

Economic Analysis of Law Review

A Ação Direta de Inconstitucionalidade N. 5.766/DF: Sob o Argumento da *Law and Economics*?

Direct Action Of Unconstitutionality N. 5.766 / DF: Under the Argument of Law and Economics?

Alfredo Copetti Neto¹
Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UEOP)

Elpídio Paiva Luz Segundo²
Centro Universitário de Guanambi (CUG)

RESUMO

O presente texto pretende discorrer acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.766/DF, mormente no que permeia os argumentos estabelecidos pela *Law and Economics* trazidos pelos ministros Luis Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski nos seus votos. Com base em metodologia sistêmica, examina os argumentos divergentes sobre o alcance e sobre a recepção dessa específica vertente pelo texto constitucional, bem como o desacordo entre os ministros acerca de sua compreensão. Enquanto o ministro Barroso, em uma dimensão pragmática, sustenta a constitucionalidade da “Law and Economics”, o ministro Ricardo Lewandowski afirma a sua inconstitucionalidade, o que faz do dissenso a marca do debate. Em sede final, considerou-se a perspectiva da necessidade de uma visão teórica sobre o problema, a fim de que se possa consolidar um *minimum racional* sobre o tema, inclusive diferenciando os termos “*Law and Economics*” e “*Economic Analysis of Law*”.

Palavras-chave: Ação Direta de Constitucionalidade. Gratuidade Judiciária. Reforma Trabalhista. Law and Economics. Economic Analysis of Law.

JEL: K14, K42.

ABSTRACT

This text intends to discuss the Direct Action of Unconstitutionality n. 5,766/DF, especially in what permeates the arguments established by the Law and Economics, brought by Ministers Luis Roberto Barroso and Ricardo Lewandowski in their votes. Based on a systemic methodology, it examines the divergent arguments about the scope and reception of this strand by the constitutional text, as well as disagreement among ministers about its meaning. While Minister Barroso upholds the constitutionality of Law and Economics, Minister Ricardo Lewandowski affirms its unconstitutionality, which makes dissent the hallmark of the debate. Finally, the perspective of the need a theoretical vision of the problem in order to consolidate a rational minimum on the subject, including differentiating the terms “Law and Economics” and “Economic Analysis of Law”.

Keywords: Law and Economics – Direct Action of Unconstitutionality. Justice Gratuity. Labor Reform. Law and Economics. Economic Analysis of Law.

R: 30/08/20 **A:** 19/01/21 **P:** 30/04/23

¹ E-mail: alfredocopetti@yahoo.com.

² E-mail: elpidiopluzsegundo@gmail.com.

1. Introdução

Este estudo pretende examinar os argumentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade N. 5.766/DF – acerca da aplicação dos *standards* teóricos desenvolvidos pela *Law and Economics* – proposta pela Procuradoria Geral da República. Este estudo pretende examinar os argumentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade N. 5.766/DF – acerca da aplicação dos *standards* teóricos desenvolvidos pela *Law and Economics* – proposta pela Procuradoria Geral da República.

Na visão da Procuradoria-Geral da República (PGR), a Lei n. 13.467/2017, corriqueiramente tratada como “Reforma Trabalhista”, teria inserido 96 (noventa e seis) disposições na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – contrariando direitos materiais dos trabalhadores. Por este motivo, apresentou-se pedido liminar em face de dispositivos que impunham *restrições inconstitucionais à garantia de gratuidade judiciária aos que comprovem insuficiência de recursos na Justiça do Trabalho*, bem como à desregulamentação da proteção social do trabalho e à redução de direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

As normas impugnadas inviabilizariam ao trabalhador economicamente desfavorecido assumir os riscos da demanda trabalhista, ao impor o pagamento de custas e despesas processuais de sucumbência com uso de créditos trabalhistas auferidos nos autos do processo, de caráter alimentar, em prejuízo do sustento próprio e da família.

Neste texto, as posições analisadas são as dos ministros Luís Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski. A pertinência da abordagem destaca-se pela tentativa de trazer à concretização decisória aspectos relevantes da experimentação teórica envolvendo a *Law and Economics*, de modo a evidenciar acertos e desacertos do plenário do tribunal.

2. A propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.766/DF: breve retrospective.

Após diversos debates sobre a denominada “Reforma Trabalhista”, as discussões originaram a propositura da ADI n. 5766/DF, sob o patrocínio da PGR, em 25 de agosto de 2017.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade requereu a declaração de inconstitucionalidade do artigo 790-B da CLT (*caput* e § 4º), que responsabiliza a parte sucumbente (vencida) pelo pagamento de honorários periciais, ainda que beneficiária da justiça gratuita. Na redação anterior da regra jurídica, os beneficiários da justiça gratuita estavam isentos; com a nova redação, a União custeará a perícia apenas quando o beneficiário não tiver auferido créditos capazes de suportar a despesa, “ainda que em outro processo”. Assinala que o novo Código de Processo Civil - CPC - não deixa dúvida de que a gratuidade judiciária abrange custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Também na CLT, o art. 791-A considera devidos honorários advocatícios de sucumbência por beneficiário de justiça gratuita, sempre que tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa também foi impugnado, pois, segundo a PGR, a gratuidade judiciária ao trabalhador pobre equivaleria à garantia inerente ao mínimo existencial.

Como descreve a ADI, créditos trabalhistas auferidos em demandas propostas por trabalhadores pobres assumem caráter de mínimo existencial, compatível com o princípio constitucional da dignidade humana (artigo 1º, inciso III), posto que os trabalhadores carecedores

de recursos e com baixo poder aquisitivo buscariam satisfazer prestações materiais indispensáveis à sua sobrevivência e à da família.

A PGR questionou também o dispositivo que responsabiliza o beneficiário da justiça gratuita pelo pagamento de custas caso o processo seja arquivado em razão de sua falta à audiência, até como condição para ajuizar nova demanda (artigo 844, § 2º), ao salientar que o Código de Processo Civil, ao tratar da extinção do processo sem resolução de mérito, atribui ao demandante desistente a responsabilidade pelo pagamento de custas e despesas processuais proporcionais, mas não imputa essa responsabilidade ao beneficiário da justiça gratuita.

Para efeito de concessão de liminar, a Procuradoria argumentou que a probabilidade do direito se caracteriza pelo que classifica como violação ao direito fundamental de acesso à jurisdição trabalhista, considerando a restrição à gratuidade judiciária. Quanto ao perigo da demora, aponta que a legislação entraria em vigor a partir de 11 de novembro de 2017; e se não tivesse sua eficácia suspensa, produziria prejuízos àqueles que têm dificuldade de acesso à jurisdição trabalhista, colocando-os em situação de fragilidade.

Na cautelar, a PGR requereu a suspensão da eficácia da expressão “ainda que beneficiária da justiça gratuita”, no *caput*, e no § 4º do artigo 790-B da CLT; da expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”, do § 4º do artigo 791-A da CLT; e da expressão “ainda que beneficiário da justiça gratuita,” no § 2º do artigo 844 da CLT. No mérito, pediu a declaração de inconstitucionalidade das regras questionadas.

3. Considerações sobre a petição da Procuradoria-Geral da República

A PGR ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade sob o argumento de que a “Reforma Trabalhista” - a Lei n. 13.467/17 – facilita o trabalho autônomo (CLT, art. 442 – B), aumenta a possibilidade de contratação terceirizada de mão de obra (art. 2º), estabelece modalidades contratuais como o trabalho intermitente, que é ultraflexível (art. 452 – A), incentiva a negociação coletiva com finalidade de reduzir direitos de base legal (CLT arts. 611 – A e 611 – B), altera a composição salarial (CLT arts. §§ 2º e 4º), a jornada de trabalho (CLT, arts. 59 §§ 5º e 6º, 59-A, 59-B, 611-A, I a III e 611-B, parágrafo único) dificulta a equiparação de salários (CLT, art. 461, §§ 1º e 5º)³, subtrai direitos materiais dos trabalhadores ao objetivar a redução da quantidade de demandas perante a Justiça do Trabalho. Além disso, a legislação teria avançado sobre garantias processuais, o que violaria direito fundamental dos trabalhadores pobres à gratuidade judiciária, como pressuposto de acesso à jurisdição trabalhista.

