

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO
SUSTENTÁVEL I**

FABIANO TEODORO DE REZENDE LARA

GUSTAVO ASSED FERREIRA

SUSANA CAMARGO VIEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito, economia e desenvolvimento sustentável I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara;
coordenadores: Fabiano Teodoro de Rezende Lara, Gustavo Assed Ferreira, Susana Camargo Vieira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-119-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Economia. 3. Desenvolvimento sustentável. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL I

Apresentação

Este Grupo de Trabalho, que em 12 de novembro de 2015 reuniu pesquisadores de todo o país para discutir Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável, não poderia ter se reunido em ocasião mais simbólica. Uma semana antes, no dia 5 de novembro, acontecera a tragédia do rompimento da Barragem do Fundão, em Mariana, Minas Gerais, que resultou em perda de vidas humanas, de histórias de vida, de cultura, de meios de subsistência, lares, dentre outros bens. E afetou populações, economia e meio ambiente de, até agora, dois estados da federação, além de (segundo muitos) assassinar o Rio Doce, riquíssimo em biodiversidade e muito importante para a economia dos estados de Minas gerais e do Espírito Santo. E foi lembrando isso que iniciamos nossos trabalhos.

Estávamos também a pouco mais de um mês da data em que o mundo se reuniria novamente, em Paris, para discutir (e pode ser nossa última chance) como lidar com o problema das mudanças climáticas, cujos efeitos vêm sendo sentidos por todos, em todos os continentes. Nesse sentido, lembramos aos participantes que, no campo jurídico, Comitês Internacionais da International Law Association (importantes por reunirem estudiosos do direito e das relações internacionais de todos os continentes e vertentes político-jurídicas) vêm publicando obras e relatórios importantes sobre dano ambiental, desenvolvimento sustentável, responsabilidade social das empresas no contexto do desenvolvimento sustentável, e, mais recentemente, sobre a gestão e o uso de recursos naturais internacionais em/por Estados nacionais. Lembramos também de um projeto internacional (Earth System Governance) nascido em uma universidade (Universidade das Nações Unidas em Bonn) e que, hoje sob o guarda-chuva da Future Earth (que reúne as principais instituições nacionais e internacionais financiadoras de pesquisa sobre o assunto), vem discutindo experiências de governança, local e global, para prevenir/conviver/mitigar/adaptar planeta e sociedade na batalha contra os efeitos das mudanças climáticas. Há que sensibilizar para os problemas e engajar na busca de alternativas/soluções, jovens - cujo futuro está ameaçado... E isso exige uma mudança fundamental de mentalidade, para a qual o CONPEDI, com sua característica única de fazer conversar "todos os sotaques" dos diferentes estados e regiões brasileiros, está em posição de contribuir muito.

Foram 27 trabalhos selecionados em processo de avaliação cega, apresentados e discutidos em um clima de coleguismo e compartilhamento que não poderia ter sido mais agradável. Os

"sotaques" se ouviram, valorizaram, respeitaram e foram respeitados e valorizados. Foi certamente um longo dia, ao final do qual estávamos, todos (e ainda éramos muitos!), exaustos mas felizes. Saímos de lá, todos, com novas ideias e perspectivas. Convivemos com a diversidade, e dela aprendemos. Esperamos que este livro - resultado de tantos esforços - possa contribuir como se espera; que seja lido, replicado e as experiências multiplicadas. Agradecemos, a todos os que apresentaram trabalhos mas também a tantos que lá estiveram apenas para ouví-los, a presença, a atenção, o interesse. E esperamos vê-los em Brasília em seis meses!

O FIM DA ESCRAVIDÃO E O INÍCIO DOS CUSTOS DA TRANSAÇÃO END OF SLAVERY AND BEGINNING OF TRANSACTION COSTS.

Hilda Baião Ramirez Deleito

Resumo

A análise econômica do direito ainda é incipiente no Brasil, e ainda não foi aplicada aos direitos sociais. A ideia de que existe uma lógica econômica nos institutos jurídicos ainda enfrenta resistência, portanto ao se atualizarem as leis, nunca se adota uma abordagem consequencialista das medidas aprovadas. A aprovação da emenda constitucional n° 72 é um bom exemplo do descompasso entre as novas normas jurídicas e a reação previsível do mercado. A aprovação da proposta contou com amplo apoio dos juristas e da classe política, estes últimos ansiosos por associarem-se à aprovação de uma medida popular, que supostamente beneficiaria um setor profissional numeroso. A emenda foi apresentada como uma segunda abolição da escravidão, razão pela qual o título do presente artigo relaciona a abolição da escravidão aos custos da transação. Partiu-se de um postulado filosófico, de que todos os trabalhadores são iguais, para chegar à conclusão de que todos merecem iguais direitos, sem atentar para o fato de que os empregadores não possuem capacidade econômica idêntica às empresas. São utilizados dados estatísticos do IBGE e do DIEESE, para ilustrar a real situação dos domésticos antes e depois da medida. A partir desses dados, conclui-se que a medida não trouxe real melhoria de situação de trabalho à categoria, apenas para uma minoria de empregados qualificados, que não necessitam de tutela legislativa, pois já se distinguem por sua capacitação profissional. A massa dos empregados no setor vivia à margem da proteção legal, como diaristas ou contratados sem reconhecimento do vínculo empregatício, e portanto, não se beneficiaram da medida. O percentual desses trabalhadores tende a crescer, pois a autonomia é mutuamente benéfica para empregadores e patrões domésticos. O maior prejudicado é o Estado, que deixa de arrecadar tributos em razão da não formalização dos contratos. A conclusão consiste em tornar a informalidade mais cara e formalidade mais barata, reduzindo os ônus de contratação de modo a permitir a inserção de mais profissionais inclusive os menos qualificados no mercado formal.

Palavras-chave: Análise econômica do direito, Direitos trabalhistas, Emenda constitucional n. 72

Abstract/Resumen/Résumé

Economic approach to law has not received much attention in Brazil, and it has not been used to social rights. The thought that there is an economic reason beyond legal institutes never comes into consideration in the legislative process, and therefore, there is never any analysis of probable consequences of new laws. Constitutional amendment n. 72 is a good example of the lack of such analysis. Its approval was highly popular among law makers and

professionals. Legal philosophy was used to explain why all workers were equal and therefore deserved equal labour rights. It was a mistake, since domestic employers do not have the same economic means as companies. Statistic data is used to show the real market situation. Statistic data proves that no real improvement in working conditions was achieved. More qualified workers who do not need special protection actually got some financial gain, but informality is still frequent. Informality is a win-win situation, both for employers and workers. It proves to be harmful for Social Security, since it keeps tax collection low. Therefore, it is clear that less workers will enjoy full legal protection, and the majority will suffer the lack of any labour rights. Daily labours and informal mensal workers account for the majority of the work force and their numbers grow. The final conclusion is that informality should become more expensive and formality cheaper and more attractive, in order to bring more workers to enjoy legal protection.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Economic approach to law, Labour rights, Constitutional amendment n. 72

