

**A PRECARIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA
DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**
*THE PRECARISATION OF SOCIAL RIGHTS IN BRAZIL UNDER THE PERSPECTIVE OF
THE ECONOMIC ANALYSIS OF THE LAW*

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC; Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Professora Permanente do Programa de Mestrado da Universidade Paranaense. Professora Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR. Advogada, São Paulo (Brasil).

E-mail: jussara@bflaw.adv.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4193332125844267>.

Thiago Caversan Antunes

Doutorando em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR; Mestre em Direito Negocial: Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Professor do Curso de Direito da Universidade Norte do Paraná - UNOPAR. Advogado, São Paulo (Brasil).

E-mail: thcantunes@uol.com.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2820117674849641>.

Submissão: 10.07.2018.

Aprovação: 02.08.2018.

RESUMO

O estudo tem por objeto examinar o cenário contemporâneo de precarização de direitos sociais no Brasil, sob a perspectiva da análise econômica do direito. Para tanto, inicia-se com uma descrição sumária das principais características do método de análise econômica do direito, aborda-se o cenário atual de concorrência globalizada dos mercados, focando a tendência de precarização legislativa e judicial de direitos sociais, com relação à recente reforma relativa aos direitos trabalhistas promovida pela Lei 13.467/2017. Apresenta-se, ainda, uma verificação do caso brasileiro de precarização de direitos sociais como consequência de uma conjuntura que faz que o país não tenha, atualmente, condições de concorrer em nível internacional com os elementos de estabilidade, previsibilidade de condutas e efetividade jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE: Precarização. Direitos Sociais. Análise Econômica.

ABSTRACT

The study aims to examine the contemporary scenario of precarious social rights in Brazil, from the perspective of economic analysis of the law. To do so, it begins with a brief description of the main features of the method of economic analysis of the law, addressing the current scenario of globalized market competition, focusing on the trend of legislative and judicial precariousness of social rights, in relation to the recent reform concerning labor rights promoted by Law 13467/2. It also presents a verification of the Brazilian case of precarious social rights as a consequence of a situation that makes the country currently not able to compete at the international level with the elements of stability, predictability of conduct and jurisdictional effectiveness.

KEYWORDS: *Precariousness. Social rights. Economic analysis.*

1 INTRODUÇÃO

O estudo que ora se apresenta propõe uma reflexão sobre o atual cenário de precarização de direitos sociais, no Brasil, sob a perspectiva da análise econômica do Direito.

De início, trata-se da análise econômica do Direito como método científico investigativo do ordenamento jurídico, comprometido com a aferição da distribuição de custos e efeitos, promovida pelas normas jurídicas positivadas, e com a reflexão sobre a norma jurídica desejável em cada contexto, quando identificados os valores que se pretende promover.

Em seguida, dedica-se ao estudo da concorrência globalizada, que, de certa forma, tira dos mercados locais a possibilidade concreta de se estabelecer as diretrizes econômicas, em um sentido macro, o que tem como consequência o fato de que as legislações de diversos países serem fortemente influenciadas pelo poder econômico transnacional.

Nesta altura, distingue-se duas grandes searas de possível concorrência, uma baseada na estabilidade das instituições, na previsibilidade de condutas e na eficácia de aplicação de sanções, entre os países que conseguem garantir tais elementos; e outra baseada na escalada de *dumping* social, entre os países que falham naquela primeira tarefa.

Por derradeiro, analisa-se o atual contexto de precarização de direitos sociais, no Brasil, por meio de breves menções a recentes alterações na legislação trabalhista, principalmente, sob a perspectiva da análise econômica do Direito, neste cenário de concorrência globalizada.

2 O MÉTODO DE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Segundo o método da Análise Econômica do Direito - AED, as normas jurídicas, ao estabelecerem direitos subjetivos e correspondentes deveres jurídicos, que são, em tese, garantidos por um aparato coativo, impõem custos e proporcionam resultados, que precisam ser levados em conta em um exercício de aferição de eficiência do ordenamento.

A influência do fator econômico nas relações jurídicas, em geral, e no processo de positivação, em particular, já era percebido por Weber, segundo o qual

Obviamente, qualquer garantia jurídica é amplamente direcionada a serviço dos interesses econômicos. Mesmo onde parece não ser, ou realmente não é, o caso, os interesses econômicos estão entre os mais fortes fatores que influenciam a criação do direito (2011, p. 50 e 51).¹

Segundo Mackaay e Rousseau,

Toda a análise econômica do direito está fundada na premissa de que as normas jurídicas devem ser julgadas à luz das estruturas de estímulos que estabelecem e das conseqüentes mudanças comportamentais adotadas pelos interessados em resposta aos estímulos (2004, p. 666).

Isto não significa, contudo, que a análise econômica do fenômeno jurídico esteja comprometida com a justificação do ordenamento jurídico posto ou com a legitimação de estruturas de concentração de renda ou de simples reprodução do poder econômico. Muito ao contrário, aliás.

