</sup> ROSA, Alexandre Morais e LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Editora Lumen Junis, Rio de Janeiro, 2009. Págs. 58/59.

<sup>32</sup> MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e Direitos do Credor*. Editora Juruá, Curitiba, 2009. Pág. 32.

O autor entende que a efetividade está relacionada à fase de execução, e sobre o tema discorreremos mais adiante para demonstrar o quanto o processo de execução influi na Economia, em especial no crédito.

O Judiciário tem um importante papel na Economia ao não agravar as incertezas inerentes aos negócios. É preciso ter um mínimo de previsibilidade na sua atuação de tal forma que os investidores não sejam surpreendidos com mudanças bruscas de jurisprudência, por exemplo. Vejam a questão do controle concentrado de constitucionalidade. Não é raro que em ações diretas de inconstitucionalidade em que, concedida ou não liminar, o mérito leva anos para ser julgado. Também não é raro que essas decisões tardias por vez inovam, e muito, a ordem jurídica, trazendo dúvidas sobre transações constituídas de longa data. Felizmente o STF tem sido prudente em tais casos modulando os efeitos das decisões.

Tratando da atuação mais pró-ativa do Judiciário, quando combate o uso abusivo do poder de mercado e os cartéis, Vanessa Boarati<sup>33</sup> acrescenta

[...] vale ressaltar ainda o **papel do Judiciário**, que também ajuda a estimular o crescimento, reduz falhas de mercado e diminui a instabilidade da política econômica. Um sistema judicial eficiente contribui para reduzir problemas como **comportamento oportunista** por parte dos agentes. Ademais, ao proteger a propriedade e os direitos contratuais estimula o investimento, a eficiência e o progresso tecnológico. Pode-se citar como evidência dessa influência as várias medidas de risco-país produzidas pelas agências de *rating*, que incluem uma avaliação das instituições jurídicas do país e da garantia que estas provêm aos direitos de propriedade. O *rating* de risco soberano, por sua vez, influi no custo de captação externa e nas taxas de juros domésticas, e, por meio destas, no volume de crédito, no investimento, no crescimento e assim por diante.

Não é apenas o “mercado” que reclama da morosidade do Judiciário, exigindo um funcionamento mais dinâmico e condizente com a atual velocidade em que circulam informações, conhecimento e riquezas. Aos jurisdicionados e à sociedade como um todo interessa ter uma Justiça célere. Hoje vemos o sistema judiciário ser utilizado como instrumento de postergação e

---

<sup>33</sup> BOARATI, Vanessa. *Economia para o Direito*. Editora Manole, Barueri, 2006. Págs. 75/76.

barganha de devedores. Muitas vezes a correção da dívida em juízo é menor do que aplicações financeiras, sendo favorável ao devedor.

Quando se trata de discutir o papel do Judiciário, o que aflora em qualquer pesquisa ou debate é a questão da morosidade. Silveira<sup>34</sup> cita as pesquisas de Armando Castelar Pinheiro, ex-Chefe do Departamento Econômico do BNDES e membro do IPEA, de Maria Teresa Sadek, bem como o “Diagnóstico do Poder Judiciário”, feito pela Fundação Getúlio Vargas – SP para a Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça. Armando Castelar<sup>35</sup> toma o Judiciário como prestador de serviços consumidos pelos principais agentes econômicos em suas atividades e elegeu quatro características principais para essa avaliação: agilidade, previsibilidade, imparcialidade e custo de acesso. A reforma do Judiciário teria um papel central na reforma do Estado como segundo estágio das reformas econômicas iniciadas nos primeiros anos da década de 90 do século passado. Castelar<sup>36</sup> afirma

Se o Judiciário não garante a obediência aos contratos, muitos negócios deixam de ser realizados, economias de escala deixam de ser exploradas, recursos ficam ociosos, mercados não alcançam clientes em potencial, a produção fica desorganizada (verticalizada) e as empresas deixam de fazer investimentos específicos (físicos e em capital humano).

Outras questões são levantadas pelo autor como a proteção à propriedade intelectual e o *spread* bancário, este tratado no próximo tópico.

Silveira<sup>37</sup> cita pesquisa do IDESP de 1996/1997, demonstrando que 96,1% do empresariado considera que o mau funcionamento do Judiciário prejudica seriamente a economia, asseverando que

---

<sup>34</sup> SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. *A Morosidade no Poder Judiciário e seus Reflexos Econômicos*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2007.

<sup>35</sup> *Apud* SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. *A Morosidade no Poder Judiciário e seus Reflexos Econômicos*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2007. Pág. 39/41.

<sup>36</sup> *Apud* SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. *A Morosidade no Poder Judiciário e seus Reflexos Econômicos*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2007. Pág. 44.

<sup>37</sup> SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. *A Morosidade no Poder Judiciário e seus Reflexos Econômicos*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2007. Pág. 47.

Esses resultados indicam que as empresas reconhecem o impacto institucional do Judiciário na economia, evitam buscá-lo, mesmo que isso implique em perda de negócios e ineficiência e que também não percebem que esse mecanismo de negação do Judiciário reflete sobre o desempenho econômico como um todo, ou seja, parte do impacto institucional se deve justamente ao processo decisório das empresas em relação a não utilização dos serviços prestados pelo Judiciário

Há a preocupação de que com a morosidade certos setores busquem alternativas em outras instâncias e através de outros instrumentos, como a mediação e a arbitragem. Já é comum no mercado de capitais as partes convencionarem no contrato que abrem mão da jurisdição em favor da arbitragem. Teria a vantagem de ser conduzida por *experts* na matéria e de ter rápido desfecho.

A morosidade que é tormento para uns é instrumento para postergar o cumprimento de obrigações para outros. Isso é percebido pelos juízes. Os dados da pesquisa de Armando Castelar<sup>38</sup> demonstram que para os jurisdicionados é comum sua utilização para protelar a liquidação de obrigações tributárias. Mas o campeão no quesito é o próprio Estado, em especial a União. Para 90,4% dos juízes entrevistados é muito freqüente, ou algo freqüente, a União postergar o cumprimento de suas obrigações através de recursos ao Judiciário.

O direito à duração razoável do processo, introduzido no texto constitucional pela emenda n.º 45/2004, vem orientando profundas alterações na legislação infraconstitucional. A informatização do processo judicial (Lei nº 11.419/2006) aponta para redução de custos da máquina judiciária com ganhos em produtividade e, portanto, celeridade. A súmula vinculante traz previsibilidade e segurança jurídica. A súmula impeditiva e recursos no STJ, a transcendência no TST e a repercussão geral como critério de admissibilidade de recurso extraordinário no STF, racionaliza o processo, desafoga os tribunais de processos repetitivos, em grande parte relativos a minúcias processuais. Torna-se possível o julgamento célere de matérias de mérito importantes não apenas *inter partes*, mas como precedente de interesse de toda a sociedade.