Na ADI houve relativo detalhamento dos direitos fundamentais que poderiam ser diretamente afetados, tanto sob o ponto de vista normativo, quanto empírico. Em relação ao primeiro aspecto, a petição inicial nomina as “restrições inconstitucionais de acesso à justiça do trabalho”⁴ e expõe os argumentos em tópicos, quais sejam: a) inconstitucionalidade de honorários periciais e advocatícios contra beneficiário de justiça gratuita, com fulcro no art. 5º, LXXIV, que prevê o Estado prestará assistência jurídica integral aos que comprovarem insuficiência de condições, ou seja, considera a condição econômica do beneficiário; b) a inconstitucionalidade do pagamento de custas processuais por beneficiário de justiça gratuita - garantia de inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXV, da Constituição), de modo a proteger os cidadãos mais vulneráveis, o que mostraria a incompatibilidade do art. 732 da CLT (sanção na hipótese de dois arquivamentos

³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição interposta ao STF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5766reformatrabalhista.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição interposta ao STF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5766reformatrabalhista.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

seguidos); c) gratuidade judiciária do trabalhador pobre como garantia inerente ao mínimo existencial que tem como critério: i) a proteção ao indivíduo pela sua condição humana; ii) reconhecimento de uma esfera de proteção material ao ser humano, à sua individualidade e autodeterminação – o mínimo existencial (o direito a ter direitos, entre os quais, acesso à justiça, informação e orientação jurídica); d) violação ao princípio da isonomia com a intimidação econômica ao trabalhador desprovido de recursos que impede a manifestação do direito de ação (art. 5º, XXV) e ulterior inconstitucionalidade dos arts. 790-B, § 4º, 791-A, § 4º, e 844, § 2º, todos da CLT. Este é um dos trechos mais consistentes da petição da PGR; e) acesso à jurisdição trabalhista como garantia institucional, que se relaciona ao dever do Estado legislar no sentido da conformação dos institutos jurídicos necessários à tutela efetiva de direitos fundamentais, especialmente, aos direitos sociais básicos.

Na sequência, a petição da PGR referencia Carl Schmitt, Paulo Bonavides e Gomes Canotilho⁵. São citações atabalhoadas, fora de lugar que dão a entender que Carl Schmitt, Paulo Bonavides e Gomes Canotilho seguem as mesmas premissas. Com isso, não se quer contestar a legitimidade da discussão. Tal discurso não traz benefícios⁶. O que se vislumbra são as dificuldades argumentativas da manifestação da PGR.

Para organizar e fechar a abordagem sobre a petição seguem alguns itens: f) a violação da proporcionalidade e da proibição de excesso, vício de finalidade e abuso legislativo inicia com um questionamento sobre o Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei 6.787/2016, da Câmara dos Deputados. Consoante a PGR, a Comissão opina que da “redução do abuso do direito de litigar advirá a garantia de maior celeridade nos casos em que efetivamente a intervenção do Judiciário se faz necessária, além da imediata redução de custos vinculados à Justiça do Trabalho”⁷, que “a imputação de pagamento de honorários periciais sucumbenciais ao beneficiário de justiça gratuita teria por objetivo “restringir os pedidos de perícia sem fundamentação”, pois, ao “contribuir para a diminuição no número de ações trabalhistas, a medida representará uma redução nas despesas do Poder Judiciário”⁸, e a imputação do “pagamento de honorários advocatícios de sucumbência a beneficiário de justiça gratuita, teria por objetivo “inibir o ajuizamento de demandas trabalhistas baseadas em direitos ou fatos inexistentes” e de obter “imediata redução de custos vinculados à Justiça do Trabalho”⁹.

A PGR questiona essas proposições do Relatório da Câmara dos Deputados “que padecem de irremediável déficit de legitimidade constitucional, porque, a pretexto de perseguir resultado econômico passível de alcance por meios alternativos, as medidas legais restringem radicalmente direito fundamental dos cidadãos pobres, de acesso gratuito à Justiça do Trabalho em defesa de direitos laborais (CR, art. 5º, LXXIV), alcançando resultado muito mais amplo e socialmente indesejado, consistente na intimidação e restrição do pleno exercício da demanda trabalhista, pelo trabalhador carecedor de recursos, em proveito exclusivo aos interesses do poder econômico”¹⁰. E mais: tratar-se-iam de medidas inadequadas, que não diminuem custos judiciais com demandas trabalhistas infundadas. Para esse desiderato, dispõe o sistema

⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição interposta ao STF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5766reformatrabalista.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

⁶ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 230.

⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição interposta ao STF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5766reformatrabalista.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição interposta ao STF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5766reformatrabalista.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição interposta ao STF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5766reformatrabalista.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

¹⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição interposta ao STF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5766reformatrabalista.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

processual de meios de sanção à litigância de má fé, caracterizada por pretensão ou defesa judicial contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (CLT, art. 793-B, I) e pela alteração em juízo da verdade dos fatos (art. 793-B, II)¹¹.

Esse estado de coisas caracterizaria o caráter abusivo da legislação em cotejo com a proibição de excesso, não podendo o estado legislar abusivamente para lograr resultados que esvaziem o conteúdo de direitos fundamentais, particularmente, dos mais pobres, nas regiões mais desfavorecidas do país¹². Sinteticamente, esses são os argumentos da petição inicial da PGR, com destaque para os argumentos dos itens d) violação ao princípio da isonomia com a intimidação econômica ao trabalhador desprovido de recursos que impede a manifestação do direito de ação (art. 5º, XXV) e f) violação da proporcionalidade e da proibição de excesso, vício de finalidade e abuso legislativo.

A petição não tratou adequadamente do caráter privilegiado que a Economia assumiria, como poder normativo em relação ao Direito, na hipótese da legislação entrar em vigor. Ademais, o texto não apresenta um estudo de impacto legislativo, de caráter empírico, que poderia ser útil para o deslinde do caso.

Do ponto de vista factual, a petição inicial comenta, brevemente, estudo da Justiça em Números 2016¹³ mas não se debruça analiticamente sobre os custos da litigância como um dos possíveis obstáculos para o ingresso e atuação em juízo. Ainda que a parte destituída de razão tenha que arcar com os honorários do advogado da parte à qual se reconhece o direito à tutela jurisdicional, não há fonte certa sobre o custeio do advogado da parte vencedora.

Admitir que o proveito econômico obtido pelo trabalhador no processo seja utilizado para o pagamento das despesas do processo, incluindo os honorários da parte contrária, é rebaixar a cidadania dos trabalhadores na comparação com os demais cidadãos em outras relações jurídicas, pois diminui ou anula o benefício econômico alcançado.

Com efeito, o processo não estabelece direitos ou valores econômicos, servindo, em regra, para declarar direitos pré-existentes e definir os efeitos econômicos da violação a esses direitos, previamente fixados no ordenamento jurídico. Do ponto de vista da práxis, tal situação se agrava tendo em vista que o reclamante na Justiça do Trabalho pode ser um desempregado e não ter condições econômicas para suportar os custos do processo.

Lado outro, a PGR sustenta que o Estado não pode legislar abusivamente, levando em consideração que o princípio da proporcionalidade impede excessos normativos e prescrições não razoáveis que esvaziem o conteúdo dos direitos fundamentais. A finalidade legislativa é questionada com rigor conceitual mesmo porque a informação que embasou o parecer do Relator, Senador Ricardo Ferraço¹⁴, alega que o Brasil produz mais ações judiciais trabalhistas do que a soma de outros países, o que não dispõe de fonte científica, suporte empírico e nem mesmo probabilidade matemática.

¹¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição interposta ao STF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5766reformatrabalista.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

¹² MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição interposta ao STF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5766reformatrabalista.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

¹³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição interposta ao STF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5766reformatrabalista.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

¹⁴ BRASIL. SENADO FEDERAL. Relatório do senador Ricardo Ferraço (PSDB - ES) apresentado à Comissão de Assuntos Econômicos do Senado (CAE), sobre o Projeto de Lei da Câmara n. 38, de 2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Brasília, 20 de junho de 2017. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2017/05/relatorio_CAE_trabalhista.pdf. Acesso em: 26 fev. 2019.

Alega que a garantia do mínimo existencial encontra-se no Recurso Extraordinário 567.985/MT, relatado pelo ministro Marco Aurélio, cujo Relator para o acórdão foi o ministro Gilmar Mendes. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal¹⁵ reputou inconstitucional o critério de renda mensal per capita inferior a 1/4 do salário mínimo, fixado pelo art. 20, § 3º, da Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social), para concessão do benefício assistencial de um salário mínimo mensal, previsto art. 203, V, da Constituição, às pessoas com deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover à própria subsistência ou de serem mantidos por sua família, com base em argumentos de caráter jurídico e econômico. Os primeiros dizem respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da impossibilidade de vincular o salário mínimo para qualquer efeito com base em disposição constitucional; os últimos tratam dos custos atuariais, de manutenção do sistema de Previdência e de políticas públicas. Além disso, modula os efeitos da decisão até 31 de dezembro de 2014 e estabelece que os legisladores devem suprir a omissão legislativa, não sendo papel dos juízes essa definição.

