

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO

**LEONARDO LEANDRO FIGUEIRÓ**

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E PROTEÇÃO DO DIREITO  
FUNDAMENTAL À SAÚDE DO TRABALHADOR**

**Cuiabá  
2022**

LEONARDO LEANDRO FIGUEIRÓ

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E PROTEÇÃO DO DIREITO  
FUNDAMENTAL À SAÚDE DO TRABALHADOR**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação  
em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade  
Federal de Mato Grosso, como requisito parcial para a  
obtenção do título de Mestre em Direito.  
Orientadora: Vladia Maria Soares.

**Cuiabá  
2022**

### Dados Internacionais de Catalogação na Fonte.

F475a Figueiró, Leonardo Leandro.

Análise econômica do direito e proteção do direito fundamental à saúde do trabalhador [recurso eletrônico] / Leonardo Leandro Figueiró. -- Dados eletrônicos (1 arquivo : 144 f., il., pdf). -- 2022.

Orientadora: Vladia Maria Soares.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Mato Grosso, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Cuiabá, 2022.

Modo de acesso: World Wide Web: <https://ri.ufmt.br>.

Inclui bibliografia.

1. Análise econômica do direito. 2. Direitos fundamentais trabalhistas. 3. Proteção à saúde no trabalho. I. Soares, Vladia Maria, *orientador*. II. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Permitida a reprodução parcial ou total, desde que citada a fonte.



**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO**  
**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO**  
**PRÓ-REITORIA DE ENSINO DE PÓS-GRADUAÇÃO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**FOLHA DE APROVAÇÃO**

**TÍTULO: "ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DO TRABALHADOR"**

**AUTOR (A): MESTRANDO (A) LEONARDO LEANDRO FIGUEIRÓ**

Dissertação defendida e aprovada em **12/08/2022**.

**COMPOSIÇÃO DA BANCA EXAMINADORA**

Presidente Banca / Orientador(a) Doutor(a) Vladia Maria Soares

Instituição : Universidade Federal de Mato Grosso

Examinador(a) Externo(a) Doutor(a) Fábio Rodrigues Gomes

Instituição : Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

Examinador(a) Interno Doutor(a) Saul Duarte Tibaldi

Instituição : Universidade Federal de Mato Grosso

**Cuiabá, 12/08/2022.**



Documento assinado eletronicamente por **VLADIA MARIA DE MOURA**



**SOARES, Docente da Universidade Federal de Mato Grosso**, em 12/08/2022, às 15:40, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).

---



Documento assinado eletronicamente por **Fábio Rodrigues Gomes, Usuário Externo**, em 12/08/2022, às 17:32, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).

---



Documento assinado eletronicamente por **SAUL DUARTE TIBALDI, Docente da Universidade Federal de Mato Grosso**, em 12/08/2022, às 18:08, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).

---



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [http://sei.ufmt.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](http://sei.ufmt.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **4966710** e o código CRC **259F566F**.

---

Dedico este trabalho à minha mãe, sem a qual o presente trabalho seria terminado; sem a qual eu jamais seria quem sou.

## AGRADECIMENTOS

São raras as tarefas que podem ser concluídas sem ajuda. O presente trabalho não é uma exceção. Durante os pouco mais de dois anos de mestrado, conheci pessoas maravilhosas, e pude contar com a ajuda de outras tantas que nem mesmo conheço.

Agradeço primeiramente a Deus, cujos momentos de dificuldade esteve presente em espírito e por meio de pessoas. Agradeço à minha mãe, que durante toda minha vida esteve presente, o que não foi diferente neste trabalho. À minha namorada, que, mesmo à distância, soube oferecer a calma necessária para me ajudar a lidar com as agonias desse período.

Agradeço especialmente ao Professor Doutor Saul Tibaldi, pessoa que foi muito além de suas funções como orientador, e realizou um verdadeiro papel de mentor acadêmico, pessoal e espiritual. À Professora Vladia Maria Soares por ter aceitado o encargo de orientadora em um período conturbado, o que demandou uma coragem exemplar.

Agradeço especialmente ao colega Aguiamar Peixoto, amigo que tive a honra de fazer durante esse período. Sem a força e incentivo dele, certamente eu teria desistido no meio do caminho. Ao colega Ricardo Seganfredo, pela confiança e ajuda em momentos que foram cruciais e determinantes para esse desfecho; Aguinaldo Locatelli, pelo incentivo e pelas ajudas prestadas.