A este respeito, explicam Mackaay e Parent que:

Ao lado da questão de se saber se uma solução proposta a um determinado problema jurídico se encaixa bem com aquelas outras já reconhecidas pelo sistema jurídico através de suas regras positivadas e dos precedentes jurisprudenciais (ponto de vista interno), a análise econômica do direito questiona se a solução proposta tende a produzir os resultados socialmente desejáveis (ponto de vista externo) (2013, p. 3, tradução nossa).²

¹ O autor observa que “para que uma autoridade possa garantir uma ordem jurídica, dependerá (de certa forma) da ação consensual dos grupos sociais constitutivos; e a formação desses grupos sociais dependerá de constelações de interesses materiais” (2011, p. 51).

² Assim também Ribeiro e Galeski Junior, com menção a Carmem Lucia Silveira Ramos, afirmam que “[...] a função do Direito para os adeptos da Análise Econômica é distribuir bens e estabelecer critérios para essa distribuição, sempre com o intuito de conduzir ao maior índice de satisfação das necessidades sociais” (2015, p. 101).

Ferry fala da necessidade “[...] de se repensar a política como um instrumento a serviço do bem-estar dos membros da sociedade civil [...]” (2012, p. 129).

Martins, por sua vez, adverte que “[...] é importante e desejável que a Análise Econômica do Direito avance no Brasil. Todavia, não se pode delegar a ela a determinação dos objetivos perseguidos pelo Direito para a realização de justiça (social), uma vez que em seu conteúdo está, naturalmente, a promoção mais eficaz e efetiva de um objetivo já pré-determinado” (2017, p. 4).

A PRECARIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Os autores explicitam ainda:

A análise econômica do direito toma emprestadas à ciência econômica as ferramentas que permitem fazer uma ideia dos efeitos sociais das regras jurídicas. Ela permite encontrar, juntamente com a coerência das regras, a parte do raciocínio jurídico que são os seus efeitos sobre a sociedade. Ela também reforça o sopesamento da função social do direito, que é permitir aos cidadãos coordenar suas condutas de forma não violenta. A análise econômica do direito propõe uma abordagem consequencialista das regras jurídicas (MACKAAY e PARENT, 2013, p. 20, tradução nossa).³

Vale lembrar, conforme salientado por Ferreira, que, afinal, “os fins sociais, de fato, representam a busca maior e o norte principal do próprio Direito. Pode-se afirmar que não há direito que não vise ao alcance de fins sociais” (2005, p. 69).

Neste mesmo sentido, Ribeiro e Galeski Junior, com referências a Mercado Pacheco, lecionam que:

[...] a Análise Econômica do Direito é uma reformulação econômica do Direito que coloca no centro dos estudos jurídicos os problemas relativos à eficiência do Direito, o custo dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins e as consequências econômicas das intervenções jurídicas (2015, p. 82).⁴

Importante salientar que, segundo observado por Mackaay e Rousseau, o método de análise econômica do direito não tem como foco a realização de julgamentos morais.

Os autores asseveram que “esse tipo de análise é aplicável a todos os casos e pode contribuir com qualquer pesquisador, independentemente de sua posição a respeito das grandes questões sociais” (2004, p. 667).

Mesmo Dworkin observou que, no fundo,

[...] toda distribuição é consequência das leis e dos programas políticos oficiais: não há distribuição política neutra. Dada qualquer combinação de qualidades pessoais de talento, personalidade e sorte, o que a pessoa obterá em matéria de recursos e oportunidades dependerá das leis vigentes no lugar onde ela é governada. Por isso, toda distribuição deve ser justificada demonstrando-se de que modo a ação do governo respeita esses dois princípios fundamentais: a igual consideração pelo destino e o pleno respeito pela responsabilidade (2014, p. 5).

Neste mesmo sentido, Lara afirma que “a Análise Econômica do Direito tem como pressuposto a ideia de que o Direito é instrumento para conseguir fins sociais [...]” (2008, p. 10).

³ Ribeiro e Galeski Junior afirmam que “a ética que informa a Escola *Law and Economics* é aquela de natureza consequencialista, ou seja, baseada no realismo jurídico, na verificação e na pragmática jurídica” (2015, p. 105).

⁴ Os autores também afirmam, em síntese, que “[...] a Análise Econômica do Direito é essencialmente um movimento interdisciplinar, que traz para o sistema jurídico as influências da ciência social econômica, especialmente os elementos ‘valor’, ‘utilidade’ e ‘eficiência’” (RIBEIRO e GALESKI, 2015, p. 83).

A PRECARIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Em suma, as normas jurídicas, em geral, impõem determinados custos e distribuem certos efeitos, sendo que o método da análise econômica do direito não faz mais do que identificar tais custos⁵ e efeitos,⁶ o que pode e deve ser levado em conta, inclusive para que seja viável verificar a adequação e coerência social do arranjo normativo, permitindo a reflexão bem informada a respeito de qual seria a norma desejável em cada contexto particular.⁷

3 O CENÁRIO DA CONCORRÊNCIA GLOBALIZADA

A atual conjuntura econômica e política é cada vez mais marcada e determinada pela comunicação em tempo real, pelo trânsito de capitais e pela concorrência generalizada, em nível global.⁸

À luz da leitura de Abílio, com referências ao sociólogo Manuel Castells, verifica-se que:

A sociedade atual está construída em torno de fluxos: fluxos de capital, fluxos de informação, fluxos de tecnologia, fluxos de interação organizacional, fluxos de imagens, sons e símbolos. Os fluxos não são somente um elemento da organização social, mas são a expressão dos processos que dominam nossa vida econômica, política e simbólica (2007, p. 4)

Parece possível afirmar que, neste cenário, a garantia de condições adequadas de estabilidade jurídica, previsibilidade de condutas e efetividade jurisdicional nos casos de desvios ou desacordos ganha, também, importância diferenciada.

