

A ORDEM ECÔNOMICO-FINANCEIRA E A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SUAS PRIMEIRAS CONSEQUÊNCIAS

ECONOMIC-FINANCIAL ORDER AND THE LAW OF ECONOMIC FREEDOM: ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AND ITS FIRST CONSEQUENCES

EL ORDEN ECONOMICO-FINANCIERO Y EL DERECHO DE LA LIBERTAD ECONOMICA: UN ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO Y SUS PRIMERAS CONSECUENCIAS

Bruno Pastori Ferreira*
Daniel Barile da Silveira**

* Mestre, Doutor e Pós-doutorando em Direito pelo Programa de Pós-graduação Stricto sensu da Universidade de Marília – UNIMAR, Marília (SP), Brasil.

** Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal (Ius Gentium Conimbrigae). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (FD-UnB). Professor dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da Unimar (Universidade de Marília). Professor do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Toledo – UniToledo, Araçatuba (SP), Brasil.

SUMÁRIO: *Introdução; 2 Da ordem econômico-financeira; 3 Análise Econômica do Direito (AED); 4 Da ordem econômico-financeira, da lei da liberdade econômica e a AED; 5 Considerações Finais; Referências.*

RESUMO: O tema deste artigo é estudar e analisar a ordem econômico-financeira e a positivação da Lei da Liberdade Econômica, sob a luz da análise econômica do Direito. O objetivo geral é traçar a natureza conceitual, principais características e os efeitos para o ordenamento jurídico da Lei da Liberdade Econômica, em particular as diretrizes contidas no artigo 5º da respectiva lei. O objetivo específico é demonstrar que a Lei da Liberdade Econômica busca fundamento nos princípios do artigo 170, da Constituição Federal de 1988, em especial ao da livre iniciativa, livre concorrência e da liberdade de empreender, determinando que a edição ou alteração de atos normativos, devem analisar o impacto regulatório e econômico, positivando a teoria da análise econômica do direito. A metodologia a ser observada será o procedimento bibliográfico, através do método dedutivo, com abordagem qualitativa.

PALAVRAS-CHAVE: Análise Econômica do Direito; Lei da Liberdade Econômica; Ordem Econômico-financeira.

ABSTRACT: The theme of this article is to study and analyze the economic-financial order and the positivation of the Economic Freedom Law, in the light of the economic analysis of law. The general objective is to trace the conceptual nature, main characteristics and effects for the legal ordering of the Economic Freedom Law, in particular the guidelines contained in article 5 of the respective law. The specific objective is to demonstrate that the Law on Economic Freedom seeks to be founded on the principles of article 170 of the Federal Constitution of 1988, in particular that of free Initiative, free competition and freedom to undertake, determining that the editing or amendment of normative acts should analyze the regulatory and economic impact, positing the theory of economic analysis of law. The methodology to be observed will be the bibliographic procedure, through the deductive method, with a qualitative approach.

KEY WORDS: Economic Analysis of Law; Economic Freedom Act; Economic-Financial Order.

Recebido em: 05/06/2023

Aceito em: 02/10/2023

RESUMEN: El tema de este artículo es estudiar y analizar el orden económico-financiero y la positivización de la Ley de Libertad Económica, bajo la luz del análisis económico del Derecho. El objetivo general es trazar la naturaleza conceptual, las características principales y los efectos para el ordenamiento jurídico de la Ley de Libertad Económica, en particular las directrices contenidas en el artículo 5 de la respectiva ley. El objetivo específico es demostrar que la Ley de Libertad Económica busca fundamento en los principios del artículo 170 de la Constitución Federal de 1988, especialmente la libre empresa, la libre competencia y la libertad de emprender, determinando que la emisión o modificación de actos normativos, debe analizar el impacto regulatorio y económico, postulando la teoría del análisis económico del derecho. La metodología a observar será el procedimiento bibliográfico, a través del método deductivo, con enfoque cualitativo.

PALABRAS-CLAVE: Análisis Económico del Derecho; Derecho de la Libertad Económica; Orden Económico y Financiero.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) estabelece em suas normas programáticas, uma ordem econômica e financeira para o país, traçando diretrizes, com bases axiológicas e principiológicas, para o pleno desenvolvimento socioeconômico da nação.

Essa ordem econômico-financeira é calcada, mormente, na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fito de assegurar e resguardar a coexistência de uma vida digna, com redução das desigualdades sociais e regionais, observando, dentre outros princípios, a livre concorrência, o exercício liberal da atividade econômica, a soberania etc.

Assim, o arranjo econômico-financeiro nacional é dotado de um axioma de princípios que regem e norteiam toda a atividade monetária, fazendária e pecuniária do Estado, sendo luzeiro para os Poderes Legiferante, Judiciário e Executivo.

