



Análise econômica do direito e direito do trabalho: eficiência socioeconômica para expansão dos direitos sociais

Law and economics and labour law: socioeconomic efficiency to expand social rights

Felipe Buril Fontes^{*}

Jailton Macena de Araújo^{**}

REFERÊNCIA

FONTES, Felipe Buril; ARAÚJO, Jailton Macena. Análise econômica do direito e direito do trabalho: eficiência socioeconômica para expansão dos direitos sociais. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 51, p. 140-169, abr. 2023. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.124814>.

RESUMO

O desenvolvimento tecnológico tem causado grandes mudanças no mundo do trabalho, o que apenas parcialmente tem sido acompanhado pelo direito do trabalho. À medida que as formas tradicionais de trabalho se tornam cada vez mais minoritárias, novas formas de análise jurídica devem ser utilizadas para garantir a expansão do estado de bem-estar social brasileiro. A Análise Econômica do Direito (AED), escola de pensamento surgida nos Estados Unidos na metade do Século XX, se propõe a abordar e avaliar leis, decisões judiciais e institutos jurídicos do ponto de vista da lógica econômica, analisando o impacto que causam na sociedade e avaliando tais impactos em comparação com a intenção original do administrador público. Essa abordagem pode contribuir para os estudos relacionados ao direito do trabalho, levando em consideração o papel das instituições e das organizações na ordenação social, principalmente em um período em que empresas de tecnologia criam novas formas de trabalho – a exemplo dos profissionais de aplicativos. O estudo utilizou-se de análise bibliográfica e da metodologia hipotético-dedutiva para avaliar a possibilidade de aplicação da AED ao modelo justralhista, buscando entender as possíveis contribuições dadas por essa escola de pensamento ao direito brasileiro. Concluiu-se que não há óbice à aplicação da AED ao direito do trabalho, sendo essa teoria importante instrumento de análise empírica dos impactos das condutas institucionais na relação social, bem como que a análise econômica do Direito do Trabalho pode se configurar em importante instrumento para expansão dos direitos sociais ao contemplar a ideia de eficiência socioeconômica.

PALAVRAS-CHAVE

Direito do trabalho. Análise econômica do direito. Direito e economia. Expansão dos direitos sociais. Futuro do direito do trabalho.

^{*} Doutorando em Direitos Sociais, Regulação Econômica e Desenvolvimento pelo PPGCJ/UFPB. Mestre em Direito do Trabalho e Teoria Social Crítica pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Advogado inscrito na OAB/PE.

^{**} Doutor em Ciências Jurídicas, área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento, pela Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direito Econômico, pela Universidade Federal da Paraíba. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Docente do Curso de Direito, vinculado ao Departamento de Direito Processual e Prática Jurídica (DDPPJ), do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) da UFPB. Atualmente é Editor Gerente da *Prim@ Facie*, Revista do PPGCJ.



**ABSTRACT**

Technological development has caused major changes in the world of work, which has only partially been accompanied by labor law. As traditional forms of work become increasingly in the minority, new forms of legal analysis must be used to ensure the expansion of the Brazilian welfare state. The Economic Analysis of Law (AED), a school of thought that emerged in the United States in the mid-twentieth century, proposes to approach and evaluate laws, judicial decisions and legal institutes from the point of view of economic logic, analyzing the impact they have on society. and evaluating such impacts against the public administrator's original intent. This approach can contribute to studies related to labor law, addressing the role of institutions and organizations in social order, especially in a period when technology companies create new ways of working – such as application professionals. The study used bibliographic analysis and the hypothetical-deductive methodology to evaluate the possibility of applying the AED to the jurist model, seeking to understand the possible contributions made by this school of thought to Brazilian law. It was concluded that there is no obstacle to the application of the AED to labor law, and this theory is an important instrument for empirical analysis of the impacts of institutional conduct on social relations, as well as that the economic analysis of Labor Law can be configured as an important instrument for expansion of social rights by contemplating the idea of socioeconomic efficiency.

KEYWORDS

Labour law. Economic analysis of law. Law and economics. Social rights' expansion. Labour law's future.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. História da Análise Econômica do Direito. 3. Postulados da Análise Econômica do Direito e o direito do trabalho. 3.1 Teoria da escolha racional. 3.2 O Conceito de Eficiência: Pareto e Kaldor-Hicks. 3.3 Teorema de Coase. 3.4 Teoria dos jogos. 4. Postulados da Análise Econômica do Direito e o direito do trabalho. 5. Conclusão. Referências. Dados da publicação.

1 INTRODUÇÃO

O sistema jurídico, enquanto campo aberto para a solução de conflitos e conformação das relações sociais, a partir da regulação, acaba sendo fortemente influenciado pelo conjunto de interesses econômicos que definem e parametrizam as relações econômicas. Por essa razão, no campo da conformação social e jurídica, a economia – ou sua influência sobre os elementos da vida, passaram a ser parte essencial da hermenêutica jurídica, nos seus campos da aplicação da norma, produção do direito e integração das lacunas.

A essa evidência, surgem as teorias que constroem, a partir do forte impacto das relações econômicas na vida humana, a Análise Econômica do Direito (AED). De modo a se debruçar sobre a sua importância e influência nos campos da vida social, estabelece-se um conjunto de reflexões, as quais partem da conformação histórica de seus delineamentos principais (teorias e temas que são tratados em variadas áreas das ciências sociais, a exemplo da filosofia, da sociologia e da ciência política, mas que são oriundos da economia e da matemática, como, por exemplo, a Teoria da Escolha Racional, a ideia de Eficiência – em suas várias óticas –, a Teoria da Escolha Pública, a Teoria dos Jogos, etc.) como parte de um apanhado essencial para se compreender as interações entre os fenômenos econômico e jurídico, especialmente na seara laboral.





Considerando o aspecto social do direito do trabalho e os vários princípios protetivos que o embasam – tornando o contrato de trabalho uma figura *sui generis* dentre os tipos contratuais, por reconhecer na figura do empregado um hipossuficiente a ser protegido –, a constatação das particularidades das relações de trabalho acabam determinando uma zona cinzenta quanto à aplicabilidade de postulados como, por exemplo, a lei da oferta e da demanda, a escassez e a Teoria da Escolha Racional na relação entre capital e trabalho.

Tendo em vista o crescimento da AED no Brasil, é de especial importância o conhecimento das categorias tratadas por essa teoria, mormente em se considerando que cada vez mais a AED abrange novos temas e áreas a serem pesquisadas. Se, no início, a AED era tratada majoritariamente sob a ótica da microeconomia – como feito por Richard Posner e pela Escola de Chicago –, na atualidade já se é possível falar em várias óticas de pesquisa, que vão da abordagem neoclássica ao neoinstitucionalismo.

A pergunta-problema deste artigo é: é possível coadunar as teorias da Análise Econômica do Direito com o direito do trabalho? Ou o caráter social e essencialmente protetivo desse ramo do direito não possui paralelos com a visão econômica, de modo a ser impossível encontrar conexões hermenêuticas? Questiona-se acerca dessa possibilidade uma vez que existem posicionamentos no sentido de incompatibilidade entre os direitos sociais e a Análise Econômica do Direito, uma vez que a análise da eficiência pode se contrapor a medidas redistributivas e de proteção social; por outro lado, a economia é parte indissociável dos direitos sociais, uma vez que estes dependem de atuação estatal positiva para sua implementação.

Pretende-se estabelecer as conexões entre as teorias e elementos que compõem a AED com as reflexões acerca do papel protetivo e centrado na atuação estatal dos direitos sociolaborais, buscando-se estabelecer um ponto comum em que a eficiência das políticas públicas seja parte dos ganhos socioeconômicos, capaz de reconhecer a relação economia e trabalho, também pelo viés da justiça social, ditame da ordem econômica brasileira.

Parte-se de uma abordagem metodológica hipotético-dedutiva, reconhecendo-se no aspecto mais amplo a influência da AED nos campos e relações sociais, as quais determinam sua evidente aplicação nas relações e contratos de trabalhos, os quais demandam por parte do aplicador do direito uma concepção holística das relações entre direito e economia. Funda-se, o campo da pesquisa na análise bibliográfica, a partir da articulação das ideias dos campos da AED e do direito do trabalho, à luz das reflexões de marcos teóricos como Posner (2014), no campo econômico e Yeung (2017), nas reflexões acerca da interrelação economia e trabalho.





2 HISTÓRIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A AED é um movimento que tem relação direta com o imperialismo econômico¹, e com o realismo jurídico (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015), mas também com o pragmatismo norte-americano. Por basear-se em teorias econômicas para explicar aspectos jurídicos das normas, contrapõe-se ao tradicionalismo e ao formalismo, que rejeitam a interdisciplinaridade entre o direito e outros ramos das ciências sociais.²

De forma bastante simplista, pode-se afirmar que a AED é a aplicação de conceitos econômicos ao direito. Parte do pressuposto de que os agentes são racionais e respondem a incentivos, e que as instituições públicas, em seu papel de ordenação social, atuam como os principais criadores de incentivos no mercado, seja para estimular ou para restringir uma conduta. A partir dessa ótica passa a ser possível avaliar a atuação institucional tanto no que concerne ao papel direto do judiciário, ou seja, o papel que as decisões judiciais e os precedentes possuem tanto no mundo jurídico quando na sociedade, quanto sobre as normas – incluindo-se aqui tanto as regras quanto os princípios).