1 INTRODUÇÃO

A análise econômica é um imenso campo inexplorado no Brasil. Ao contrário dos Estados Unidos, onde se transformou em corrente majoritária e conta com vários juízes de cortes superiores entre seus adeptos (Stephen Breyer, Richard Posner, Guido Calabresi, Frank Easterbrook, Stephen Williams e Ralph Winter), aqui se preserva o isolamento cognitivo do direito. Conceitos como escassez de recursos e máxima eficiência não são incorporados na discussão ou na implementação das leis. Quando muito, discute-se academicamente a aplicação da análise econômica do direito aos contratos ou ao direito tributário, mas o assunto permanece tabu em outros ramos do direito, assim como nas tomadas de decisão dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Embora a questão da escassez de recursos tenha recebido atenção na análise dos custos dos direitos, há uma relutância em reduzir o comportamento humano a uma equação de custos e benefícios em que $B > C$. A relutância em aceitar uma lógica econômica se prende ao temor da comoditização, da transformação da vida humana em uma mercadoria como qualquer outra, cujo valor se reduz a dinheiro.

Na descrição de Ivo T. Gico Jr:

Quando falamos em direito, nossa pré-compreensão nos leva automaticamente a pensar em dinheiro, mercados, emprego, inflação, juros, etc. Assim, por exemplo, são consideradas questões econômicas perguntas do tipo: qual o efeito das taxas de juros sobre o nível de emprego... Por outro lado, não são consideradas econômicas perguntas do tipo: por que estupradores costumam atacar entre 5:00 e 8:30 da manhã ou à noite? Por que os quintais de locais comerciais são geralmente sujos, enquanto as fachadas normalmente são limpas? Por que está cada vez mais difícil convencer os Tribunais Superiores de que uma dada questão já foi pré-questionada?...Para a surpresa de alguns, essas perguntas são tão econômicas quanto as primeiras e muitas delas têm sido objeto de estudos por juseconomistas. Se pararmos para pensar, de uma forma ou de outra, cada uma dessas perguntas pressupõe decisões dos agentes. Se envolvem escolhas, então, são condutas passíveis de análise pelo método econômico, pois o objeto da moderna ciência econômica abrange toda forma de comportamento humano que requer tomada de decisão (RIBEIRO et alii, 2011, p. 18/19).

No presente artigo, pretende-se introduzir a análise econômica do direito aos direitos sociais, em particular os direitos recentemente reconhecidos aos domésticos, para repensá-los sob os critérios da eficiência e adequação aos fins almejados. Como salientou Igo T. Gico Jr, as nossas escolhas obedecem a critérios de racionalidade, e não há razão pela qual se deva excluir o Direito dessa racionalidade. Durante muito tempo, tratam-se os direitos sociais com

uma ingenuidade bem intencionada, uma lógica teleológica em que se persegue o progresso social contínuo e ininterrupto. Essa ingenuidade no manejo da lei ajudou a construir uma desigualdade social intensa, a ponto de merecer o epíteto de Belíndia. Para que o Direito seja instrumento de mudança, e não de manutenção do *status quo* ou de aprofundamento da exclusão social, faz-se mister definir estratégias, prioridades sociais e meios para alcançá-los. Contrariamente ao senso comum, a resistência não parte de elites reacionárias, mas de uma idealização da pessoa humana (particularmente a do empregado) como incapaz de agir como maximizador do seu próprio benefício.

O título é uma provocação com a maneira como a mudança na lei foi festejada pelos meios de comunicação.

2 ORIGENS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Não há como se falar em Análise Econômica do Direito sem realizar uma pequena digressão pelo pragmatismo. Segundo MENDONÇA (2014, p. 30/31) o pragmatismo surgiu de um grupo de alunos de Cambridge que por volta de 1870 criou o “Clube Metafísico”. Entre seus integrantes encontravam-se Charles Pierce, filho de um famoso matemático de Harvard; William James, futuro psicólogo e Oliver Wendell Holmes, futuro juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos. O autor descreve o pragmatismo através de três conceitos: antifundacionismo, consequencialismo e contextualismo. Enquanto método filosófico, implica em abandonar posições teóricas fixas e preconceitos e assumir uma postura radicalmente crítica e experimental, bem como abrir-se a novas possibilidades através de estudos empíricos.

POSNER (2007, p. 321) atribui a Holmes a aplicação dos métodos do pragmatismo ao Direito e associação das doutrinas jurídicas às necessidades e circunstâncias sociais. Holmes teria demonstrado o absurdo de supor que as doutrinas jurídicas fossem conceitos formais imutáveis

Segundo GALDINO (2005, p. 240), o ponto de partida para o desenvolvimento do pensar o direito em termos econômicos foi o pensamento de Jeremy Bentham, o qual, mesmo para fins jurídicos, concebia os indivíduos economicamente, isto é, como maximizadores racionais de seus próprios interesses ou utilidades (o utilitarismo). O utilitarismo de Bentham foi trabalhado a “partir da agenda teórica do realismo jurídico norte-americano”.

No final dos anos 50, segundo MACKAAY (2015, p. 9), economistas americanos tentaram aplicar seus conceitos e métodos a questões até então consideradas fora de sua disciplina. Em 1957, Anthony Downs publicou uma teoria econômica da democracia e Gary Becker escreveu sobre a economia da discriminação.

Todos os doutrinadores concordam, entretanto, que o marco da teoria foi em 1958, com o surgimento da revista *Journal of Law and Economics* da Universidade de Chicago, que se tornará o veículo da AED. Antes da revista não se poderia falar em “movimento teórico” de Análise Econômica do Direito.

POSNER e MACKAAY destacam dois momentos da teoria, antes da década de 60, em que a análise econômica ficava restrita aos campos da regulação e das leis antitruste, e depois dos estudos de Guido Calabresi e Ronald Coase. O artigo de Coase sobre custo social, publicado em 1960 lhe valeu o Prêmio Nobel. Em 1968, Gary Becker escreveu sobre a

economia do crime e em 1971 sobre a economia do casamento. Outro marco foi a obra *Economic Analysis of Law*, de 1973 em que Richard Posner aplica a lógica econômica a todos os ramos do Direito. Becker reuniu suas observações no livro *Economic Approach to Human Behaviour*

3 COMPREENDER O DIREITO ATRAVÉS DA ECONOMIA

MACKAAY (2015, p. 1) inicia a introdução com uma provocação. Cita o político inglês De Lolme, do final do século XVIII que dizia que “o parlamento pode tudo, exceto transformar uma mulher em homem e vice-versa”. Com isso pretende descrever a arrogância legislativa – da qual temos excelentes exemplos no Brasil – pela qual basta a lei para criar a situação social desejável.

De fato, qualquer mudança na regra levará a uma adaptação do comportamento. Entender o Direito significa entender a lógica das mudanças de comportamento ditadas pela nova regra. Desde a década de 60, os juseconomistas perceberam que havia uma lógica econômica por trás dos contratos: institutos como o usufruto, a acessão ou a cláusula de reserva de domínio. A AED retoma a razão de ser das instituições jurídicas. Aproveita o instrumental do pragmatismo (antifundacionismo, consequencialismo e contextualismo) para compreender a origem dos institutos jurídicos e decidir qual o melhor curso de ação para chegar aos resultados desejados.