⁵ Coase, por exemplo, também salienta “o equívoco de não se considerar o custo que é imposto a outros indivíduos” (2008, p 34).

⁶ É válido atentar para a advertência de Lara no sentido de que “o uso da racionalidade individual como método não implica presunção de estímulo ao comportamento anti-social ou imoral, ou mesmo estímulo à concentração de riquezas. Pelo contrário, busca-se estabelecer pressupostos para uma estrutura ótima de racionalidade na exploração dos bens. Aliás, a concentração de riqueza deve ser criticada pela teoria do valor, porque a concentração provoca ineficiência, em função da utilidade marginal dos bens (2008, p. 15 e 16).

⁷ Mackaay e Rousseau, aliás, afirmam expressamente que, ao lado da análise dos efeitos das normas e de seu fundamento, no terceiro nível de reflexão normativa a tarefa do método de análise econômica do Direito é “[...] determinar qual seria a norma eficiente e compará-la à regra existente ou à considerada” (2004, p. 669).

Tabak, a seu turno, afirma: “Em geral, é possível utilizar a teoria econômica para analisar proposições legislativas e políticas públicas. Caso essas aumentem o bem-estar e promovam a eficiência, então deveriam ser adotadas pela sociedade. Ao analisar determinado projeto de lei, por exemplo, a questão, na ótica da AED, é se essa norma é mais eficiente do que a situação no *status quo*. Caso a norma seja eficiente, então ela deve ser introduzida, uma vez que é possível aumentar o bem-estar da sociedade” (2015, p. 325).

Coase, todavia, observa que “[...] o problema é delinear arranjos práticos que corrijam defeitos em uma parte do sistema sem, contudo, causar prejuízos mais sérios em outras” (2008, p. 28).

⁸ Campos e Canavezes sugerem a compreensão da dimensão econômica da globalização a partir de quatro grandes sub-dimensões: o comércio mundial de bens e serviços; o capital e mercado financeiro; a produção de bens e serviços; e o mercado de trabalho e emprego (2007, p. 23).

A PRECARIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Este não é, exatamente, um fato novo na perspectiva histórica.⁹ Conforme já observava Weber, ainda no início do século XX, “entre as condições para o desenvolvimento de uma economia de mercado, temos o cálculo do funcionamento do aparato coativo” (2011, p. 82).

Segundo o jurista e economista,

[...] para os interessados no mercado de bens, a racionalização e a sistematização do direito, em termos gerais, e a calculabilidade crescente do funcionamento do processo jurídico, constituíram uma das condições mais importantes para a existência de empresas econômicas estáveis, especialmente aquelas de tipo capitalista, que precisam da segurança jurídica (WEBER, 2011, p. 281).¹⁰

Ocorre, contudo, que com a instantaneidade de comunicação e com a consequente fluidez de trânsito de capitais, potencializadas pela universalização crescente do acesso à rede mundial de computadores,¹¹ a importância de tais elementos (estabilidade, previsibilidade, efetividade) e mesmo o sentido do termo “globalização” ganharam uma nova dimensão.

Consoante Ianni,

A fábrica global instala-se além de toda e qualquer fronteira, articulando capital, tecnologia, força de trabalho, divisão de trabalho social e outras forças produtivas. Acompanhada pela publicidade, a mídia impressa e eletrônica, a indústria cultural, misturadas em jornais, revistas, livros, programas de rádio, emissões de televisão, videoclipes, fax, redes de computadores e outros meios de comunicação, informação e fabulação, dissolve fronteiras, agiliza os mercados, generaliza o consumismo. Provoca a desterritorialização e reterritorialização das coisas, gentes, e ideias (2002, p. 19).

Não é difícil antever que, em tais circunstâncias, instala-se, também, um contexto de concorrência global entre os mercados de trabalho e, em última análise, entre os próprios trabalhadores.

⁹ Sen, ao tratar da globalização, alerta para os riscos de se confundir o termo com a ideia de “ocidentalização”, e refere sucessivas ondas de expansão global da ciência e da tecnologia, desde o ano 1000 d.C. (2001, p. 2 e 12).

¹⁰ O anseio por segurança, aliás, é inerente ao ser humano, antes mesmo de uma demanda puramente capitalista. O antropólogo Firth observa que a “uma noção diferente de estrutura social enfatiza não tanto as relações reais entre pessoas ou grupos, mas as relações esperadas ou mesmo as relações ideais. De acordo com este ponto de vista, o que realmente dá à sociedade sua forma e permite a seus membros exercerem suas atividades são as expectativas ou mesmo as crenças idealizadas do que está feito, ou do que deverá ser feito pelos outros membros. Não há dúvida de que, para uma sociedade funcionar efetivamente e ter o que podemos chamar uma ‘estrutura coerente’, seus membros devem ter uma ideia do que esperar. Sem padrões de expectativas e um esquema de ideias a respeito do que pensamos sobre o que devem fazer as outras pessoas, não seríamos capazes de ordenar nossas vidas” (FIRTH, 1984, p. 36).