Transcorrido o lapso temporal definido no acórdão sem nova lei a dispor da matéria, não há critério jurídico estável a definir pobreza legal e mínimo existencial, o que desequilibra a proteção de direitos sociais de grupos socialmente vulneráveis, particularmente, em relação à justiça do trabalho.

Dito isso, não há apenas omissão normativa, mas um *mix* teórico no debate. Vários autores são referenciados no item “c)” da petição da PGR, que trata da gratuidade judiciária do trabalhador pobre como garantia inerente ao mínimo existencial, tais como John Rawls, Friedrich Hayek, Amartya Sen, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino, Ricardo Lobo Torres e Fernando Facury Scaff¹⁶, não sendo possível identificar se há um autor ou teoria prevalecente, tendo em vista, por um lado, a perspectiva meramente ornamental dos argumentos levantados; por outro, as reais e insuperáveis divergências entre todos eles.

No mais, esses aspectos são apenas enumerativos e não taxativos; e isso requereria um estudo amplo e sistemático da Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que não é objeto deste texto. O que importa é o exame dos votos dos ministros Luís Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski acerca do sentido dado ao termo “*Law and Economics*”, e de sua compatibilidade ou incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

As críticas que possam ser dirigidas aos ministros levarão em conta o sentido atribuído à *Law and Economics* no Plenário do Supremo Tribunal Federal, reproduzida nesse contexto, bem como à falibilidade dos argumentos e dos equívocos conceituais em discussão, o que permite discernir as posições e avançar na compreensão do tema.

Por fim, ainda que as expressões “Análise Econômica do Direito” (*Economic Analysis of Law*) ou *Law and Economics* sejam tratadas como sinônimas nos votos dos ministros, elas não o são, por possuírem, dentre outras questões, recortes distintos acerca da relação entre *teoria* e *mundo*, o que redundará em uma *práxis* também diferente. A partir dessa diferença é que se desenvolverá a análise detida dos votos dos proferidos. Para maior precisão argumentativa, portanto, a questão conceitual sobre o significado da *Economic Analysis of Law* e da *Law and Economics* constitui o ponto cerne do texto.

¹⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 567.985 - MT. Relator: ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>. Acesso em: 28 ago. 2019.

¹⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição interposta ao STF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgtr/documentos/ADI5766reformatrabalhista.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

4. Dificuldades conceituais e equívocos na aplicação dos termos “*Economic Analysis of Law*” e “*Law and Economics*”

A tradicional relação estabelecida entre as duas disciplinas, direito e economia, é antes de mais nada, extremamente complexa. Muito provavelmente surge quando ambas se tornaram disciplinas autônomas e buscaram bases científicas às suas aplicações. Entretanto, o *Movimento Direito e Economia (Law and Economics)*, que cunha os termos *Law and Economics* e *Economic Analysis of Law* (Análise Econômica do Direito) vem amplamente defendido como um movimento pioneiro americano, mais especificamente iniciado nos bancos acadêmicos da *University of Chicago Law School* a partir dos anos 60 do Século XX¹⁷. Entretanto, longe do movimento ser internamente coeso, os próprios termos que o representam estruturam-se em sentidos bastante diferentes, para além de uma compreensão sinônima¹⁸.

Compreende-se importante sanar esta obscuridade por meio da adoção de um rigor conceitual que construa terminologias específicas para cada uma dessas duas expressões. No estado atual, as consequências do *mix* existente entre elas são variadas, com a debilitação das teorias e aumento da complexidade de aplicações práticas.

Um dos elementares pontos de partida do moderno *Movimento Law and Economics*¹⁹ é a compreensão do significado de *ciência econômica*, seu alcance e aplicação. Tradicionalmente, Ronald Coase, um dos precursores do movimento, enaltece o objeto preciso da economia. Com a publicação de seu principal texto, *The Problem of Social Costs*, em 1960, o autor sela a amplitude e o interesse que é abarcado inicialmente pelo movimento, expondo as *externalidades* e os *custos de transação* provocados pelo direito nas atividades econômicas de um modo geral. Para ele, o texto é um ensaio sobre economia, para economistas e está relacionado ao direito face o impacto que as regras jurídicas causam ao sistema econômico. Nesse ponto, talvez, se encontre o início do esclarecimento do dilema sobre a ambivalência dos termos, tendo em vista a definição de *Economia* estabelecida. Para Ronald Coase, na esteira de *Alfred Marshall* e *George Stigler*, a economia possui um *objeto de estudo* bem definido: o sistema econômico, no qual os atores ganham e gastam suas respectivas rendas²⁰.

Dito em outros termos, a definição de Coase é espacial, estabelecendo, para tanto, limites claros em relação a determinadas questões econômicas, pois a economia estuda o sistema econômico a partir da análise das instituições sociais atreladas diretamente ao sistema de trocas, por exemplo, as firmas, o sistema de produção, os mercados de bens e serviços, o mercado de trabalho, o mercado de capitais, o sistema bancário, as transações comerciais internacionais, etc.

¹⁷ Há posições contrárias acerca do movimento ter sido pioneiramente criado na *University of Chicago Law School*. Como, por exemplo, HOVENKAMP, Herbert J., "The First Great Law & Economics Movement" (1990). *Faculty Scholarship at Penn Law*. 1925, In: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1925, para quem o Movimento *Law and Economics* se inicia, sob outros fundamentos teóricos, na *Progressive Era* Americana. Também já havíamos defendido esta posição, no texto: COPETTI NETO, Alfredo; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O SEGUNDO MOVIMENTO LAW AND ECONOMICS, A EFICIÊNCIA E O CONSENSO DO MODELO NEOCLÁSSICO ORDENALISTA SUBJETIVISTA A PARTIR DE RICHARD POSNER: RUPTURA OU (RE)APROXIMAÇÃO AO (ESTADO DE) DIREITO CONTEMPORÂNEO. In: Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, vol. 3, n. 4, Jan-Jun. p. 56-76.

¹⁸ MARCIANO, Alain; HARNAY, Sophie. *Posner, Economics and the Law: From Law and Economics to an Economic Analysis of Law*. In: *Journal of the History of Economic Thought* v. 31, n.2, 2009, p. 219.

¹⁹ A influência, neste ponto de partida do movimento, desenvolvida por Aaron Director é de fundamental importância. Foi ele quem estabeleceu em Chicago o programa *Law and Economics, post-New Deal* na faculdade de direito e fundou, em 1958, o tradicional *Journal of Law and Economics*. Para tanto, ver: DUXBURY, Neil. *The patterns of american jurisprudence*. New York. Oxford University Press, 1997, p. 341 e segs.

²⁰ MARCIANO; HARNAY, *op. cit.*, p. 217 e segs.

Por essa perspectiva, também, o autor isola e garante uma pretensa unidade à disciplina de estudo, a partir do uso de ferramentas específicas em um objeto previamente delimitado²¹.

O paradigma inicial do movimento, portanto, é forjado por Coase pois *estuda a influência do sistema jurídico na atuação do sistema econômico*. O mesmo critério à definição acerca do significado de ciência econômica foi assumido por outro importante expositor inicial do Movimento: Aaron Director. Director e Coase foram fundamentais à formação de Richard Posner, ao menos em seus primeiros escritos sobre Direito e Economia. Nota-se que os temas encabeçados por Posner seguiram a definição dada pelos dois precursores, ao menos até meados dos anos 70 do século passado. Pode-se afirmar, portanto, que Posner solidificou o *Movimento Law and Economics* valendo-se de um conceito de economia com um objeto preciso, escrevendo sobre oligopólio e direito antitruste. Neste período, Posner entendeu as regras jurídicas como *dadas* e assumiu que as decisões judiciais eram uma rica fonte de informação sobre as práticas do mercado²².

Entretanto, foi por conta de uma nova definição de economia, e com a publicação de seu trabalho seminal, *Economic Analysis of Law*, em 1973, que o magistrado americano fundou pioneiramente aquilo que nos dias atuais se compreende pelo mesmo termo da obra (*Economic Analysis of Law*), afastando-se da compreensão até então utilizada como *Law and Economics*.

O giro copernicano de Posner encontra guarida e influência em Gary Becker, que lhe apresentou uma ampla perspectiva para o conceito de economia. Becker, a partir de uma nova metodologia econômica funda promissoras áreas de pesquisa, diante do alcance de análise para além do tradicional comportamento do mercado (*explicit markets*). Para ele, a teoria econômica pode ser aplicada a qualquer comportamento humano²³, sobretudo nos chamados *nonmarket behavior*, na medida em que o “human behavior is not compartmentalized, sometimes based on maximizing, sometimes not, sometimes motivated by stable preferences, sometimes by volatile ones, sometimes resulting in an optimal accumulation of information, sometimes not”²⁴.