Não posso esquecer de mencionar meu especial agradecimento à família Becker, em especial aos irmãos Bruno e Kelly, cuja confiança da ajuda material permitiu que alguém do interior cursasse um mestrado na capital.

Agradeço a todos os colegas do Grupo de Pesquisa Direito ao Trabalho Contemporâneo, em especial ao membro Felipe Higa, cuja dissertação de mestrado forneceu dados que foram base para a construção do raciocínio que aqui se desenvolve.

Por fim, agradeço a todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso, pelos ensinamentos, com menção honrosa ao Professor Felipe Rodolfo.

## RESUMO

Este trabalho propõe a utilização das ferramentas da análise econômica do direito para estudo de impacto dos direitos fundamentais trabalhistas à saúde previstos nos artigos 7º da Constituição Federal de 1988. A *law and economics*, cuja tradução mais comum para o português é “análise econômica do direito”, é um movimento racionalista/consequencialista que busca uma interpretação do direito baseada nos princípios da ciência econômica. O estudo se constitui, primordialmente, em pesquisa bibliográfica, mediante raciocínio indutivo a partir da interação entre duas áreas de estudo do Direito: o direito do trabalho e a análise econômica do direito, utilizando marcos teóricos e conceitos próprios a cada uma dessas áreas. O problema gravita em torno da aplicação da Análise Econômica do Direito ao Direito do Trabalho, especificamente em relação às tutelas fundamentais da saúde do trabalhador. O trabalho é dividido em três partes. Na primeira, são apresentados os conceitos econômicos e introduzida a análise econômica do direito. Na segunda, os direitos sociais trabalhistas são classificados em fundamentais materiais e formais, a fim de facilitar posterior análise. Por fim, os direitos fundamentais à saúde previstos no artigo 7º da Constituição Federal são analisados conforme sua estrutura de incentivos e objetivos subjacentes, e comparados com tipos-ideais, objetivando verificar sua eficiência conforme o critério da maximização da riqueza. A hipótese inicial era que as estruturas de incentivos das normas Constitucionais que visam a proteção à saúde do trabalhador são ineficientes. A conclusão, porém, falseou tal hipótese, demonstrando que em geral, a estrutura das normas de proteção à saúde do trabalhador prevista na Constituição Federal é eficiente, necessitando apenas de ajustes no sentido de levar em consideração aspectos econômicos.

**Palavras-chave:** Análise econômica do direito. Direitos fundamentais trabalhistas. Proteção à saúde no trabalho.

## ABSTRACT

This work proposes the use of the tools of analysis of economic law for the study of fundamental labor rights to health provided for in articles 7 of the Federal Constitution of 1988. The law and economics is a movement rationalist/consequentialist that seeks an interpretation of law based on the principles of economic science. The study of law is a constitutive analysis of the study of law, the law of a theoretical tradition and its own concepts. The problem gravitates to the application of the Economic Analysis of Labor Law, specifically in relation to the fundamental protections of workers' health. The work is divided into three parts. In the first one, the economic aspects and the analysis of the law are presented. Second, labor social rights are classified into fundamental material and formal, to facilitate further analysis. Finally, the fundamental rights to health provided for in article 7 of the Federal Constitution are analyzed according to their structure of incentives and underlying objectives, and compared with the ideal types, aiming to verify their efficiency according to the determination of wealth maximization. The initial hypotheses that, as incentive structures of the Constitutional norms, aim at protecting workers' health are inefficient. The conclusion, however, is false this hypothesis, demonstrating that, in general, the structure of the norms of protection to the worker's health foreseen in the Federal Constitution is efficient, needing only to take into account the conditions of environmental protection.