No caso das decisões judiciais, as pesquisas envolvendo AED visam analisar a eficiência, o intuito original e os impactos reais acarretados pela decisão - se estão de acordo ou não com os valores originalmente buscados pelo julgador, bem como quais externalidades (positivas ou negativas) ocasiona. Já no caso das normas a atenção volta-se para o legislador e para os fundamentos da lei, bem como para a forma como o mercado e a sociedade reagem aos incentivos propostos pela legislação. Sobre esses aspectos, aponta Alvarez (2006, p. 57):

Sob a ótica econômica, o agente é guiado por um padrão de conduta configurado pelos seguintes pressupostos: primeiro, a maximização e racionalidade no comportamento. Os indivíduos têm a capacidade de ordenar suas preferências e escolher as que mais lhe satisfazem a partir do suposto paradigma do cálculo racional, o que não implica que de fato os indivíduos se comportem dessa forma. Segundo, as preferências são estáveis, no sentido de que, via de regra, não variam e nem são afetadas pela ação de terceiros. Terceiro, os titulares são os melhores conhecedores do valor de suas coisas. E quarto, o princípio do equilíbrio, no sentido de que a tendência é somente alterar-se as situações na possibilidade de melhora. Conclui-se, portanto, que, fixada a prioridade da teoria da ação racional econômica e fixado o fim da referida ação na eficiência econômica, o direito na perspectiva da AED converte-se num conjunto de incentivos e guias que encaminham a conduta dos indivíduos para a consecução do

¹ Imperialismo econômico é um termo ocasionalmente utilizado de forma crítica para apontar a aplicação de conceitos econômicos a uma grande gama de áreas das ciências sociais, muitas vezes desvirtuando paradigmas dessas ciências. Essas críticas costumam ser, em alguma medida, aplicadas analogicamente à AED, uma vez que busca uma aproximação entre direito e economia.

² Nesse sentido, e apesar de possuírem abordagens distintas e em vários sentidos opostas, a Análise Econômica do Direito possui semelhança com a *Critical Legal Studies*, como apontado por Alvarez (2006), já que ambas negam o tradicionalismo e buscam embasar as pesquisas jurídicas com teorias multidisciplinares.





fim específico que deve perseguir o direito, qual seja, a consecução da eficiência econômica.

Como se pode vislumbrar, a principal finalidade da AED é perquirir a racionalidade econômica que envolve as decisões dos agentes econômicos (estatal ou privado) quanto às suas intenções e objetivos. Mas não apenas isso, é preciso reconhecer que na interação social, muitas são as determinantes que influenciam a racionalidade dos agentes, especialmente quando se considera o campo da normatividade. A esse respeito, Pinheiro e Saddi (s.d., p. 17, *apud* CARVALHO, 2015, p. 80) apontam:

Pode-se afirmar inicialmente que o fenômeno do Direito (e por consequência, o da justiça) segundo Packer e Erlich é multidimensional no sentido de que tem ingerência de fundamentos históricos, filosóficos, psicológicos, sociais, políticos, econômicos e religiosos. No entanto, a maneira em que se vê o Direito, tradicionalmente, é sempre por meio instrumental, ou seja, o Direito é uma das formas para que, se adotadas certas premissas, se possa promover a igualdade, a justiça e a equidade numa dada sociedade. Ora, no âmbito do Estado Moderno tal visão instrumental está muito distorcida e divorciada da realidade: além de não poder ser entendido apenas por seu papel dogmático, o Direito é fruto de uma dada época histórica que tem, principalmente, determinantes econômicos.

A relação entre direito e economia é antiga. É possível encontrar antepassados distantes em Nicolau Maquiavel, Thomas Hobbes e John Locke (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015), mas também nas teorias de David Hume, Cesare Beccaria e, posteriormente, nos estudos utilitaristas de Jeremy Bentham (HYLTON, 2005). A ideia de utilizar conceitos econômicos para explicar os impactos sociais das políticas públicas ou das decisões judiciais perpassa vários pesquisadores desde o surgimento da sociedade moderna, mas foi com as teorias de Adam Smith que a economia deu um salto teórico na direção dos fundamentos da teoria econômica moderna. As observações de Smith acerca do mercado, da dinâmica de preços e da racionalidade dos indivíduos acabam por lançar as bases da ciência econômica, possibilitando, no Século XX, o surgimento da atual Análise Econômica do Direito.

Esses antecedentes históricos não refletem necessariamente o que viria a se tornar a escola da AED atual, encabeçada inicialmente por economistas e só posteriormente por juristas. Originalmente, os principais nomes na construção de uma teoria racional da AED foram Ronald Coase, Richard Posner, Guido Calabresi e Gary Becker (SILVA; STAACK, 2017), cuja origem norte-americana ou britânica determinou a aplicação da teoria ao modelo do *common law*, ao menos nesse momento inicial – o que acarretou críticas à possibilidade de sua aplicação no modelo do *civil law*.





Trimmarchi, por sua vez, numa tentativa de ampliar o campo de aplicação da AED, atuou para adaptar o *Law and Economics* ao direito civil, demonstrando que a busca por eficiência pode ser aplicada também ao modelo civilístico (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN, 2005), além da possibilidade de aplicação de outros conceitos não-necessariamente mercadológicos utilizados pela economia, como é, por exemplo, o caso da Teoria dos Jogos.

No mesmo sentido ampliativo do reconhecimento da influência econômica no campo do direito, em 1937 Ronald Coase publicou *The Nature of the Firm*, analisando economicamente a natureza das empresas e das entidades comerciais.³ Aaron Director, entre 1940 e 1950, atuando como professor na Universidade de Chicago, desenvolveu linhas de estudo sobre a relação entre direito e economia, baseando-se em postulados da economia neoclássica, que viriam a tornar-se um dos paradigmas da Escola de Chicago, e buscando aplicar uma ótica economicista ao direito, apresentando aos advogados uma nova maneira de enxergar a ciência jurídica (HEINEN, 2012).

Posteriormente, em 1960, Ronald Coase publicou *The Problem of Social Cost*, criticando a tutela centralizada do Estado e apontando como a autodeterminação dos indivíduos e o mercado podem ocasionar uma eficiente distribuição dos recursos escassos e dos direitos de propriedade – daí o surgimento do Teorema de Coase, discutido mais profundamente na seção seguinte. Coase inaugura o que alguns pesquisadores chamam de uma “nova fase” das pesquisas em Análise Econômica do Direito, quando as pesquisas passaram a abranger áreas jurídicas não diretamente relacionadas à economia (HEINEN, 2012).

Em 1961 Guido Calabresi, um jurista, publica *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, aplicando a análise econômica à lei de danos e responsabilidade civil norte-americana. Essa intervenção foi importante por marcar o crescimento da presença de juristas no movimento da AED. Nesse período a grande maioria dos pesquisadores e teóricos do movimento ainda era de economistas (MACKAAY, 2000), mas o surgimento acadêmico de Guido Calabresi e de Henry Manne facilitaram o ingresso cada vez maior de juristas, uma vez que o convencimento dos operadores do direito não foi a princípio garantido.

Richard Posner, que viria a se tornar um dos maiores nomes da AED, publicou em 1973 o livro *Economic Analysis of Law*, expandindo a análise econômica para várias áreas da ciência

³ Segundo Calabresi (2016), Coase nessa época filiava-se à corrente socialista e buscava mostrar que havia aspectos do controle central (ou seja, da ordenação social por parte do estado nos moldes do socialismo real) que eram preferíveis, do ponto de vista da eficiência, à ordenação por parte do mercado. Posteriormente viria a tornar-se um libertário e inverteria a lógica, apontando a preferência da ordenação mercadológica sobre a administração centralizada.





jurídica e solidificando, assim, a teoria da AED (HEINEN, 2012).⁴ Seu papel foi importante por expandir e dotar de coesão a AED, que até então encontrava-se limitada a aspectos específicos do direito, como no caso das empresas e das externalidades, para Coase, e da responsabilidade civil para Calabresi. Posner também viria a ocasionalmente se tornar o primeiro editor do *Journal of Legal Studies* e passaria a dominar o movimento da AED pelos dez anos seguintes (MACKAAY, ROUSSEAU, 2015).⁵ Sobre a importância da publicação de Posner para a comunidade jurídica norte-americana, aponta Mackaay (2000, p. 76):

O livro de Posner foi escrito por um advogado, para advogados, em um estilo claro e direto. Ele manteve-se distante do jargão economicista e adotou as bem-conhecidas distinções entre os campos do direito. Analisou bem-conhecidas doutrinas legais passando por todo o espectro da lei. O livro “*Economic Analysis of Law*, de Posner, que foi publicado em 1973, soou mais explicitamente o moderno tema do imperialismo econômico: nomeie o campo legal e eu o mostrarei como alguns poucos princípios fundamentais de teoria dos preços dita a implícita estrutura econômica desse campo” (Epstein, 1977, p. 1168). Enquanto essas funcionalidades certamente contribuíram para o seu sucesso, o fator decisivo pode muito bem ser encontrado no ponto central do livro: a tese da eficiência da *common law*.⁶

A principal contribuição de Posner, aponta Heinen (2012, p. 7), foi a de mostrar que “os fenômenos sociais [...] podem ser explicados a partir dos indivíduos e seu comportamento racional. A ideia de escolha individual racional sustenta, portanto, toda sua análise do direito.” Tal influência e capacidade de assimilar conceitos e promover *outputs* precisos na seara jurídica tornaram Posner, ainda hoje, o principal expoente da AED. Isso se deu apesar de a empolgação inicial ter encontrado limites nas décadas de 70 e 80 ante as críticas que o conjunto teórico da AED passou a receber. As críticas foram direcionadas não apenas a Posner, mas todos os principais nomes que alçaram a Análise Econômica do Direito a um posto privilegiado perante a comunidade jurídica norte-americana. Várias objeções foram feitas aos postulados e à metodologia utilizada pelos teóricos adeptos dessa corrente, levando à necessidade de revisão de conceitos e ao surgimento de novos ramos de pesquisa dentro do movimento. Apesar de

⁴ Curiosamente, Posner (2009) adotou os postulados da teoria neoclássica apenas até meados da crise financeira de 2008, quando se tornou um keynesiano, após refletir sobre os problemas econômicos que levaram à crise.

⁵ Prova dessa relevância é a obra de Coase, *The Problem of Social Cost*, considerado o artigo legal mais citado nos Estados Unidos (SHAPIRO; PEARSE, 2012).