¹¹ Para Campos e Canavezes, “a existência de sistemas de comunicação em tempo real e de redes de transportes à escala mundial constitui um sistema de infra-estrutura indispensável à acelerada intensificação que as trocas comerciais internacionais vêm conhecendo” (2007, p. 24).

A PRECARIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Souza, afirma categoricamente que a “[...] lógica abstrata e geral do capitalismo, que se expande para todo o globo, implica uma luta de classes global [...]” (2015, p. 163).

Nesse contexto, em que pese o fato de os estados nacionais continuarem formalmente detentores de soberania, é compreensível que as reais possibilidades políticas internas são sensivelmente influenciadas pela conjuntura internacional.

Ferry, sugere que:

[...] aí está o problema político número um que enfrentamos hoje: como encontrar campo de ação e real eficácia numa democracia de opinião hipercrítica estando presos à globalização que nos obriga a incessantemente restringir o orçamento? No âmbito da globalização, de fato, as alavancas da política nacional não movimentam mais grandes coisas – uma verdade que todos os políticos reconhecem. O problema é que não se quer admitir isso e nem o povo, de forma alguma, quer ouvir falar (2012, p. 147).¹²

Mariotto, por outro lado, aponta que “[...] a tendência atual à globalização dos mercados não diminui a importância da nação como promotora de vantagem competitiva” (1991, p. 46).¹³

Esta é uma afirmação importante, para não sucumbir a um discurso fatalista segundo o qual, supostamente, não há o que fazer – este, sim, aparentemente, seria uma forma de legitimação da realidade constatada.

Neste sentido, Campos e Canavezes ponderam que:

Vale a pena sublinhar os perigos contidos na ideia de que a Globalização constitui um processo inevitável. Esta ideia acaba por constituir uma indevida legitimação para a desresponsabilização política, quer ao nível dos Estados-Nação e das políticas que desenvolvem, quer mesmo ao nível dos actores sociais individuais ou colectivos.

Ao nível dos Estados-Nação e dos seus responsáveis políticos, a ideia da Globalização como dinâmica inevitável funciona como legitimação para uma atitude de desresponsabilização face a eventuais consequências negativas do processo de Globalização em curso. Ou seja: por um lado,

¹² Analisando também as contingências da política em nível nacional, Dias e Machado asseveram que “a dominação e captura desse sistema capitalista, nos dias atuais, baseado no fluxo de capitais financeiros, considerando a moeda como mercadoria e não como condição de produção, tem alcançado proporções alarmantes, anulando a arte de governar, como a atuação do Estado em prol do bem comum, de todos, propiciando um acesso mais democrático aos bens e recursos, trabalhando com o objetivo de capacitar e possibilitar a todos cidadãos o acesso aos benefícios trazidos pelo progresso social, material, tecnológico etc., enfim arbitrando com justiça o conflito redistributivo” (2016, p. 112).

¹³ Assim também, Didone afirma que, “apesar de tudo, acreditamos que, a longo prazo, os resultados do processo de globalização possam produzir bons frutos e o Estado Nacional continue a caracterizar a real identidade de um país” (1999, p. 22).

Neste mesmo sentido, Mariano pondera que “os Estados, em vez de desaparecer, adquirem uma nova lógica de operação, onde seu poder é limitado frente à expansão das forças transnacionais que reduzem a capacidade dos governos de controlarem os contatos entre as sociedades, e que impulsionam essas relações transfronteiriças” (2007, p. 125).

Segundo Souza, aliás, “da Alemanha, passando por Coreia e Japão e, hoje, o exemplo do caso chinês, apontam para desenvolvimentos onde a forte presença do Estado foi precisamente quem garantiu formas mais autônomas e independentes de desenvolvimento capitalista” (2015, p. 119).

A PRECARIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

legítima a implementação de políticas favoráveis aos interesses do seu livre curso (políticas que frequentemente apresentam contornos impopulares); por outro lado, legítima a não implementação de políticas que constituam uma resposta adequada às contingências que a Globalização representa, no sentido de salvaguardar os interesses das populações. Em ambos os casos, o argumento (implícito ou explícito) reside na inevitabilidade do processo de Globalização em curso (2007, p. 11).

A grande questão, portanto, está em se saber ao certo os mecanismos que os países podem adotar, para melhorar suas condições de concorrência no contexto contemporâneo da globalização.

Desta forma, neste cenário de concorrência globalizada, é necessário levar em conta que:

O sistema jurídico deve promover a redução dos custos de transação, vale dizer, deve facilitar a contratação entre os agentes econômicos, proporcionando adequado grau de segurança e previsibilidade, o que acaba por reduzir o risco suportado pelas partes que se relacionam economicamente (RIBEIRO e GALESKI JUNIOR, 2015, p. 94).

Dito de outra forma, resulta claro que “[...] a dinâmica das relações econômicas aumenta à medida que há aumento no grau de segurança e previsibilidade proporcionado pelo sistema jurídico” (RIBEIRO e GALESKI JUNIOR, 2015, p. 93).¹⁴

De outro lado, também não se pode olvidar que “[...] a fluência das relações mercadológicas não poderia subsistir sem o direito positivo, o direito posto pelo Estado, mas que surge também para disciplinar o mercado e domesticar os determinismos econômicos” (DIAS e MACHADO, 2016, p. 103).