---

<sup>38</sup> Apud SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. *A Morosidade no Poder Judiciário e seus Reflexos Econômicos*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2007. Pág. 43.

Uma das competências do Judiciário que pode influir na competitividade da economia é a demonstração do quanto é fácil fazer uma execução, de um cheque, por exemplo. É verdade que o processo de execução vem passando por uma reforma que o tem tornado mais efetivo e o devedor não é mais visto como “vítima” que aguarda do juiz “justiça” para o seu caso.

O devedor dispõe de certa proteção como a do artigo 620 do CPC que prescreve que “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.” Acrescente-se a isso um rol de bens impenhoráveis, tornando incerto o recebimento da dívida. Márcio Manoel Maidane<sup>39</sup> afirma que

A responsabilidade patrimonial que já é, por natureza, enfraquecida (pois pressupõe um devedor que tem patrimônio regularmente constituído e declarado e não encontra apoio em medidas de coerção para sua efetivação), vê-se ainda mais diminuída com o crescente aumento das hipóteses de impenhorabilidade decorrente de reformas legais. A interpretação dos tribunais, não raro, ainda amplia certas hipóteses de impenhorabilidade, a ponto de certos autores defenderem que em futuro próximo não se poderá mais cobrar dívidas: *‘No passado, o devedor respondia com o próprio corpo. No presente, responde com seu patrimônio e neste futuro, não responde mais’.*

A impenhorabilidade de alguns bens, como o de família, é uma forma de o Estado intervir nos negócios privados para tutelar uma das partes, supostamente mais fraca, que ao final prejudica a quem deveria beneficiar. No caso do bem de família (Lei n.º 8.009/90), parece que a intenção era proteger a célula *mater* da sociedade evitando a perda do imóvel em que reside, garantindo assim um mínimo existencial. Ocorre que os bens imóveis, em regra mais valiosos, são detidos pelos economicamente fortes, além do que não há qualquer limitação quanto ao valor do bem, será sempre protegido.

A reforma do CPC procurou mitigar tais distorções através da Lei n.º 11.382/06, no entanto, o Chefe do Executivo Federal vetou alguns dispositivos. Assim, o parágrafo único do art.650, previa:

---

<sup>39</sup> MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e Direitos do Credor*. Editora Juruá, Curitiba, 2009. Pág. 38.

Art. 650. (...)

**Parágrafo único.** Também pode ser penhorado o imóvel considerado bem de família, se de valor superior a 1.000 (mil) salários mínimos, caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade.

Da mesma forma foi vetado o disposto no § 3º do artigo 649, que previa a possibilidade de penhora de 40% do salário no que superasse os vinte salários mínimos líquidos:

Art. 650. (...)

**§ 3º** Na hipótese do inciso IV do *caput* deste artigo, será considerado penhorável até 40% (quarenta por cento) do total recebido mensalmente acima de 20 (vinte) salários mínimos, calculados após efetuados os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios.

Sob o argumento de que esta é a tradição do Direito brasileiro e que a família deve ser protegida, preserva-se na verdade os bens dos mais ricos e reduz-se as possibilidades de se obter crédito e a um custo menor, mostrando os malefícios da intervenção do Estado no mercado. A consequência é que, receoso dos riscos das transações o credor quer cada vez mais garantias e para precaver-se de eventual inadimplência, aumenta os encargos dos empréstimos.

Diversas medidas que agilizam e efetivam a execução estão sendo colocadas em prática. A penhora *on-line* já é uma realidade. Não é mais direito do devedor nomear bens à penhora, em que pese os entendimentos contrários. Maidane<sup>40</sup>, cita Humberto Theodoro Júnior, para quem

não há mais direito do devedor de escolher, no prazo para citação, os bens a serem penhorados. É ao credor que se passou a reconhecer a faculdade... **A ordem de preferência para a escolha dos bens para garantia da execução, instituída pelo art. 655, endereça-se ao exequente...**

---

<sup>40</sup> Apud MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e Direitos do Credor*. Editora Juruá, Curitiba, 2009. Pág. 298

Com as reformas introduzidas pela Leis nº 11.232 e nº 11.382 entende-se que o devedor não mais tem o direito de indicar bens à penhora. É possível então partir-se desde logo para penhora *on-line* recaindo sobre o primeiro bem do rol do artigo 655 do CPC.

A inadimplência e a dificuldade de execução de dívidas estariam na raiz do *spread* bancário elevado. O *spread* é “a diferença da taxa paga ao poupador, aquele que confia aos bancos os seus recursos e ao emprestador, aquele que toma emprestado.”<sup>41</sup> O Sistema financeiro buscaria proteção contra os riscos com uma margem de lucro elevada. Esta tem sido a explicação corrente. No entanto, parece que a questão é bem mais complexa. Ao se decompor a taxa, encontramos outros custos que não são *custos de inadimplência*. SADDI<sup>42</sup>, citando estudo da Fundação Getúlio Vargas, aponta para uma porcentagem de 19,2% de custos administrativos, de 21% de impostos diretos e apenas de 15,8% de custos de inadimplência, demonstrando que estão na mesma linha dos números fornecidos pelo Banco Central, muito embora a metodologia aplicada seja outra.

O Estado estaria interferindo na formação de preços, no caso no custo do dinheiro, quando protege em demasia o devedor. No entanto, os dados citados apontam para componentes outras, relativas ao chamado *custo Brasil* e à carga tributária. Não se trata então, de debitar o problema aos lucros abusivos do sistema financeiro. É a atuação estatal causando distorções na Economia. Ora interferindo diretamente na relação entre particulares, ora causando impactos macroeconômicos. Deficitário, o Estado consume a poupança disponível oferecendo juros atrativos ao sistema financeiro que prefere atender a este cliente cativo a se aventurar emprestando a empreendedores sujeitos aos riscos do mercado. Também é de se considerar que o depósito compulsório (parcela de recursos dos clientes que os bancos recolhem ao Banco Central) é elevado, sobrando poucos recursos para o crédito.

---

<sup>41</sup> SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil*. Quartier Latin. São Paulo, 2007. Pág. 158.

<sup>42</sup> SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil*. Quartier Latin. São Paulo, 2007. Pág. 162.

Trata-se de um tema polêmico na medida em que não há um entendimento firme quanto à causa do *spread* bancário elevado, sendo de pouca valia as posições extremadas que colocam a culpa nos lucros abusivos das instituições financeiras. Aqui novamente poderíamos nos valer da AED para de fato chegar a uma conclusão racional para a busca de medidas viáveis. Qualquer norma quanto à matéria, seja de direito material ou mesmo quanto à execução e dirigida ao Judiciário tem que levar em conta os aspectos técnicos. GICO<sup>43</sup> afirma

Tenho observado que muitas vezes juristas estão tão acostumados a pensar em termos normativos e a discutir questões em termos valorativos, que seus argumentos em debates públicos ou privados sobre questões relativamente simples flutuam com extrema facilidade entre um campo e outro, a ponto de – muitas vezes – se tomar um argumento normativo como positivo e vice-versa.