O principal expoente da escola de Chicago, Richard Posner resume assim a “versão mais ousada dessa ambiciosa empreitada”:

O pressuposto básico da economia que orienta a versão da análise econômica do direito que apresentarei aqui é o de que as pessoas são maximizadores racionais de suas satisfações – *todas* as pessoas (com exceção de crianças bem novas e das que sofrem de distúrbios mentais), em *todas* as suas atividades (exceto quando sob influência de transtornos psicóticos ou perturbações semelhantes que decorrem do abuso de álcool e drogas) que implicam uma escolha. Como essa definição abrange o criminoso que decide se vai cometer outro crime, o litigante que decide se vai entrar em acordo ou levar um caso a juízo, o legislador que decide se vai votar contra ou a favor de uma lei, o juiz que decide como dar seu voto num caso, o motorista que decide se deve ou não acelerar o seu carro, e o pedestre que decide com que grau de ousada vai atravessar uma rua, bem como os agentes econômicos habituais, como homens de negócio e consumidores, é evidente que a maior parte das atividades, quer as reguladas pelo sistema jurídico, quer as que ocorrem no seu interior, são úteis e proveitosas para o analista econômico. Deve ficar subentendido que **tanto as satisfações não monetárias quanto as monetárias entram no cálculo individual de maximização (de fato, para a maioria das pessoas o dinheiro é um meio e não um fim)**, e que as decisões para serem racionais não precisam ser pensadas no nível consciente – na verdade não precisamos ser de modo algum conscientes. Não nos esqueçamos de que “racional” denota adequação de meios a fins, e não meditação sobre as coisas, e que boa parte do nosso conhecimento é tácita. (POSNER, 2007, p473/474, grifos nossos).

A ideia de maximização do interesse individual parece concentrar o cerne das críticas à análise econômica, a julgar pelas inúmeras tentativas por parte dos autores consultados em defendê-la. O simples fato de se descrever o comportamento humano como uma racionalização destinada a maximizar o benefício individual e escolher a alocação mais eficiente de recursos escassos e não significa uma apologia do cinismo e do egocentrismo. O benefício não necessariamente está centrado na acumulação de capital. A análise pretende explicar as alocações preferenciais de recursos em situações de escassez. Segundo Becker, a que retornaremos mais adiante, o recurso mais escasso no Ocidente é o tempo, não o dinheiro. Além do mais, as escolhas não são sempre conscientes.

Um bom exemplo de racionalidade a nível inconsciente encontra-se na fórmula da negligência do juiz americano Billings Learned Hand, frequentemente citada por Posner. O magistrado observou que o dever de precaução dependia de três variáveis: a probabilidade do dano, a gravidade dos danos (caso ocorram) e o custo de evitar o acidente. A observação deu origem à fórmula da negligência expressa na equação $PL > B$, das iniciais das palavras inglesas PROBABILITY, LOSS e BURDEN, que significa que a precaução ocorre quando o custo estimado de um acidente e a sua probabilidade superam o ônus do cuidado. Essa matemática claramente ocorre a nível subconsciente, porque ninguém deseja causar um acidente, contudo é facilmente demonstrável no quotidiano. Pessoas dirigem mais devagar e com maior atenção em dias chuvosos e lugares mal iluminados.

BECKER (1992. P. 38/39) descreve que os indivíduos maximizam o seu bem estar tal como o concebem. O que será maximizado depende do caráter do indivíduo, se é mais ou menos egoísta ou altruísta, leal ou masoquista. A maximização do bem estar, portanto, não se confunde necessariamente com ganância, apetite pelo poder ou perversidade. Indivíduos simplesmente tentam prever as consequências de suas ações e se comportam de maneira consistente no tempo. A racionalidade porém sofre influência da renda, da época, eventos passados, memórias imperfeitas, oportunidades econômicas e capacidade individual. Becker escreve sobre a lógica até nas relações familiares, exemplificando com uma complexa equação que relaciona a generosidade nos legados dos pais para com os filhos com a expectativa de contar com o amparo destes na velhice. Posner assinala, com razão, o absurdo da compartimentalização da racionalidade, aceitar a lógica que informa a escolha de uma universidade ou de uma nova casa, ao mesmo tempo em que se nega a mesma lógica nas outras escolhas da vida.

A escassez de recursos tampouco se confunde com escassez de dinheiro. Becker sustenta que nos países desenvolvidos, o recurso mais escasso é o tempo. Segundo ele, a

oferta de bens e serviços aumentou, porém o tempo para usufruí-los, apesar de todos os progressos da medicina, ainda continua insuficiente.

POSNER (2009, p. 39) entende a análise econômica do direito como uma abordagem multidisciplinar da lei. No seu aspecto descritivo, identifica a lógica econômica nas instituições jurídicas e doutrinas. No seu aspecto normativo, orienta juízes e juristas sobre os métodos mais eficientes de regular a conduta humana. O trabalho do jurista-economista consiste em identificar a lógica econômica subjacente aos institutos jurídicos para sua melhor atualização. O direito exerce a função de facilitador das relações sociais, reduz a incerteza das transações para que elas possam ocorrer.

POSNER (2009, p. 39) utiliza o “teorema de Coase”, que exprime que quando os custos da transação são nulos, a intervenção do Direito é irrelevante em termos de eficiência. A eficiência também é alvo de críticas, por parte dos operadores do Direito, por supostamente transformar o Direito em vale-tudo.

POSNER defende-se e cita (1975, p. 773), a propósito, um exemplo do direito penal. A análise econômica, segundo ele, pode concluir que o meio mais eficaz de prevenção ao crime é a amputação das mãos ou de outras partes do corpo do ofensor e a marcação da letra inicial do crime praticado a ferro no seu rosto. Essa análise, contudo, não serve para normatizar tais condutas. Posner reduziu propositalmente ao absurdo o postulado básico, para destacar os limites na adoção de metodologias econômicas. Economistas pensam em termos de eficiência e adequação, não em termos morais. Por essa razão o economista James Buchanan, a que voltaremos mais adiante defende uma maior afinidade do direito com a filosofia do que com a economia. De uma forma geral, os juristas-economistas tentam responder a duas perguntas: (1) quais as consequências de determinado arcabouço jurídico, (2) que norma jurídica deve ser adotada. Becker sustenta que a opção pelo crime decorre dos ganhos financeiros em comparação com o trabalho legítimo, o risco de prisão e condenação e a severidade da pena. Para determinar a possibilidade de delinquir, além da racionalidade do criminoso, as oportunidades de emprego, a qualidade das leis, o orçamento com segurança pública. A abordagem econômica da criminalidade permite uma melhor definição de estratégias, inclusive de segurança pública para a contenção dos índices de determinado delito. A compreensão de que criminosos agem racionalmente permite superar o maniqueísmo da separação entre nós (cidadãos honestos) e eles (delinquentes) que determina o tratamento desumano dos condenados e o horror do nosso sistema carcerário. A análise do direito criminal devolve a humanidade aos infratores.