**Keywords:** Economic analysis of law. Social labor rights. Fundamental labor rights.

## SUMÁRIO

|                                                                                               |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>                                                                       | <b>13</b> |
| <b>1 Questões metodológicas.....</b>                                                          | <b>14</b> |
| <b>1.1 Identificação do problema .....</b>                                                    | <b>14</b> |
| <b>1.2 Condições material e formal.....</b>                                                   | <b>15</b> |
| <b>1.3 Objetivos.....</b>                                                                     | <b>15</b> |
| 1.3.1 Objetivos Geral.....                                                                    | 15        |
| 1.3.2 Objetivos específicos .....                                                             | 16        |
| <b>2 Processos metodológicos.....</b>                                                         | <b>16</b> |
| <b>2.1 Metodologia da AeD .....</b>                                                           | <b>16</b> |
| 2.1.1 Níveis de análise da AED.....                                                           | 17        |
| 2.1.2 Etapas da análise econômica .....                                                       | 18        |
| <b>3 Plano de desenvolvimento do estudo.....</b>                                              | <b>20</b> |
| <br>                                                                                          |           |
| <b>1 O MOVIMENTO LAW AND ECONOMICS .....</b>                                                  | <b>22</b> |
| <b>1.1 Ciências sociais e interdisciplinaridade .....</b>                                     | <b>22</b> |
| <b>1.2 Economia e alguns de seus conceitos.....</b>                                           | <b>25</b> |
| 1.2.1 Escassez e direito de propriedade .....                                                 | 26        |
| 1.2.2 Economia de mercado e suas principais falhas .....                                      | 28        |
| 1.2.3 Cálculo de negligência.....                                                             | 35        |
| <b>1.3 O movimento <i>law and economics</i>: breve histórico, divisões e fundamentos.....</b> | <b>36</b> |
| 1.3.1 Em busca da eficiência econômica: a Escola de Chicago .....                             | 42        |
| 1.3.2 Escola de New Haven.....                                                                | 43        |
| 1.3.3 Análise econômico-comportamental do direito.....                                        | 45        |
| 1.3.4 Análise econômico-institucional do direito .....                                        | 46        |
| 1.3.5 Escola da Public Choice .....                                                           | 50        |
| <b>1.4 O problema da ética e o critério normativo da AeD .....</b>                            | <b>51</b> |

|                                                                                               |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 1.4.1 A ética utilitarista.....                                                               | 54         |
| 1.4.2 Intuicionismo filosófico.....                                                           | 57         |
| 1.4.3 Buscando um meio termo: princípio da maximização da riqueza de Richard Posner ....      | 59         |
| <b>2 TUTELAS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS .....</b>                                              | <b>67</b>  |
| <b>2.1 A evolução da concepção do trabalho: da subsistência à autonomia da vontade.....</b>   | <b>68</b>  |
| <b>2.2 Pessoa ou coisa? Entre as concepções Romana e Germânica.....</b>                       | <b>68</b>  |
| <b>2.3 Os pilares do direito do trabalho: tutelas trabalhistas.....</b>                       | <b>77</b>  |
| 2.3.1 Direito à segurança no trabalho .....                                                   | 77         |
| 2.3.2 Direito moral à satisfação das necessidades básicas .....                               | 85         |
| 2.3.3 Tutela fundamental da identidade coletiva .....                                         | 87         |
| 2.3.4 Tutela da identidade individual no trabalho .....                                       | 90         |
| <b>2.4 Todo direito social é fundamental? A classificação de Fábio Rodrigues Gomes.....</b>   | <b>94</b>  |
| 2.4.1 Direitos fundamentais trabalhistas.....                                                 | 95         |
| <b>3 ANÁLISE ECONÔMICA DA TUTELA FUNDAMENTAL À SAÚDE DO<br/>TRABALHADOR.....</b>              | <b>98</b>  |
| <b>3.1 Tutela à proteção da saúde do trabalhador: dispositivos, normas e fundamentos ....</b> | <b>99</b>  |
| 3.1.1 Eficiência, mercado de trabalho e saúde do trabalhador .....                            | 102        |
| <b>3.2 Custos de segurança .....</b>                                                          | <b>103</b> |
| 3.2.1 Regulação de comando e controle .....                                                   | 107        |
| 3.2.2 Instrumentos fiscais e o seguro acidentário do trabalhador – SAT .....                  | 113        |
| 3.2.3 Sanções criminais .....                                                                 | 115        |
| 3.2.4 Políticas de informação .....                                                           | 116        |
| 3.2.5 Adicionais.....                                                                         | 116        |
| 3.2.6 Objetivos subjacentes .....                                                             | 118        |
| <b>3.3 Responsabilidade civil.....</b>                                                        | <b>120</b> |
| 3.3.1 O poder de dissuasão da reponsabilidade civil.....                                      | 120        |

|                                                             |            |
|-------------------------------------------------------------|------------|
| 3.3.2 O efeito compensatório da responsabilidade civil..... | 124        |
| 3.3.3 Compensação sem culpa.....                            | 127        |
| 3.3.4 Objetivos subjacentes .....                           | 129        |
| <b>3.4 Limitação do tempo de trabalho .....</b>             | <b>130</b> |
| 3.4.1 Objetivos subjacentes .....                           | 134        |
| <b>CONCLUSÃO.....</b>                                       | <b>135</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>                                     | <b>138</b> |