Então, não se trata de questão de valor ou de se buscar casuisticamente a proteção normativa do devedor em prejuízo do credor simplesmente com uma questão de moral ou ética. É preciso identificar a causa para depois atacá-la.

As pesquisas de Castelar trazem outros dados interessantes. Constata que a maioria dos magistrados está cônica da importância do Judiciário em relação às reformas econômicas pelas quais o país vem passando, concorda ou tende a concordar com elas, e não desprezam o impacto de suas decisões na economia. A despeito disso, assevera

os juízes têm uma postura relativamente politizada sobre a qual os contratos e o mercado alocam riscos, posições que contradizem a essência dessas reformas. Em particular, a maioria dos magistrados acredita que os juízes têm um papel social (redistributivista) a desempenhar, e que o objetivo de proteger a parte mais fraca na disputa justifica a violação de contratos. Esse posicionamento reduz a segurança jurídica com que se desenrola a atividade econômica, e pode fazer com que determinados mercados não se desenvolvam, prejudicando exatamente os grupos sociais que os juízes buscam beneficiar.

---

<sup>43</sup> GICO JÚNIOR, Ivo. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. Departamento de Direito da Universidade Católica de Brasília, 2009. Págs. 6/7

O que não dizer dos contratos de *leasing* de veículos indexados ao dólar. Inicialmente o que parecia um grande negócio, com a crise cambial de janeiro de 1999 levou à inadimplência de inúmeros consumidores que adquiriram veículos. Houve decisões judiciais favoráveis aos consumidores. Não podemos nos impressionar com as decisões judiciais que fazem justiça no caso concreto, pois pode ser que o custo seja elevado e socializado. Eis a lição de Zangrando<sup>44</sup>

Colocando a questão de modo bastante superficial, a Análise Econômica do Direito entende que os processos legislativos devem buscar promover e promulgar *leis eficientes*, pois que os indivíduos respondem à lei de modo econômico. Do mesmo modo, deve o Poder Judiciário e os doutrinadores conceder a melhor interpretação da lei, de modo que promova a eficiência da norma, em todos os aspectos mensuráveis (econômico, social, político, democrático, sociológico, etc.). (...) Em suma, o que deseja a Análise Econômica do Direito é trazer um pouco mais de pragmatismo para aquelas discussões jurídicas puramente abstratas, recheadas de idealismo, não raramente contraditórias, e senão estéreis, fundadas apenas em argumento de autoridade, sofismas ou em alguma ideologia pessoal, para dizer o que é “certo” ou “errado”; o que é “melhor” ou “pior”; o que é “justo” ou “injusto”.

Hoje está posta a discussão quanto à legalidade da assinatura básica na telefonia. Mesmo tendo o STJ em diversas ocasiões decidido pela legalidade, em muitos processos em primeira e segunda instância têm-se afastado sua cobrança. A situação ocorria quando um Juizado Especial decidia em favor do consumidor, sendo o julgado confirmado pela Turma Recursal. Daí não caberia recurso ao STJ nos termos da Súmula 203: "não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais". Nem ao STF por não envolver matéria constitucional. Além da insegurança jurídica que gerou, a médio e longo prazo os resultados virão em prejuízo do consumidor. Manter um serviço operante e de qualidade exige recursos e exigir, por decisão judicial, sua disponibilização sem a contrapartida da remuneração pelo consumidor só pode levar a sua precarização, senão extinção, afugentando os investimentos no setor.

---

<sup>44</sup> ZANGRANDO. Carlos Henrique da Silva. *Análise Econômica do Direito e o Direito do Trabalho*. In: Revista do direito trabalhista, v. 15, n.9, setembro de 2009, pág. 3.

### **3. ESTUDO DE CASOS**

É preciso trazer a exame casos concretos que demonstrem de maneira empírica tudo que foi discutido e como se dá de fato a aplicação da AED. Trataremos de dois temas correntes e de interesse das pessoas em geral, que é a flexibilização dos direitos trabalhistas, bem como a lei do inquilinato.

#### **3.1 A Flexibilização do Direito do Trabalho**

O Direito do Trabalho está intimamente ligado à atividade econômica e é muito regulado pelo Estado. Uma pequena empresa precisa contratar consultoria especializada para dar conta do cipoal de leis, normas administrativas e acordos e convenções trabalhistas aplicáveis aos empregados. Ainda há o custo indireto da contratação, com contribuições e outras encargos a onerar a folha de pagamento. Muito se fala da necessidade de uma reforma, tanto para flexibilizar os direitos trabalhistas quanto para desonerar a folha dos encargos indiretos.

Os desafios são imensos e o tema é controverso. Não se pode negar que a legislação é bastante antiga, surgida num outro contexto, mas que não atende mais às demandas atuais. Não se sabe efetivamente o quanto uma flexibilização seria benéfica, gerando mais e melhores postos de trabalho ou se significariam tornar ainda mais precária a situação dos trabalhadores.

Nosso sistema é um dos mais garantistas do mundo. No entanto a média salarial é baixa e a informalidade é generalizada, donde se conclui que não se trata de um problema jurídico, mas econômico em sua raiz. Somente com o aumento da riqueza, da produtividade, da escolaridade e redução dos custos indiretos das contratações é que será possível melhorar a situação dos trabalhadores. Um dado sintomático é a atuação da Justiça do Trabalho em diferentes períodos. Durante o período de hiperinflação eram comuns as greves e a indexação de salários, como

tudo mais na economia. Os trabalhadores estavam sempre em busca de “reajustes” numa corrida inglória contra a inflação. As demandas nos tribunais do trabalho avolumavam-se quase que como um meio transversal de se fazer justiça social. Assim, Beltran<sup>45</sup>, citando José Eduardo Faria, afirma

Até mesmo decisões da Justiça do Trabalho, quando no passado, no esplendor da vigência do chamado poder normativo, poderiam ser citadas como geradoras de grande influência sobre a macroeconomia. Comentando a questão, o Professor *José Eduardo Faria* já apontava que, por ocasião dos planos econômicos, a Justiça do Trabalho ora foi acusada de ser generosa em certas decisões sobre greves e reajustes salariais, ora de indeferir pleitos para que fosse assegurado o sucesso de determinado plano econômico.

Dados disponibilizados pela Coordenadoria de Estatística do Tribunal Superior do Trabalho<sup>46</sup> indicam que no período de 1990 a 1997 foram atuados naquela corte 361 processos de dissídios coletivos, dos quais 263, ou 72%, foram a julgamento. No período de 1998 até abril de 2010 foram atuados 185 dissídios coletivos, indo a julgamento 106 processos, ou 57%. Foram atuados 84 processos em 1990, 93 em 1991, 7 em 2008, 18 em 2009 e apenas um no primeiro quadrimestre de 2010 que aliás não foi a julgamento.