⁶ No original: “*Posner’s book was written by a lawyer for lawyers in a clear and straightforward style. It steered clear of economic jargon and adopted the lawyer’s well-known distinctions amongst fields of law. It analysed well-known legal doctrines across the entire spectrum of the law. ‘Posner’s Economic Analysis of Law, which first appeared in 1973, sounded most explicitly the modern theme of economic imperialism: You name the legal field, and I will show you how a few fundamental principles of price theory dictate its implicit economic structure’ (Epstein, 1977, p. 1168). While these features no doubt contributed to its success, the decisive factor may well have lain in the substance of the book: the efficiency thesis of the common law*” (tradução dos autores).





terem iniciado nesse período os debates acerca da validade da AED, tem-se que, atualmente, a AED não está imune a antagonismos.⁷

À medida que a AED passou a ser fator primordial na compreensão do fenômeno jurídico, novas e mais contundentes críticas surgiram. É nesse sentido que Alvarez (2006) aponta duas críticas que são feitas à AED a partir da teoria de Hans Küng (2000): a primeira é feita a partir da ideia da ética global, criticando o imperialismo econômico e apontando que a sociedade é mais que o *homo economicus*, devendo subordinar os resultados econômicos a objetivos humanos e sociais, não se podendo sacrificar a dignidade da pessoa humana em nome da plena liberdade econômica. Nessa toada, aponta que os mecanismos de mercado também devem ser regidos por valores políticos e éticos para além da mera ideia de eficiência. A segunda crítica explicita as características de um novo sistema de ética econômica. Ainda amparado na teoria de Küng, Alvarez (2006, p. 60-61) aduz que:

[...] torna-se necessário um novo paradigma de ética econômica que una a racionalidade econômica e a orientação ética fundamental com as seguintes constantes e variáveis: primeiro, a distinção (em política e economia) entre ideais e realidades; segundo, as normas éticas da economia não são soluções fixas transcendentais nem podem deduzir-se da natureza essencial do homem, mas surgiram historicamente com base em determinadas exigências, prioridades e necessidades vitais; e terceiro, resulta simplificação ingênua reduzir toda a problemática da economia e moral à alternativa ganho ou sentimento.

Sob outro viés, Pierre Dardot e Christian Laval (2016), teóricos marxistas, também criticam a AED de base neoclássica por ser uma influência do neoliberalismo e uma tentativa do capital de alienar e reificar os trabalhadores, criando novos “sujeitos neoliberais” a partir do momento em que entende o empreendedorismo como um valor inerente e indispensável à sociedade capitalista.

No Brasil críticas também são feitas por aqueles que se opõem às raízes neoclássicas da AED, como é o caso por exemplo de Heinen (2012, p.8), que, concordando com a crítica de Dardot e Laval, afirma:

⁷ A esse respeito, Mackaay (2000) aduz que a partir da década de 70 a abordagem de Chicago para a Análise Econômica do Direito passou a ser criticada pelos institucionalistas. Segundo o autor, são cinco as maiores críticas: I) a eficiência não poderia ser a fundação dos direitos de propriedade, já que para qualquer distribuição uma alocação eficiente de recursos pode ser encontrada – logo a tese da eficiência é circular; II) a tese da eficiência não é empiricamente verificável; III) critica-se o caráter trans-histórico da tese da eficiência; IV) a subjetividade dos valores implica em não se saber ao certo o que seria, de fato, eficiente – e para quem –, o que levou Posner a utilizar o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks nesse caso em detrimento do de Pareto; V) a quinta crítica trata da origem da lógica da eficiência, que não pode ser explicada desde os seus primórdios. Ao final o autor diz que essas críticas não conseguiram destruir a AED, e o que fizeram foi de fato amadurecer a corrente teórica, fazendo com que a AED abrangesse outros ramos como os já mencionados acima.





A avaliação de questões jurídicas por meio das ferramentas econômicas poderia possibilitar a quantificação e a criação de um sistema de informações semelhante ao mecanismo de preços, facilitando, assim, o processo decisório dos magistrados e também a adoção de determinadas normas pelo legislativo. Os argumentos de Posner, porém, apesar de almejarem o alcance da eficiência pelo caminho supostamente “natural” da economia, implicam a imposição de padrões, práticas e maneiras de pensar e agir vinculadas a uma perspectiva econômica (o neoliberalismo) para as mais diversas áreas da vida mediadas pelo judiciário e pelo legislativo. Esse transplante da lógica neoliberal para o direito não é, porém, neutro. Poder-se-ia afirmar, com apoio em Dardot e Laval (2010) que a AED-Chicago se configura como um dos mecanismos de reconfiguração do Estado neoliberal, que passa a atuar como difusor daquelas que são consideradas as “melhores práticas” pelo sistema econômico.

Além desses, Cunha (2017, p. 8) critica a AED no que concerne ao ideal de eficiência delimitado por Posner, dizendo que esse conceito é “*problemático, visto que as leis não podem ter como função maximizar a riqueza de indivíduos, nem devem os magistrados atuar como economistas, objetivando primariamente a potencialização econômica de suas decisões.*”

Foi a partir da evolução decorrente das críticas que se passou a utilizar mais intensamente teorias externas à dinâmica da eficiência, como, por exemplo, a Teoria dos Jogos, a Economia Comportamental baseada no Behaviorismo e a Teoria da Escolha Racional. A AED saiu do modelo neoclássico de dominação da Escola de Chicago e passou a ter várias abordagens diferentes, como a Análise Econômica do Direito e das Organizações, defendida por Rachel Sztajn e Décio Zylberstajn (2005); a Escola de Yale encabeçada por Guido Calabresi; a Nova Economia Institucional representada por Douglass North; e a Escola da Escolha Pública, dentre outras (HEINEN, 2012).

Essa diversificação é o traço marcante da Análise Econômica do Direito na atualidade. Há uma grande heterogeneidade tanto dos paradigmas quanto das metodologias utilizadas para as pesquisas, a respeito das quais Mackaay e Rousseau (2015, p. 15-16) refletem:

A concepção dinâmica da concorrência, o papel do empreendedorismo e da inovação, sobre os quais a Escola Austríaca chamara a atenção, fazem parte da análise econômica do direito sob a perspectiva da principal corrente [...]. Durante o primeiro decênio [do século XX], aumentaram, também, o número e a pertinência de estudos históricos e empíricos na área. A produção de textos ligados à análise econômica do direito persiste em ritmo crescente. Os debates críticos do final dos anos 1970 deram lugar à ampliação das bases e, dessa forma, do potencial da análise econômica do direito.

Ante a utilização de bases teóricas tão variadas, fica patente a inovação conceitual representada pela AED, especialmente para ramos da ciência jurídica que não costumam lidar diretamente com pesquisa empírica e inovação, sobre o qual Luciana Yeung (2017, p. 894) se pronuncia no seguinte sentido:





A análise econômica se diferencia da análise dogmática e doutrinária, mais tradicionais do Direito, pois: (i) coloca, a todo momento, suas análises a teste de falseabilidade por fatos e evidências das observações do mundo real, como preconizam os filósofos das ciências, como Karl Popper; (ii) tenta isentar-se de roupagem ideológica, no intuito de, partindo de premissas (hipóteses) testáveis, coletar observações empíricas em quantidade e/ou representatividade significativa do objeto que se quer estudar, para só assim, gerar conclusões; (iii) tem como intenção gerar previsões de eventos futuros com base em observações objetivas de fatos do passado (como mostrado no item anterior); (iv) não sobrevive a argumentos *argumentum ad verecundiam*, pois pode ser refutada caso a metodologia empregada, ou os dados usados para se chegar a determinada conclusão não se sustentarem pela observação de outros autores. Desta forma, a análise econômica pretende gerar conhecimento e conclusões que sejam mais objetivas, de sustentação sólida perante fatos e dados coletados por diferentes autores ao longo do tempo e do espaço, isenta de opiniões e valores pessoais, e com grande poder preditivo do futuro.

Como se pode vislumbrar, a falseabilidade passa a ser reconhecida como parte de um processo claramente acostado à compreensão científica, que acaba reforçando a importância da AED como mecanismo capaz de buscar possibilidades reais e, em alguma medida, “testáveis” para a realidade, o que acaba conferindo uma sobrevida e uma importância aceita ainda hoje.

Atualmente, tanto no Brasil quanto no exterior, a AED é uma teoria que perpassa os mais variados ramos e temas do universo jurídico, da responsabilidade civil à responsabilidade penal, abordando temas de direito do trabalho (salário-mínimo, reforma trabalhista, etc.), direito civil (contratos, responsabilidade civil e desapropriação, majoritariamente), direito empresarial (*compliance*, sociedades, etc.), direito tributário (evasão fiscal e aspectos econômicos dos tributos), dentre outros.⁸

Um exemplo desse desenvolvimento é a Análise Econômica do Direito baseada na Nova Economia Institucional. Para esse modelo, os agentes são afetados pelas instituições em suas condutas, não sendo elas, portanto, absolutamente livres para decidir (como afirmado pela escola neoclássica), de modo que são possuidores de racionalidade limitada (SZTAJN; ZYLBERSTAJN, 2005). As instituições, ao definirem as normas regedoras da sociedade, condicionam a conduta dos agentes. É por isso que, por essa escola, não se pode analisar a ação dos agentes sem levar em conta o contexto em que estão inseridos, nem se pode analisar as normas sem avaliar os impactos econômicos que elas terão sobre os agentes. É nesse sentido que apontam Sztajn e Zylbersztajn (2005, p. 3):

As instituições, por seus efeitos sobre os custos de troca e produção, afetam decisivamente a *performance* econômica e, juntamente com a tecnologia empregada, elas, as instituições, determinam os custos de transação e transformação que formam os custos totais da atividade econômica em determinado ambiente. Em contraste com

⁸ A lista é tamanha que não poderia ser inteiramente compilada aqui, mormente por se tratar de uma teoria cujas searas de aplicação crescem constantemente.





a lógica do paradigma neoclássico, mecanismos de coordenação econômica, dados por instituições políticas e legais, restringem as necessidades, as preferências e as escolhas dos atores econômicos: a ação individual não é soberana tal como querem os neoclássicos, mas é influenciada pelas instituições formais e informais.