Em síntese, a previsibilidade outorgada por um ordenamento jurídico estável, cuja vigência é garantida por uma jurisprudência igualmente previsível e estável, no contexto de um Poder Judiciário a um só tempo eficiente e eficaz na aplicação das sanções cominadas contra o descumprimento de normas e contratos, é um ativo de suma importância quando se leva em conta o cenário de concorrência globalizada e de trânsito internacional de capital financeiro.

Entre os países que, por um ou outro motivo, falham na promoção desse quadro de previsibilidade e efetividade, a inserção no quadro de concorrência global depende, em geral,

¹⁴ Adiante, Ribeiro e Galeski Junior ainda reforçam que “a confiança no contrato e na possibilidade de se o fazer cumprir gera ganho de eficiência na medida em que dá dinamicidade à economia” (2015, p. 148).

A PRECARIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

da promoção de *dumping* social – principalmente quando se leva em conta a atuação de economias asiáticas, em geral, e notadamente da China, em particular.¹⁵

4 O CASO BRASILEIRO DE PRECARIZAÇÃO DE DIREITOS

A análise do caso brasileiro deve partir, aparentemente, de um resgate de princípios fundamentais, consagrados no texto constitucional vigente desde 1988.

A Constituição Federal estabelece, já no artigo 1º, como fundamentos da República, a soberania e o pluralismo político; mas também a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

O artigo 3º do texto constitucional, por sua vez, estabelece como objetivos fundamentais da República construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Adiante, o artigo 170, da Constituição Federal, determina que a ordem econômica se encontra fundada, a um só tempo, na valorização do trabalho humano¹⁶ e na livre iniciativa, e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Resta claro, assim, que, não obstante a clara e insofismável adoção do sistema capitalista, a Constituição Federal também abraça uma flagrante orientação de promoção do bem-estar social.¹⁷

Na leitura de Oliveira,

¹⁵ A este respeito, a importante observação de Campos e Canavezes de que “os efeitos da Globalização no emprego não são lineares, dependendo das características próprias de cada país, variando em função dos diferentes sectores de atividade económica, e variando ainda em função das políticas económicas e das políticas relativas ao mercado de trabalho seguidas por cada país” (2007, p. 56). Especificamente em relação à ideia de *dumping social*, os autores afirmam que significa “as sociedades ocidentais começaram a nivelar por baixo quer os salários quer os regimes de proteção social; [e] as sociedades periféricas competirem entre si no sentido de oferecerem condições mais favoráveis ao investimento estrangeiro incluindo custos salariais mais baixos” (CAMPOS e CANAVEZES, 2007, p. 57).

¹⁶ Grau observa que, “no quadro da Constituição de 1988, de toda sorte, da interação entre esses dois princípios e os demais por ela contemplados – particularmente o que define como fim da ordem econômica (mundo do ser) *assegurar a todos existência digna* – resulta que *valorizar o trabalho humano* e tomar como fundamental o *valor social do trabalho* importa em conferir ao trabalho e seus agentes (os trabalhadores) tratamento peculiar. Esse tratamento, em uma sociedade capitalista moderna, peculiariza-se na medida em que o trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional. Titulares de capital e de trabalho são movidos por interesses distintos, ainda que se o negue ou se pretenda enuncia-los como convergentes. Daí porque o capitalismo moderno, renovado, pretende a conciliação e a composição entre ambos” (2010, p. 200).

¹⁷ Atento a essa aparente dicotomia, Grau leciona que “a ordem econômica na Constituição de 1988 [...] não é contraditória: compõe um sistema dotado de coerência” (2010, p. 341).

A PRECARIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Constituição da República, apesar de resguardar a livre iniciativa, portanto (assegurando, assim, a manutenção do Capitalismo, no sentido que permite que as empresas possam obter lucro em seus negócios), impõe limites, estes trazidos na própria Constituição, os quais asseguram que a empresa pode trabalhar livremente, desde que não prejudique a dignidade da pessoa humana, o primado do trabalho, o ambiente, o direito do consumidor, entre outros. Portanto, tais limitações funcionam como parâmetros à livre iniciativa, não permitindo que esta prejudique princípios e valores estabelecidos na ordem jurídica brasileira, em especial, na Constituição da República de 1988 (OLIVEIRA, 2011, p. 6).

De toda sorte, não se pode olvidar que as possibilidades de efetivação das previsões normativas brasileiras fundamentais são consideravelmente influenciadas (talvez, mesmo, limitada ou determinada) pelo contexto internacional globalizado, conforme explanado no tópico anterior.

Neste ponto, mostra-se útil ao desenvolvimento o raciocínio que se vem desenhando um breve levantamento da situação geral do Brasil, no cenário atual.

Em primeiro lugar, é de se destacar que o Brasil, historicamente, tem sido caracterizado e reconhecido, inclusive no plano internacional, pela volatilidade do ambiente macroeconômico, o que tem consequências notáveis nos indicadores sociais (NERI, 2006, p. 3).

A propósito, segundo Neri, quando ocorre, a redução da volatilidade do ambiente institucional pelo respeito aos contratos e pela manutenção das regras básicas de funcionamento da economia impacta diretamente o bem-estar social (2006, p. 27).