Os dados indicam que, enquanto ainda eram sentidos os efeitos dos planos econômicos e do processo inflacionário, bem como atuante o poder normativo da Justiça do Trabalho (até a EC. n.º 45/2006 – reforma do Judiciário), eram inúmeros dissídios coletivos dos quais boa parte ia a julgamento, ou seja, não havia acordo. Na década seguinte, já colhendo os benefícios da estabilização da economia, vê-se que cai o número de dissídios coletivos ao passo que aumenta a taxa de resolução entre as partes, sem que o tribunal profira decisão. Com a melhora da situação econômica, os trabalhadores não buscam mais os reajustes indexados e gerais e há pouca greve. Por outro lado as negociações diretas e setor a setor, empresa a empresa, são mais comuns e tem redundado em ganhos reais no poder de compra da massa assalariada.

---

<sup>45</sup> BELTRAN, Ari Possidonio. *Direito do Trabalho e Economia na atualidade*. Revista do Advogado, v. 26, n.86, p. 12, jul. 2006.

<sup>46</sup> Tribunal Superior do Trabalho. Disponível na intranet: <http://www.tst.jus.br/Sseest/JT/DC/dc.html> acessado em 25/5/2010.

Entre 1989 e 1994 (período dos planos econômicos), a Justiça do Trabalho recebeu 7 milhões 790 mil 411 reclamações individuais e plúrimas. Somente entre 1992/1993 foram 3 milhões 53 mil 517 reclamações individuais e plúrimas. Isso significavam algo entre 5 e 25 milhões de reclamantes, segundo o Ministro Almir Pazzianotto<sup>47</sup> concluindo tratar-se de

Atestado bastante rigoroso da doença que ataca as relações de produção no Brasil. Esse número gigantesco, alarmante e quase inacreditável de processos, instala nas empresas que deveriam ser unidades de produção de bens ou de serviços, ambiente nítido, indiscutível e quase incurável de desconfiança, de hostilidade e medo. O empregador desconfia do empregado, o empregado tem medo do empregador, e há uma hostilidade permanente e recíproca. Reputo a questão trabalhista um dos principais entraves a retomada do crescimento econômico brasileiro, porque fazendo perguntas verifico que todo empresário já existente ou em potencial, tem medo muito grande da criação de empregos e considero o dispositivo constitucional referente ao prazo prescricional para ajuizamento de ações trabalhistas, um dos absurdos da Constituição.

Isso dá um idéia da situação conflituosa capital/trabalho, sendo que naquele momento vigorava plenamente a indexação de preços e salários, obviamente com estes sempre em desvantagem num círculo vicioso de aumento de salário, aumento de preço. A desindexação começou já no governo de Fernando Henrique Cardoso que, em nome do combate à inflação, editou a Medida Provisória n.º 1053, de 30 de junho de 2005, mais tarde convertida na Lei n.º 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, proibindo a correção de salários com base em índices inflacionários. Naquele momento de transição entre hiperinflação e estabilidade de preços, os juízes do trabalho ainda estava apegados ao antigo modelo como pode se extrair das palavras do Ministro Pazzianotto<sup>48</sup>

O juiz do trabalho (...) em contato, face a face, com a sociedade e com o seu lado mais difícil; está em contato com a pobreza, a miséria, o sofrimento, o desemprego, e a tendência de assumir a defesa de tese que considera social e ética é irresistível. Olhando a lei que consubstanciou o plano, pelo seu viés exclusivamente jurídico e em função das suas conseqüências imediatas, é quase impossível a este juiz indeferir um pedido que para ele é de aumento salarial. Ele considera aquele trabalhador lesado em seu direito mais fundamental; não ao reajuste mais a um salário

---

<sup>47</sup> PINTO, Almir Pazzianotto. *Planos Econômicos e Diferenças Salariais nos Dissídios Coletivos*. In: I Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho, São Paulo: IBCB, 1995. Pág. 105.

<sup>48</sup> PINTO, Almir Pazzianotto. *Planos Econômicos e Diferenças Salariais nos Dissídios Coletivos*. In: I Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho, São Paulo: IBCB, 1995. Pág. 107/108.

razoavelmente decente, do qual acaba de ser privado em função de medida cujo sucesso é discutido dentro das próprias esferas governamentais.

Está aí a demonstração do fracasso resultante da busca de soluções jurídicas para problemas econômicos, ainda mais quando se espera que essa solução seja uma responsabilidade do Judiciário. Passada essa fase e chegada a estabilidade econômica as demandas são outras. Desta feita o que trás preocupação ao trabalhadores é a tão propalada flexibilização dos direitos trabalhistas, para Berger<sup>49</sup> “basicamente na perspectiva inverídica de impulsionar o crescimento econômico e o aumento do mercado de trabalho formal.”

O embate entre os que a defende e os que a abomina é sintetizado por Sússekind<sup>50</sup>

A globalização da economia acirrou a polêmica ente os defensores do Estado Social e os adeptos do Estado Liberal, os quais obviamente adotaram caminhos distintos a respeito da posição dos poderes públicos frente à relações de trabalho. Os neoliberais regam a omissão do Estado, desregulamentando, tanto quanto possível, o Direito do Trabalho, a fim de que as condições do emprego sejam ditadas, basicamente, pelas leis do mercado. Já os defensores do Estado Social, esteados na doutrina social da Igreja ou na filosofia trabalhista, advogam a intervenção estatal nas relações de trabalho, na medida necessária à efetivação dos princípios formadores da justiça social e à preservação da dignidade humana.

Que não se iludam, a flexibilização do direito do trabalho desde longa data deixou de ser debate acadêmico e doutrinário e já é realidade. Na verdade a flexibilização teve início em 1966<sup>51</sup> com a instituição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço que veio substituir a estabilidade decenal. Também tivemos a eliminação das proibições para o trabalho da mulher. A Lei 7.855/89 revogou o artigo 387 da CLT que vedada a possibilidade de realização de trabalho nas minerações em subsolo, nas pedreiras e obras de construção pública e particular pelas mulheres. A livre negociação coletiva de salários, introduzida pelo artigo 26 da Lei nº 8.880/94 (Plano Real), pelo Decreto nº 908/93(estatais) e pelo

---

<sup>49</sup> BERGER, Cristine. *A flexibilização do Direito do Trabalho como meio de retrocesso social*. In: *Justiça do Trabalho*, v. 25, n.299, novembro de 2008, pág. 59.

<sup>50</sup> SÚSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Flexibilização do direito do trabalho*. Org. Tribunal Superior do Trabalho, 2ª edição. IOB Thomson, São Paulo, 2004. Pág. 16.