Adotar a análise econômica do direito não implica em se tornar líder de torcida do capitalismo, para usar a expressão de Posner (2009, p. 43), no sentido de aplicar cegamente a norma, sem consideração pelas consequências. O que se espera do Direito é a garantia da propriedade e a tutela da boa-fé contratual por parte de juízes razoavelmente desinteressados.

O oposto da análise econômica do direito é a utopia do progresso social ininterrupto e progressivo, sem nenhuma preocupação com as fontes de custeio. Reconhecer sempre mais e mais direitos, todos eles fundamentais e irrenunciáveis, ou determinar liminarmente que o Estado providencie leitos hospitalares (mesmo que não existam vagas), *home care*, remédios, alimentação, moradias a preços subsidiados, água, luz, transporte gratuitos, etc. Atualmente, exige-se praticamente tudo do Estado. Ao reverso, no Brasil real, os médicos da rede pública escolhem quem vive e quem morre, porque faltam insumos hospitalares e vagas. Fazem escolhas impossíveis, diante da escassez de recursos e a maximização do interesse em salvar vidas.

Aplicada ao direito, a análise econômica privilegia a eficiência econômica ou, mais precisamente, a maximização da eficiência econômica das instituições sociais, inclusive o Direito.

Nenhuma análise pode omitir Ronald Coase e seu estudo dos custos da transação, que são como custos na relação entre os agentes econômicos, que não estão abrangidos nos limites dos custos de produção. São os custos da coleta de informações, de negociação e da formalização de contratos. Assim, as partes protegem-se da possibilidade de os elementos acordados não ocorrerem. A redução desses riscos implica minimização dos custos de transação representando um elemento de eficiência das empresas. Coase foi o precursor da teoria dos custos de transação ao presumir que os agentes econômicos agem racionalmente, porém com uma racionalidade imperfeita, porque a decisão sofre influência de outros fatores que influenciam a decisão, tais como informações incorretas e incompletas. A incerteza e a racionalidade constituem elementos chave na análise dos custos de transação. .

A tese de escassez dos recursos foi desenvolvida por Guido Calabresi e Philip Bobbit para demonstrar que a escassez de recursos públicos obsta a realização de todos os objetivos sociais, de tal sorte que a realização de alguns desses relevantes objetivos impõe necessariamente o sacrifício de outros, igualmente importantes, e impõe escolhas trágicas (GALDINO, p. 159). Na ótica da escassez o objetivo central da análise é a maior eficiência possível nas alocações sociais, a qual pode ser alcançada pela “maximização das utilidades individuais” e “da maximização da riqueza social” (GALDINO, p. 242).

A compreensão de Posner da finalidade da lei é a de facilitar a ação do livre mercado e em setores em que os custos da transação são proibitivos, “imitar” a solução que seria dada pelo mercado. Para promover a eficiência, a lei deve minimizar os custos da transação, definindo claramente os direitos e proporcionando remédios jurídicos baratos e eficazes para as quebras de contrato (POSNER, p.39).

Dentre os críticos do *Homo Economicus*, destaca-se Flávio Galdino. O autor entende que a análise reduz o comportamento humano ao egoísmo e a amoralidade, e ignora “a versatilidade de comportamentos humanos, bem como na existência de outras motivações (notadamente outros valores)” (GALDINO, p. 245). Rejeita igualmente a noção de eficiência, pois um Estado pode ser considerado eficiente mesmo havendo pessoas na miséria absoluta, e outras no luxo, desde que os miseráveis não possam reduzir seu grau de miserabilidade sem reduzir também o luxo dos abastados. Por essa razão, propõe uma “leitura ética da eficiência”.

Apresenta o Direito como mediador para a junção entre ética e economia, fatores que concorrem para que o Direito possa bem desempenhar esta tarefa. Sustenta que anteriormente, o Direito possui um modelo de análise orientado a valores, devotado a considerações éticas, e portanto, as análises jurídicas não estão voltadas para a tutela da boa-fé, mas a “variadas técnicas de (re)distribuição da riqueza e alocação de direitos e recursos”. Note-se que a AED para Posner, Buchanan e Becker é essencialmente descritiva e conservadora. Galdino entende que deve ser redistributiva de renda e revolucionária, ou seja, justamente o oposto.

Buchanan sustenta que os princípios econômicos de Posner são de auxílio aos legisladores, mas os advogados e juristas devem agir de maneira diferente (BUCHANAN, p. 491). Sustenta que máximo valor e eficiência não podem ser levados às últimas consequências, para não cair no absurdo de aceitar barganhas entre estupradores e vítimas, sob o argumento de que existem benefícios mútuos (BUCHANAN, p. 485). O critério de eficiência do economista deve ser confrontado com precedentes, costumes, tradição, padrões esperados de comportamento. Segundo ele, máximo valor e justiça social não são critérios aceitáveis para decisões judiciais, porque ambos são extra legais, regras que podem ser modificadas apenas a nível superior. Defende que a função da lei não é promover o progresso social e sim formar o arcabouço para que os indivíduos possam planejar sua vida com o mínimo de interferências externas. Prefere, assim, uma “boa filosofia” a “boa economia”.

Em resumo, a AED incorpora questões básicas de economia e as aplica ao Direito. Como exposto supra, pressupõe as pessoas como maximizadoras de seus interesses. O contexto de tomada de decisões dos atores sociais se dá num contexto de escassez de recursos,

incerteza e racionalidade limitada. O propósito é chegar a uma alocação ideal de recursos, que alguns denominam de “Ótimo de Pareto” ou alocação Pareto-eficiente.

A incerteza decorre de informações imperfeitas. As pessoas não conhecem todas as variáveis das decisões que devem tomar. MACKAAY e ROSSEAU (2015, p. 26) citam o exemplo da droga talidomida que foi usada contra enjoos antes que se descobrissem os seus efeitos na malformação fetal.

Em situações complexas, os seres humanos limitam sua atenção a certo nível restrito de aspectos (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p. 34), que são fixados e adaptados conforme a experiência de vida. Frequentemente esses aspectos sofrem influência de velhos hábitos e condicionamentos, que impedem que as pessoas percebam claramente a situação. A isso, chama-se racionalidade limitada ou racionalidade imperfeita.

As regras jurídicas devem ser julgadas pela estrutura de incentivos que estabelecem e como as pessoas alteram seu comportamento em resposta a esses incentivos.

4 O FIM DA ESCRAVIDÃO E O INÍCIO DOS CUSTOS DA TRANSAÇÃO

A ressalva de Buchanan à economização do direito baseia-se na presunção de que o Direito possui maior afinidade com a filosofia do que com a economia. Sustenta que juristas com formação em economia como Posner ocasionalmente se contradizem em questões morais complexas como a possibilidade de transação entre estupradores e vítimas, quando o benefício mútuo está presente. Pretende, portanto, excluir os conceitos de máximo valor e justiça social das decisões judiciais, servindo, quando muito, de auxílio aos legisladores.