Lamenta-se o fato de o Brasil ainda não ter alcançado um patamar elevado de estabilidade política e econômica, o que afeta, em específico, a previsibilidade desejada como elemento promotor de um ambiente negocialmente favorável.

Além do mais, quando verificado o desrespeito a um contrato ou a ameaça ou ofensa a um determinado direito subjetivo, verifica-se uma atuação morosa e errática do Poder Judiciário, que contribui para alimentar o sentimento de insegurança extremamente nefasto à atração de investimentos e, assim, à concorrência de alto nível.¹⁸

Não é por outro motivo que a razoável duração do processo figura como garantia fundamental, assegurada no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, e como norma fundamental consagrada no artigo 4º, do Código de Processo Civil, que também determina no artigo 926 o dever de os tribunais uniformizarem sua jurisprudência e mantê-la estável,

¹⁸ Castelar afirma que “[...] há ampla evidência de que o bom funcionamento do sistema judicial promove o crescimento econômico” (2009, p. 118).

A PRECARIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

íntegra e coerente – previsões ainda por serem efetivadas em patamares minimamente razoáveis.

Em suas conclusões de estudo realizado especificamente sobre as relações entre o Poder Judiciário e a Economia, Castelar sugere que:

A parcialidade, pelo fato de afetar o sentido de justiça em si, e a imprevisibilidade, porque impacta o incentivo de se procurar por justiça, são provavelmente os piores problemas. A morosidade também tem consequências sérias, tanto por estimular os agentes a se comportarem de forma oportunista, iniciando processos que têm poucas chances de ganhar, como por se injusta com a parte que teve seus direitos feridos.

O outro conjunto de fatores inclui a complexidade da economia, a disponibilidade e a qualidade dos mecanismos que permitem aos agentes substituir o judiciário ou atenuar os problemas causados por seu mau funcionamento, e a existência de outros problemas que, sobrepondo-se à eficiência do judiciário, são suficientes, por si só, para limitar o investimento e reduzir a eficiência, como, por exemplo, um ambiente hiperinflacionário (2009, p. 115).¹⁹

Aliado a esse quadro de insegurança jurídica assinalada pela falta de previsibilidade, de estabilidade e de efetividade (e talvez exatamente por via de consequência dele), o cenário brasileiro é marcado por uma ênfase histórica no setor primário – e por uma presença discreta no desenvolvimento de tecnologias e na produção de gêneros altamente especializados.

Apesar da evidente necessidade de agregar valor a um produto, não é essa a constatação verificada no Brasil, podendo ser visivelmente identificado no desempenho das exportações nacionais. Por exemplo, o minério de ferro, produto de baixo valor agregado, é uma matéria prima com poucos substitutos e que possui um grande destaque na pauta de exportações brasileiras, cerca de 10% do valor total exportado pelo Brasil. (ALMEIDA; SILVA e ANGELO, 2013, p. 154).

Os autores observam que, longe de ser um dado meramente econômico, tal quadro tem de concentração no mercado primário, de uma ou de outra forma, claros desdobramentos sociais:

A ordem da grandeza é de que um aumento de 1% na contribuição da agricultura no PIB dos países analisados levaria a uma queda de 0,78% e 0,12% nas medidas de suas rendas per capita e IDH, respectivamente. Já para as participações da indústria e serviços no PIB é esperado, respectivamente, que para cada 1% de aumento em suas participações no PIB leve a um aumento de 0,75% e 0,76 na renda per capita e uma melhoria de 0,22% e 0,30% no indicador de IDH (2013, p. 152).

¹⁹ O autor assevera, aliás, que “os resultados dessa pesquisa [...] indicam que a morosidade é o principal problema do judiciário no Brasil. Na média, uma ação que não seja resolvida por acordo leva 31 meses até uma decisão final na Justiça do Trabalho, 38 meses na Justiça Comum Estadual e 46 meses na Justiça Federal. A falta de imparcialidade e os altos custos, embora também sejam relevantes, foram classificados como problemas menores” (CASTELAR, 2009, p. 116).

A PRECARIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A ponderação inevitável é de que “[...] a busca de um desenvolvimento fundamentado no setor primário é incompatível com um desenvolvimento sustentável do ponto de vista de qualquer um dos três pilares da sustentabilidade: econômico, social e ambiental” (2013, p. 159).

Parece possível afirmar, para além da margem de dúvidas, que a recente reforma na regulamentação das relações de trabalho, promovida pela Lei 13.467/2017, está inserida no cenário de precarização de direitos que é fortemente influenciado pelos fatores até aqui explorados: insegurança jurídica e ênfase no mercado primário.

O argumento que moveu, em tese, a tramitação do projeto de reforma trabalhista foi a necessidade de modernizar as relações de trabalho no Brasil e de se outorgar, supostamente, autonomia ao trabalhador.