<sup>51</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Flexibilização do direito do trabalho*. Org. Tribunal Superior do Trabalho, 2ª edição. IOB Thomson, São Paulo, 2004. Pág. 51.

artigo 10 da Lei nº 10.192/2001 (complementa o Plano Real), substituindo a indexação salarial até então existente e a compensação de horas extras até o prazo de um ano (artigo 58, § 2º, da CLT, com alteração introduzida pela Lei nº 9.601/98).

A flexibilização seria a saída para dinamizar a economia e preservar o empregos. No entanto, o mercado de trabalho não é diferente da economia em geral e vige aqui o lei da oferta e da procura. Se os empregos são escassos é óbvio que a remuneração é pequena e o poder de barganha do trabalhador é nenhum. Os desempregados, sedentos que estão por uma ocupação, ajudam a achatam ainda mais os salários de quem está empregado. No Brasil, sempre se fala do custo da mão-de-obra, principalmente o custo indireto, que estaria na raiz dos baixos salários e na falta de competitividade das empresas. Vejamos o que diz Coelho Barros<sup>52</sup>

Segundo estatísticas do *Bureau of Labor Statistics*, em 1996, a média do salário-hora, no Brasil, acrescida de todos os encargos, era de apenas US\$ 2,79. Contra US\$ 21,50 na Alemanha; US\$ 20,93 na Suécia; US\$ 16,29 na Itália; US\$ 14,83 nos EUA; US\$ 11,58 na Espanha; e US\$ 4,16 na Coreia. Ora, se os salários no Brasil são muito baixos, parece lógico propor que eles ao menos não sejam diminuídos, sob pena de nunca se elevarem a qualificação do trabalhador e a produtividade global da economia. Mas foi isso o que fez o Governo anterior. As poucas propostas convertidas em lei foram na direção da redução de direitos que compõem o que tecnicamente se compreende como remuneração. Acaso a redução do FGTS de 8% para 2% prevista na Lei 9.601/98 não significa redução salarial? E o que dizer da restrição do período de férias para no máximo 18 dias, tal como prevista na MP 1.779/98? Este sentido unilateral de redução da já parca remuneração dos empregados é justificado ao argumento de que os encargos sociais, no Brasil, chegam a 101,99% do valor do salário, segundo estima o economista José Pastore. Ainda que assim fosse, 100% de muito pouco é muito pouco.

Soa estranho então dizer que os salários aumentam o “custo Brasil” dado seu valor médio. Mesmo que os encargos fossem diminuídos e proporcionalmente agregados os valores aos salários, ainda assim eles seriam baixos comparados com outras economias. Parece que a discussão teria que se dar em outro nível, tratando de flexibilizar, desregulamentar, não para tornar precária a situação dos trabalhadores mais para adequar a legislação às inovações introduzidas nas empresas. Simplificar os procedimentos, pois uma pequena

---

<sup>52</sup> BARROS, Maurício Rands Coelho Barros. *Flexibilização do direito do trabalho*. Org. Tribunal Superior do Trabalho, 2ª edição. IOB Thomson, São Paulo, 2004. Pág. 95.

empresa tem que contratar um escritório especializado para lidar com a legislação extensa que regula a matéria, sendo que o custo administrativo envolvido bem que poderia ser revestido em melhor remuneração dos trabalhadores.

Alguma flexibilização foi iniciativa da jurisprudência trabalhista, ainda que depois positivada. Correia<sup>53</sup> cita o TST

Orientação Jurisprudencial n.º 23 – tolerância na marcação de pontos, minutos antes e depois; a Orientação Jurisprudencial n.º 63 – prescrição extintiva de horas extras pré-contratadas; Orientação Jurisprudencial n.º 85 – contrato nulo, que tem causado tantas discussões, e os efeitos dele; Orientação Jurisprudencial n.º 86 – inexistências de estabilidade de dirigente sindical; a Orientação Jurisprudencial n.º 88 – aceitando norma coletiva que suprime indenização de gestante; Orientação Jurisprudencial n.º 131 – a não-integração ao salário de verbas pagas *in natura*, desmotivação da Administração Pública Indireta em demitir, aceitação de desconto no salário do frentista de posto de gasolina, aceitação de norma coletiva, permitindo o desconto no salário do trabalhador para pagar cheque sem fundos; enfim, tantos outros.

Na esteira dessas decisões a legislação foi sendo atualizada. A Lei n.º 9.601, de 21 de janeiro de 1998 trouxe o contrato a tempo parcial, com redução de vários direitos trabalhistas (aviso prévio, FGTS reduzido de 8% pra 2%, multa de 40% e contribuições sociais), com as contratações autorizadas pelos sindicatos de trabalhadores. Alterou, também, o artigo 59 da CLT, introduzindo o chamado banco de horas em regime de prorrogação e compensação da jornada de trabalho. Tais alterações tem sua vantagens. O empregado pode contar com um horário de trabalho mais flexível, compatibilizando com sua vida familiar ou mesmo propiciando a oportunidade de prosseguir no estudo ou se qualificar profissionalmente. A empresa pode ajustar a jornada do empregado às suas necessidades produtivas e à demanda do mercado, não tendo que arcar com os encargos de um empregado ocioso para não demiti-lo. O resultado prático vai depender de cada caso, e a negociação tem que se dar com cada empresa.

---

<sup>53</sup> CORREIA, Nilton. *Flexibilização do direito do trabalho*. Org. Tribunal Superior do Trabalho, 2ª edição. IOB Thomson, São Paulo, 2004. Pág. 113.

A Lei n.º 9.300/96 veio excluir o chamado salário *in natura* da base de cálculo da remuneração, alterando o Art. 9º da Lei n.º 5.889, de 8 de junho de 1973, com o acréscimo do § 5º que reza

§ 5º A cessão pelo empregador, de moradia e de sua infraestrutura básica, assim como, bens destinados à produção para sua subsistência e de sua família, não integram o salário do trabalhador rural, desde que caracterizados como tais, em contrato escrito celebrado entre as partes, com testemunhas e notificação obrigatória ao respectivo sindicato de trabalhadores rurais.

Não seria razoável que o empregador ao oferecer condição indispensável para a boa prestação dos serviços, disponibilizando gratuitamente moradia e outros benefícios ao empregado fosse obrigado a calcular os encargos, como o FGTS, sobre o valor econômico da comodidade, independentemente da justa remuneração em dinheiro pelo trabalho efetivamente prestado. Outra medida em relação aos trabalhadores rurais foi introduzida pela EC n.º 28/2000 que igualou o prazo prescricional ao dos trabalhadores urbanos de tal sorte que o empregado tem até dois anos após a rescisão contratual para reclamar, podendo fazer até o prazo de cinco anos anteriores e não mais todo o contrato do rurícola. Com a facilidade de comunicação e transporte de hoje, bem como a forte interiorização da Justiça do Trabalho e assegurado o *jus postulandi* não se pode dizer que o trabalhador rural está desamparado. A outro turno a alteração constitucional traz segurança jurídica, inclusive no agronegócio que tem sido uma das locomotivas da economia nestes últimos tempos de crise no mercado mundial.