Por serem os princípios normas matrizes para a criação das normas-regras, incumbe ao Poder Legislativo, conjuntamente com o Executivo, propor mutações legislativas no escopo de garantir o pleno desenvolvimento nacional, na tentativa de fomentar o exercício da atividade econômica.

E foi justamente isso que o Estado, por intermédio do Poder Executivo, propôs ao editar a Medida Provisória nº 881, que depois de discutida e aprovada pelo Congresso Nacional, transformou-se na Lei nº 13.874, denominada “Lei da Liberdade Econômica”.

Essa Lei, dentre outros objetivos, busca desburocratizar o sistema econômico-financeiro do país, almejando o incremento do empreendedorismo e do livre exercício da atividade econômica, sendo direito de toda pessoa, natural ou jurídica, obter seu crescimento empresarial, laboral etc., tendo uma intervenção subsidiária e excepcional do Estado.

Além do mais, buscou a Lei da Liberdade Econômica, trazer mudanças significativas na elaboração da edição e alteração de atos normativos, positivando a análise de impacto regulatório e econômico, que em última análise, busca supedâneo na Análise Econômica do Direito (AED).

Assim, o objeto de pesquisa do presente artigo é estudar e analisar a Lei da Liberdade Econômica, em especial seu artigo 5º, com as diretrizes do axioma principiológico do artigo 170 da CF/88, fazendo as primeiras impressões sobre a positivação da AED.

O objetivo geral é examinar e traçar diretrizes sobre algumas regras contidas no artigo 5º, da Lei de Liberdade Econômica, abordando sua natureza conceitual, principais características e seus efeitos para a messe jurídica pátria.

Nessa senda, o objetivo específico é demonstrar, ao menos perfunctoriamente, que a Lei da Liberdade Econômica, tangencialmente ao artigo 5º, veio ao encontro das manifestações legiferante do constituinte originário, previstas no artigo 170, da CF/88, em especial ao da livre iniciativa, da livre concorrência e da liberdade de empreender, corolário trazendo as primeiras consequências positivação do marco regulatório e econômico, que os atos do Poder Público devem padecer.

Dessa forma, justifica-se a lavra do presente artigo, uma vez que cabe ao Estado, no exercício de seu poder regulador e legislativo, fomentar e planejar as diretrizes para o pleno desenvolvimento socioeconômico do país, projetando, em um regime capitalista, a liberdade de empreender, de contratar, de exercer as plúrimas atividades econômicas, garantindo que os atores econômicos, não sejam pegos de surpresa com a modificação abrupta do regime jurídico, com isso gerando a estabilização das relações jurídicas, por intermédio das próprias leis, favorecendo a livre iniciativa, a livre concorrência e a liberdade de empreender.

O plano de trabalho do artigo abordará no capítulo segundo bases axiológicas do sistema econômico-financeiro previstas no artigo 170 da CF/88, trazendo a baila seu conceito, aplicabilidade e suas consequências jurídicas, fundamentando a Lei da Liberdade Econômica, em especial os ditames colacionados no artigo 5º.

Por sua vez, o capítulo terceiro articulará as diretrizes conceituais da AED e sua aplicabilidade. Nessa trilha, o capítulo quarto analisará se, a ordenança contida no artigo 5º da Lei da Liberdade Econômica, concretizam os dispostos do artigo 170 e ss. da CF/88.

A metodologia a ser observada será o procedimento bibliográfico, através do método dedutivo e com abordagem qualitativa.

2 DA ORDEM ECONOMICO-FINANCEIRA

O século XVIII trouxe consigo inúmeros acontecimentos que afetaram o modo de se pensar e analisar os sistemas econômico-financeiros ao redor do globo. Com a entrada dos ideais liberais, capitaneado por Adam Smith, a intervenção do Estado na economia, foi sendo expurgada pela atuação dos particulares, onde a denominada “mão invisível do mercado”, conduziria a uma alocação eficiente, produtiva e competitiva entre os agentes econômicos.

Assim, nessa época buscava uma mínima, ou nenhuma, intervenção do Estado na seara econômico-financeira, demandando dos agentes socioeconômicos uma atuação autoregulatória, consagrando um Estado liberal.¹

Nesse cenário, bem como observa Alexandre de Moraes que o Estado tinha “[...] o dever de proteger a sociedade da violência e da invasão; o dever de proteger cada membro da sociedade da injustiça e da opressão de qualquer outro membro e o dever de praticar e manter determinadas políticas públicas quando necessárias [...]”.²

Ana Paula Barcellos assoalha ainda que no século XIX “[...] as Constituições se ocupavam de um Estado mínimo e dos direitos de pessoas consideradas individualmente, fora de qualquer contexto social [...]”.³

680 Destarte, nos séculos de XVIII e XIX não existia uma política pública estatal de intervenção no domínio econômico-financeiro, deixando ao relento da própria atividade mercantil e da alocação eficiente de mercado, estabelecer uma competitividade equânime, equilibrada e paritária entre os atores econômicos.