A influência da AED no campo da institucionalidade acaba por também gerar repercussões ainda mais fortes na sociedade, dada a capacidade estatal de conduzir e definir os caminhos e escolhas para toda uma comunidade dentro do seu território. Especialmente quando se reconhece o campo ideológico dos agentes públicos que compõem essas instituições, outro viés da AED acaba se sobressaindo: aquele defendido pela Escola de Yale, encabeçada por Guido Calabresi. Cunha (2017, p. 11), crítico da visão da AED baseada em Posner, reconhece que Yale possui uma ótica que leva em conta não apenas a eficiência, mas também a equidade e a justiça, objetivando “*definir a justificativa econômica da ação pública, além de analisar de modo realista as instituições jurídicas e burocráticas e definir papeis úteis para os tribunais dentro dos sistemas modernos de formulação de políticas sociais.*”

Nessa toada, no Brasil, a AED tem se desenvolvido com cada vez maior rapidez, traçando repercussões e debates cada vez mais acurados e profundos sobre os rumos da relação economia e direito – e também capital e trabalho, conforme se discutirá adiante.

3 POSTULADOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O DIREITO DO TRABALHO

Algumas das principais teorias utilizadas atualmente no âmbito da Análise Econômica do Direito são a Teoria da Escolha Racional, a Teoria da Escolha Pública, o Teorema de Coase, a Teoria dos Jogos, a Economia Comportamental e os conceitos de Eficiência nas teorias de Pareto e de Kaldor-Hicks.

Para a plena utilização desses conceitos no âmbito das ciências jurídicas é necessária também a compreensão de algumas bases conceituais que decorrem de conceitos econômicos gerais, como escassez, custos de oportunidade, incentivos e custos de transação. Os conceitos econômicos, as teorias e as abordagens utilizados pela AED são múltiplos, sobre os quais se passa a tratar. Também será abordada, sempre que possível, a relação entre as teorias discutidas e o direito do trabalho.





3.1 TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL

Um dos principais objetivos da AED é a previsão de comportamentos humanos. É nesse sentido que Heinen, (2012, p. 8), amparado nas lições de Posner, afirma: “[a] economia poderia colaborar, especialmente, por meio da elaboração de modelos de comportamento que ajudem na previsibilidade e controle das ações humanas.”

Um dos pressupostos da economia para tentar prever a conduta humana é a racionalidade dos indivíduos – não fossem eles considerados racionais, todo tipo de esforço preditivo seria impossível. Sobre o significado dessa racionalidade, aponta Yeung (2017, p. 895-896):

A ciência econômica parte do pressuposto de que os seres humanos são racionais e que, portanto, indivíduos em sociedade tomam decisões baseadas na racionalidade. No entanto, este conceito não remete somente a pessoas com alta capacidade cognitiva, grau de instrução, ou conhecimento de ciências sofisticadas. Nem mesmo é necessário que o indivíduo tenha alguma escolaridade para ser capaz de tomar decisões racionais. Será racional qualquer escolha feita por alguém que deseja alguma coisa (por utilidade, necessidade, ou prazer), e que sabe que, para se obter essa coisa, é preciso dispendir algum esforço monetário, temporal ou de trabalho, etc. O conceito de escolha racional pode ser diretamente aplicado ao Direito. Por exemplo, a decisão de um indivíduo de violar ou não as regras de trânsito – beber antes de conduzir o carro, ou igualmente, atravessar o farol vermelho – sabendo-se de que há benefícios advindos desta decisão (ter o prazer da bebida, ou chegar mais rápido ao seu destino, respectivamente), mas também custos (a probabilidade de ser pego em uma *blitz* e levar a multa). Este é um claro exemplo de como princípios da ciência econômica podem se constituir em instrumentos essenciais para a análise dos efeitos de normas legais.

Indivíduos que fazem escolhas racionais sempre reagem a incentivos, sejam esses positivos ou negativos. Tais incentivos não são, necessariamente, uma contrapartida imediata, a exemplo do salário pelo mês de trabalho, por exemplo; o salário é, de fato, um incentivo, mas também o é o prestígio social de uma determinada profissão, o número de horas trabalhadas mensalmente, a proximidade do local de trabalho dos familiares ou da residência do trabalhador, etc. O incentivo não é apenas um bem material, mas tudo aquilo que pode de uma forma ou de outra servir como elemento de interesse do agente, no sentido de instá-lo a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Como se depreende do apontado acima, incentivos podem ser tanto positivos quanto negativos. Os positivos são os que servem como estímulos para a realização de uma determinada atividade; já os negativos são desestímulos, no sentido de tornar a realização daquela atividade ou ação menos atrativa para o agente.





No âmbito do mercado o preço via de regra é o maior dos incentivos disponíveis (Yeung, 2017). Mas como a AED não trata apenas de aspectos mercadológicos, é o estudo dos incentivos legais e normativos que faz com que a abordagem econômica seja útil para o direito. É compreendendo os incentivos ocasionados por leis (em sentido amplo) ou por decisões judiciais que faz ser possível a previsão dos efeitos sociais que delas decorrerão.

3.2 O CONCEITO DE EFICIÊNCIA: PARETO E KALDOR-HICKS

A ideia de eficiência como um valor a ser buscado pelo direito é uma das tônicas principais da AED desde as publicações de Posner. Para ele, a eficiência deve ser ponto fundante da teoria a partir do momento em que ela permite a maximização da riqueza (SILVA; STAACK, 2017).

A tentativa de tornar a eficiência ponto central coincide com a objetivação do direito: ao tornar as normas e as decisões passíveis de uma análise empírica e matemática, a partir das quais as respostas defluem naturalmente do raciocínio lógico, exsurge a possibilidade de afirmar existirem decisões ou comportamentos mais eficientes que outros. Para isso, contudo, é necessário identificar o que se compreende pelo termo “eficiência.”

Vilfredo Pareto, Nicholas Kaldor e John Hicks, ao elaborarem teorias acerca da quantificação da eficiência de uma determinada medida ou instituição, possibilitaram a aplicação prática da AED. Sem a análise do conceito de eficiência, não seria possível chegar à conclusão acerca de uma determinada norma ser eficiente ou não, ou, ainda, acerca dela ser mais ou menos eficiente que outra norma em comparação. Para Pareto, uma norma será eficiente quando se aprimora a condição de alguma ou algumas pessoas sem que se piore a condição de outras – nesse caso ocorre uma “melhoria de Pareto” (TABAK, 2015). Ou seja: para Pareto, uma melhoria só ocorre quando não há externalidades negativas para terceiros, ainda que as externalidades positivas para algumas pessoas em muito superem as negativas. Esse aspecto da teoria é criticado por, teoricamente, impossibilitar medidas redistributivas, uma vez que essas medidas necessariamente significam uma destinação de recursos dos mais favorecidos para os menos favorecidos.

Já o denominado “Ótimo de Pareto” é uma situação ideal utópica para significar o máximo da eficiência alocativa possível: ocorre quando não se é possível melhorar a situação de alguns sem que obrigatoriamente se piore a situação de outros (PIMENTA; LANA, 2010). Nesse cenário, os direitos e os bens estão tão bem alocados que não há excedentes ou





possibilidades de melhoria sem retirar direitos ou bens de outros. A dificuldade de aplicação prática da teoria de Pareto – uma vez que externalidades negativas tendem a ocorrer regularmente – fez com que os pesquisadores da AED passassem a utilizar paralelamente o conceito de Kaldor-Hicks.

Para Nicholas Kaldor e John Hicks, uma melhoria ocorre desde que os ganhos superem as perdas, ou seja, desde que comparativamente algum grupo tenha evoluído mais que outro, ainda que este tenha sofrido perdas (TABAK, 2015). É possível apontar a proximidade do conceito de Kaldor-Hicks com o utilitarismo “benthamiano”, já mencionado como um antecedente da AED.

Os conceitos de eficiência para Pareto e para Kaldor-Hicks não são excludentes – na verdade, muitas vezes eles são utilizados de forma complementar, como bem explicita Tabak (2015, p. 324):

Um exemplo de uma política pública que pode levar a um aumento de eficiência é a construção de uma usina hidrelétrica. Como ela proporciona mais energia para determinadas comunidades, e essa pode ser inclusive mais barata, a construção da usina leva a determinado benefício social. Em geral, porém, construções dessa natureza implicam custos ambientais, em virtude do alagamento de determinadas áreas, deslocamentos de pessoas que vivem em regiões a serem alagadas e assim por diante. No caso do benefício ser maior do que os custos gerados, então a construção da usina é eficiente (Kaldor-Hicks). Contudo, existe uma assimetria entre os agentes, pois os consumidores que receberão essa nova energia sairão ganhando, mas a população que foi deslocada pode perder. [...] Fica claro que é possível realizar uma transferência dos agentes que ganham com a medida para os agentes que perdem, de modo a atingir uma situação eficiente no sentido de Pareto.

É necessária uma avaliação por ambos os critérios de eficiência para se chegar a uma média satisfatória e justa para todos os envolvidos – medida que, no mais das vezes, coincide com a melhoria na classificação de Pareto, uma vez que nesta não há perdedores. Essa deve ser talvez a principal repercussão da construção teórica da eficiência, especialmente, quando se verifica da realidade, na qual se enfrenta um ambiente de crises, a colisão de interesses do mercado e dos trabalhadores, especialmente em torno dos embates pela manutenção da empresa e da garantia de direitos capazes de manter ao menos a sobrevivência.

3.3 TEOREMA DE COASE

O Teorema de Coase foi uma teoria criada pelo economista britânico Ronald Coase que surgiu inicialmente no livro *The Problem of Social Cost*, publicado em 1960. Segundo esse teorema, em um cenário em que os custos de transação sejam nulos – utópico, mas útil para





efeito de teoria – e no qual os direitos de propriedade estejam bem delimitados, os agentes, independentemente de atuação estatal, sempre agirão de acordo com a solução mais eficiente.

Um exemplo simples do funcionamento desse postulado seria a influência que uma fábrica pode ter nas residências do seu entorno. Pode-se supor que a atividade da fábrica gere algum tipo de externalidade negativa para os vizinhos: poluição, barulho, fluxo constante de veículos, etc. Não importa exatamente o tipo da externalidade, mas apenas que ela seja uma externalidade com efeitos negativos para os arredores. Essas externalidades podem ocasionar uma série de problemas, como, por exemplo, o incômodo durante a noite, no caso de uma fábrica com funcionamento noturno, que produza grande quantidade de ruído; o aumento da sujeira do ambiente, etc. Nesse caso há soluções estatais que impediriam a fábrica de realizar tais externalidades. O que Coase aponta, contudo, é que caso os direitos de propriedade estejam bem delimitados e caso não haja custos de transação, a solução dos agentes será a mais eficiente possível. No caso em análise, a definição dos direitos de propriedade definirá ou que a fábrica está errada ao emitir as externalidades, ou que tais externalidades são naturais à função desempenhada e, assim, não podem ser restringidas. Esse é o primeiro ponto a se destacar.