O acesso ao Judiciário Trabalhista é o mais amplo possível e busca-se cada vez mais a eficiência. Um exemplo recentíssimo é a Lei n.º 12.275, de 29 de junho de 2010, que alterou a CLT para exigir depósito recursal na interposição de agravo de instrumento. Na Justiça do Trabalho só há agravo de instrumento para destrancar recurso e eles representam 75%<sup>54</sup> dos recursos que chegam ao TST. Agora será exigido o depósito de 50% do valor do depósito recursal do recurso que se pretende destrancar.

---

<sup>54</sup> Revista Consultor Jurídico. *Agravo em ação trabalhista exigirá depósito de 50%*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-jun-17/projeto-preve-deposito-50-ajuizar-agravo-acoas-trabalhistas>. Acesso em 5/7/2010.

Sobre a eficiência da máquina judiciária especializada, a crítica vem de um magistrado trabalhista sob a argumento de que a reforma atendeu a anseios de organismos internacionais. Diz Coutinho<sup>55</sup>

Além de pautar governos, como se deu no caso do Consenso de Washington, os agentes financeiros internacionais costumam apresentar as suas receitas para os mais diversos problemas dos países da periferia do capitalismo. Em setembro de 1996 foi a vez de o Banco mundial emitir o Documento n. 319, contendo análises acerca das deficiências da Justiça nos países da América Latina e Caribe, apresentando, por outro lado, sugestões para melhorar o desempenho da máquina judiciária, desde à instituição dos meios alternativos de conciliação à criação de juizados especiais, com o intuito também de assegurar a previsibilidade jurídica para os investidores.

Não merece reparos a instituição dos juizados especiais, pois ampliou o acesso à Justiça, inclusive sem advogado em alguns casos (causa até 20 salários mínimos) e sem custas na primeira instância, sendo conhecido pela celeridade e efetividade. Especificamente sobre o rito sumaríssimo na Justiça Laboral foi promulgada a Leis n.º 9.957/2000 e as comissões de conciliação prévia foram reguladas pela Lei n.º 9.958/2000 que alterou dispositivos da CLT. O rito sumaríssimo torna ainda mais célere a prestação jurisdicional trabalhista. Sobre as comissões de conciliação prévia a jurisprudência está mitigando sua obrigatoriedade de forma a não afastar a garantia constitucional de acesso ao Judiciário, não sendo considerada mais condição para o ajuizamento de ação, mas apenas mais uma oportunidade para entabular-se acordo entre as partes.

É preciso se socorrer da Análise Econômica do Direito para aferir o quanto é ou não eficaz nas alterações introduzidas na legislação trabalhista. Vejamos o caso da Lei n.º 11.770/2008, que criou o “Programa Empresa Cidadã”, destinado a prorrogar por 60 dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII, do art. 7º da Constituição Federal. Veja o que diz Zangrando<sup>56</sup> considerando que apenas a empresa tributado com base no lucro real poderá deduzir dos encargos do imposto devido:

---

<sup>55</sup> COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *O Direito do Trabalho Flexibilizado por FHC e Lula*. Editora LTr, São Paulo, 2009. Págs. 78/79.

<sup>56</sup> ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. *Análise Econômica do Direito e o Direito do Trabalho*. In: Revista do direito trabalhista, v. 15, n.9, setembro de 2009, pág. 4.

Durante o período de prorrogação da licença-maternidade, a empregada terá direito à sua remuneração integral, nos mesmo moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo regime geral de previdência social.(...) No entanto, as empresas optantes pela tributação com base no lucro presumido, bem como aquelas inscritas no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, foram excluídas do benefício legal, por veto presidencial ao parágrafo único do art. 5º da mesma Lei. (...) Ora, encontra-se em pleno vigor, com parte de nosso ordenamento jurídico, a Convenção OIT n.º 103, adotada pela Conferência Internacional do Trabalho de 1958, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto n.º 58.821/66. Dentre os princípios gerais para a proteção à maternidade estabelecidos por esta Convenção, consta, expressamente, que em hipótese alguma deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações previdenciárias e demais benefícios concedidos pelo Estado à mulheres que ele emprega.(...) Resultado da análise econômica da lei: ineficiente, sob quaisquer parâmetros, contendo falso benefício; será provável causadora de prejuízo ao bem-estar social; sofrerá forte tendência ao abandono, por parte dos empregadores.

De tudo que foi exposto fica patente que nessa seara há um arcabouço legislativo e judicial para dar conta de uma demanda por direitos, senão pura e simples tentativa transversa de justiça social, que tem seu valor, dada as condições precárias dos trabalhadores. De outro lado ela não é a solução para o desemprego e os baixos salários. Como vimos o problema é eminentemente econômico.

### 3.2 A proteção do inquilino

A evolução da legislação do inquilinato é por demais esclarecedora no sentido de demonstrar o quanto insidiosa pode ser a legislação que busca proteger determinados setores quando o que se vê, ao final, é o efeito contrário, a legislação acaba prejudicando o mais fraco. O desembargador Luís Antonio de Andrade<sup>57</sup> em artigo publicado em 1979, já fazia um histórico das leis do inquilinato,

---

<sup>57</sup> ANDRADE, Luís Antonio de. *Evolução das Leis do Inquilinato (Anterior à Lei n.6.649, de 16-5-79)*. Revista de Informação Legislativa, c. 16, n. 62, abr./jun. 1979. Pág. 107/116.

demonstrando a necessidade de flexibilização. Inicialmente os contratos eram regidos pela lei civil e vigorava o princípio da *pacta sunt servanda*. O problema da falta de moradia já se sentia quando aqui aportou o Príncipe Regente, D. João VI, com sua comitiva de mais de 15.000 patrícios, e discricionariamente desalojou inúmeros moradores para alojar seus auxiliares.

Com a Segunda Guerra Mundial agravou-se o problema da moradia, surgindo leis para proteger o inquilino, naturalmente congelando o preço dos aluguéis, não obstante o processo inflacionário. Andrade<sup>58</sup> afirma que durante 22 anos, de 1942 a 1964 foram editadas nada menos que 21 leis, prorrogando ou modificando as anteriores, ou concedendo tímidos aumentos do aluguel. O problema foi minimizado durante o regime militar com a Lei n.º 4.380, de 21 de agosto de 1964, instituindo o “Sistema Financeiro para Aquisição da Casa Própria” e a criação do “Banco Nacional da Habitação”, bem como as “Sociedades de Crédito Imobiliário”, as “Letras Imobiliárias” e o “Serviço Federal de Habitação e Urbanismo.” Ele sintetiza a preocupação que é a mesma de hoje

O dilema que aos legisladores se apresenta assim pode ser resumido: se adota a solução de controlar o aluguel, de prorrogar compulsoriamente as locações e de restringir os casos de retomada, corre o risco de afastar do setor imobiliário o capital privado, agravando, assim, a carência de prédios de aluguel; se, ao contrário, confere às partes ampla liberdade de contratar, coloca o locatário em situação de desvantagem.