Em outras palavras, o que distingue a economia das outras ciências sociais, ao contrário do que propuseram Coase e Director, não é a precisão acerca de seu objeto ou escopo, mas, propriamente, a natureza das ferramentas e os métodos pelos quais os comportamentos humanos vêm analisados.

Face a proposta de Becker, Posner altera a forma de analisar o direito. Não necessariamente no início dos anos de 1970 ele abandona os temas anteriores, como, por exemplo, monopólios e antitruste, mas lhes dá uma roupagem de análise, à la Becker. Sua preocupação, dali em diante, se manifesta acerca de *como os problemas são analisados* e, cada vez mais expande seu interesse para *non economic problems*, lidos a partir de um aparo de ferramentas e de um método à economia. Eis, portanto, a formação da *Economic analysis of Law*, que nasce por conta dos conceitos utilizados – e não pelos tópicos analisados –, à formação de uma *ciência da escolha* para as funções do direito, dentre as quais o comportamento dos tribunais nas tomadas de decisão²⁵.

²¹ COASE, Ronald H. 1998. *The New Institutional Economics*. In: American Economic Review. n.88, 1998, p 72–74.

²² MARCIANO; HARNAY, *op.*, cit., p. 221.

²³ Importa referir aqui a aproximação de Becker a Lionel Robbins, que definiu analiticamente a economia, em 1932, no seu clássico *Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, como a análise de um determinado aspecto do comportamento humano: a escassez. Embora geral, a definição se tornou bastante restrita e não obteve a amplitude necessária pensada, posteriormente, por Becker.

²⁴ BECKER, Gary. *The Economic approach to Human Behavior*. Chicago: Chicago University Press, 1976, p. 14.

²⁵ Elementar para essa distinção – *Law and Economics* e *Economic Analysis of Law* – estão também os dois fundamentais *Journals* do Movimento. O *The Journal of Law and Economics*, fundado em 1958, do qual Ronald Coase foi editor, representou a perspectiva do *Law and Economics*; enquanto o *The Journal of Legal Studies*, encabeçado por Posner em 1972, buscou tratar da proposta da *Economic Analysis of Law*. Para tanto ver: HAY, George. The Past, Present and Future of Law and Economics. In: *Agenda*. V. 3. Nº 1. 1996, p. 71-82.

A distinção de ambos os campos também foi objeto de reflexão de outro precursor do Movimento *Law and Economics*: Guido Calabresi²⁶. Sua perspectiva estabelece a conexão de cada um dos pontos de vista do *Law and Economics* e da *Economic Analysis of Law* a dois seminais filósofos políticos que, de modo corriqueiro, são referidos pelos adeptos do Movimento: John Stuart Mill e Jeremy Bentham, respectivamente²⁷.

Para ele a *Economic Analysis of Law* usa a teoria econômica para analisar o mundo do direito. A partir do ponto de vista econômico, a EAL confirma, questiona e muitas vezes busca reformar o ponto de vista jurídico. “In its most aggressive and reformist mode, having looked at the world from the standpoint of economic theory, if it finds that the legal world does not fit, it proclaims that world to be ‘irrational’²⁸”.

Por outro lado, a premissa do *Law and Economics* é agnóstica quanto à aceitação do mundo jurídico como ele realmente é, pretendendo, por meio da teoria econômica explicá-lo. A impossibilidade de explicação não gera uma classificação imediata de irracionalidade, tal qual acontece com a EAL, mas instaura um duplo questionamento. Em primeiro lugar, indaga se os juristas estão observando o mundo jurídico tal qual ele é verdadeiramente e se a teoria econômica pode trazer uma visão mais acurada do direito? Em segundo lugar, se a teoria econômica pode ser amplificada, ampliada, sem perder sua capacidade teórica, para poder explicar o mundo jurídico tal qual ele é²⁹?

Conforme Calabresi “while Economic Analysis of Law dominates and law is its subjects of analysis and criticism, in Law and Economics the relationship is bilateral. Economic theory examines law, but not infrequently this examination leads to change in economic theory rather than to changes in law on the way legal reality is described³⁰”.

Por óbvio, os efeitos dessa dupla compreensão impactam diretamente o direito. Ter como pano de fundo essa relação bilateral, aos moldes do *Law and Economics*, talvez seja o ponto de partida fundamental.

Parece claro que o amplo Movimento *Law and Economics* não pode abdicar de fatores como justiça, democracia, desenvolvimento, porque eles são interligados e complementares. Por isso, é necessário repensar, sobretudo, a especificidade do *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner, na medida em que ela discute e enquadra, ou não, de modo adequado, as funções desempenhadas pelo Direito em um cenário que não é só local, mas mundial.

Assim, há boas razões para reconstruir os sentidos da *Economic Analysis of Law*, sendo, portanto, improcedentes as tentativas de emprestar rótulos exclusivamente ideológicos a eles, ainda que essa seja uma das chaves de leitura da matéria, a saber, o exame da *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner, como ideologia. Mas ela também pode ser analisada como um sistema, uma teoria e uma metodologia, ainda que composta de diferentes fases

²⁶CALABRESI, Guido. Of Law and Economics and Economic Analysis of Law. In: *The future of Law and Economics : Essays in Reform and Recollection*. Yale Scholarship Online, 2016, p. 2.

²⁷Bentham, segundo Calabresi, aproxima-se da visão do EAL, na medida em que se a percepção de mundo não enquadrava-se em seu teste de utilidade, ele as rejeita como “vagas generalidades; enquanto Mill, aproximando-se do que se configura a EAL, entende que tais “vagas generalidades” basicamente contêm uma “extensa experiência da raça humana ainda não analisada”. Enquanto Bentham enxerga o mundo por um único prisma teórico; Mill aposta em uma relação teórica bilateral. Ver, CALABRESI. Op., cit., p. 1-4.

²⁸CALABRESI. Op., cit., p. 2.

²⁹Uma perspectiva vanguardista do LAE, segundo Calabresi encontra-se no *behavioral Law and Economics*. CALABRESI. Op., cit. p.3.

³⁰CALABRESI. Op., cit. p. 4.

5. O voto do ministro Relator Luís Roberto Barroso³¹

No voto do ministro Luís Roberto Barroso, relator da ADI n. 5.766/DF destaca-se a recusa apriorística ao sentido de um suposto caráter neoliberal da Análise Econômica do Direito, bem como de sua suposta incompatibilidade com o projeto constitucional ao afirmar a importância de considerar, no debate sobre a Reforma Trabalhista, o custo individual e social do litígio em uma suposta perspectiva da Análise Econômica do Direito³².

Sustenta que a discussão central da ADI trata do caráter processual da alteração legislativa. Mais especificamente, quem paga a conta em determinadas situações. Argumenta que não é um debate entre esquerda ou direita mas o que é melhor para os trabalhadores, a sociedade e o país. Assim, deve ser sem dogmas, superstições ou indiferença à realidade³³, para evitar a litigância fútil e contumaz, com prejuízo para a sociedade. Defende que as normas processuais podem e devem criar uma estrutura de incentivos e desincentivos que sejam compatíveis com a sociedade³⁴.

Aponta que 82% (oitenta e dois) por cento dos litigantes são os mesmos, quais sejam: o Estado, telefonia e indústrias; que a reforma trabalhista se ocupa apenas do reclamante que demanda futilmente e que não abarcou os reclamados contumazes, sendo tarefa do Supremo Tribunal Federal essa análise³⁵, o que coloca o problema do Tribunal como legislador positivo.

Segundo o ministro relator, o próprio acesso à justiça passa a ser comprometido pela inexistência de filtros e desincentivos mínimos para o ingresso em juízo. Acresce que a demanda excessiva também impede o acesso à justiça, pelo menos, com um mínimo de eficiência. O discurso sinaliza a existência de um demandismo excessivo que, nos dizeres do ministro, denomina-se *tragédia dos comuns*, de Garrett Hardin^{36,37}. Nessa ótica, se uma pessoa utilizar o espaço público para maximizar interesses, o espaço público será consumido pelo privado. Exemplo: um pasto (bem comum) que pertença ao Estado. Se cada fazendeiro quer colocar mais gado no pasto, o que vai acontecer é que não haverá mais pasto (será inteiramente consumido)³⁸.

Por *tragédia dos comuns*, entende-se o drama entre o reconhecimento da existência de um bem comum e a maximização quantitativa dos ganhos, em termos de utilidade (cálculo utilitarista)³⁹. Se a liberdade é o reconhecimento da necessidade⁴⁰, como pretende o autor, liberdade não haverá. Apenas sobrevivência, o que pode ser entendido como uma espécie de retorno à Thomas Hobbes, no sentido que a vida humana é uma existência breve e miserável.