O segundo ponto é quanto aos custos das possíveis alternativas às externalidades. Sendo certo que não há apenas uma alternativa para resolver o problema – por exemplo, no caso de poluição uma possibilidade seria a instalação de um sistema que reduzisse a emissão de poluentes; outro seria a indenização por parte da fábrica aos moradores da região em razão da poluição produzida, etc. –, os agentes sempre optarão por aquela que seja dotada de maior eficiência – no caso, a de menor custo. Se a instalação do sistema de despoluição for mais barata que a indenização a ser paga aos moradores, essa será a rota escolhida.

A mencionada definição dos direitos de propriedade serve tão-somente para definir quem será o responsável pelo pagamento da solução ótima: ou a fábrica, caso seja considerada responsável; ou os vizinhos, caso a atividade fabril seja considerada dentro da razoabilidade. Assim, compreende-se que segundo o Teorema de Coase, em um mundo sem custos de transação os agentes negociariam livremente os direitos de modo a chegar à sua alocação eficiente, independentemente do estabelecido pelos dos direitos, já que estes podem ser transacionados.

Todavia, esse é o aspecto teórico, porque no mundo real custos de transação sempre vão existir – nesse caso, as instituições legais impactam significativamente o comportamento dos agentes econômicos ao estabelecer os direitos de propriedade e atuar para constantemente diminuir os custos de transação. Sobre isso, Mackaay e Rousseau (2015, p. 9-10) explicam:





Se a ação A tem efeitos indesejáveis sobre B, sem que A os sinta, o conhecimento vigente entre os economistas, e que Coase prende a Pigou, considera que se produz uma “externalidade”, isto é, um descompasso entre o custo privado, de A, e o “custo social”. Esse descolamento enseja a má alocação dos recursos. O custo pago por A por sua atividade é muito barato. Torna-se essencial corrigir essa má alocação. Papel que caberia ao governo. Para Coase, tal análise não aprofunda a questão. O problema, segundo ele, está mal posto. Não há, necessariamente, má alocação, porque as pessoas afetadas podem, contratualmente, dispor a respeito dos ônus de sua interação, se isto lhes for conveniente. B, que deve suportar o ônus da externalidade causada por A, pode compor-se com este e pagar-lhe para prevenir a externalidade. Se A pode suportar o ônus melhor do que B, essa opção será, para B, menos onerosa do que assumir o ônus da externalidade. Um acordo nesse sentido é, pois, interessante, ou, se preferir, proveitoso – para as duas partes. Se não houver acordo, ainda que proveitoso para ambos, é preciso analisar os fatores impeditivos. Coase propõe para esse fator a expressão *custo de transação*. O estudo dos custos de transação se converteu em um dos pilares da análise econômica do direito.

E, ainda, sobre a teoria de Coase, diz Yeung (2017, p. 903):

Ele percebeu que, em situações onde os custos de transação são baixos, os agentes (indivíduos e/ou empresas) conseguem negociar de maneira relativamente cooperativa, e os resultados derivados dessas negociações serão os melhores, ou seja, maximizam os benefícios das partes envolvidas (ou seja, são eficientes). Nesses casos, não interessa qual é a determinação legal: mesmo que haja direitos garantidos, se valer a pena, os agentes transacionarão esses direitos. Por outro lado, caso haja custos transacionais significativos, a negociação privada terá sérios obstáculos para acontecer, e a lei (por exemplo, legislação, regulação, decisões judiciais, etc.) terá que atuar e impactará de maneira determinante no resultado econômico.

Assim, nota-se que nos casos em que existem altos custos de transação, a solução ótima muitas vezes é impossível. É em razão desses custos que se pode manter soluções ineficientes. Nesses casos será necessária a intervenção estatal para facilitar a relação entre os agentes.

Um exemplo da utilização indireta do Teorema de Coase no direito do trabalho é a tutela estatal das relações sociais nos casos em que o mercado possui custos de transação evidentes, como no caso de profissões de baixa qualificação, que via de regra possuem uma grande oferta em relação à demanda. No caso da aplicação plena da lei da oferta e da procura, o preço dessa mão-de-obra cairia a níveis em que não seria útil para o trabalhador vender sua força de trabalho. O problema, em se tratando de trabalho humano, é que o “vendedor” – no caso, o trabalhador – não possui a faculdade de optar por aguardar um melhor cenário de mercado, onde o preço do seu trabalho seja mais valorizado, exatamente porque o valor obtido dessa transação é de natureza alimentícia. Esse fator, junto a vários outros, como a assimetria de informação entre as partes, por exemplo, impossibilita que os agentes cheguem livremente à solução mais eficiente, tornando-se evidente a necessidade da intervenção estatal para evitar um cenário de caos social generalizado e pobreza.





3.4 TEORIA DOS JOGOS

Apesar do nome, a Teoria dos Jogos não trata especificamente de *jogos* propriamente ditos: ou seja, não possui um objeto de estudo lúdico, baseado em qualquer tipo de jogo ou esporte. Mackaay e Rousseau (2015, p. 43) apontam que a teoria dos jogos “*é mais uma teoria de interações entre seres humanos e deveria ser denominada – menos elegantemente – de teoria das interações estratégicas.*” Apesar de possuir implicações matemáticas, sendo muitas vezes desenvolvida e pesquisada por matemáticos – a exemplo de John Nash, ganhador do prêmio Nobel que desenvolveu o postulado conhecido como Equilíbrio de Nash –, a teoria dos jogos é aplicada em várias áreas das ciências sociais, a exemplo da economia, da sociologia e da ciência política.

As premissas básicas da teoria dos jogos são duas: primeiro, que as relações devem ser entre dois ou mais agentes independentes – a conduta de um único agente isolado não é objeto de estudo da teoria dos jogos. Segundo, que os agentes ou os “jogadores” são indivíduos racionais que buscarão o resultado mais positivo possível para si. Existem várias formas de visualizar essa teoria. Mackaay e Rousseau (2015, p. 45) tratam dos vários modelos e apontam aquele que é mais adequado ao direito:

A teoria dos jogos distingue os jogos de puro conflito, os jogos de simples coordenação e os “mistos”. Os jogos de puro conflito representam situações de completa oposição de interesses, sem espaço visível para entendimento – guerra total. O direito não tem espaço nessa área. Os jogos de simples coordenação, de sua parte, traduzem situação em que cada um dos participantes, para evitar um conflito, têm interesse em adotar comportamento compatível com o dos outros. A conduta, de forma sistemática, seja à esquerda ou à direita, de um ou outro, bem o ilustra. Há, enfim, os jogos “mistos”, nos quais a cooperação é vantajosa para os dois jogadores, mas em que é ainda mais vantajoso para um jogador ser cauteloso em relação ao outro, enganá-lo, desde que o outro não faça o mesmo, porque isso põe fim à cooperação. São os últimos jogos que ilustram melhor o papel do direito.

A utilização da teoria dos jogos pode se dar de forma prática em vários ramos do direito. Um exemplo dessa utilização é a aplicação do dilema do prisioneiro aos casos de delação premiada, explicando a conduta dos acusados e o possível interesse destes em delatar. No caso específico do direito do trabalho, a Teoria dos Jogos pode ser utilizada para prever a conduta dos agentes em reação a uma decisão judicial ou a uma alteração legislativa.

Essa análise preditiva importa em uma maior possibilidade de a atuação institucional estar relacionada com as intenções originárias da medida, evitando efeitos econômicos e mercadológicos indesejados tanto para os trabalhadores quanto para os empregadores. Ponto





especial de utilização poderia, por exemplo, ser no estudo de efeitos a serem desencadeados por uma sentença normativa, avaliando de que maneira o sindicato patronal e obreiro se comportariam a partir da decisão.

4 POSTULADOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O DIREITO DO TRABALHO

O direito do trabalho é, talvez, o mais inovador dos ramos jurídicos surgidos na modernidade. Relativizando o *pacta sunt servanda* que regia as relações sociais na maior parte do mundo ocidental após o advento do Código Civil Napoleônico de 1804, e contrapondo-se ao modelo do liberalismo clássico que vigorou hegemonicamente durante a maior parte do Século XIX, o direito do trabalho e, por extensão, os direitos sociais, chegam à categoria de norma constitucional após a Constituições do México de 1917 e da República de Weimar de 1919. O percurso desde o início da Revolução Industrial, no final do Século XVIII, não foi simples: as primeiras normas trabalhistas foram testemunhas das péssimas condições de trabalho vigentes à época.⁹ Múltiplos movimentos de trabalhadores surgiram em resistência às condições de trabalho nas fábricas, como, por exemplo, o dos ludistas e o idealizado por Robert Owen.¹⁰

Gradativamente, por meio das lutas dos trabalhadores e pelo incremento das condições econômicas – o PIB *per capita* e a população mundial cresceram exponencialmente nesse período (SACHS, 2005) –, normas sociais mais protetivas e efetivas vieram a ser promulgadas. Em 1891 a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, denunciou a “questão operária” como um problema de saúde pública que deveria ser destinatário de proteção estatal.

Após essas lutas e a constitucionalização dos direitos sociais, no início do Século XX, viu-se um crescente movimento de proteção dos trabalhadores¹¹, principalmente após o advento

⁹ Barros (2016, p. 54) aponta que a primeira lei realmente tutelar do trabalho foi a *Moral and Health Act*, de 1802, que proibia “o trabalho de menores à noite e por duração superior a 12 horas diárias”, o que por si só já é um indicativo das condições draconianas de trabalho existentes no período.