Com a Lei n.º 8.245/91 houve uma flexibilização e foi admitida a denúncia vazia, oferecendo maiores garantias ao locador segundo Costa<sup>59</sup>. Apesar disso outro complicador é adicionado. Instituiu-se o bem de família, adotado pela Medida Provisória n.º 143, de 8/3/1990, promulgada pela Lei n.º 8.009, de 23/3/1990. Assim o fiador não poderia oferecer seu imóvel como garantia. O reflexo foi imediato, com a dificuldade de locação e com o aumento de preço, tanto assim que, foi introduzido o inciso VII no art. 3.º, por força do art. 82 da Lei n.º 8.245/91,

---

<sup>58</sup> ANDRADE, Luís Antonio de. *Evolução das Leis do Inquilinato (Anterior à Lei n.6.649, de 16-5-79)*. Revista de Informação Legislativa, c. 16, n. 62, abr./jun. 1979. Pág. 116.

<sup>59</sup> COSTA, Dilvanir José da. *Principais Efeitos da Nova lei do Inquilinato (Lei. 8.245/91, DOU 21.10.91 – Vigência a partir de 20.12.91 – art. 89)*. Revista dos Tribunais, São Paulo, V. 81, n. 677, pág. 274-279, março de 1992.

excluindo da proteção o bem de família oferecido como garantia para fiança locatícia.

A lei ainda era contraditória conforme relata Bushatsky<sup>60</sup>

É rigoroso anotar que é deferida a penhora de imóvel residencial do fiador; se este vier a pagar e posteriormente pretender executar o ex-locatário, proprietário num segundo momento, ver-se-á legalmente impedido de ressarcir-se através da penhora da residência então adquirida por aquele.

Ainda assim a legislação veio beneficiar o inquilino com a queda nos preços dos alugueres, como asseverou Lehwing em 1997<sup>61</sup>

Com o retorno de inúmeros imóveis ao mercado de locações, que antes da Lei n.º 8.245/91 eram mantidos fechados devido à incerteza de retomada da unidade, os locatários foram beneficiados, já que a oferta de imóveis para locação aumentou consideravelmente e, por via de consequência, vem ocorrendo uma redução dos valores do aluguéis pedidos pelos proprietários.

A flexibilização da legislação foi tão exitosa que foi promulgada recentemente a Lei n.º 12.112/2009 trazendo novas alterações, como, por exemplo, tornando exíguo o prazo de despejo do inquilino inadimplente. Devido à esta facilidade, pode-se afrouxar nas exigências de garantia. É a atividade normativa buscando a alternativa mais eficiente ao fim que se pretende. Gico<sup>62</sup> diz

Assim, a abordagem juseconômica investiga as causas e as consequências das regras jurídicas e de suas organizações na tentativa de prever com cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alterarão seu comportamento caso essa regra seja alterada.

Assim, vemos que às vezes a intervenção do Estado nos negócios entre particulares é benéfica, corrige distorções, traz segurança jurídica e propicia a expansão da atividade econômica. O modelo protetivo, paternalista não é mais adequado. Nas vezes que se baixou um legislação excessivamente protetiva do inquilino ela veio em seu próprio prejuízo. Hoje a legislação é mais justa com ambas

---

<sup>60</sup> BUSHATSKY, Jaques. *Reflexões sobre a Impenhorabilidade de Imóvel Residencial*. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. v. 18, n. 122, março, 1994, pág. 13.

<sup>61</sup> LEHWING, Maria Lúcia Moraes. *Lei do inquilinato faz cinco anos*. Revista Fundação Getúlio Vargas. v. 51, n.1, janeiro de 1997, pág. 40.

<sup>62</sup> GICO JÚNIOR, Ivo. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. Departamento de Direito da Universidade Católica de Brasília, 2009. Pág. 16.

as partes, é um exemplo de eficácia. Foi elaborada sob os postulados da AED, ou seja, pensando nas conseqüências, visando resultados.

## CONCLUSÃO

À guisa de conclusão convém relembrar nosso objetivo: 1) Buscar esmiuçar como se dá a intervenção do Estado na economia, adentrando no estudo da desregulação, da privatização, sob a influência do neoliberalismo. 2) Discorrer sobre a produção normativa e a atuação judicial e sua eficácia face à análise econômica do direito. 3) Por fim aprofundar no estudo de casos, examinando detidamente a questão da flexibilização do Direito do Trabalho e a proteção do inquilino, novamente se socorrendo da análise econômica do direito.

Parece incontroverso que nosso sistema é mesmo fundado na iniciativa privada e na livre concorrência, tendo o Estado nos últimos anos afastando-se ainda mais da atividade econômica em sentido estrito, inclusive mudando conceitos sobre quais seriam aquelas atividades definidas como serviço público. A privatização é uma realidade. A discussão agora é quanto à desregulação, onde é larga a margem de atuação estatal, sendo difícil aferir até que ponto ela é saudável. Os próprios defensores da livre iniciativa não estão concordes, ora defende maior desregulação, ora defendem que ela é excessiva.

Um ponto que ficou incontroverso é quanto à necessidade de atuação estatal para coibir os abusos, o efeito exercício do poder de polícia para garantir a concorrência e a defesa do consumidor. O afastamento do Estado da atividade econômica em sentido estrito e o enxugamento da máquina pública não significa um Estado fraco, ao contrário, sua atuação há que ser pronta e eficaz. Isso vai além, por exemplo, da independente e diligente atuação das agências reguladoras.

Com efeito, a preocupação começa já com a produção legislativa. É importante realista, pragmática, voltada para resultados concretos, críveis. Fica a lição da importância da Análise Econômica do Direito tanto na promulgação de leis

quando na sua interpretação e aplicação. As leis podem ser eficientes como no caso da Lei do Inquilinato quando atinge os objetivos a que se propõe. De outra banda a instituição do bem de família ao que parece não trouxe os benefícios esperados, ao contrário, veio em prejuízo dos próprios tomadores de recursos.

A flexibilização do Direito do Trabalho é tema dos mais complexos e os resultados da desregulação ou flexibilização são duvidosos. A desindexação salarial, como tudo mais na economia, quebrou um paradigma e hoje os trabalhadores buscam não “reajustes” mais ganhos reais de salários, não de forma artificial, geral e linear, mas setor a setor, empresa a empresa, tudo conforme as condições dos envolvidos nas negociações e obedecidos critérios de produtividade.