³¹Nesta parte utilizamos o termo “Análise Econômica do Direito” em repetição utilizada no voto do ministro, de modo amplo.

³²BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 5.766/DF. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 10 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dgQgvCso2jk>. Acesso em: 23 mar. 2021.

³³BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 5.766/DF. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 10 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dgQgvCso2jk>. Acesso em: 23 mar. 2021.

³⁴BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 5.766/DF. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 10 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dgQgvCso2jk>. Acesso em: 23 mar. 2021.

³⁵BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 5.766/DF. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 10 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dgQgvCso2jk>. Acesso em: 23 mar. 2021.

³⁶BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 5.766/DF. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 10 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dgQgvCso2jk>. Acesso em: 23 mar. 2021.

³⁷HARDIN, Garrett. A tragédia dos comuns. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3203283/mod_resource/content/2/a_trag%C3%A9dia_dos_comuns.pdf. Acesso em: 24 mar. 2021.

³⁸BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 5.766/DF. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 10 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dgQgvCso2jk>. Acesso em: 23 mar. 2021.

³⁹HARDIN, Garrett. A tragédia dos comuns. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3203283/mod_resource/content/2/a_trag%C3%A9dia_dos_comuns.pdf. Acesso em: 24 mar. 2021.

⁴⁰HARDIN, Garrett. A tragédia dos comuns. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3203283/mod_resource/content/2/a_trag%C3%A9dia_dos_comuns.pdf. Acesso em: 24 mar. 2021.

Além, é claro, do egoísmo reinante. Não parece haver nada novo no argumento. Apenas um palimpsesto, uma raspagem das ideias hobbesianas no ambiente dos anos 1960, o que não foi explícito no voto do ministro.

Por essas razões, as premissas do relator parecem parcialmente desarcetadas. Isso porque o relato das ideias e números apresentados são problemáticos ou controvertidos. Alegar que há demandismo fútil, contumaz, é generalização apressada, em que se procura compreender e classificar todos os casos a um padrão pré-estabelecido. Exemplo: se alguns reclamantes são litigantes excessivos, todos o serão.

É certo que a norma jurídica pode ser entendida como uma estrutura de incentivos e desincentivos desde que não se resuma a esse aspecto. Aqui, há concordância com o argumento do ministro. Seguramente, quer a análise econômica do direito citada no voto, o movimento *Law and Economics* em sentido amplo ou até mesmo a especificidade da *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner, não podem ser desconsideradas na análise de problemas jurídicos.

Em outra ponta, mesclar análise econômica do direito e institucionalismo (Garett Gardin) não é análise argumentativa adequada. São áreas distintas do conhecimento que podem dialogar entre si mas autônomas.

Por fim, o emprego de argumento estatístico é pertinente. Precisa ser melhor contextualizado e explicado de modo a diminuir os eventuais equívocos, assimilando profundamente a teoria (modelo explicativo) à empiria.

Do ponto de vista empírico, faltam, no voto do ministro, fatos e fundamentos sobre o tema em julgamento, tais como a quantidade de demandas temerárias, de que tipo são essas demandas, quanto custa mitigá-las e sobre quem recairá o custo. As ricas citações do voto não preenchem essa lacuna, mesmo porque não se trata de uma análise da Reforma Trabalhista, mas de uma decisão judicial sobre ela. Por outro lado, o ministro critica, com acerto, a abstração e as generalizações e demonstra interesse na experiência dos países estrangeiros com os mesmos problemas e na apreensão dos fatos.

No julgamento houve repúdio às ações frívolas, temerárias e às aventuras jurídicas. Contudo, a consulta ao relatório demonstrativo das varas do Trabalho, produzido pela Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do Tribunal Superior do Trabalho - 'TST' -⁴¹ indicam que, no período de 2007 a 2016, cerca de 7% das ações trabalhistas foram julgadas totalmente improcedentes na fase de conhecimento.

Além do mais, no universo das demandas improcedentes, é preciso ter em conta que muitas delas não são “temerárias”, mas decorrem do fato de o reclamante não conseguir provar o seu direito.

Talvez os questionamentos mais adequados fossem: i) é juridicamente adequado estabelecer restrições de acesso à Justiça do Trabalho quando pequena parcela dos trabalhadores ajuizam ações temerárias? ii) Não seria mais adequado impor penas por litigância de má-fé àqueles que patrocinam aventuras judiciais? iii) Por outro lado, estabelecer barreiras de acesso à Justiça ao trabalhador não incentivaria um maior descumprimento da lei trabalhista pelo empregador?

⁴¹ COORDENADORIA DE ESTATÍSTICA E PESQUISA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/5a3b42d9-8dde-7d80-22dd-d0729b5de250>. Acesso em: 23 fev. 2019. Elaboração própria com base nas informações disponíveis no site do TST.

Aqui se colocam perguntas distintas, que não podem ser especificadamente respondidas neste texto, ainda que a teoria da escolha racional, estruturante da visão tradicional da *Economic Analysis of Law* de Posner, possa sugerir proposições. Para além da discussão a respeito do princípio da proporcionalidade e da função da Justiça do Trabalho, a tarefa fundamental da Jurisdição Constitucional é promover a efetividade dos direitos fundamentais, o que não é uma tarefa fácil. Se as funções reparatórias e de retribuição estão ligadas ao passado, a Justiça da decisão judicial está em trazer ao presente o prejuízo ocorrido no passado para verificar sua importância e evitar a repetição.

Diretamente ligado a esse tema é a questão do acesso à justiça⁴². Na Justiça do Trabalho, o trabalhador pobre não dispõe de assistência judiciária gratuita regularmente prestada pela Defensoria Pública, apesar da previsão do art. 14 da Lei Complementar 80⁴³, de 12 de janeiro de 1994 (que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios), de que sua atuação se dá em todo o Judiciário da União, inclusive na Justiça do Trabalho.

Ainda que o problema não possa ser devidamente tematizado nestas linhas, pois o que se examina, propriamente, são as concepções de Análise Econômica do Direito apresentadas pelos ministros, deve-se sinalizar que uma narrativa que, de algum modo, construa uma exclusão do jurisdicionado ao acesso ao Poder Judiciário precisa ser cuidadosamente analisada.⁴⁴ Especificadamente, no que diz respeito a *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner, a trilha percorrida pelo ministro não permite compreender a recepção ou alcance, tampouco do *Law and Economics* estadunidense, seja em seu voto, seja no Tribunal. Isso ilustra a dificuldade de discutir o assunto, considerando que o exemplo da tragédia dos comuns, de Garrett Hardin, se aproxima mais de uma visão institucionalista tradicional, dos anos 1960, do que com o Movimento *Law and Economics*, e muito menos, com a *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner

6. O voto do ministro Ricardo Lewandowski

O voto do ministro Ricardo Lewandowski⁴⁵ começou por reafirmar uma distinção própria da atual quadra da Teoria do Direito. Reportando-se ao voto do ministro Barroso, Lewandowski sustentou que a necessidade de firmar o debate em um patamar epistemológico,⁴⁶ cuja tarefa

⁴² Um lugar comum intelectual sobre o assunto considera a impossibilidade de provisão de recursos em caráter ilimitado do Poder Público, o que imputa à parte sem razão na lide a responsabilidade pelas despesas com os autos do processo. A ideia é que quanto à integralidade e efetividade dessa imputação, maiores serão as possibilidades de custeio dos autos por particulares sem que seja necessário o custeio público. Ocorre que essa ideia implica na exclusão do pobre à jurisdição pois a Defensoria Pública não atua em sua defesa, ou seja, é necessária a contratação de advogado. Além dessa contratação, o jurisdicionado deve arcar com os custos processuais, o que obstaculiza o acesso ao sistema de garantias.

⁴³ BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. LEI COMPLEMENTAR 80, de 12 de janeiro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm. Acesso em: 26 ago. 2019.

⁴⁴ Jorge Luiz Souto Maior alerta que “Se, por uma questão de cidadania, a todos, sem distinção, é dado o direito de acesso ao Judiciário e se é entendido que com relação ao pobre existe um obstáculo que precisa ser superado pela assistência judiciária gratuita, para que o princípio isonômico seja concretizado, não se pode fixar o pagamento de honorários prévios e honorários advocatícios a quem é alvo de assistência judiciária gratuita porque isso é o mesmo que negar a essas pessoas o acesso à justiça, diminuindo-lhe a cidadania”. BRASIL. JUSTIÇA DO TRABALHO. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. 1ª CÂMARA. 1ª TURMA. Nº 0012715-89.2017.5.15.0146. Relator Juiz do Trabalho Jorge Luiz Souto Maior. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/trt15-honorarios-sucumbencia.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2019.