Malgrado, no final do século XIX, houve-se uma efervescência pela garantia de direitos sociais, onde o Estado deveria intervir, com status positivo, para resguardar os interesses não apenas individuais, mas também coletivos, gerando uma obrigação de fazer aos direitos de segunda dimensão.

Nessa direção denota-se um Estado intervencionista, onde atua nas estruturas econômico-financeiras de mercado, direcionando as fontes legiferantes, intervindo na condução do regime econômico.⁴

Com isso, reclamou-se uma intervenção mais ativa e proativa do poder público nas plúrimas relações sociais e econômicas, dando a origem a um Estado Social de Direito. De certo, que isso foi inaugurado com Constituição de Weimar de 1919, onde o constitucionalismo contemporâneo abriu as portas para a normativa de cunho político, social, econômico-financeiro etc.

Nesse sentido, Uadi Lammêgo Bulos estabelece que

[...] com o término da Primeira Guerra Mundial, quando os constituintes, não se contentando em organizar o poder político, inseriram, na seara constitucional, normas econômicas e sociais. A famosa Constituição alemã de Weimar, de 11 de agosto de 1919, foi a precursora dessa tendência. Implantou um modelo, baseado em normas de cunho político, econômico, social, religioso e educacional, que foi seguido pelas constituições do mundo afora.⁵

¹ Sobre esse regime, Nagib Slaibi Filho sustenta que o Estado “[...] pretende deixar fluir as forças naturais do mercado, isto é, não corrige nem dirige os aspectos econômicos [...]”. SLAIBI FILHO, Nagib. Direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, p. 679, 2009.

² MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, p. 889, 2017.

³ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, p. 424, 2018.

⁴ Nesse diapasão, Nagib Slaibi Filho preconiza que “[...] o Estado intervencionista atua sobre a ordem econômica legislando e transformando os fatores de produção, de acordo com o ideário político que inspira sua atuação.”. SLAIBI FILHO, Nagib. Direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, p. 679, 2009.

⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, p.79, 2018.

E ainda, na constância do século XX, o Estado ultrapassou a barreira da sociabilidade de direitos, adentrando em conceitos mais densos de direito e democracia, buscando construir, como leciona Luis Roberto Barroso “[...] um Estado constitucional de direito ou um Estado constitucional democrático”.⁶

E dentro desse mesmo cenário, nasce o Estado Liberal de Direito, trazendo consigo, conforme observado por Alexandre de Moraes a “[...] inclusão de conteúdo predominantemente programático nos textos constitucionais, [...] com normas relativas aos direitos sociais e econômicos.”⁷

Nesse diapasão, Walkiria Martinez Heinrich Ferrer e Marisa Rossignoli estabelecem que

A partir da década de 1970 um movimento ideológico conquistou espaço em nível mundial, o neoliberalismo. Este modelo de orientação política e econômica, que constitui a expressão política da globalização, se caracteriza por uma oposição ao Estado intervencionista e de Bem Estar Social.⁸

Influenciada por esse modelo de Estado liberal-social, a CF/88, como dito, reservou um capítulo específico para tratar e estabelecer a ordem econômico-financeira do país, traçando vetores para garantir o pleno desenvolvimento da atividade econômica, a liberdade de empreender, a garantia da propriedade privada, a soberania nacional, a livre concorrência, a busca pelo pleno emprego, com fundamento na valorização do trabalho e na livre iniciativa, dando origem a uma Constituição Econômica.

Nesse sentido, o artigo 170, da CF/88, junte diretrizes no condão de programar o legislador em sua função típica, para colacionar normas infraconstitucionais que efetivam e garantem o pleno desenvolvimento da atividade econômica, gerando riquezas e bem-estar para a sociedade.⁹

Não se pode olvidar, os dizeres de Oscar Vilhena Vieira ao anotar que

[...] passamos a viver, da perspectiva constitucional, tempos bicudos, em que a coordenação política parecer ter sido substituída por uma constante e recíproca retaliação institucional, em que ferramentas voltadas à estabilização de expectativas jurídicas e procedimentos concebidos a favorecer a competição democrática, passaram, em determinadas circunstâncias, a ser empregados como facas afiadas na luta pelo poder.¹⁰

Independentemente do hodierno momento em que vivamos, não há dúvida que recaem sobre os representantes populares o ônus de formular normas infraconstitucionais de conteúdo de direito financeiro-econômico para o fomento da atividade econômica, garantindo a livre iniciativa, a liberdade de empreender, o desprendimento de exigências legais, expurgação da burocratização do mercado, para efetivar o pleno desenvolvimento socioeconômico.