A afinidade entre filosofia e Direito advogada por Buchanan aplica-se perfeitamente aos métodos, mas costuma ser ingênua quanto aos resultados sociais pretendidos. Frequentemente resvala na crença de De Lolme sobre a onipotência do legislador.

Em abril de 2013, a Emenda Constitucional 72 deu nova redação ao parágrafo único do artigo 7º, e determinou a extensão aos trabalhadores domésticos das garantias celetistas. A medida já era esperada, pois desde o advento da lei nº 11.234/2006 restara garantido à categoria o descanso remunerado em feriados; férias de 30 dias e a garantia de emprego da gestante. O entusiasmo dos nossos parlamentares com a aprovação da medida também previsível, dentro de uma perspectiva racional e utilitarista. Afinal, os políticos também maximizam seu benefício!

Leia-se a propósito Posner:

Presumo que os legisladores sejam maximizadores racionais de suas satisfações, tanto quanto as outras pessoas. Portanto, nada do que fazem é motivado pelo interesse público enquanto tal. Todavia, eles querem ser eleitos e reeleitos, e precisam de dinheiro para fazer uma campanha eficaz. O mais provável é que esse dinheiro venha de grupos organizados e não de indivíduos desorganizados... A tática básica de um grupo de interesses consiste em trocar os votos de seus membros e seu apoio financeiro aos candidatos pela promessa implícita de uma legislação favorável. Essa legislação assumirá normalmente a forma de uma lei que transfere riqueza de contribuintes não organizados (consumidores, por exemplo) ao grupo de interesses. (POSNER, 2007, p. 474/475).

Se a questão do financiamento de campanha é mais nebuloso no Brasil do que nos Estados Unidos, o poder de grupos organizados e numerosos certamente se aplica aqui. Deputados e senadores querem continuar em seus cargos, e preferem endossar leis populares e

evitam associar-se a projetos polêmicos¹. Em nota de tradução da Análise Econômica do Direito de MACKAAY, SZTAJN (2015, p. 4) ponderou que:

A recente aprovação da PEC 66/12 (proposta de emenda constitucional), que estendeu a empregados domésticos os mesmos direitos predispostos para trabalhadores da indústria e do comércio, tem provocado insegurança, e, dizem alguns, no médio prazo será o desaparecimento dessa profissão. O Congresso, depois de alardear a bondade, vista como a segunda abolição da escravatura no Brasil, se dá conta de que famílias não geram lucros e, portanto, os encargos impostos pela nova legislação, como, por exemplo, multa de 40% sobre o saldo do FGTS no caso de dispensa sem justa causa (que aliás não se sabe como será avaliada), podem onerar demasiadamente o orçamento familiar.

O trabalho doméstico foi apresentado como um resquício de uma suposta mentalidade escravocrata, que ainda permearia as relações sociais no Brasil. Coisa de gente antiquada e reacionária, que se recusa a realizar trabalhos braçais, ou é incapaz de cuidar de si mesmo. Estudo do DIEESE de agosto de 2013 festejou :

venceu o senso de justiça e a PEC foi aprovada. Na opinião de muitas pessoas – gestores, sindicalistas e mulheres trabalhadoras - além de acabar com os resquícios de escravidão, que marcam o trabalho doméstico no país, a PEC promoverá maior profissionalização e valorização destas trabalhadoras.

Rachel Sztajn enganava-se quanto ao Congresso se aperceber do equívoco de equiparar famílias a empresas. A PEC das Domésticas foi promulgada em abril de 2013 e garantiu 16 direitos trabalhistas para a categoria. Sete dos benefícios permaneciam em aberto, à espera da regulamentação: indenização em demissões sem justa causa, conta no FGTS, salário-família, adicional noturno, auxílio-creche, seguro-desemprego e seguro contra acidente de trabalho. Em março de 2015, quando já se tornava claro que a recessão “técnica” havia se tornado uma recessão real e mais do que nunca interessava aos parlamentares apresentarem-se como nobres defensores dos “pobres” contra os “ricos”.

Por mais eficaz que seja a retórica acerca do fim da escravidão que dominou as fanfarras e contaminou até as mentes mais claras do Direito, como Lenio Streck, o uso de vastas criadagens como símbolo de poder e prestígio também existiu em sociedades livres, inclusive europeias. O desaparecimento dos serviçais na Europa, em que os lares mais

¹Basta comparar a euforia dos congressistas com a aprovação da PEC das domésticas e a consequente regulamentação, em que parlamentares de vários partidos praticamente disputavam os microfones para entrevistas com a aprovação difícil e envergonhada lei de terceirizações. Nesta última, líderes de partido vieram a público desculpar-se pela “traição” de suas bases.

modestos possuíam pelo menos um empregado faz tudo - de preferência mulher - ², enquanto as grandes propriedades exibiam poder e prestígio com equipes numerosas realmente é fenômeno comum à evolução do trabalho feminino, não a reinvenção da roda ou a segunda abolição da escravatura. Mormente quando o seu desaparecimento não coincide com a melhor inserção da força de trabalho feminina no mercado.

Atualmente são garantidos aos domésticos uma gama impressionante de direitos que transformaram o cálculo da remuneração um assunto para contadores especializados: (1) relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa; (2) seguro-desemprego; (3) Fundo de Garantia do Tempo de Serviço; (4) salário mínimo proporcional às horas trabalhadas, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; irreduzibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; (5) garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que recebem remuneração por tarefa; (6) décimo terceiro salário com base na remuneração integral; (7) remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; (8) proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; (9) salário família pago em razão de dependente menor de 14 anos ou inválido; (10) duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada mediante acordo coletivo; (11) repouso semanal preferencialmente, aos domingos (embora alguns sindicatos incluam equivocadamente os sábados); (12) gozo dos feriados civis e religiosos sem prejuízo de sua remuneração; (13) remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do valor normal; (14) gozo de férias anuais remuneradas de 30 dias acrescidas de um terço a mais; (15) licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 (cento e vinte dias); (16) estabilidade no emprego desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto; (17) licença paternidade de 05 dias corridos; (18) aviso prévio proporcional ao tempo de serviço de no mínimo 30 (trinta) dias; (19) redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; (20) benefícios previdenciários (aposentadorias,

² A propósito, leia-se ROUVILLHOIS, Frédéric, que em determinado trecho parece ter sido escrito no Brasil de hoje: “Os empregados domésticos como vimos antes, eram um dos elementos de base da vida burguesa – os mais modestos dentre eles, como pavoroso casal Marneffé de *A prima Bette*, tinham ao menos uma empregada faz-tudo, que se encarregava da cozinha, do serviço, das compras e da limpeza da casa. No começo do século XX, um discípulo do sociólogo Le Play, Eugène Rostand, estima que eles sejam ainda em torno de 920 mil – dos quais 745 mil são mulheres -; não compreendidos os domésticos dos estabelecimentos agrícolas, industriais e comerciais, que são, sem dúvida, mais de um milhão. Por outro lado, ele observa o aumento substancial de seus salários, em torno de 30% em trinta anos, mas mantendo-se o mesmo número deles. Após a guerra, o que era a regra tende a tornar-se uma exceção de um luxo inacessível. ‘A crise dos empregados domésticos’ comenta ironicamente André Bouton ‘ fez surgir vocações inesperadas nas donas de casa...depois de muitos lamentos e imprecisões’. E o processo, como sabemos está fadado a prosseguir interminavelmente.”

salário-maternidade, auxílio-doença, auxílio-reclusão e pensão por morte); (21) auxílio-creche - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade; (22) reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; (23) seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; (24) proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; (25) proibição de qualquer discriminação quanto a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; (25) proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos. Ufa!!!