## **LISTA DE ILUSTRAÇÕES**

### **TABELAS**

|                                                                                                        |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Tabela 1 - Quadro das NRs.....                                                                         | 111 |
| Tabela 2 - Gastos com a implementação da NR-18 no estudo de Quesado Filho, Nogueira e Dutra Filho..... | 112 |

### **GRÁFICOS**

|                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Gráfico 1 - Curvas de indiferença entre salários e risco de acidentes .....                 | 104 |
| Gráfico 2 – Efeito da responsabilização do empregador pelo custo integral do acidente ..... | 108 |
| Gráfico 3 - Medida ótima de prevenção .....                                                 | 110 |
| Gráfico 4 - Superavit social no mercado de trabalho .....                                   | 121 |
| Gráfico 5 - A noção de culpa reencontrada .....                                             | 124 |
| Gráfico 6 - Média de horas trabalhadas por semana na produção de 1947 a 2007, EUA .....     | 133 |

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT Associação Brasileira de Normas Técnicas  
ADCT Atos das disposições constitucionais transitórias  
AeD Análise Econômica do Direito  
BGB Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil)  
FAP Fator acidentário de prevenção  
IBGE Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística  
ILE *Institutional Law and Economics*  
INSS Instituto Nacional do Seguro Social  
LaE *Law and Economics*  
OIT Organização Internacional do Trabalho  
OSHA *Occupational Safety and Health Act*  
PNAD Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios  
RAIS Relação Anual de Informações Sociais  
SAT Seguro acidente do trabalhador

## INTRODUÇÃO

Ao analisar dados econômicos sobre o salário no Brasil, Felipe de Souza Higa, em sua dissertação de mestrado, verificou que somente 8,21% dos trabalhadores brasileiros recebem o suficiente para garantir o mínimo existencial. Em contrapartida, os encargos pagos pelos empregadores representam 91,2% do salário pago, ou seja, um empregado custa quase o dobro que recebe mensalmente<sup>1</sup>. É interessante que o autor salienta: “no meio jurídico, qualquer movimento para mudança deste cenário é considerado como burla à relação de emprego [...] no meio político, trata-se de um discurso suicida e impopular que não garante votos”<sup>2</sup>.

De fato, qualquer discurso no sentido analisar os direitos trabalhistas do ponto de vista econômico já provoca uma certa repulsa dos mais preocupados com o aspecto social dos direitos trabalhistas, sobretudo no âmbito da proteção à saúde. Mas o que a pesquisa de Higa demonstra é que algo está errado. Arrecada-se muito do empregador e repassa-se pouco ao empregado. E a ciência jurídica definitivamente não está apta a diagnosticar problemas que envolvem dados complexos como segurança, estatística e proteção laboral.

Por este motivo que inúmeros são os estudiosos atualmente analisando as relações de trabalho sob diversas perspectivas. Sociólogos, historiadores, economistas, entre outros. Cada uma dessas ciências permite analisar o fato – trabalho humano – de um ponto de vista diferente. E é nesse contexto de compreender a realidade para além da criação de direitos, da dualidade entre patrão x empregado, capital x trabalho, que se encontra a necessidade de uma abordagem econômica do direito.

A análise econômica da legislação trabalhista deve tomar ambos os lados da visão e complementar-se. Ela incorpora características do modelo de demanda-oferta de trabalho e especialmente reconhece que trabalhadores e empregadores enfrentam igualmente vários tipos de incentivos e restrições, que afetam suas decisões. Também leva em consideração a formulação, aplicação e cumprimento de regras, sejam elas contratuais ou regulamentares, na área trabalhista. Reconhece que a relação entre empregadores e trabalhadores não é uma mera

---

<sup>1</sup> HIGA, Felipe Cardoso de Souza. **Proteção laboral e autonomia individual: perspectiva das relações contemporâneas de trabalho**. 2021. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, 2021. p. 89.

<sup>2</sup> Ibid., p. 71.

relação de vendedor versus comprador, ou fornecedor versus empresa, e que a mão-de-obra não é uma simples mercadoria.