Contudo, é útil e esclarecedor fazer menção ao que já era afirmado por Weber:

O direito formal de um trabalhador de entrar em qualquer contrato com qualquer empregador não representa na prática ao desempregado a mínima liberdade na determinação de sua própria condição de trabalho e não garante a ele qualquer influência neste processo. Em vez disso, representa que a parte mais poderosa no mercado, ou seja, normalmente o empregador, tem a possibilidade de ajustar os termos para que possa oferecer o trabalho como “pegar ou largar”, e, mediante a necessidade econômica do trabalhador, impor seus termos sobre ele (2011, p. 178).²⁰

Atentos ao cenário brasileiro contemporâneo e com referência à doutrina de Alain Supiot salientam Dias e Machado:

[...] os direitos trabalhistas surgiram para tornar suportável, possível e duradoura a exploração do trabalho humano como um produto comercializável, daí porque se outorgou ao trabalhador proteções que garantam o tempo longo na vida de trabalho dele, face às exigências do tempo curto de mercado. Essas são construções feitas num Estado que é chamado de social, num sentido maior, que se aplicam de forma diferente de país para país. Mas esse contexto mudou dentro do que chamamos de globalização, que incentiva a concorrência entre trabalhadores do mundo todo, uns contra os outros, num contexto atual de destruição das fronteiras nacionais (2016, p. 104).

Grau afirma que o capitalismo brasileiro, que classifica de tardio, é marcado pelas desigualdades e contradições estruturais sobre as quais se sustenta (2010, p. 337) – sendo anotados indicativos de que a reforma promovida pela Lei 13.467/2017 aprofunda as desigualdades sociais e as contradições estruturais em questão.

²⁰ Também a este respeito, Dias e Machado fazem menção à “[...] intervenção autoritária externa do poder público, geralmente através do legislador, atuando mediante prescrições normativas formais (direitos trabalhistas), visando trazer uma liberdade substancial, em relações nas quais os contratantes não estão em pé de igualdade” (2016, p. 99).

A PRECARIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Esta é, inclusive, a conclusão de estudo específico promovido pelo Centro de Estudos Sindicais e Economia do Trabalho (CESIT) e pelo Instituto de Economia (IE) da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), que afirma, em síntese, que os efeitos da Lei 13.467/2017 “serão nefastos em diferentes aspectos” (GALVÃO, 2017, p. 67).²¹

O quadro desenhado, conquanto ajude a compreender o atual contexto de precarização de direitos no Brasil, não indica medidas a serem tomadas, com o fito de promover um ambiente favorável à concorrência de alto nível e à captação de investimentos em nível internacional, de forma a viabilizar uma retomada da implementação de direitos sociais, que se mostra urgente.

A este respeito, Mariotto leciona que,

O papel do governo deve ser o de estimular essas condições ambientais, que incluem a formação de recursos humanos, a infra-estrutura, o estímulo à concorrência e a informação e educação dos compradores. Aqui se constata com tristeza que o Brasil tem sofrido uma severa deterioração da sua infra-estrutura e demais condições determinantes de vantagens competitivas. Quanto ao governo, tem tido uma atuação errática e cada vez menos eficaz (1991, p. 46).

A atual conjuntura brasileira (que se repete em outros tantos países) faz lembrar, conforme bem sintetizado por Fiori, que “[...] não existe uma progressão linear nem uma convergência inevitável entre os seus vários tipos nacionais, ou mesmo entre os seus vários padrões de construção e organização do Estado de Bem-Estar Social” (1997, p. 10).

Como visto, há uma série de fatores que ajudam a compreender o fato de que o Brasil se encontra, atualmente, em um momento de precarização de direitos sociais, impelida, inclusive, por um contexto de insegurança jurídica e de ação de políticas públicas equivocadas, que precisa ser urgentemente contornado, sobretudo para que se retome a efetivação de importantes direitos sociais consagrados na ordem constitucional vigente.

CONCLUSÃO

Ao longo deste estudo, demonstrou-se que o método de análise econômica do direito está ligado à verificação da distribuição de custos e de efeitos positivos e negativos das regras

²¹ Dentre os itens de precarização promovidos pela Lei 13.467/2017, o estudo do CESIT/IE/UNICAMP menciona a desconstrução de direitos, a desestruturação o mercado de trabalho, a descentralização da definição das regras que regem a relação de emprego, a fragilização de instituições públicas, a ampliação da vulnerabilidade, a deterioração das condições de vida e de trabalho com impactos negativos sobre a saúde dos trabalhadores, e o comprometimento das finanças públicas e das fontes de financiamento da seguridade social (GALVÃO, 2017, p. 68).

A PRECARIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

jurídicas e a reflexão sobre a norma idealmente correspondente aos valores sociais eleitos, sem que isso implique necessariamente um julgamento moral do ordenamento positivado e das possíveis alternativas.

No contexto contemporâneo de globalização, as possibilidades de atuação dos estados nacionais, por meio de suas próprias legislações, encontram-se sensivelmente determinadas pelas circunstâncias transnacionais das mais diversas espécies.

Na conjuntura globalizada, é possível que a concorrência internacional ocorra em um cenário marcado pela previsibilidade, pela estabilidade jurídica e pela efetividade na aplicação de sanções e na correção de rumos nos episódios de desvios, configurando ambiente negocial favorável que, aliado a esforços dirigidos na área de desenvolvimento científico e tecnológico pode colocar em funcionamento um círculo virtuoso.

A impossibilidade de garantia de previsibilidade, estabilidade e efetividade, sujeita-se a concorrência a um outro nível, marcado pelo *dumping* social influenciado pela atuação agressiva das grandes economias estatais com forte atuação no mercado internacional.