Primeiramente, uma análise do contexto da copilação da CLT demonstra que a exclusão dos domésticos não foi aleatória. Ao contrário da recente emenda constitucional, que veio como dádiva de elites políticas, a CLT teve como origem chamada questão social, da agitação sindical no interior das fábricas. A situação dos primeiros proletários, descrita pungentemente por Friedrich Engels na Inglaterra do final do século XIX, provavelmente se repetia neste canto do planeta, também. Getúlio Vargas nada mais fez do que determinar a codificação de leis esparsas que já tentavam ordenar o caos social existente. Neste contexto, nada mais natural do que definir regras que humanizavam o trabalho industrial. Fazia perfeito sentido naquele contexto impedir que a competição de crianças e mulheres na fábrica provocasse a queda dos salários abaixo do nível de subsistência e limitar as jornadas de trabalho. Igualmente lógico definir empregador como empresa, entendida como entidade que assume os riscos de uma atividade econômica, e não simplesmente como pessoa física que assalaria. Dado o contexto que lhe deu origem, tampouco causam estranheza as exceções previstas no art. 7º: a) empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas;b) os trabalhadores rurais, assim considerados aqueles que, exercendo funções diretamente ligadas à agricultura e à pecuária, não sejam empregados em atividades que, pelos métodos de execução dos respectivos trabalhos ou pela finalidade de suas operações se classifiquem como industriais ou comerciais; c) os funcionários públicos da União, dos Estados e dos Municípios; d) aos servidores de autarquias paraestatais, desde que sujeitos a regime próprio de proteção ao trabalho que lhes assegure situação análoga à dos funcionários públicos. Ficaram excluídos da CLT todos os trabalhadores estranhos à dinâmica estritamente capitalista e industrial de produção. Posteriormente alterações foram introduzidas na CLT e na Constituição Federal, que em larga parte, descaracterizaram a origem proletária do diploma legal como as garantias de emprego.

Aplicar aos rurais e domésticos as garantias celetistas deu-se por um silogismo sobre o postulado de igualdade dos trabalhadores perante a lei. Sobre esse postulado - absolutamente verdadeiro - operou-se o silogismo de afirmar que todos deveriam estar sujeitos às mesmas regras, ignorando-se solenemente que a redação anterior da CLT fazia menção a métodos de execução não industriais ou comerciais, não a pessoas.

A CLT reconhecia na época que determinados tipos de trabalho obedecem a uma lógica diferente, não industrial, não capitalista. Contrariamente à atividade industrial que impõe jornadas menores, por exigir atenção concentrada e intensa e possui elevado índice de acidentes, o trabalho doméstico se interrompe várias vezes por dia em atividades que se executa sem muita atenção.

É observado empiricamente que o trabalho doméstico nunca termina, apenas se interrompe para recomeçar. Pode-se desligar uma linha de montagem depois de atingir a meta de produção ou ao término do turno de trabalho, porém nunca desligar um idoso ou criança ao término de oito horas de trabalho. Fogões, máquinas de lavar são desligadas, apenas elas. Cochilar durante o serviço ou assistir à televisão depois que serviu a refeição do idoso tampouco implica no mesmo risco de cochilar diante de uma máquina industrial. São atividades diferentes, modos de produção diferentes, com necessidades de regulamentação diferentes. O equívoco de encaixá-las no modelo único criado para grandes empresas cria impacto devastador sobre os custos da transação. Sem contar a complexidade labiríntica do cálculo dos reflexos de eventuais horas extras, FGTS, repousos semanais e outros, que os torna absolutamente inacessíveis até para advogados sem formação paralela em ciências contábeis, menos ainda para leigos.

5 NÚMEROS NUNCA MENTEM

Dados estatísticos anteriores à Emenda Constitucional já indicavam o declínio progressivo do percentual de empregados domésticos em relação à população economicamente ativa: 8,5% em 05/2007, 7,4% em 5/10, 6,8% em 05/2012 e atualmente por volta de 6,2%. (IBGE, junho 2015, p.11). Ainda segundo dados o IBGE, há a predominância de mulheres (94,3%) e aquelas com baixa escolaridade (menos de oito anos de estudo) constituíam 64% da mão de obra. O cotejo com trabalhadores homens com nível educacional semelhante revela situação análoga. O rendimento médio do setor em maio de 2025 (R\$ 946,20) ainda é inferior à média dos setores ocupados (R\$ 2.117,10), bem como aos demais grupamentos de atividade pesquisados (IBGE, junho/2015, p. 22). Em compensação, não houve queda na remuneração média, ao contrário dos demais grupamentos.

Mesmo antes da emenda constitucional, o perfil das mulheres ocupadas demonstrava que o trabalho doméstico estava deixando de atrair as mais jovens. A proporção de jovens ocupadas na atividade entre 10 e 17 anos, com o percentual passando de 6,1% para 3,9% para aquelas com idade entre 10 e 17 anos e de 16,8% para 9,3%, entre 18 e 24 anos, nos anos de 2004 e 2011. Isso indica que as mulheres jovens vinham buscando outras formas de inserção no mercado de trabalho. Estudo do DIEESE explica que essa mudança de perfil pode ser explicada por diversos fatores, entre os quais o aumento do nível de escolaridade das jovens, o que possibilita a busca por ocupações mais valorizadas socialmente, com melhores remunerações e mais formalizadas que o trabalho doméstico. O DIEESE (baseando-se em estatísticas do IBGE) estimava participação crescente de mulheres com mais de 50 anos de idade, cujas alternativas de uma inserção são menores, principalmente quando possuem baixo nível de escolaridade (DIEESE, p. 70)

Com relação à forma de contratação, entre 2004 e 2011, houve sensível diminuição das trabalhadoras domésticas mensalistas sem carteira assinada (de 57,0% em 2004 para 44,9% em 2011). Entretanto, não houve aumento proporcional das mensalistas com carteira assinada (21,6% em 2004, 24,5% em 2011). Por outro lado, cresceu a proporção de diaristas, que passou de 21,4% em 2004 para 30,6% em 2011. Isto indica que muitas mensalistas sem carteira passaram a trabalhar por dia. A formalização dos contratos avançava (lentamente), assim como a migração para outros setores, mais nobres socialmente do que o tão depreciado trabalho doméstico ou com menor carga horária. A situação descrita por Rouvillois na França chegava ao Brasil, com dois séculos de atraso. O acesso feminino à instrução tornou o

trabalho doméstico menos atraente. O mercado reagia positivamente à mudança, com a oferta de mão de obra reduzida, vivia-se o pleno emprego e ganhos reais de salário.