⁴⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 5.766/DF. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 10 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dgQgvCso2jk>. Acesso em: 23 mar. 2021.

⁴⁶ A Epistemologia (estudo das ciências) pode contribuir para: a) trazer à tona os pressupostos filosóficos (em particular semânticos, gnosiológicos (e) ontológicos) de planos, métodos, ou resultados de investigação científicas de atualidade; b) elucidar e sistematizar conceitos filosóficos, empregados em diversas ciências; c) ajudar a resolver problemas científico-filosóficos, tais como o de saber se a vida se distingue pela teleonomia e a psique pela inespacialidade; d) reconstruir teorias científicas de maneira axiomática, pôr a descoberto seus pressupostos filosóficos; e) participar das discussões sobre a natureza e o valor da ciência pura e aplicada,

principal é a reconstrução racional do conhecimento científico, com um estudo metódico e reflexivo de seu saber e dos seus produtos intelectuais, o que se pretende é apontar incorrências do voto do Relator, ministro Luís Roberto Barroso.

A tarefa de uma discussão epistemológica é estabelecer um pressuposto subjacente à própria arguição. Além disso, o ministro Lewandowski argumenta que o se discute é a “interpretação” do texto normativo; e, ainda que ela se refira a uma interpretação da “norma” prevista na Lei da Reforma Trabalhista, o problema seria o sentido que ela sustenta, pois conduziria ao paradoxo de examinar direitos fundamentais com base em uma visão de “eficiência, de vantagem ou aumento de riqueza”, o que seria incompatível com o sistema de Direito brasileiro.

No entanto, para evitar confusão lexical, é necessária uma distinção rigorosa entre *Law and Economics* e “utilitarismo”, que é omissa no voto. Como não se procede à diferenciação, há uma espécie de dispensa do próprio trabalho compreensivo, perdendo-se a oportunidade para o esclarecimento de conceitos controvertidos cuja aplicação prática é complexa.

Além disso, o relator não alude expressamente à *Law and Economics* ou a Richard Posner. A análise econômica do direito de que fala o ministro relator é a de Garrett Hardin, que parece uma leitura equivocada pelas razões já expostas neste texto. A construção não termina por aqui. Importa ainda falar em uma normatividade que não é passível de ser encapsulada no texto, compreendendo dados que se situam nas consequências políticas e sociais de efetivação da norma.

Portanto, apesar de um pressuposto parcialmente correto, o ministro Ricardo Lewandowski constrói uma argumentação problemática, particularmente quando associa à *Law and Economics* uma “base numerológica”. Nem mesmo em Richard Posner ela o é. O programa da *Law and Economics* não é um *more* geométrico, e uma abordagem epistemológica precisa respeitar, entre outras condições: 1) a capacidade de criticar programas e mesmo resultados errôneos, com base em uma investigação profunda, rejeitando-se a superficialidade, assim como precisa sugerir novos enfoques promissores; 2) construir soluções claras para os problemas apresentados, particularmente soluções consistentes em teorias rigorosas e inteligíveis, que sejam adequadas à realidade da investigação científica e à experiência científica.⁴⁷

A posição do ministro Lewandowski tenta observar o item 1 acima ao esboçar equívocos da *Law and Economics*, mas não dá conta de delimitar adequadamente os contornos do Movimento; em relação ao item 2, no qual expressa um receio com o utilitarismo, especialmente no diz respeito à proteção de direitos fundamentais, trata-se de uma objeção séria, que, no entanto, erra no foco. Se o debate é sobre *Law and Economics* ou *Economic Analysis of Law* de Richard Posner, ela parece baseada no senso comum intelectual acerca de seu significado. Não é possível, *a priori*, dizer se essa “Escola” pode trazer mais prejuízos do que benefícios, o que não significa um embasamento favorável a Richard Posner, um dos nomes mais eloquentes do movimento.

Muitas vezes há uma linearidade entre os conceitos de *Law and Economics*, pragmatismo e utilitarismo que, supostamente orientados por critérios de maximização da riqueza, refluiriam para acórdãos dos tribunais. Nesse âmbito, a análise econômica pode desempenhar um papel limitado, porém importante no discurso e na prática jurídica.

ajudando a esclarecer as idéias a respeito; f) servir de modelo a outros ramos da filosofia, particularmente a ontologia e a ética. BUNGE, Mário. *Epistemologia*. São Paulo : Quieroz, 1980, p. 17.

⁴⁷ BUNGE, Mário. *Epistemologia*. São Paulo : Quieroz, 1980, p. 13.

O ministro Ricardo Lewandowski enxerga, acertadamente, um aporte pragmático na questão: empregar dados do Superior Tribunal de Justiça sobre o pagamento de ações trabalhistas. A partir desta delimitação, conclui pelo caráter redistributivo da medida, considerando que o ingresso desses capitais na economia gera riquezas e empregos⁴⁸. Porém, há um argumento que inverte a função da magistratura trabalhista⁴⁹, chegando-se à suposição de ela poderia realizar um papel de redistribuição de políticas sociais. Em uma concepção maximalista, considerando-se a especificidade da justiça do Trabalho, há quem defenda que preservar e estender o marco regulatório e o papel protetor exercido é função da justiça laboral. De outro lado, há quem defenda uma menor intervenção, preservando sua função de dirimir conflitos, com base em um patamar mínimo da lei.⁵⁰

Pelo voto do ministro, a recepção da *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner, conduziria a um tormento teórico, tendo em vista sua suposta incompatibilidade com o Direito brasileiro, assim como a nefastas consequências para a proteção de direitos fundamentais dos trabalhadores. Há, para ele, a existência de uma controvérsia constitucional sobre o assunto.

Uma cooperação salutar poderia vir da hermenêutica jurídica que, junto a conceitos da *Law and Economics*, poderiam oferecer elementos para distinguir opinião e juízo, o que também é difícil de ser preservado, pois a compreensão não é apenas reprodução de sentido, mas parte de um atuar produtivo. E, sendo o mundo um lugar complexo, não é possível tornar o conhecimento submisso a uma completa cognição. Em uma frase: a complexidade da realidade não tem condições de adaptar-se a uma teoria qualquer, por mais consistente que ela seja, mesmo porque uma teoria é apenas um modelo de explicação parcial da realidade.

Aqui há outro problema: caberia ao Judiciário viabilizar ou esvaziar o “neoliberalismo”? Para tanto, seria necessário demarcar o significado dessa expressão, o que não ocorre no voto do ministro especificamente, que se restringiu ao reconhecimento de uma tensão entre “direitos fundamentais” e *Law and Economics*. Não obstante, conceitos jurídicos (como o conceito de *Law and Economics*) forneceriam sinais para descrições factuais da realidade social, sem prejuízo para a concretização de direitos.

Outrossim, o campo da normatividade precisa ser repensado. Não se trata de reanimar a discussão entre o “fático” e o “normativo”, mas de tratar da aproximação de ambos, a fim de que o texto constitucional, deontológico, alcance uma maior efetividade

7. Uma reconstrução do debate entre os ministros Luís Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski

O Supremo Tribunal Federal vem ocupando espaço crescente na cena política brasileira. Não há novidade nessa constatação. Hoje, as questões que se colocam são sobre a legitimidade democrática de suas decisões, a transparência e a publicidade de sua atuação.

Ainda que não haja condições de examinar todas essas variáveis, vale a pena destacar um senso comum que parece estar presente em muitas discussões sobre o STF. É que os discursos

⁴⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 5.766/DF. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 10 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dgQgvCso2jk>. Acesso em: 23 mar. 2021.

⁴⁹ Além disso, não foi possível identificar estudos sobre a função redistributiva da Justiça Trabalhista no Brasil, o que faz da assertiva do ministro Ricardo Lewandowski uma intuição - talvez um palpite -, que dificilmente pode ser comprovado por argumentação empírica. Em que pese não ser esse aspecto objeto do texto, a conclusão a que se chega é que há muito a ser feito no País para que se compreenda a dimensão das atividades exercidas pelo Poder Judiciário.

⁵⁰ MOREL, Regina L. Moraes; PESSANHA, Elina G. da Fonte. Magistrados do trabalho no Brasil: entre a tradição e a mudança. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/download/2253/1392. Acesso em: 22 fev. 2019.

dos ministros Ricardo Lewandowski e Luís Roberto Barroso são arquétipos da representação de uma suposta *Law and Economics* no Supremo Tribunal Federal.

Para o ministro Ricardo Lewandowski, a Análise Econômica do Direito seria sinônimo de *Law and Economics*, sendo liberal e posicionada politicamente à direita. Para isso, ele se vale de uma menção ao Professor Arnaldo Godoy e toma como verdadeira uma premissa equivocada. Expor Direito e Economia como sinônimo de *Law and Economics* e de *Economic Analysis of Law* é, no mínimo, embaralhar as coisas e deixá-las dotadas de uma imprecisão vazia de sentido.