Todavia, não se esquivar o presente trabalho da avaliação da acusação de que a análise econômica do direito, principalmente em seus primórdios, possui critérios definidos a partir de uma ideologia. Ainda assim, o que se demonstra nas páginas seguintes é que, esses critérios, muito além de refletirem qualquer ideologia, podem auxiliar em outras buscas, como justiça, igualdade, dignidade humana, etc.

Assim, em que pese o objetivo geral seja a análise econômica dos direitos à proteção à saúde do trabalhador, inúmeras outras questões são enfrentadas no decorrer do trabalho a fim de tornar claro o ponto de vista racional-econômico aplicado ao direito.

Visto que a ciência econômica e a ciência jurídica possuem metodologias próprias, torna-se importante começar essa introdução com a verificação dos passos lógicos que levarão ao entendimento do presente trabalho.

## **1 Questões metodológicas**

### **1.1 Identificação do problema**

Inicialmente é importante frisar que a Análise Econômica do Direito faz parte de um movimento inaugurado por Richard Posner no contexto da crítica ao realismo jurídico norte-americano, e portanto, voltado para investigações jurídico-econômicas no âmbito da *common-law*. Segundo esse autor, o próprio direito consuetudinário possui características do pensamento econômico, sendo algo bastante natural para o jurista americano a aplicação desses princípios.

Faz-se essa breve introdução antes mesmo de apresentar o problema justamente para evidenciar a dimensão do que será enfrentado. Embora a análise econômica tenha o escopo de colaborar com a análise jurídica, sua metodologia é voltada para um sistema legal que a princípio é diferente da realidade brasileira.

Dando encaminhamento à análise, identifica-se o problema a ser tratado:

É possível a aplicação da doutrina da Análise Econômica do Direito no paradigma jurídico-normativo Constitucional Brasileiro que visam a proteção à saúde do trabalhador?

Até que ponto a teoria econômica, com suas abordagens normativa e positiva, possui aplicação no estudo dos direitos trabalhistas constitucionais do artigo 7º que visam a proteção da saúde do trabalhador?

A partir das questões acima, diversas ideias podem extraídas, como a possibilidade da teoria econômica ser utilizada no sentido interpretativo do Direito; sua própria aplicabilidade à *Civil Law*; a criação de critérios de aplicação das tutelas fundamentais trabalhistas sob o critério da teoria econômica.

Assim, tem-se como hipótese básica a ser tratada no presente trabalho justamente essa possibilidade aplicação. E mais: acredita-se que a teoria econômica pode exercer um papel normativo no estudo dos institutos da *Civil Law*, principalmente na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais trabalhistas, sobretudo aqueles que visam a proteção à saúde do trabalhador.

Levando-se em consideração os estudos já mencionados de Felipe de Souza Higa, acredita-se – como hipótese – que a proteção conferida aos trabalhadores pelo artigo 7º da Constituição é ineficiente do ponto de vista econômico, provocando desperdícios de recursos.

## **1.2 Condições material e formal**

O presente trabalho se condiciona à doutrina jurídico-econômica de sua principal corrente, ou seja, a Escola de Chigago, cujo principal expoente é Richard Posner. Destarte, elenca-se como critério ético-normativo o consequencialismo da teoria da maximização da riqueza, do mesmo autor. Analisa-se também outros segmentos da AeD, mas apenas a título de comparação.

Em síntese, as limitações formais e materiais do presente trabalho levam em consideração a aplicação da análise interpretativo-econômico jurídica dos direitos à proteção da saúde dos trabalhadores previstos no artigo 7º da Constituição Federal de 1988.

## **1.3 Objetivos**

### *1.3.1 Objetivo Geral*

Levando em consideração que o presente estudo possui um caráter interdisciplinar, seu primeiro objetivo geral é a apresentação dos conceitos econômicos e da própria AeD, e a verificação da possibilidade de sua aplicação no âmbito de proteção à saúde do trabalhador.

Em um segundo momento, objetiva-se aplicar os preceitos da teoria jurídico-econômica para análise dos direitos trabalhistas de proteção à saúde, a fim de checar o grau de eficiência dos mesmos do ponto de vista da maximização da riqueza.

### *1.3.2 Objetivos específicos*

No decorrer do trabalho, os seguintes objetivos específicos são buscados:

Apresentar a escola da Análise Econômica do Direito, do ponto de vista histórico, filosófico, bem como suas variantes.

Apontar e conceituar os principais conceitos econômicos utilizados pela AeD.

Evidenciar os diversos critérios ético-normativos para criação e interpretação do direito, eleger um deles e justificar a escolha.