¹⁰ Robert Owen (1771-1858), reformista galês, pode ser classificado como um dos primeiros industriais a seguirem fielmente o socialismo utópico, concedendo melhores condições de trabalho aos empregados de suas fábricas. Tornou-se célebre pela fundação da colônia socialista *New Harmony* nos Estados Unidos, experimento que viria a fracassar poucos anos depois. Já em 1824 as *trade unions* britânicas, impulsionadas pelo apoio do industrial têxtil de Owen, conseguiram o reconhecimento da licitude da atividade sindical, o que permitiu o início das lutas por direitos trabalhistas.

¹¹ O caso brasileiro é indicativo disso. Uma vez que o Brasil passou um processo tardio de industrialização, as normas trabalhistas pátrias também foram promulgadas com atraso em relação ao que ocorreu no direito europeu. Barros (2016) afirma que no Século XIX apenas três leis existiram, e apenas no início do Século XX (mais especificamente em 1903 e 1907) surgiram as primeiras normas tratando de sindicalização de trabalhadores rurais e urbanos.





da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, e da hegemonia teórica das teorias de John Maynard Keynes na economia após a publicação de *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda* em 1936. O keynesianismo lançou as bases do *welfare state*, ou “estado de bem-estar social”, em português, e inaugurou um período de expansão do estado e das proteções sociais. Foi o período do advento de algumas das mais importantes teorias organizacionais, como o *fordismo* e o *taylorismo*, e também um período em que se buscou o ideal do pleno emprego.

Fazendo uma breve síntese histórica, Maurício Godinho Delgado (2016, p. 98) reconhece quatro fases principais na evolução do Direito do Trabalho: formação, intensificação, consolidação e autonomia. Assim, diz o referido autor:

A fase da *formação* estende-se de 1802 a 1848, tendo seu momento inicial no *Peel's Act*, do início do século XIX na Inglaterra, que trata basicamente de normas protetivas de menores. A segunda fase (da *intensificação*) situa-se entre 1848 e 1890, tendo como marcos iniciais o *Manifesto comunista* de 1848 e, na França, os resultados da Revolução de 1848, como a instauração da liberdade de associação e a criação do Ministério do trabalho. A terceira fase (da *consolidação*) estende-se de 1890 a 1919. Seus marcos iniciais são a Conferência de Berlim (1890), que reconheceu uma série de direitos trabalhistas, e a Encíclica Católica *Rerum Novarum* (1891), que também fez referência à necessidade de uma nova postura das classes dirigentes perante a chamada “questão social”. A quarta e última fase, da *autonomia* do Direito do Trabalho, tem início em 1919, estendendo-se às décadas posteriores do século XX. Suas fronteiras iniciais estariam marcadas pela criação da OIT (1919) e pelas Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919).

Crises econômicas e políticas nas décadas de 70 e 80 fizeram o modelo social-democrata ruir e o mundo voltar-se majoritariamente para teorias de desregulamentação que viria a ser conhecida como neoliberalismo, um eco do liberalismo clássico, mas com abordagens teóricas expandidas.¹² O cenário atual é de constante tensão entre social-democracia e neoliberalismo, afetando o direito do trabalho brasileiro tanto no advento de normas que visam uma desregulamentação das relações de trabalho quanto nos debates travados nas instituições.

Apesar dos estudos seminais de Coase, Posner, Calabresi, Becker e outros terem facilitado a criação de uma metodologia específica para utilização de conceitos econômicos na análise jurídica, a incerteza da aplicação prática de institutos da economia no âmbito do direito

¹² Dardot e Laval (2016) apontam como surgimento teórico do neoliberalismo o Colóquio Walter Lippman, ocorrido em 1938, onde se encontraram teóricos como Friedrich Hayek, Ludwig von Mises, Alexander Rustow, Louis Rougier, Michael Polanyi, dentre outros. Esse colóquio seria a base para a criação da Sociedade de Mont-Pelèrin, uma organização criada para a promoção e o desenvolvimento das teorias liberais. Para os autores, o neoliberalismo não poderia ser confundido com o liberalismo clássico, porque possui um componente específico de transformação dos indivíduos em sujeitos coadunados com a ideologia neoliberal. Isso transparece na importância dada ao empreendedorismo como um dos pilares da sociedade atual.





ainda permeia muitas das críticas feitas ao ramo da Análise Econômica do Direito. Esse aspecto parece ser especialmente relevante no direito do trabalho, que, em razão de sua gênese social, atribui valores extraeconômicos a trabalhadores, conflitando em muitos casos com a tese da eficiência de Posner.

É, contudo, patente que a AED tem trilhado novos rumos, com alguns grupos inclusive filiando-se ao keynesianismo, como o próprio Posner viria a fazer em 2009, outros optando por adotar uma abordagem neoinstitucionalista, o que abre o leque de análises que podem ser feitas sobre o direito do trabalho. Mas o caminho ainda aponta conflitos teóricos, porque há várias críticas à AED vindas do mundo do trabalho.

Como apontado no primeiro capítulo, Heinen (2012) aponta que a AED é um instrumento do neoliberalismo para inserir aspectos da economia neoclássica na sociedade. Dardot e Laval (2016) afirmam o mesmo, criticando especificamente a questão do empreendedorismo e do individualismo social como formas de apropriação, por parte do capitalismo, da mentalidade dos trabalhadores. A discussão teórica acerca da utilização da AED para mercantilizar a força de trabalho é extensa, mas, via de regra, utiliza-se o caráter social do direito do trabalho com óbice para a utilização de aspectos econômicos na sua avaliação. Nesse sentido, Silva e Staack (2017, p. 47) refletem:

O Direito ao trabalho não se resume ao simples acerto remuneratório, ou seja, trabalho prestado é trabalho pago. O labor é importante na vida do trabalhador, pois além de ser fonte de subsistência, é fonte de inclusão social, de satisfação, de criação, de motivação, de equilíbrio psíquico, entre outros fatores que não podem ser avaliados por termos econômicos. O ato de trabalhar não pode ser completamente mercantilizado e consequentemente negociado, pois não se fala de uma máquina e sim de uma pessoa. Os Direitos Sociais nasceram em meio ao aviltamento humano na pretensão do lucro, desse modo, o retorno às leis econômicas como parâmetro de negociação seria uma afronta a todos aqueles que lutaram para conseguir a garantia desses direitos e um retrocesso em termos de Direitos Fundamentais. Em síntese, o trabalho possibilita a existência do capitalismo, consequentemente do liberalismo. Contudo, os direitos sociais não podem ser vistos em termos econômicos, visto que, por mais que eles não gerem lucro imediato eles fazem com que haja uma continuidade de produção, já que o trabalhador vive mais e melhor, portanto, produz mais.

Por outro lado, Carvalho (2015, p. 77-78) aponta que não se deve filiar a Análise Econômica do Direito ao neoliberalismo apenas por possuírem em comum o individualismo metodológico, especialmente quando aponta:

Saliente-se que o neoliberalismo – ou o Libertarismo, para lembrar os ditos *Libertarians* – é objeto de análise das ciências políticas em sentido estrito – e, muitas vezes, uma ideologia não cientificizável –, não pretendendo adentrar semanticamente no espectro da mecânica jurídico-decisional estatal propriamente dita, inclusive negando muito mais o intervencionismo estatal (necessário) do que, em regra, os





professores filiados à Análise Econômica do Direito. Para estes, uma das razões que justificam a intervenção estatal está no reconhecimento das chamadas “falhas de mercado” – oriundas da *assimetria de informações* dos atores mercantis, da existência de *monopólios*, das próprias *externalidades* inerentes às decisões e da natureza intrínseca dos *bens públicos* (em vista dos *free riders*) – algo incompatível com aqueles que visam à satisfação do primado da eficiência como o são os “*analistas*” do Direito e Economia.

Yeung (2017), por exemplo, assevera que há uma sensível disparidade de entendimento acerca do direito do trabalho para os economistas e para os juristas. Para ela, os economistas possuem uma visão por demais pragmática acerca das relações trabalhistas, tratando o trabalho como mercadoria e o mercado de trabalho como um ambiente comum de compra e venda. Já os juristas baseiam-se em uma dicotomia inerente entre capital e trabalho, vendo uma oposição natural entre empregadores e empregados, e tendo o direito do trabalho uma função protetiva da hipossuficiência dos trabalhadores. Para a autora, ambas as visões são limitadas, e a AED busca um posicionamento intermediário e imparcial entre essas análises.

Possível restrição surge do princípio do não-retrocesso, cada vez mais esgarçado, dado o contexto de trabalho cada vez mais precarizado que se vive no Brasil desde a aprovação da Reforma Trabalhista de 2017, ponto central do direito do trabalho brasileiro que visa proteger os trabalhadores de possíveis perdas de direitos a depender da conjuntura político-econômica. Como o direito do trabalho surgiu de uma concepção de desmercantilização da força de trabalho, ou seja, da percepção que o trabalho não é uma mercadoria, não podendo, pois, ser tutelado normalmente pela lei da compra e venda a utilização de aspectos econômicos e de conceitos de eficiência para tratar da relação capital-trabalho pode sinalizar, para alguns, uma volta ao período de mercantilização do trabalho e uma infração ao princípio do não-retrocesso.

Apesar desse princípio possuir uma intenção positiva, é patente que as características do trabalho humano mudam consideravelmente e com cada vez mais velocidade, atualmente, fazendo surgir formas de trabalho que possuem claros traços de “retrocesso” em comparação aos moldes tradicionais de trabalho. É o caso, por exemplo, dos profissionais de aplicativos e dos produtores de conteúdo digital. O reconhecimento de tais categorias sob a ótica do não-retrocesso pode inviabilizar o debate acerca de novas formas de tutelar esses trabalhadores, como, por exemplo, a criação de categorias mistas de empregado e autônomo. Algumas iniciativas propostas pela doutrina já têm ido nesse sentido, ao discutir os conceitos de parassubordinação, subordinação estrutural e subordinação algorítmica (FRANCO FILHO, 2020).