Nesse sentido, cumprindo a obrigação constitucional que lhe cabe, o Congresso Nacional discutiu, debateu e aprovou, a Lei nº 13.874 (Lei da Liberdade Econômica), de 20 de setembro de 2019, declarando os Direitos de Liberdade Econômica, estabelecendo as garantias de um livre mercado, com uma intervenção subsidiária e excepcional do Estado, fazendo com que os atores econômicos desenvolvam, de forma mais efetiva possível, o exercício de suas atividades.

Essa Lei institui um verdadeiro axioma principiológico para garantir o livre mercado, a livre concorrência e o exercício das atividades econômicas, estabelecendo como vetores a liberdade como garantia ao desenvolvimento,

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, p. 63, 2019.

⁷ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, p. 889, 2017.

⁸ FERRER, Walkiria Martinez Heinrich; ROSSIGNOLI, Marisa. Constituição Federal e Direitos Sociais: Uma análise econômica e social do atual Estado Brasileiro. Revista Argumentum. RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, v. 19, v. 1, pp. 27-50, abr. 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/557/271>. Acesso em: 05 dez. 2019, p. 38.

⁹ Sobre as normas de conteúdo programático, Flávio Martins Alves Nunes Júnior assevera que elas estabelecem “[...] um programa de ação, que será lentamente cumprido pelo Estado brasileiro.” NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, p.441, 2019. Nesse prumo, André Ramos Tavares preleciona que as “[...] normas programáticas são aquelas que preveem políticas públicas.” TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, p. 200, 2018.

¹⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, p. 16, 2018.

a boa-fé dos particulares em detrimento do Estado, o reconhecimento da hipossuficiência do indivíduo face poder público, etc.

Além de toda essa base axiológica e normativa de intervenção minimalista estatal, a Lei estabeleceu uma medida de impacto regulatório que visa incutir no Poder Legiferante, as consequências econômico-financeira de seus atos, sopesando se as mutações legislativas desestabilizaram a segurança jurídica, a simetria das informações e as avenças já compromissadas.

Tal dispositivo legal, consagra a ideia de uma análise econômica do Direito, vendo o Poder Legislativo e o Poder Executivo, em sua função atípica de legislar, sopesar e compulsar, de forma não perfunctória, os impactos e as externalidades positivas e negativas de suas decisões, conforme se verá subjacente.

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

Importante observar de início, que a AED por ter sido estudada por inúmeras Escolas, tais como, Escola de Pensamento de Chicago, das Escolas Públicas e da Escola da Nova Economia Institucional, não se tornou uma corrente de pensamento única, tendo sido elaborada, raciocinada e analisada por diversos enfoques. Nada obstante, suas bases fundantes sempre calcada na mesma premissa da relação que se tem entre Direito e Economia.¹¹

A partir desse contexto, sopesa-se, em linhas gerais, que a AED estabelece uma interdisciplinaridade dentre o Direito e a Economia, sopesando quais os custos e os impactos financeiros que os atos normativos, as decisões judiciais e demais atos decorrentes de manifestação do Poder Público, podem gerar no sistema econômico.¹² Não se trata de estudar o direito econômico em si, mas sim de trazer aspectos da economia para analisar todo o direito, sob a luz da alocação eficiente de recursos e a escassez de pecúnia estatal.

José Luiz Pérez de Ayala leciona que

*[...] Aparece, así, clara la función del Derecho público, como bien económico dirigido a actuar sobre los efectos externos de la economía de mercado tanto sobre aquellos que se derivan de su funcionamiento, como también (y algunos de los ejemplos citados lo prueban), para eliminar y atenuar los que surgen de insuficiencias o defectos de la propia estructura institucional de la economía de mercado, reforzándola, limitándola o alterándola. (...) El Derecho, las normas jurídicas, y más en general el ordenamiento jurídico todo de un mercado interior están muy directamente orientados a la corrección de los efectos externos de las actividades económicas.*¹³

Desta forma, a AED busca carrear uma alocação eficiente dos recursos, demonstrando as externalidades positivas e negativas que atos alhures podem gerar no cenário financeiro-econômico, sob a ótica dos custos transacionais, tendo como fundamento, a escassez de recursos, a racionalidade, a incerteza e o individualismo metodológico.¹⁴

Nesse diapasão, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Thiago Caversan Antunes entendem que a AED é um método, onde:

¹¹ Vicente Bagnoli defende que “[...] a Ciência Econômica assume grande importância diante do conteúdo econômico do Direito, daí explicar o ato e o fato econômico disciplinado pelo Direito, sobretudo no campo da política econômica. Essa crescente interação entre Economia e Direito culmina nas análises e interpretações jurídico-econômicas.” BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. 6. ed. São Paulo: Atlas, p. 30, 2013.