Ainda no terreno dos números, os altos índices de informalidade no setor – como de resto em qualquer pequeno empregador – tinham uma explicação simples. Ao contrário do que supunham as elites brancas obcecadas em denunciar seus próprios abusos, manter empregadas para substituir a dona da casa em suas tarefas não era apanágio de elites brancas. Ouçamos o economista Pastore, escrevendo antes da emenda constitucional:

Sobre as empregadas domésticas há uma importante peculiaridade desse mercado de trabalho. Muitos argumentam que, por serem empregadas, as 4,9 milhões que estão na informalidade poderiam ter a sua situação regulamentada se houvesse disposição dos empregadores – as patroas. Entretanto, é preciso saber quem são as patroas.

Ao analisar esse segmento do mercado de trabalho, verifica-se existir um verdadeiro rosário de patroas das mais variadas condições socioeconômicas. Muitas das empregadas domésticas são patroas porque elas tem filhos que são entregues diariamente a outra empregada de situação econômica mais baixa. Se a primeira é registrada e trabalha formalmente porque sua patroa tem condições de fazê-lo, o mesmo não se pode dizer da empregada que cuida de seus filhos. A empregada-patroa não tem condições de pagar 12% e 7,5% para o INSS para contratar quem cuida de seus filhos. (PASTORE, 2007, p. 31).

6 CUSTOS DA TRANSAÇÃO E RACIONALIDADE IMPERFEITA

Pelo que já se expôs até agora, percebe-se claramente que a emenda constitucional que deveria tornar mais eficiente o mercado, reduzindo os custos de transação, produziu o efeito oposto.

Contratar legalmente tornou-se mais difícil, além de mais caro. José Pastore sustenta, em vários de seus livros, que o empregado custa em média duas vezes mais do que recebe em salário. Até hoje, ao que me consta, suas planilhas de cálculo nunca foram refutadas. A dificuldade em calcular corretamente a remuneração e os encargos sociais que já assombravam os pequenos empregadores agora aplicam-se também a pessoas que além de leigas, na esmagadora maioria das vezes não possuem conhecimentos básicos de direito ou ciências contábeis.

A questão da jornada de trabalho, contudo, certamente representa o problema principal com a emenda constitucional, pois não há testemunhas no âmbito doméstico como observou corretamente BARBOSA (2009, p. 178) “ *onde geralmente o trabalho é executado por um único empregado*”. Até hoje não se explicou de forma convincente como pode ser feito o controle, quando a empregadora trabalha fora durante todo o dia. Orienta-se o empregador a adotar folhas de ponto e mesmo banco de horas, apesar do fato da CLT isentar os estabelecimentos com menos de dez empregados do controle de horário. A forma adotada de controle (o controle manual) tradicionalmente não é aceito pelos tribunais, por ser facilmente manipulável por qualquer dos contratantes. Tampouco se encontrou a solução para cuidadores e babás, problema este também apontado por SZTAIN em nota à tradução da obra de MACKAAY e ROUSSEAU, que não podem encerrar sua jornada antes da chegada da patroa. Não se sabe quantas pessoas seriam necessárias para a realização do trabalho, ou quem fiscalizaria a troca de turnos na ausência da patroa ou quem faria a substituição em caso de falta. Outro ponto nebuloso resta no banco de horas, que originalmente foi previsto para implementação com mediação sindical, o que inviável no ambiente doméstico, e onde sequer existe a contraparte patronal para os sindicatos de domésticas.

A prova de qualquer fato ocorrido em ambiente doméstico é virtualmente impossível, uma vez que não existem testemunhas isentas, tornando institutos como justa causa ou demissão de empregadas em garantia temporária de emprego absolutamente inviável. De qualquer sorte, a empregada depois de um ano ou mais de casa torna-se virtualmente estável

no emprego porque os gastos com a rescisão ultrapassam o orçamento doméstico. Em sendo as empregadas seres humanos de carne e osso e não os anjos etéreos acima de interesses materiais, provavelmente se esforçarão bem pouco para cumprir suas obrigações ou se manter no emprego. Este está garantido pela lei e os custos altos do distrato. O comprometimento com o contrato tende a cair à medida que diminui o risco de demissão. As críticas que se faziam ao instituto da estabilidade decenal que estimulava a desídia e a negligência habitual dos empregados provavelmente aplicam-se também aos novos estáveis.

Posner e Becker concordam que a litigiosidade aumenta quando os valores são grandes ou é grande a incerteza no cumprimento do contrato. Aqui temos ambos. A virtual impossibilidade de um controle idôneo das horas extras soma-se às dificuldades da prova de qualquer fato ocorrido na residência. Horas extras são caras, repercutem sobre várias outras verbas, o cálculo é difícil e o valor final, simplesmente astronômico. A gratuidade de justiça e a facilidade de acesso à Justiça, aliados às inúmeras questões sem resposta no cumprimento dos contratos fazem antever uma explosão de litigiosidade.

O impacto sobre o judiciário ainda não pode ser plenamente apreciado, porque somente agora foram regulamentados vários direitos e se definiu com clareza a distinção entre mensalista e diarista. É um tributo à racionalidade imperfeita dos empregadores que ainda existam mensalistas no Brasil.

7 TRABALHO FEMININO, INFORMALIDADE E DESEMPREGO

BECKER (1992, p. 45) relaciona o ingresso feminino no mercado de trabalho ao crescimento econômico, que por sua vez estimulou a maior qualificação profissional das mulheres e vem reduzindo as diferenças salariais entre os gêneros. De fato, os dados do IBGE mais do que confirmaram o que o bom senso já desconfiava, se antes o trabalho doméstico era a única opção, atualmente é apenas uma dentre várias. A migração das domésticas para o trabalho em diárias confirma outra afirmativa de Becker, a de que o tempo é o recurso mais escasso do ocidente. O mercado estava encontrando maneiras de equacionar a demanda por substituição feminina nos serviços domésticos à oferta limitada de mão de obra.

As diárias são claramente um “Ótimo de Pareto”, a alocação mais eficaz de recursos. Equilibram as necessidades de patroas e empregadas. As primeiras conseguem a substituição e se livram das complicações da lei, as segundas alcançam maior autonomia na gestão do seu tempo. No primeiro momento, o único prejudicado é o próprio Estado, que deixa de arrecadar as contribuições previdenciárias e fiscais. A longo prazo, o ajuste aprofunda o *déficit* previdenciário.