Considerando os argumentos, parece não existir, *a priori*, antagonismo entre a AED e o Direito do Trabalho. Ao menos não entre todas as correntes da AED, embora evidente que a corrente neoclássica, oriunda da Escola de Chicago, ocasiona uma maior dificuldade de adequação ao não reconhecer a existência ínsita dos direitos fundamentais, uma vez que “*visualiza todas as relações jurídicas somente com os olhos a economia neoclássica, cego para todas as outras possibilidades interpretativas das relações sociais e motivações humanas*” (HEINEN, 2012, p. 17). Mas não há tal óbice no tocante a todas as correntes.

Yeung (2017), por exemplo, afirma que as instituições são essenciais no caso da regulamentação do trabalho, uma vez que este não é uma mercadoria: nessa ótica, tratar o mercado de trabalho com status de um bem qualquer, sujeito à venda – da força de trabalho, pelos trabalhadores – e à compra do trabalho alheio, pelos empregadores, é uma visão simplista e que retira o elemento fundamental de valorização da dignidade humana que o confere suporte. A função da AED seria ultrapassar tal visão e, utilizando-se de mecanismos próprios, estudar o direito do trabalho de forma imparcial, o que se vislumbra no seguinte sentido:

A Análise Econômica do Direito entende, então, que as relações de trabalho baseiam-se em relações contratuais, (geralmente) de longo prazo, caracterizadas por altos níveis de incertezas e informações assimétricas. Diferente do que acontece em alguns outros mercados, o poder de barganha aqui é inerentemente desigual entre ofertantes (ou seja, trabalhadores) e demandantes (ou seja, empregadores). Também monopólios e monopsonios ocorrem com frequência, como por exemplo, nos casos de sindicatos – como monopolistas da oferta de mão de obra – e os grandes empregadores – como monopsonistas. Isso quer dizer que as falhas de mercado podem não ser exceções neste caso. A teoria econômica diz que, nestes casos, a regulação via intervenção estatal é necessária para resolver essas falhas. Um agente terceiro – geralmente o Estado – deve intervir, caso contrário, o maior nível de bem-estar social (ou seja, a eficiência) não será alcançado, e riqueza nacional será perdida. O problema é que uma má intervenção pode ser pior do que a ausência total de intervenção. Muitas vezes, a Análise Econômica do Direito do Trabalho nos mostrará que o problema reside justamente aqui (YEUNG, 2017, p. 905).

Em contrapartida, o pensamento dos que compreendem que uma análise econômica do direito do trabalho seria de interesse exclusivo dos empregadores, indo contra a perspectiva de proteção dos direitos sociais, é simbolizado por Cunha (2017, p. 12), quando afirma:

Sendo os ordenamentos jurídicos contemporâneos baseados na garantia dos Direitos Fundamentais do ser humano, torna-se incabível defender que os mesmos devam apresentar uma eficiência meramente econômica. É necessário que busquem atingir objetivos mais amplos, garantindo a produção de efeitos socialmente relevantes, ainda que sejam economicamente ineficientes.

Apesar de, em princípio, haver concordância entre o apontado por Cunha e as conclusões deste artigo, é necessário pontuar que há um problema com a visão crítica acima





exposta, porque a economia e o direito do trabalho não são necessariamente antagônicos. Não há qualquer óbice à utilização de conceitos econômicos para buscar-se uma aplicação plena e até mesmo uma expansão dos direitos sociais – na verdade, isso é até necessário. Afinal de contas, os direitos sociais, por se tratarem de direitos fundamentais de segunda dimensão, possuem caráter positivo e demandam uma atuação proativa do estado: é nesse sentido que fica o poder público responsável pela implementação das pautas sociais (MÂNICA, 2008). Essa atuação positiva, contudo, difere do absenteísmo estatal dos direitos de primeira dimensão, e por isso depende de recursos para ser implementada. Para o Estado poder garantir educação, saúde, previdência, etc., são necessários recursos financeiros escassos que, caso não sejam utilizados com eficiência, serão insuficientes para realizar os objetivos constitucionais.

As dificuldades ocasionadas pela restrição econômica fazem com que os direitos sociais fossem vistos por vezes como normas programáticas. É nesse sentido que Mânica (2008) afirma que os direitos de segunda dimensão

[...] passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram sua eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de recursos.

É dessa lógica que advém a ideia de que o orçamento não é mera peça técnica, desvinculada dos interesses coletivos. Com o advento da social-democracia, o orçamento passa a ser importante instrumento para efetivação de direitos. Essas limitações constituem um dos fundamentos da Teoria da Reserva do Possível, que permite restringir a efetivação dos direitos fundamentais em caso de impossibilidade econômica ou de não-razoabilidade, que acaba sendo um claro exemplo da influência da economia na esfera dos direitos sociais.¹³

No caso específico do direito do trabalho, a AED pode ser utilizada tanto para analisar a eficiência das instituições relacionadas ao trabalho quanto à regulamentação, por exemplo, quanto para analisar as relações inerentes à dicotomia capital-trabalho: ou seja, compreender e prever o comportamento tanto dos empregadores quanto aos empregados em um determinado cenário. Entendendo as instituições como entes capazes de produzir incentivos aos agentes, uma norma ou decisão só tem a ganhar ao utilizar os postulados da AED para prever os impactos que serão causados.

¹³ Mânica (2008) aponta a diferenciação entre a doutrina alemã (que inaugurou os debates acerca da reserva do possível) e a doutrina brasileira: enquanto para aquela a razoabilidade da pretensão era o aspecto mais importante, para esta as possibilidades orçamentárias assumiram protagonismo, criando uma “Teoria da Reserva do Financeiramente Possível.”





Outro ponto relevante a ser tratado são as críticas feitas às possíveis restrições que seriam ocasionadas pela AED aos direitos sociais a partir da lógica da eficiência. Medidas redistributivas, por exemplo, seriam de eficiência discutível (CUNHA, 2017). É necessário observar, contudo, que essa aplicação não necessariamente encontra eco no modelo brasileiro, principalmente porque, como afirmado, não existe um antagonismo obrigatório entre eficiência e direitos sociais. Isso fica evidenciado ao se observar que desde que a Emenda Constitucional n. 19/98 foi alçado à forma constitucional o princípio da eficiência, que busca dinamizar a Administração Pública ao mesmo tempo em que promove a melhor alocação dos recursos disponíveis, inclusive para ser capaz de privilegiar os direitos constitucionalmente previstos. Em face da escassez inerente à moeda e aos custos intrínsecos aos direitos fundamentais, principalmente os de caráter social, a eficiência termina por possibilitar, na verdade, uma expansão de direitos, e não necessariamente uma restrição. É nesse sentido que apontam Ferneda, Luciani e Ferraz (2020, p. 347):

Quando o Estado é o agente que promove as escolhas, esse deve ponderar (além dos aspectos intrínsecos à AED) os princípios constitucionais que restringem a atuação estatal em prol da maximização dos interesses dos cidadãos. Dentre esses princípios está o da eficiência, previsto no caput do art. 37 da Constituição da República, e que pode encontrar sua definição no conceito utilizado por Cooter e Ulen (2010, p. 14), para quem a eficiência é alcançada quando não for possível atingir o mesmo resultado empregando menos recursos e quando não for possível alcançar melhores resultados com a mesma quantidade de recursos empregados. Esse conceito deve ser utilizado em alinhamento com o proposto por Galdino (2005, p. 241), para quem a eficiência ocorre com a máxima efetivação dos direitos fundamentais, com a aplicação mais adequada dos recursos disponíveis, respeitados os limites éticos e morais da sociedade. Com isso, a economia deixa de ser argumento apenas para a negativa da concretização dos direitos, e passa a alcançar o posicionamento mais abrangente, para maximização dos efeitos destes.

Para além da expansão dos direitos sociais, a AED pode ser utilizada para avaliar instrumentalmente o cenário atual de trabalho brasileiro, que muda radicalmente ante os impactos das evoluções da tecnologia informacional. É possível, nesse sentido, questionar a eficácia atual do modelo focado no contrato de trabalho, a respeito do qual Yeung (2017, p. 909) aponta que:

[...] as estimativas da PNAD contínua do 3º trimestre de 2017 mostram que apenas 33,7% dos trabalhadores são cobertos pela CLT. Mesmo desconsiderando os trabalhadores do setor público e os empregadores do cálculo total, ainda assim, os *celetistas* comporiam apenas 39,7% do total de trabalhadores.

Ou seja: apenas um terço dos trabalhadores brasileiros são protegidos pelo direito do trabalho. A crítica da autora é seguida por Andrade (2005), que, partindo de uma abordagem





marxista, critica os postulados do direito do trabalho e aponta a necessidade de uma nova forma de tutela para esse ramo das ciências jurídicas, em parte pelos mesmos motivos apontados por Luciana Yeung, criando novos princípios que se tornem os fundamentos de um direito do trabalho transformado. É tratando dos impactos tecnológicos no mundo do trabalho que Yeung (2017, p. 919) diz:

As novas tecnologias do big data, das impressoras 3-D, das máquinas inteligentes, da robotização ilimitada, etc. virão como verdadeiros tsunamis, varrendo o mundo do trabalho como o conhecemos, pressionando a todos nós – sem exceção – a repensarmos o papel do trabalho humano, das relações do trabalho e das normas trabalhistas. É urgente o Direito do Trabalho, no Brasil e no mundo, voltar-se a essas questões que, sem dúvida, serão muito mais impactantes nas vidas dos trabalhadores em um futuro bastante próximo.

Com o avanço das tecnologias informacionais, ficam evidentes as transformações que atravessam o mundo do trabalho. Cada vez mais o trabalho torna-se remoto, com profissionais de localidades diferentes do mundo trabalho em conjunto por meio da internet. Muitas vezes, esses profissionais trabalham de suas próprias residências, sem controle específico de jornada e baseando-se apenas no cumprimento de metas estabelecidas pelos empregadores. Essa realidade é facilmente constatável no mercado de Tecnologia da Informação, *avant garde* em questão de inovação e, por isso, parâmetro que pode ser utilizado para avaliar os rumos de outras profissões no mercado de trabalho.