¹² Ejan Mackaay e Stéphanie Rousseau a AED estabelece uma “[...] leitura do direito inspirada em conceitos econômicos”. MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU. Stéphanie. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, p.07, 2019.

¹³ AYALA, José Luiz Pérez de. *Direito e economia no Brasil*. Organizador Luciano Benetti Timm. 2. ed. São Paulo: Atlas, p.257-258, 2014.

¹⁴ Karin Bergit Jakobi e Marcia Ribeiro Carla Pereira a AED é uma “[...] corrente acadêmica interdisciplinar, formada por juristas e economistas, consiste na aplicação dos instrumentos econômicos aos fenômenos jurídicos, para examinar sua formação, sua estrutura, seus processos e os impactos do Direito e de suas instituições sobre o comportamento dos agentes econômicos e sobre as relações sociais, bem como a qualidade e eficiência dos instrumentos legais.”. JAKOBI, Karin Bergit; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *A análise econômica do direito e a regulação do mercado de capitais*. São Paulo. Editora Atlas SA, p. 30, 2014. Luiz Carlos Barnabé de Almeida estabelece que a AED “[...] se trata de uma corrente de pensamento que busca a utilização da teoria econômica para contribuir na administração dos conflitos realizados pela ciência jurídica.”. ALMEIDA, Luiz Carlos Barnabé de. *Introdução ao direito econômico: direito da economia, economia do direito, direito econômico, law and economics, análise econômica do direito, direito econômico internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 199, 2012.

[...] 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.¹⁵

Indo o pouco mais além, Ivo Gico orienta que AED busca uma

[...] aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito.¹⁶

Eric Posner faz uma importante alerta de que decisões judiciais [...] citam artigos econômicos e utilizam conceitos econômicos, como custos de transação e aversão ao risco, mas é difícil encontrar casos em que os juízes conscientemente confiam em um argumento econômico no sentido de justificar um resultado.¹⁷

Diante de todo esse cenário, a AED busca aplicar o método das ciências econômicas no Direito, fazendo uma análise da eficiência dos atos normativos, das decisões judiciais e demais atos emanados do Poder Público, sopesando as externalidades positivas e negativas, advinda dessas manifestações.

E toda essa teoria, está jungida na Lei da Liberdade Econômica, em especial nas diretrizes colacionadas no artigo 5º, conforme orientação subjacente.

4 DA ORDEM ECONÔMICA-FINANCEIRA, A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA E A AED

Conforme já mencionado noutra lugar, a ordem econômico-financeira estatal é fundamentada, dentre outras premissas, na livre concorrência.¹⁸ Com isso, ante a onda de vertentes liberais, ganhou-se destaque a liberdade econômica,¹⁹ sobretudo com a edição da Lei nº 13.874, que em seu artigo 5º²⁰, estabelece que não apenas as leis de conteúdo estritamente econômico, mas toda e qualquer alteração e edição de atos normativos, que carreguem consigo interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, devem ser analisadas a medida de impactos regulatória e econômica, conforme preconiza o disposto legal:

Em uma primeira análise, conforme já mencionado alhures, o Estado no exercício de seu poder regulador e legislativo, deve buscar fomentar o pleno desenvolvimento econômico-financeiro do país, culminando na liberdade

683

¹⁵ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. ANTUNES, Thiago Caversan. A precarização de Direitos Sociais no Brasil sob a perspectiva da análise econômica do Direito. *Revista Argumentum*. RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, v. 19, n. 2, pp. 381-396, ago. 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/593/290>. Acesso: 06 dez. 2019, p. 384.

¹⁶ GICO JUNIOR, Ivo. *Direito e economia no Brasil*. Organizador Luciano Benetti Timm. 2. ed. São Paulo: Atlas, p.14, 2014.

¹⁷ POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?*. São Paulo: Saraiva, p. 65, 2010.

¹⁸ Para Ana Carolina Squizzato a livre concorrência se dá quando “[...] a competição econômica se faz presente quando duas ou mais pessoas disputam o mesmo mercado com objetivo de lucro, revelando o chamado sistema ou ambiente concorrencial. Quando o sistema ou ambiente concorrencial é eficiente, a sociedade terá à sua disposição melhores produtos e serviços a menor custo e torna-se possível a manutenção econômica sadia do Estado em longo prazo.”. Partindo dessa premissa, Fernando Herren Aguillar (2016, p.41) atesta que “[...] nos últimos anos, em que há um claro predomínio de políticas liberalizantes, é notável como as escolas de pensamento no Direito Econômico são progressivamente influenciadas por metodologias que prestigiam o econômico mais do que o jurídico.”. SQUIZZATO, Ana Carolina. *Direito financeiro e econômico*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, p. 141, 2013.