Estabelecer um parâmetro de classificação para os direitos trabalhistas previstos no artigo 7º da Constituição Federal.

Classificar os direitos trabalhistas em fundamentais e não fundamentais, a fim de delimitar o âmbito de aplicação da análise econômica.

Identificar a estrutura das normas escolhidas no artigo 7º da Constituição Federal, comparando-as com um cenário ideal.

## **2 Processos metodológicos**

Utiliza-se na presente pesquisa a abordagem indutiva, tendo como método de procedimento o descritivo-argumentativo.

Utilizou-se como técnica a pesquisa documental e bibliográfica. Em relação aos documentos, foram utilizados dados públicos divulgados em sítios eletrônicos, publicações legislativas e administrativos e estatísticas. Em relação às fontes bibliográficas, foram utilizados revistas, periódicos e publicações em geral.

### **2.1 Metodologia da AeD**

Não é exagero afirmar que a metodologia é o “calcanhar de Aquiles” da AED. A análise econômica do direito, assim como a própria economia, é consequencialista. Isto significa que uma análise econômica de determinada norma ou decisão judicial busca traçar as consequências destas na realidade, permitindo adequações e tomadas de decisões mais eficientes. Todavia, pensar em tais consequências é tarefa hercúlea que exige uma metodologia precisa e eficaz. E aqui surge um problema: não há um manual metodológico para tanto, muito menos uma metodologia específica para a disciplina. A propósito, os clássicos de AeD dos Estados Unidos

– onde surgiram os primeiros estudos na área – nem se preocupam em abordar o critério metodológico<sup>3</sup>.

A AeD se utiliza do instrumental da ciência econômica, o que torna difícil o trabalho do pesquisador da área jurídica. Soma-se a esta dificuldade o fato de que o objetivo aqui é analisar não apenas um, mas diversos dispositivos constitucionais em conjunto. Logo, seria necessário a utilização de diversos métodos econômicos.

Para o presente trabalho, utilizaremos três níveis de análise trazidos por David Friedman em sua obra “El orden del derecho: la relación entre la economía y el derecho y su importancia”; e as etapas de análise traçadas por Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau.

### *2.1.1 Níveis de análise da AED*

David Friedman esclarece que a AED tem três pretensões que são intimamente ligadas: prever os efeitos das normas legais, explicar porque existem e decidir quais deveriam existir<sup>4</sup>. Portanto, diz-se que uma análise econômica é feita em três níveis.

Neste primeiro nível, “a análise econômica auxilia o jurista a determinar os principais efeitos da mudança da regra e, por ricochete, os efeitos da regra que não foi modificada [...] e se abstém de fazer julgamento moral”<sup>5</sup>.

Justamente por excluir o julgamento moral é que essa primeira fase permite que o pesquisador tenha a exata medida da carga valorativa aplicada a regra em apreço. Independentemente da posição do observador em relação à temas sociais, este chegará à uma visão objetiva sobre os efeitos da norma.

O segundo nível trata de responder a pergunta “por que esta regra existe?”. David Friedman ressalta a dificuldade desse nível de análise, tendo em vista que as normas são criadas por políticos e juízes, e não existe uma teoria adequada para oferecer uma resposta, motivo pelo qual ele elenca pelo menos duas vertentes<sup>6</sup>.

Uma dessas correntes é a da “public choice”, vista no capítulo segundo. Logo, o fundamento, o porquê de uma norma, corresponde à influência de grupos de interesse junto ao

---

<sup>3</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do Direito**. Tradução: Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 665.

<sup>4</sup> FRIEDMAN, David. **El orden del derecho: la relación entre la economía y el derecho y su importancia**. Madrid: Innisfree, 2016. p. 20.

<sup>5</sup> MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 666–667.

<sup>6</sup> FRIEDMAN, 2016, p. 20.

corpo político responsável pela criação legislativa. Assim, só possui motivos para existir a norma que é respaldada nos interesses de certos grupos organizados.

Em contrapartida, outra explicação para justificar e fundamentar determinada norma seria sua eficiência econômica. Richard Posner explica que todo o sistema jurídico – no âmbito da *common law* – induz as pessoas a se comportarem eficientemente, não apenas em mercados explícitos, mas em toda a gama de interações sociais<sup>7</sup>. Logo, somente as normas mais eficientes economicamente teriam fundamentos para existir.