O Brasil não tem tido o sucesso desejável em garantir os elementos caracterizadores de um ambiente negocial favorável que viabilize a concorrência em nível global em um contexto razoavelmente livre dos assédios pelo *dumping* social, o que ajuda a entender as premissas sobre as quais se baseia a atual conjuntura de precarização de direitos sociais, agravada pela recente reforma da legislação trabalhista.

A promoção de previsibilidade, de estabilidade e de efetividade decorre da necessidade de compreender os motivos da precarização dos direitos sociais, no cenário nacional, possibilitando a indicação das alternativas possíveis para retomada da proteção, por parte do ordenamento jurídico nacional em favor dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Maria Inês Ramos. *Globalização: características mais importantes*. 2007. Disponível em: <http://fsma.edu.br/visoes/ed03/3ed_artigo1.pdf>. Acesso em 17 dez. 2017.

ALMEIDA, Alexandre Nascimento de; SILVA, João Carlos Garzel Leodoro da; ANGELO, Humberto. *Importância dos Setores Primário, Secundário e Terciário para o Desenvolvimento Sustentável*. 2013. Disponível em: <<http://www.rbgdr.net/revista/index.php/rbgdr/article/viewFile/874/320>>. Acesso em 18 dez. 2017.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

A PRECARIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

CAMPOS, Luís; e CANAVEZES, Sara. *Introdução à Globalização*. 2007. Disponível em: <<https://dspace.uevora.pt/rdpc/bitstream/10174/2468/1/Introdu%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20Globaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 17 dez. 2017.

CASTELAR, Armando (org.). *Judiciário e Economia no Brasil, ebook*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009.

COASE, Ronald. *O Problema do Custo Social*. 2008. Disponível em: <<http://services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1035&context=laajls>>. Acesso em 5 dez. 2017.

DIAS, Jefferson Aparecido; e MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. *Capitalismo, Crises, Democracia e a Constituição Brasileira*. 2016. Disponível em: <www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/download/511/302>. Acesso em 17 dez. 2017.

DIDONE, André Rubens. *A Globalização, o Estado Nacional e a Soberania Brasileira*. 1999. Disponível em: <<http://repositorio.uscs.edu.br/bitstream/123456789/145/2/Globalizacao.pdf>>. Acesso em 17 dez. 2017.

DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco Espinho: justiça e valor*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Função Social e Função Ética da Empresa*. 2005. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-4.pdf>. Acesso em 13 dez. 2017.

FERRY, Luc. *O Anticonformista; uma autobiografia intelectual*. Rio de Janeiro: Difel, 2012.

FIORI, José Luís. *Estado de Bem-Estar Social: padrões e crises*. 1997. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/fioribemestarsocial.pdf>>. Acesso em 17 dez. 2017.

FIRTH, Raymond. *Organização Social e Estrutura Social*. In: CARDOSO, Fernando Henrique e IANNI, Octavio (org.). *Homem e Sociedade: leituras básicas de sociologia geral*. 14 ed. São Paulo: Nacional, 1984.

GALVÃO, Andréia (et. al., org.). *Contribuição Crítica à Reforma Trabalhista*. 2017. Disponível em: <<https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/Dossie14set2017.pdf>>. Acesso em 18 dez. 2017.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

IANNI, Octavio. *Teorias da Globalização*. Rio de Janeiro: Civilização, 2002.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *A Análise Econômica do Direito como Método e Disciplina*. 2008. Disponível em: <revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/download/2/2>. Acesso em 13 dez. 2017.

MACKAAY, Ejan; e ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 665 a 698.

A PRECARIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

_____ e PARENT, Alain. *L'Analyse Économique du Droit Comme Outil du Raisonement Juridique*. 2013. Disponível em:
<<https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/18309>>. Acesso em 20 nov. 2017.

MARIANO, Karina Pasquariello. *Globalização, Integração e o Estado*. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n71/04.pdf>>. Acesso em 17 dez. 2017.

MARIOTTO, Fábio L. *O Conceito de Competitividade da Empresa: uma análise crítica*. 1991. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901991000200004>. Acesso em 7 dez. 2017.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Análise Econômica do Direito é Instrumento de Justiça Social*. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-10/opiniao-analise-economica-direito-meio-justica-social>>. Acesso em 6 dez. 2017.

NERI, Marcelo. *Desigualdade, Estabilidade e Bem-Estar Social*. 2006. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/811/2168.pdf>>. Acesso em 18 dez. 2017.

OLIVEIRA, Dinara de Arruda. *A Intervenção do Estado na Ordem Econômica e a Constituição de 1988*. Conteúdo Jurídico. Brasília: 29 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.33127&seo=1>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; e GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*. 2 ed. São Paulo: RT, 2015.

SEN, Amartya. *Juicios sobre la Globalización*. 2001. Disponível em: <http://cmap.javeriana.edu.co/servlet/SBReadResourceServlet?rid=1219333998145_1506469714_113804>. Acesso em 17 dez. 2017.

SOUZA, Jessé. *A Tolice da Inteligência Brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: LeYa, 2015.

TABAK, Benjamin Miranda. *A Análise Econômica do Direito: proposições legislativas e políticas públicas*. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p321.pdf>. Acesso em 6 dez. 2017.

WEBER, Max. *O Direito na Economia e na Sociedade*. São Paulo: Ícone, 2011.