¹⁹ Para Leonardo Vizeu Figueiredo a liberdade econômica “[...] consiste na manifestação da liberdade no ciclo econômico (produção, circulação/distribuição e consumo). Constitui o gênero que compreende duas espécies: liberdade de empresa, segundo a qual há livre escolha da atividade a desempenhar, bem como dos meios para o fiel desempenho, e a liberdade de concorrência, baseada na livre disputa de mercados, consoante previsão do artigo 1º, IV, in fine, bem como do artigo 170 e incisos, ambos da CRFB.”. Nesse sentido, João Bosco Leopoldino da Fonseca (2017, p. 43) sustenta que “[...] o legislador, ao editar normas de conteúdo econômico, deve estar sumamente atento à realidade econômica, que tem como uma de suas principais características a mutabilidade.”. FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, p. 89, 2016.

²⁰ Estabelece o artigo 5º, da Lei da Liberdade Econômica que as “[...] propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.”.

de empreender, de contratar, de exercer as mais diversas atividades econômicas existentes, garantindo aos indivíduos, que as leis sejam cumpridas de acordo com o que fora estabelecido.

A ordenança colacionada no artigo 5º da Lei da Liberdade Econômica, dentre outras finalidades, parece-nos que veio expurgar o obscurantismo e a insegurança que medidas legislativas possam causar no mercado, uma vez que mudanças abruptas, sem analisar os impactos econômico-financeiros, não favorecem o livre mercado, o que acaba, em última análise, maculando os princípios da livre concorrência, livre iniciativa e da liberdade de empreender.

Destarte, com a previsão legal de que os atos normativos, que interessam, de alguma forma, os agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, devam analisados seus impactos regulatórios e econômicos, inabilita a modificação abrupta do regime jurídico, com favorecimento da simetria das informações, da alocação eficiente de recursos, gerando a nosso ver, uma externalidade positiva para mercado, pois da estabilização das relações jurídicas, por intermédio de um disposto legal, que obriga o Poder Público a analisar os impactos regulatórios e econômicos de seus atos, favorece o livre mercado, a liberdade econômica, a boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade.

Não se pode olvidar que uma das premissas da AED é a eficiência, que busca teorização do mercado perfeito, onde todos os atores mercantis detêm simetria das informações para entabular seus negócios jurídicos, retirando toda surpresa e insegurança jurídica com modificações repentinas e que não sopesam seus impactos. Com isso, parece-nos que o artigo 5º, da Lei da Liberdade Econômica, efetiva axioma principiológico do artigo 170, da CF/88, em especial o da livre iniciativa, da livre concorrência e da liberdade de empreender, gerando um ambiente seguro, apropriado para se contratar e empreender.

Em uma segunda guisa análise, parece-nos que acerta o legislador ao estabelecer que a edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, devem ser analisados seus impactos econômicos, uma vez que a todo direito concedido, exige-se um custo, ainda mais se o direito a ser efetivado demanda de atuação positiva do Estado.

Pois, é sabido e tradicional que o Estado brasileiro perpassa por situações econômicas vexatórias, em virtude de uma péssima gestão administrativa, ineficiência na alocação de recursos, judicialização das garantias constitucionais, leis que concedem direitos, sem analisar o impacto econômico que tal medida cause nas contas públicas etc.

Conforme dados oficiais do próprio governo federal, a relação entre receita-despesa dos últimos 04 (quatro) anos, constata-se que o Estado ficou deficitário em todos eles, vejamos.

No ano de 2015, a receita estatal ficou em 2,67 trilhões de reais, as despesas em 2,88 trilhões de reais; no ano de 2016, a receita foi de 2,84 trilhões de reais, as despesas 2,95 trilhões de reais, em 2017, a receita ficou em 2,56 trilhões de reais, as despesas em 3,35 trilhões de reais, em 2018, a receita permeou 2,94 trilhões de reais, já as despesas em 3,46 trilhões de reais.

Nota-se que nos últimos anos, o Estado sempre gastou mais do que arrecadou e esses custos somam toda a despesa estatal, não apenas com pagamento de pessoal, mas também com a efetivação de plúrimos direitos sociais, tais como saúde, educação, lazer, assistência social, cultura, desporto e lazer, habitação, acesso à justiça etc.