Quando o ministro Lewandowski afirma que sustentará seu voto por meio de premissas distintas, o pano de fundo é que o voto do relator é tendencioso e merece ser corrigido. Em Direito, não há problema em que um voto de um ministro aponte erros, contradições ou omissões no voto de outro colega. A questão é que isso não pode ser conduzido inadvertidamente em relação ao tema tratado no Plenário.

Como se trata de uma manifestação no âmbito de um tribunal constitucional, é preciso que os argumentos não só sejam transparentes, mas consistentes e coerentes. Ademais, os fundamentos das decisões devem ser expostos abertamente para escrutínio no debate público.

Um ponto a considerar é que não dá para simplificar excessivamente o debate. Isso só pode ser feito em prejuízo da função informativa da linguagem, que é seu emprego para descrever o mundo e raciocinar sobre ele. Outro ponto é que a ambiguidade que envolve “Direito e Economia”, *Law and Economics* e *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner.

Observe-se que a discussão sobre a recepção do *Law and Economics* e da *Economic Analysis of Law* de Richard Posner, no Brasil é matéria constitucionalmente relevante; e pelas falas dos ministros, não há uma posição institucional consistente ou definida, o que fragiliza a compreensão do impacto do Movimento *Law and Economics*, em relação à garantia dos direitos fundamentais, que ficam ainda mais expostos diante da atuação casuística do Supremo Tribunal Federal. Na discussão da ADI n. 5.766/DF é possível identificar quatro visões distintas sobre o Movimento *Law and Economics* (Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Luiz Fux), como se os ministros fossem ilhas decisórias.⁵¹ Há diferentes leituras epistemológicas, teóricas, conceituais, de objeto, metodológicas e, até mesmo, de finalidade.

Mesmo considerando que a dissidência interna é salutar aos debates entre os ministros, ela não pode implicar a ausência de uma posição institucional. Privilegiar as vozes individuais dos ministros em lugar de dar vazão a um posicionamento do tribunal sobre temas constitucionalmente relevantes é uma falha na tarefa da jurisdição constitucional.

Contudo, mais significativa que a discussão entre os ministros Ricardo Lewandowski e Luís Roberto Barroso é que parece haver um diálogo de surdos em que os ministros não estão dispostos a ouvir, mas a oferecer razões às quais os outros devem aderir, ou seja, o tema em julgamento é refém das concepções ou leituras individuais de cada um dos ministros.

Há um debate de fundo que diz respeito ao significado de *pragmatismo*. Richard Posner apresenta a discussão com o exemplo de seus defensores, que se referem a esse termo como

⁵¹ MENDES, Conrado Hübner. O STF é refém do capricho dos seus ministros. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1822309/mod_resource/content/1/Conrado%20Hu%CC%88bner%20Mendes%20%20E2%80%99CO%20STF%20e%CC%81%20refe%CC%81m%20do%20capricho%20dos%20seus%20ministros%E2%80%999D%20E2%80%93Leitura%20Complementar.pdf. Acesso em: 24 fev. 2019.

sinônimo de sensatez; e o de seus detratores, que veem nele o significado de irracionalidade e contradição.⁵²

É equívoco afirmar que os pragmatistas não dão importância à discussão teórica do significado do Direito, mas somente às consequências das condutas permitidas, proibidas ou impostas com base nesse Direito. O pragmatismo defende um direito mais empírico, que seja testificado⁵³, mais sintonizado com as necessidades reais de pessoas reais⁵⁴. Ademais, fatos e teoria não são opostos⁵⁵ mesmo que o autor aposte em um pragmatismo prático⁵⁶, que ele alinha de bom senso e rejeite o pragmatismo filosófico, que seria contemplativo e explicativo. Trata-se de uma dualidade que não tem razão de ser. Esses elementos se unem na ciência, inclusive na ciência social. Para o americano, o que se deveria rejeitar são teorias e investigações empíricas de má qualidade.⁵⁷ Isso não implica a substituição de um Estado de Direito pelo império dos economistas ou de quaisquer outros especialistas, visto que o Estado, junto com o mercado e o sistema político,⁵⁸ são os pilares da Modernidade⁵⁹.

Feitos esses esclarecimentos, parece que a questão aduzida pelo relator trata dos danos que poderiam ser eventualmente causados ao sistema de Justiça com base em lides temerárias, ajuizadas por trabalhadores na Justiça do Trabalho, ou pelo menos, parece ser o pressuposto do ministro Luís Roberto Barroso.

De outro lado, ao associar a *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner, ao *neoliberalismo* americano e de direita, a manifestação do ministro Ricardo Lewandowski parece ser questionável, ainda que o liberalismo e o pragmatismo combinem bem um com o outro.

Há um equívoco na exposição do ministro Lewandowski, pois teorias não suprimem direitos. Elas podem ser modelos de orientação para a ação. O voto marca, repetidamente, o caráter supostamente ideológico e neoliberal da *Law and Economics* e da *Economic Analysis of Law* não distingue as noções de “valor”, “utilidade”, “eficiência” e “maximização da riqueza”, tratando-as como expressões aparentemente sinônimas. Ele se reporta a um texto de Arnaldo Godoy, sem problematizar os pressupostos do autor, como uma forma de enfatizar o próprio argumento.

Mais do que isso: em um ponto de seu voto, o ministro chega a concluir que a Análise Econômica do Direito é uma ideologia que não tem guarida no texto constitucional. De qual

⁵² POSNER, Richard. *Para além do direito*. São Paulo : Martins Fontes, 2009, p. 11.

⁵³ DOMNARSKI, William. *Richard Posner*. New York: Oxford University Press, 2016, p. 44. Nas palavras de William Domnarski, a relação entre pragmatismo, teste e sucesso foi defendida em 1962.

⁵⁴ POSNER, Richard. *Para além do direito*. São Paulo : Martins Fontes, 2009, p. 20.

⁵⁵ POSNER, Richard. *Para além do direito*. São Paulo : Martins Fontes, 2009, p. 20.

⁵⁶ POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*. London: Harvard University Press, 2003, p. 52.

⁵⁷ POSNER, Richard. *Para além do direito*. São Paulo : Martins Fontes, 2009, p. 20.

⁵⁸ POSNER, Richard. *Para além do direito*. São Paulo : Martins Fontes, 2009, p. 21.

⁵⁹ A crítica às formulações do Estado de Direito pode ser sintetizada na seguinte passagem: “No man is above the law” is useless in a case like Clinton v. Jones but it is a perfectly good slogan, expressing as it does a fundamental difference between our kind of republic and a monarchy or dictatorship. Like much else in our political vocabulary it is not couched in the language of pragmatism. It is abstract, aspirational, and makes no reference to consequences. Its meaning, however, is consistent with a pragmatic approach to the question of what legal privileges public officials should enjoy that private persons do not. It also illustrates the downside to moralistic rhetoric—the danger of being misled if one takes it literally”. O preceito “nenhum homem está acima da lei” é perfeitamente um bom slogan e expressa a diferença fundamental entre a república, monarquia e ditadura. Como outras coisas do vocabulário político não é expresso pela linguagem do pragmatismo. É abstrato, aspiracional e não faz referência às consequências. No entanto, seu significado é consistente com uma abordagem pragmática da questão sobre o arcabouço legal daqueles que exercem cargos públicos e que os distingue dos particulares. Também ilustra o aspecto negativo da retórica moral, o risco de engano em uma interpretação literal. Tradução livre. POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*. London: Harvard University Press, 2003, p. 318.

análise econômica se fala? Ele parece defender o caráter instrumental de legitimação de uma escolha política⁶⁰, o que é equívocado.

No campo da jurisdição constitucional, o pragmatismo que preza pelas consequências não é elemento inédito. A modulação dos efeitos das decisões é emblemática nesse sentido. A possibilidade de conceder determinada tutela controlando seus efeitos no tempo é medida preocupada com as consequências da decisão.

Um modelo reconstrutivo para abranger esses problemas deve evitar uma visão exclusivamente normativa ou gerencial, não sendo possível absolutizar nenhuma delas. Acertadamente, Vinicius Chaves entende que o instrumental teórico e empírico da Economia pode ser critério para averiguar e adequar escolhas normativas à finalidade econômica e à efetividade social, cabendo ao Direito as funções de coordenação e de articulação de informações econômicas⁶¹ que orientem o campo normativo. Isso implica o relacionamento entre eficiência e justiça, de modo a realizar ambas.⁶²

8. Conclusão

A discussão da ADI n. 5.766/DF no Plenário do Supremo Tribunal Federal apresenta problemas conceituais acerca dos termos *Law and Economics* e *Economic Analysis of Law*.