Através da análise econômica do direito podemos nos afastar da questão ideológica que permeia a matéria, ficando livres para fazer uma análise mais desinteressada e racional, buscando entender o que realmente é eficaz, as causas, os efeitos. Os recursos são sempre escassos, e as necessidades ilimitadas, assim é ilusório fazer “justiça” concedendo direitos na letra da lei, sem respaldo na realidade dos fatos. Melhor é se cercar de um ordenamento jurídico que seja eficaz no sentido de induzir o particular a produzir riqueza e que essa riqueza efetive os direitos fundamentais.

Vimos que a tão apregoada culpa do risco de inadimplência a justificar o elevado *spread* bancário não procede, estando a raiz do problema no elevado endividamento público, sendo ineficaz qualquer medida, por mais bem intencionada que seja, que não atue na causa. Não adianta responsabilizar as instituições financeiras e cercar-lhes os supostos lucros abusivos, por exemplo. No Direito do Trabalho a situação não é diferente, não falta nem há excesso de regulação. Vimos, também, que o propalado custo indireto dos salários seria causa do desemprego ou da baixa remuneração, o que não se confirmou. Novamente nos deparamos com problemas macroeconômicos que não se revolvem pela via legiferante, nem pela atuação judicial. Não se faz crescimento econômico, nem justiça social, via decisão judicial.

Deduz-se ao final que estamos no caminho certo. O Estado está menos perdulário, mais eficiente, mais fiscalizador. A legislação e a atuação judicial caminham no sentido de resguardar a segurança jurídica e melhorar a celeridade da prestação jurisdicional. O grande mal está basicamente no déficit público, questão interna ao próprio Estado e não à sua atuação frente aos agentes econômicos.

## BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Luís Antonio de. *Evolução das Leis do Inquilinato (Anterior à Lei n.6.649, de 16-5-79)*. Revista de Informação Legislativa, c. 16, n. 62, abr./jun. 1979.
- BARROS, Raimundo Gomes de. *Intervenção no Domínio Econômico e a Constituição de 1988*. Repertório de Jurisprudência – 1ª quinzena de junho de 1992 – nº 11/92.
- BELTRAN, Ari Possidonio. *Direito do Trabalho e Economia na atualidade*. Revista do Advogado, v. 26, n.86, jul. 2006.
- BERGER, Cristine. *A flexibilização do Direito do Trabalho como meio de retrocesso social*. In: Justiça do Trabalho, v. 25, n.299, novembro de 2008.
- BERTONHA, João Fábio. Modelos para o Brasil. Chile? Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/071/71bertonha.htm> acessado em 29/7/210.
- BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). *Economia para o Direito*. Editora Manole. Barueri, 2006.
- BOARATI, Vanessa. *Economia para o Direito*. Editora Manole, Barueri, 2006.
- BRITO, Rider Nogueira de. *Estabilização econômica e dissídio coletivo*. In: Genesis: Revista de Direito do Trabalho, v.9, n. 54, págs. 765-771, jun. 1997.
- BUSHATSKY, Jaques. *Reflexões sobre a Impenhorabilidade de Imóvel Residencial*. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. V. 18, n. 122, março, 1994.
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito Econômico e Direito Administrativo – O Estado e o Poder Econômico*. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2006.
- COELHO, Cristiane de Oliveira. *O fetiche por objetividade como explicação para o êxito da “Análise Econômica do Direito”*. Notícia do direito brasileiro: nova série, n.14, 2007.
- COSTA, Dilvanir José da. *Principais Efeitos da Nova lei do Inquilinato (Lei. 8.245/91, DOU 21.10.91 – Vigência a partir de 20.12.91 – art. 89)*. Revista dos Tribunais, São Paulo, V. 81, n. 677, março de 1992.

- COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *O Direito do Trabalho Flexibilizado por FHC e Lula*. Editora LTr, São Paulo, 2009.
- GICO JÚNIOR, Ivo. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. Departamento de Direito da Universidade Católica de Brasília, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Malheiros São Paulo, 2004. 9ª Edição.
- KLEIN, Vinícius. *Apontamentos sobre a análise econômica do Direito*. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, n.32, dez. 2006.
- LEHWING, Maria Lúcia Moraes. *Lei do inquilinato faz cinco anos*. Revista Fundação Getúlio Vargas. v. 51, n.1, janeiro de 1997.
- MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e Direitos do Credor*. Editora Juruá, Curitiba, 2009.
- MARTINS, Ives Gandra. *A constitucionalização do déficit público*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1930>. Acessado em 29/7/2010.
- MONTEIRO, Juliano Ralo. *PEC da felicidade positivará direito da CF*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-mai-29/pec-felicidade-positivacao-direito-reconhecido-resto-mundo> acessado em 04/07/210.
- MONTORO FILHO, André Franco. *Direito e Economia*. Editora Saraiva, São Paulo, 2008.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Flexibilização do direito do trabalho*. Org. Tribunal Superior do Trabalho, 2ª edição. IOB Thomson, São Paulo, 2004. Pág. 16.
- PINTO, Almir Pazzianotto. *Planos Econômicos e Diferenças Salariais nos Dissídios Coletivos*. In: I Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho, São Paulo: IBCB, 1995.
- Revista Consultor Jurídico. *Agravo em ação trabalhista exigirá depósito de 50%*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-jun-17/projeto-preve-deposito-50-ajuizar-agravo-aco-es-trabalhistas>. Acesso em 5/7/2010.

- ROSA, Alexandre Morais e LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Editora Lumen Junis, Rio de Janeiro, 2009.
- SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil*. Quartier Latin. São Paulo, 2007.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2003.
- SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. *A Morosidade no Poder Judiciário e seus Reflexos Econômicos*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2007.
- SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações – Uma investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das nações*. Editora Madras. São Paulo, 2009.
- SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Flexibilização do direito do trabalho*. Org. Tribunal Superior do Trabalho, 2ª edição. IOB Thomson, São Paulo, 2004.
- TAMER, Sérgio. *O retrocesso Chávez e seus efeitos na economia brasileira*. Revista Jurídica Consulex – anão XI – n.º 242 -15 de fevereiro de 2007.
- Tribunal Superior do Trabalho. Disponível na intranet: <http://www.tst.jus.br/Sseest/JT/DC/dc.html>. acessado em 25/5/2010.
- TRUBEK, David M. *Max Weber sobre Direito e Ascensão do Capitalismo (1972)*. Revista Direito GV, v.3 n. 11, jan-jun 2007.
- ZANGRANDO. Carlos Henrique da Silva. *Análise Econômica do Direito e o Direito do Trabalho*. In: Revista do direito trabalhista, v. 15, n.9, setembro de 2009.