A título de nota exemplificativa, no ano de 2019, segundo informações do governo federal, para garantir os direitos sociais, o Estado estima gastar com a previdência social R\$720,44 bilhões de reais, com a educação, R\$116,93 bilhões de reais, com a assistência social R\$92,36 bilhões de reais, com a cultura R\$1,89 bilhões de reais, com a cidadania R\$2,11 bilhões de reais, com a atuação essencial da justiça, R\$955,96 milhões de reais, com o desporto e lazer, R\$ 890,53 milhões de reais.

No que se refere ao dispêndio estatal para tentar garantir apenas os direitos sociais, o que já está positivado, as cifras são bilionárias, o que de fato causa um impacto nas contas públicas. Assim, apenas com as garantias de direitos sociais, em especial os de segunda geração, carregam consigo uma premissa de bem-estar social, de bem-estar a sociedade, outorgando lazer, cultura, educação, saúde etc.

Malgrado não se pode perder de vista, que toda essa malha garantista, gera ao Estado uma obrigação de fazer, que tem seus custos e impactos econômico-financeiros.

É imperioso que se tenha uma congruência entre a efetivação dos direitos sociais e o equilíbrio econômico-financeiro do Estado, pois não basta apenas prever os direitos, mas torna-se forçoso efetivá-los, devendo a sociedade senti-los em sua totalidade, sob pena de ser uma mera transcrição sem vida.

Nesse sentido, Luiz Fux (2019), em uma palestra proferida na Fundação Getúlio Vargas (FGV), traz a seguinte indagação: “[...] Será possível encontrar um ponto de convergência entre (a) o equilíbrio econômico-financeiro da Previdência Social (direitos sociais) sem comprometer (b) o bem-estar dos cidadãos e o mandamento de justiça social?”²¹

É de notar que a Lei da Liberdade Econômica, não apenas refere-se às tratativas dos direitos sociais, sem embargo vai além, pois estabelece que toda edição ou modificação de atos normativos, que de alguma forma, importe em interesse geral dos agentes econômicos ou na prestação dos serviços públicos, devem compulsar a razoabilidade do impacto de tais mutações legislativas.

Tal dispositivo infraconstitucional, tenta racionalizar o gasto público, incutindo na mentalidade dos alcaides e do Poder Legislativo, a obrigatoriedade de analisar os impactos de seus atos.

Nesse viés, convém mencionar o entendimento de José Mauricio Conti ao lavrar “[...] a necessidade de se ter uma administração pública preparada para operacionalizar o gasto público de forma rápida e eficiente, pois a liberação tardia do recurso pode até mesmo inviabilizar a finalidade para a qual seria destinado.”²²

Dentro de todo esse cenário, em última instância, também se observa a AED, pois ante a escassez de recurso e a determinação de efetivação de diversos direitos, deve-se existir a alocação eficiente de recursos, trazendo o equilíbrio econômico-financeiro do país, preservando toda malha garantista de direitos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto a ciência econômica pode ser utilizada como método na busca da eficiência do Direito, demonstrando os impactos regulatórios das manifestações dos representantes populares, dos alcaides e do Poder Judiciário.

Com isso, torna-se imperioso que os resultados econômico-financeiros das mutações legiferantes sejam considerados, na busca de garantir um ambiente seguro, com simetria das informações, não desprezando as externalidades positivas ou negativas advindas de qualquer manifestação pública, o que, certamente trará a geração de um ambiente seguro, com reduzíssemos custo de transação e preservação das avenças.

Conforme mencionado noutra lugar, a recém-incorporada Lei da Liberdade Econômica, busca justamente analisar e estabelecer esses impactos econômico-financeiros, disciplinando a necessidade de se um compulsar um marco regulatório que a edição ou alteração de atos normativos podem causar no país.

Pois, conforme mencionado no artigo 170, da CF/88, o Estado é um agente que detém o poder regulatório para criar normas que garantem a liberdade para o desenvolvimento da atividade econômica, para valorizar a dignidade da pessoa humana, o pleno exercício do trabalho, a livre concorrência e responsabilidade na criação de atos normativos.

E foi justamente para garantir todas essas premissas axiológicas, que o artigo 5º, da Lei da Liberdade Econômica, estabeleceu a necessidade de se analisar os impactos econômicos que mudanças legislativas, seja para edição ou alteração de atos normativos, acarretam para o sistema econômico pátrio, compulsando a plausibilidade e razoabilidade da medida a ser tomada.

²¹ De mais a mais, na mesma palestra, o ministro do STF (2019) lembra os dizeres de Guido Calabresi e Phillip Bobbit, ao mencionar que “[...] o Poder Judiciário não pode esquecer que está inserido em um ambiente político-econômico de recursos limitados no qual, não raras vezes, o Poder Público necessita realizar verdadeiras ‘escolhas trágicas’ na medida em que elege como alocar tais recursos escassos.” FUX, Luiz. Equilíbrio das contas públicas depende da atuação conjunta dos Três Poderes. In Palestra na Fundação Getúlio Vargas (FGV). Migalhas. Disponível: em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI298614,31047-Equilibrio+das+contas+publicas+depende+da+atuacao+conjunta+dos+Tres>. Acesso: 23 out. 2019.