Igualmente, há profundas divergências sobre o seu alcance e recepção pelo texto constitucional. Enquanto o ministro Luís Roberto Barroso, em uma dimensão pragmática, sustenta a constitucionalidade do Direito e Economia, o ministro Ricardo Lewandowski afirma a sua inconstitucionalidade, o que faz do dissenso a marca do debate. No entanto, a análise não avança nem para o *Law and Economics*, tampouco para a *Economic Analysis of Law* de Richard Posner.

No contexto do debate em questão, parece que dar uma impressão de ter um bom argumento é mais importante do que tê-lo, o que suscita dúvidas razoáveis se eles têm ou não têm sustentação suficiente sobre o tema controverso.

O caso mostra a existência de uma celeuma sobre o tema. A análise das proposições que constituem os argumentos não permite uma inferência adequada sobre a *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner. É que as afirmações são generalizantes e tratam *Law and Economics*, *Economic Analysis of Law* e utilitarismo como expressões correlatas, sem levar e conta o que subjaz cada um, tampouco suas implicações.

Por outro lado, a intervenção de dois ministros do Supremo Tribunal Federal mostra que eles não são indiferentes ao problema, o que é positivo. No entanto, falta uma melhor investigação e avaliação do tema, assim como um diálogo genuíno entre os ministros no sentido de que os argumentos devem poder ser refutados por meio de um diálogo racional, no qual se reconhecem, reciprocamente, os aspectos controversos por meio de um posicionamento crítico. Assim, em lugar de se oporem, os ministros Luís Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski poderiam beneficiar a análise se examinassem os defeitos e méritos dos argumentos, em vez de concordarem ou discordarem mutuamente.

⁶⁰ MILLARD, Eric; HEINEN, Luana Renostro. A Análise Econômica do Direito: um olhar empirista crítico. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/9024/5672>. Acesso em: 24 jul. 2020.

⁶¹ CHAVES, Vinicius Figueiredo; FLORES, Nilton César da Silva. Possibilidades e limites no aproveitamento dos critérios econômicos na apreciação e justificação de escolhas normativas. *Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo*, v. 14, n. 1, jan./abr. 2018, p. 146.

⁶² CHAVES, Vinicius Figueiredo. Eficiência e justiça. *Revista Juris Poiesis*. Ano 18, n. 18, jan./dez. 2015, p. 116.

Já a dimensão empírico-analítica considera que o caso se relaciona às circunstâncias ou situações em que interessa saber se uma ação é permitida, ordenada ou proibida por um sistema normativo. Como se trata de um caso individual,⁶³ e não genérico, seus problemas denotam: a) falta de informação sobre o assunto; b) a indeterminação semântica dos conceitos,⁶⁴ o que tem efeitos sobre o tratamento dado ao tema pelos ministros.

Não podendo a discussão sobre *Law and Economics* e *Economic Analysis of law*, de Richard Posner, ser resolvida com fundamentos exclusivamente pautados em alguma combinação⁶⁵, ou premonição de sentidos abstratos. É necessário pensar a aproximação entre teorias e mundo que auxilie sua resposta, para conferir racionalidade à decisão.

9. Referências

ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. El concepto del caso. In: ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: Editorial Astrea, cap. II, p. 61. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/168977/mod_resource/content/1/Aula%2012%20%20Alchour%20C3%B3n%20Bulygin%20cap.%20II.pdf. Acesso em: 1º mar. 2019.

BRASIL. JUSTIÇA DO TRABALHO. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. 1ª CÂMARA. 1ª TURMA. Nº 0012715-89.2017.5.15.0146. Relator Juiz do Trabalho Jorge Luiz Souto Maior. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/trt15-honorarios-sucumbencia.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2019.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm. Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Relatório do senador Ricardo Ferraço (PSDB - ES) apresentado à Comissão de Assuntos Econômicos do Senado (CAE), sobre o Projeto de Lei da Câmara n. 38, de 2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**. Brasília, 20 de junho de 2017. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2017/05/relatorio_CAE_trabalhista.pdf. Acesso em: 26 fev. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI n. 5.766/DF**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 10 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dgQgvCso2jk>. Acesso em: 23 mar. 2021.

⁶³ ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. El concepto del caso. In: ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, cap. II, p. 61. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/168977/mod_resource/content/1/Aula%2012%20%20Alchour%20C3%B3n%20Bulygin%20cap.%20II.pdf. Acesso em: 1º mar. 2019.

⁶⁴ ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. El conceptodel caso. In: ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, cap. II, p. 61 – 62. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/168977/mod_resource/content/1/Aula%2012%20%20Alchour%20C3%B3n%20Bulygin%20cap.%20II.pdf. Acesso em: 1º mar. 2019.

⁶⁵ ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. El conceptodel caso. In: ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, cap. II, p. 68. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/168977/mod_resource/content/1/Aula%2012%20%20Alchour%20C3%B3n%20Bulygin%20cap.%20II.pdf. Acesso em: 1º mar. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n. 567.985 - MT**. Relator: ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: ministro Gilmar Mendes.

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>.

Acesso em: 28 ago. 2019.

BECKER, Gary. **The Economic approach to Human Behavior**. Chicago: Chicago University Press, 1976.

BUNGE, Mário. **Epistemologia**. São Paulo : Queiroz, 1980.

CALABRESI, Guido. Of Law and Economics and Economic Analysis of Law. In: CALABRESI, Guido. *The future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*. Yale Scholarship Online, 2016.

CHAVES, Vinicius Figueiredo; FLORES, Nilton César da Silva. Possibilidades e limites no aproveitamento dos critérios econômicos na apreciação e justificação de escolhas normativas. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, jan./abr. 2018.

Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2500>. Acesso em: 23 mar. 2021.

CHAVES, Vinicius Figueiredo. **Eficiência e justiça**. Revista Juris Poiesis. Ano 18, n. 18, jan./dez. 2015.

COASE, Ronald H. 1998. **The New Institutional Economics**. American Economic Review. n. 88, 1998.

COORDENADORIA DE ESTATÍSTICA E PESQUISA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em:

<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/5a3b42d9-8dde-7d80-22dd-d0729b5de250>.

Acesso em: 23 fev. 2019.

COPETTI NETO, Alfredo; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O segundo movimento *Law and Economics*, a eficiência e o consenso do modelo neoclássico ordenalista subjetivista a partir de Richard Posner: ruptura ou (re)aproximação ao (Estado de) Direito Contemporâneo. In: *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2011, vol. 3, n. 4, Jan-Jun. p. 56-76.

DOMNARSKI, William. **Richard Posner**. New York: Oxford University Press, 2016.

DUXBURY, Neil. **The patterns of american jurisprudence**. New York. Oxford University Press, 1997.

HARDIN, Garrett. **A tragédia dos comuns**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3203283/mod_resource/content/2/a_trag%C3%A9dia_dos_comuns.pdf. Acesso em: 24 mar. 2021.

HAY, George. The Past, Present and Future of Law and Economics. Agenda. V. 3. n.º 1. 1996, p. 71-82.

HOVENKAMP, Herbert J., "The First Great Law & Economics Movement" (1990). *Faculty Scholarship at Penn Law*. 1925. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2927&context=faculty_scholarship. Acesso em: 28 mar. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Petição interposta ao STF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5766reformatrabalhista.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

MARCIANO, Alain; HARNAY, Sophie. *Posner, Economics and the Law: From Law and Economics to an Economic Analysis of Law*. [Journal of the History of Economic Thought](https://doi.org/10.1017/S0022216X09000311), v. 31, n.2, 2009.

MENDES, Conrado Hübner. **O STF é refém do capricho dos seus ministros**. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1822309/mod_resource/content/1/Conrado%20Hu%CC%88bner%20Mendes%20%20%E2%80%9CO%20STF%20e%CC%81%20refe%CC%81m%20do%20capricho%20dos%20seus%20ministros%E2%80%9D%E2%80%93Leitura%20Complementar.pdf. Acesso em: 24 fev. 2019.

MILLARD, Eric; HEINEN, Luana Renostro. **A Análise Econômica do Direito: um olhar empirista crítico.** Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/9024/5672>. Acesso em: 24 jul. 2020.

MOREL, Regina L. Moraes; PESSANHA, Elina G. da Fonte. **Magistrados do trabalho no Brasil: entre a tradição e a mudança.** Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/download/2253/1392. Acesso em: 22 fev. 2019.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e vida da Constituição Dirigente.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

POSNER, Richard. **Law, Pragmatism and Democracy.** London: Harvard University Press, 2003.

POSNER, Richard. **Para além do direito.** São Paulo : Martins Fontes, 2009.