No Brasil, ensina PASTORE (2007, p. 174), há um enorme abismo entre a lei e a realidade no campo do trabalho. Embora o país possua uma das legislações mais protetivas do mundo, apenas 40% dos brasileiros que trabalham desfrutam de suas proteções. Cerca de 60% vivem na informalidade, sem nenhuma proteção e causando um grande rombo nas contas da Previdência Social.

José Pastore apresenta a informalidade não como uma anomalia ou ilicitude, mas como uma questão de conveniência para os atores sociais (2007, p.110). O informal precisa do emprego, porém o empregador não tem como arcar com o custo da formalização. Como estratégia geral, sugere novos paradigmas para as normas. Tornar a informalidade (conveniência) mais cara e a formalidade mais barata. Pastore não adota a análise econômica do direito, mas propõe incentivos econômicos para a realização da meta socialmente útil (maior formalização dos contratos)

Pastore sustenta também que o sistema legislativo brasileiro ouve apenas os que já estão protegidos pelo sistema atual, deixando de lado os que mais precisam de proteção: os informais e desempregados. Os “incluídos guarnecem-se em sua cidadela, levantando cada vez mais barreiras aos excluídos” (PASTORE, 2007, p. 37). Isso nos leva à uma última

indagação: a quem serve uma lei que desestimula a formalização dos contratos de trabalho, num país em que a informalidade chega a 60% da força de trabalho.

Nesse ponto, cito o exemplo do salário mínimo trazido por Mackaay e Rousseau. Dizem os autores que a manutenção de um patamar de salário mínimo que permita aos trabalhadores sobreviver com dignidade tem efeitos perversos. As empresas que pagavam abaixo do mínimo, demitiram alguns empregados e contrataram um número menor de pessoas. O salário mínimo representa a porta de entrada para os mais jovens e mulheres retornando às atividades depois de longa ausência e quando atinge patamares mais elevados inibe novas contratações, impedindo que os mais jovens adquiram experiência. Nos níveis de hoje, o desemprego oscila entre 15% a 20% dos jovens brancos e 35% a 45% dos jovens negros. Os autores ponderam também que a legislação antidiscriminação e a rigidez em matéria de demissão e benefícios sociais contribuem para o quadro (2015, p.3). O que nos interessa aqui é a resposta a pergunta que os autores fazem, o porquê da manutenção dos reajustes do mínimo, quando são conhecidos seus efeitos deletérios.

Os grupos que ganham são os trabalhadores “organizados” (e via de regra, sindicalizados) que tem acesso aos políticos. Como se torna oneroso contratar pessoas sem experiência, fica mais interessante automatizar as atividades ou contratar pessoas melhor instruídas. Os autores chegam à mesma conclusão de Pastore: “conhecendo o real efeito do aumento do salário-mínimo conviria indagar por que é preciso ser solidário com os trabalhadores organizados e não com os demais” (2015, p.5). Encerram o argumento com a constatação de que a causa nobre é utilizada como cobertura para busca de interesses particulares.

A mesma “causa” nobre informa os novos direitos das domésticas no Brasil. Certamente, não ajudou os 60% de trabalhadoras sem vínculo formalizado no setor, porque tornou ainda mais onerosa a formalização do vínculo. Também não aumentou os salários no setor, que continuam abaixo da média dos outros setores, conforme estatísticas do IBGE. Os únicos beneficiados são os empregados qualificados motoristas, seguranças, chefes de cozinha, geriatras, neonatologistas, etc e os respectivos sindicatos. Os primeiros passam a gozar dos mesmos direitos de seus congêneres nas empresas, e os segundos com um aumento na arrecadação. A medida deixou ao desamparo os diaristas e empregados sem vínculo reconhecido, cujo trabalho continua tão precário como antes. Os empregados passaram a custar caro em comparação com sua qualificação, atraindo a concorrência de estrangeiros de países pobres da América Latina e das Filipinas, que apresentam o atrativo de serem bilíngues. A experiência ensina que boa filosofia não faz um bom direito.

8 BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Ayres d'Athayde Wermelinger, **Trabalho Doméstico, comentários, legislação, jurisprudência e temas polêmicos**, Curitiba, Juruá, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de, **Curso de Direito do Trabalho**, São Paulo, LTr, 2010.

BECKER, Gary S., **The Economic Way of Looking at Life**, Nobel Lecture, December, 9, 1992.

BUCHANAN, James, **Good Economics. Bad Law**, Virginia Law Review, Vol. 60, n.3, Março/1974. p. 483/492.

DIEESE, **O Emprego Doméstico no Brasil**, coleção Estudos e Pesquisas, n. 68, agosto de 2013, disponível em <http://www.dieese.org.br/estudosetorial/2013/estPesq68empregoDomestico.pdf>, acesso em 20/04/2015.

GALDINO, Flavio, **Introdução a Análise dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem em Árvores**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impresao.php?id_noticia=586, acesso em 20/04/2015

http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/parte2.pdf, acesso em 20/4/2015.

IBGE, **Indicadores do IBGE, Pesquisa Mensal de Emprego Maio 2015**, disponível em [ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho e Rendimento/Pesquisa Mensal de Emprego/fasciculo indicadores_ibge/2015/pme_201505pubCompleta.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Mensal_de_Emprego/fasciculo_indicadores_ibge/2015/pme_201505pubCompleta.pdf), acesso em 20/6/2015.

IBGE, **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: 1º Trimestre de 2015**, disponível em [ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho e Rendimento/Pesquisa Nacional por Amostra de Domicilio s_continua/Trimestral/Comentarios/pnadc_201501_trimestre_comentarios.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilio_s_continua/Trimestral/Comentarios/pnadc_201501_trimestre_comentarios.pdf), acesso em 12/07/2015.

MACKAAY, Ejan e ROUSSEAU, Stéphane, **Análise Econômica do Direito**, São Paulo, Atlas, 2015.

MENDONÇA, José Vicente Santos de, **Direito Constitucional Econômico: a Intervenção do Estado na Economia à luz da Razão Pública e do Pragmatismo**, Belo Horizonte, Fórum, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, **Curso de Direito do Trabalho**, São Paulo, Saraiva, 2013.

PASTORE, José, **Trabalhar custa caro**, São Paulo, LTr, 2007.

POSNER, Richard A, **Law and Economics in Common Law, Civil Law, and Developing Nations**, Revista de Estudos Constitucionais e Teoria do Direito, p. 37-45, julho-dezembro 2009.

POSNER, Richard, **The Economic Approach to Law**, 53 Texas Law Review 757, 1975.

POSNER, Richard, **Problemas da Filosofia do Direito**, São Paulo, Martins Fontes, 2007.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, *et alii*, **O que é análise econômica do direito – uma introdução**, Belo Horizonte, Editora Forum, 2011.

ROUVILLHOIS, Frédéric, **A História da polidez de 1789 aos nossos dias**, São Paulo, Grua Livros, 2009.

WILLIAMSON, Oliver Eaton. Por que Direito, Economia e Organizações? Tradução de Decio Zylbersztajn. In: ZYLBERSZTAJN, D.& SZTAIN, R. **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Armando Castelar Pinheiro[et al]; Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 16/59.