²² CONTI, José Mauricio. Levando o direito financeiro a sério: a luta continua. 2. ed. São Paulo: Blucher, p.226 2018.

Ao que nos parece, a Lei nº 13.874, em seu artigo 5º, tenta, ao menos perfunctoriamente, estabelecer um ponto de equilíbrio entre as garantias sociais e o dever de responsabilidade com as contas públicas, ao propor, que qualquer edição ou alteração de atos normativos, análise os impactos regulatórios e econômicos das medidas, a ponto de sopesar se o Estado possui condições de arcar financeiramente com as mudanças.

Pois não se pode perder de vista, que a manifestação social é um vetor importante para as proposições legislativas, seja para sua criação ou para alteração. Fato que as modificações podem impactar, em certa medida, o comportamento humano, pois os indivíduos podem deixar de fazer algo, ou até mesmo fazer determinado ato, em decorrência das consequências jurídicas.

De mais a mais, veio o artigo 5º, garantir o livre mercado, o que acaba, em última análise, maculando os princípios da livre concorrência, livre iniciativa e da liberdade de empreender, pois a eficiência metodológica da AED, busca pela teoria do mercado perfeito, onde todos os atores mercantis detêm simetria das informações para entabular seus negócios jurídicos.

Nessa senda, considerando que a ciência econômica se traduz em um importante método de análise comportamental, o Direito não pode, salvo melhor juízo, se furtar de compulsar os impactos econômico-financeiro de suas determinações.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

686

ALMEIDA, Luiz Carlos Barnabé de. **Introdução ao direito econômico: direito da economia, economia do direito, direito econômico, law and economics, análise econômica do direito, direito econômico internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AYALA, José Luiz Pérez de. **Direito e economia no Brasil**. Organizador Luciano Benetti Timm. 2. ed. São Paulo: Atlas, p.257-258, 2014.

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. [Lei da Liberdade Econômica]. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso: 10 dez. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da

República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso: 02 dez. 2019.

BRASIL. [Medida Provisória da Liberdade Econômica]. **Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm#:~:targetText=MEDIDA%20PROVIS%3%93RIA%20N%C2%BA%20881%2C%20DE%2030%20DE%20ABRIL%20DE%202019&targetText=Institui%20a%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Direitos,regulat%C3%B3rio%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.&targetText=Art.,-1%C2%BA%20Fica%20institui%C3%ADda Acesso: 10 dez. 2019.

BRASIL. Governo Federal. **Contas da União**. Disponível: <http://www.portaltransparencia.gov.br/>. Acesso 22 out. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CONTI, José Mauricio. **Levando o direito financeiro a sério: a luta contínua**. 2. ed. São Paulo: Blucher, 2018.

FERRER. Walkiria Martinez Heinrich; ROSSIGNOLI. Marisa. Constituição Federal e Direitos Sociais: Uma análise econômica e social do atual Estado Brasileiro. **Revista Argumentum**. RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, v. 19, v. 1, pp. 27-50, abr. 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/557/271>. Acesso em: 05 dez. 2019.

FERREIRA. Jussara Suzi Assis Borges Nasser. ANTUNES. Thiago Caversan. A precarização de Direitos Sociais no Brasil sob a perspectiva da análise econômica do Direito. **Revista Argumentum**. RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, v. 19, v. 2, pp. 381-396, Ago. 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/593/290>. Acesso: 06 dez. 2019.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FUX, Luiz. Equilíbrio das contas públicas depende da atuação conjunta dos Três Poderes. In **Palestra na Fundação Getúlio Vargas (FGV)**. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI298614,31047-Equilibrio+das+contas+publicas+depende+da+atuacao+conjunta+dos+Tres>. Acesso: 23 out. 2019.

GICO JUNIOR. Ivo. **Direito e economia no Brasil**. Organizador Luciano Benetti Timm. 2. ed. São Paulo: Atlas, p.14, 2014.

JAKOBI, Karin Bergit; RIBEIRO. Marcia Carla Pereira. **A análise econômica do direito e a regulação do mercado de capitais**. São Paulo. Editora Atlas s.a, 2014.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**. 9. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU. Stépane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MARTINS. Ives Gandra da Silva; PASIN. João Bosco Coelho. **Direito financeiro e tributário comparado: estudos em homenagem a Eusebio González García** (in memoriam. (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2014.

POSNER, Eric. **Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SQUIZZATO, Ana Carolina. **Direito financeiro e econômico**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VIEIRA. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.