No âmbito jurídico, o funcionamento do Processo Judicial Eletrônico (PJE) já é amplamente disseminado e majoritário, ao menos nas grandes cidades; e, após a pandemia de Covid-19, até mesmo as audiências, reuniões de pleno e julgamentos de turmas foram facilmente convertidas para o formato virtual. A grande maioria das universidades, salvo nas aulas que demandam laboratório ou prática, passaram a funcionar remotamente com aulas telepresenciais sem que se perdesse conteúdo – na verdade, essa experiência até mesmo facilitou o encontro de alunos e pesquisadores de vários estados brasileiros e a participação de professores estrangeiros em palestras ou simpósios, sem ocasionar os custos elevados que seriam necessários na modalidade presencial.

Todas essas mudanças afetam também o mundo do trabalho, o que é constatável pelo grande número de profissões de aplicativos que surgem na atualidade. As tecnologias de compartilhamento afetam todas as áreas do trabalho, e os sinais são de um aprofundamento ainda maior das transformações. Essas mudanças cobram alternativas e inovações aptas a proteger o trabalhador em um cenário de tantas incertezas.





Além disso, medidas econômicas restritivas e cenários de constantes crises econômicas apontam a necessidade de uma maior racionalidade no desenvolvimento de políticas públicas, principalmente para viabilizar a manutenção e a posterior expansão dos direitos fundamentais, que é um dos objetivos constitucionalmente previstos da República Federativa do Brasil. Não se deve, contudo, utilizar-se da AED para defender uma visão exclusivamente libertária de mundo nos moldes da corrente defendida por Posner e pela Escola de Chicago, elevando o postulado da eficiência à condição de *primus inter pares* das relações sociais, relativizando tudo aquilo que não for relacionado ao estritamente economicamente eficiente. É evidente que essa visão extremada não deve prosperar, mormente porque os direitos fundamentais, assim como a eficiência, são dotados de carga constitucional.

Qual seria, portanto, a alternativa? Viabilizar estudos e políticas baseadas em uma análise racional econômica sem desconsiderar o papel das instituições e das organizações na ordenação da sociedade, atentando-se para os fundamentos e objetivos previstos constitucionalmente, atuando sempre no sentido de buscar o equilíbrio entre eficiência e justiça social. Afinal de contas, buscar a justiça social sem observar a lógica da eficiência é materialmente impossível. Já buscar a eficiência sem atentar para os problemas sociais é inócuo, porque os supostos ganhos econômicos em última medida seriam perdidos em razão da convulsão social que se originaria desse cenário, sem falar do dever legal e moral estabelecido pelo estado de bem-estar social de auxiliar os mais necessitados.

É necessário, portanto, buscar um conceito misto de eficiência capaz de conjugar racionalidade econômica e proteção aos direitos sociais, aliando desenvolvimento e bem-estar. Assim, esse conceito híbrido de eficiência social, ou de eficiência socioeconômica, seria capaz de congrega as duas visões em prol de um Direito do Trabalho que proteja de maneira mais eficaz os trabalhadores.

5 CONCLUSÃO

O surgimento da Análise Econômica do Direito na metade do Século XX lançou no mundo jurídico uma nova escola de pensamento que, apesar do sucesso inicial e das críticas que se seguiram, firmou-se como um dos paradigmas do estudo do direito na atualidade. A AED abrange uma multiplicidade de teorias e posicionamentos que, para além de terem partido de análises do ramo do direito empresarial e do direito comercial, alcança hoje praticamente todas as áreas das ciências jurídicas.





A utilização de teorias econômicas e oriundas de outras áreas das ciências sociais, como a Teoria dos Jogos, a Teoria da Escolha Racional, o Teorema de Coase e as teorias sobre a eficiência, todas mencionadas neste artigo, aprofunda a capacidade metodológica da AED, dotando o jurista de instrumentos amplos para analisar empiricamente o direito. Contudo, a profundidade metodológica não responde se é possível uma concatenação da análise econômica com os direitos sociais, uma vez que os propósitos inerentes a cada uma das abordagens – a busca pela eficiência em contraposição à valorização da dignidade da pessoa humana – podem ser, a depender do contexto, antagônicos.

Apesar das críticas estabelecidas por parte da doutrina – apontadas anteriormente e feitas majoritariamente contra a abordagem neoclássica da Escola de Chicago –, conclui-se que não há, *a priori*, um óbice inerente à utilização da AED nas áreas sociais, uma vez que as múltiplas abordagens possíveis dessa teoria permitem uma análise multidisciplinar aprofundada tanto sobre os efeitos das normas quanto sobre a eficiência estatal na implementação dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Os direitos sociais, por serem de caráter positivo e demandarem uma atuação direta do estado, são naturalmente condicionados às possibilidades financeiras estatais. É por isso que o estudo jurídico sob a ótica da eficiência pode, se utilizado na ótica da eficiência social (ou socioeconômica), auxiliar na implementação e na expansão (e não na restrição) de direitos, contribuindo para o fortalecimento do estado social que, atualmente, encontra-se enfraquecido.

Compreende-se que o mercado de trabalho é um mercado naturalmente desigual no qual as falhas de mercado são a norma, e não a exceção. A teoria justtrabalhista também aponta essas fragilidades, ainda que sob outra visão, ao buscar a proteção do hipossuficiente da relação de trabalho. Apesar de basear-se em princípios e instrumentos diferentes, a concatenação de objetivos permite a aplicação desse método de análise ao direito do trabalho. Assim, a aplicação da AED ao direito do trabalho pode ser uma prática útil para possibilitar análises econômicas e empíricas do mundo do trabalho.

Por fim, considera-se que qualquer visão extremada, seja no sentido de privilegiar a economia em detrimento dos direitos sociais, seja desconsiderando postulados econômicos como se fossem instrumentos meramente capitalistas de restrição de direitos está fundamentalmente equivocada. A realização de estudos empíricos utilizando-se da AED, dentre outras teorias, principalmente em um momento de profunda transformação do mundo do trabalho, contribui para uma constante modernização do direito do trabalho e permite uma contraposição a argumentos que apontam uma inadequação entre proteção social e





desenvolvimento. É utilizando-se dessas práticas que poderá ser possível a utilização da AED como instrumento para expansão dos direitos sociais. Nesse sentido, compreende-se que a busca pela eficiência anda de mãos dadas com a proteção social. Afinal de contas, a eficiência nas políticas públicas também diz respeito a ser eficiente na proteção dos necessitados e dos hipossuficientes.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul-dez. 2006. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf. Acesso em: 30 abr. 2022.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Direito do Trabalho e Pós-Modernidade: fundamentos para uma teoria geral*. São Paulo: LTr, 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2016.

CARVALHO, Vinícius Soares. Análise Econômica do Direito e sua Problemática Constitucional. *Revista do Programa de Pos-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, v. 25, n. 27, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/21590/1/AEDVin%c3%adciusSC.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2022.

CUNHA, Piazza Merighi da. Análise Econômica do Direito e Direito do Trabalho: uma Análise sobre o Recurso Extraordinário 693.456 e o Ônus Econômico ao Direito de Greve do Servidor Público no Brasil. *Revista Electrónica de Direito*. Porto, n. 2, jun. 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6425867>. Acesso em: 29 abr. 2022.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova Razão do Mundo: Ensaio sobre a Sociedade Neoliberal*. São Paulo: Ed. Boitempo, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 15 ed. São Paulo: LTr, 2016.

FERNEDA, Ariê Scherreier *et al.* Análise Econômica do Direito e Sistema de Previdência. In: ZILLIOTTO, Bruna *et al* (Orgs.). *Análise Econômica do Direito: Resultado de Pesquisa do GRAED*. Volume 1. Belo Horizonte, Ed. Senso, 2020. Disponível em: <https://revistasenso.com.br/produto/analise-economica-do-direito-resultado-de-pesquisa-do-graed/>. Acesso em 30 abr. 2022.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A revolução industrial e o direito 5.0. *Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social*, São Paulo, v. 46, n. 213, p. 169-176, set./out. 2020.

HEINEN, Luana Renostro. A Análise Econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica. *Anais do CONPEDI*, Direito e Economia,





2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335>. Acesso em: 02 maio 2022.

HYLTON, Keith N. Calabresi and the Intellectual History of Law and Economics. *Maryland Law Review*, v. 64, p. 85-107, 2005. Disponível em: <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3361&context=mlr>. Acesso em: 04 maio 2022.

MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução de Rachel Sztajn, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics (0200). *Encyclopedia of Law and Economics*, p. 65-117, 2000. Disponível em: <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/86/0029.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 03 maio 2022.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, Curitiba, v. 1, n. 8, p. 89-104, 2008. Disponível em: http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/teoria_da_reserva_do_possivel.pdf. Acesso em: 26 abr. 2022.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise Econômica do Direito e sua Relação com o Direito Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/126/>. Acesso em: 04 maio 2022.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 9th ed., Nova Iorque: Wolters Kluwer Law, 2014.

POSNER, Richard A. How I Became a Keynesian. *The New Republic*, Nova Iorque, 23 de Setembro de 2009. Disponível em: <https://newrepublic.com/article/69601/how-i-became-keynesian>. Acesso em: 04 maio 2022.

SACHS, Jeffrey. *O Fim da Pobreza*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SHAPIRO, Fred R.; PEARCE, Michelle. The Most-Cited Law Review Articles of All Time. *Michigan Law Review*, v. 110, n. 8. Pp. 1483-1520. 2012. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol110/iss8/2/>. Acesso em: 02 maio 2022.

SILVA, Gabriela Rangel da. STAACK, André Luiz. Análise Econômica do Direito por Richard Posner e os Direitos Sociais: uma abordagem cruzada. *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*. Brasília, v. 3, n. 1, p. 35-51, jan.-jun. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/1859>. Acesso em: 28 abr. 2022.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio. *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.





TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito – Proposições Legislativas e Políticas Públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 205, jan./mar. 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509955>. Acesso em: 1 maio 2022.

YEUNG, Luciana Luk-Tai. Análise Econômica do Direito do Trabalho e da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017). *Revista de Estudos Institucionais*. Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, 2017, p. 891-921. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/227>. Acesso em: 1 maio 2022.

DADOS DA PUBLICAÇÃO

Categoria: artigo submetido ao *double-blind review*.

Recebido em: 27/05/2022.

Aceito em: 24/04/2023.