O terceiro nível é, para David Friedman, a etapa mais controvertida. Trata-se da análise normativa, que foi tratada no capítulo segundo. “Consiste em estabelecer os efeitos da norma e a julgá-la. Mais pontualmente, trata-se de determinar qual seria a norma eficiente e compará-la à regra existente ou à considerada”<sup>8</sup>. Em síntese, é dizer como a lei deve ser.

Nas seções que seguem, prioriza-se os dois primeiros níveis de análise.

Todavia, abordou-se até aqui apenas os níveis de análise. Restam ainda algumas considerações sobre a metodologia, sobretudo as etapas a serem completadas para um resultado satisfatório.

### 2.1.2 Etapas da análise econômica

Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau adotam uma metodologia de análise dividida em quatro etapas: estrutura de incentivos, objetivos subjacentes, consideração dos custos de transação e estudos empíricos.

Na análise da *estrutura de incentivos*, busca-se examinar o efeito da norma sob diferentes configurações. Conforme a regra jurídica atribua o risco de determinada negociação a esta ou aquela parte, as precauções tomadas por um ou por outro podem variar drasticamente. Esta etapa da análise consiste em comparar diferentes configurações de atribuições de risco aos agentes, buscando prever como as partes atuarão.

Um exemplo é a repercussão geral dada ao julgamento do Recurso Extraordinário 828.040. A discussão girava em torno da compatibilidade ou não da responsabilidade objetiva do artigo 927, parágrafo único do Código Civil, com o artigo 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal, que fala em dolo ou culpa nas indenizações decorrentes de acidente de trabalho. Desta maneira, ficou estabelecida a seguinte tese:

---

<sup>7</sup> POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 3. ed. New York, NY: Aspen Publishers, 1986. p. 229–230.

<sup>8</sup> MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 669.

O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com artigo 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida por sua natureza apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade<sup>9</sup>.

Neste caso, houve uma mudança na regra do jogo: o empregador que antes enfrentaria uma demanda trabalhista por acidente de trabalho pela responsabilidade subjetiva, agora deve enfrenta-la sem poder discutir a culpa. Percebe-se que neste caso houve uma modificação na alocação dos riscos do contrato de trabalho, pois o STF entendeu que, em algumas atividades, é menos custoso ao empregador suportar o ônus da prova.

A partir desse panorama é que se torna possível intuir o comportamento de patrões e empregados em seus contratos, e em relação a terceiros. Destarte, pode-se verificar qual configuração traria mais benefícios para as partes, e então compará-las. Diante das novas estruturas de incentivos estabelecidas pela norma, o empregador, no caso, poderia contratar um seguro para seus funcionários; investir em mais segurança no local de trabalho; extinguir as vagas que oferecem risco de acidente; desde que tais medidas sejam menos custosas do que os riscos envolvidos em ações de reparação por acidente de trabalho. Por sua vez, os empregados, diante da nova alocação de riscos, também alterarão seus comportamentos.

Na presente pesquisa, dado que não trata uma modificação legislativa ou de entendimento jurisprudencial, utilizar-se-á a construção de um “tipo-ideal” de cenário para comparar com a estrutura de incentivos da norma já existente, sendo possível então verificar qual seria mais eficiente. Em síntese, esta etapa consiste na elaboração de “um modelo muito simples de comportamento das duas ou mais partes”<sup>10</sup>.

A verificação dos objetivos subjacentes permite a comparação e escolha dos resultados obtidos na etapa anterior, e permite verificar quais das configurações originou um custo mais baixo. Trata-se dos níveis dois e três da análise econômica, descritas na subseção anterior.

No exemplo da repercussão geral dada ao julgamento do Recurso Extraordinário 828.040, traçamos na etapa 1, os possíveis comportamentos em duas situações: diante da nova regra, que realocou os riscos do contrato; e diante da regra antiga. Na segunda etapa, o objetivo

---

<sup>9</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Repercussão geral no Recurso Extraordinário 828.040**. Relator: Alexandre de Moraes, 12 mar. 2020.

<sup>10</sup> MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 670.

é verificar quais das duas situações possui o custo mais baixo para as partes, ou seja, é mais eficiente do ponto de vista econômico.

As etapas anteriores consistem em intuições claras de como as partes se comportariam neste ou naquele cenário. Todavia, a realidade é bastante diferente, pois tanto negociações, políticas públicas ou mesmo decisões judiciais possuem custos de transação que precisam ser analisados. Tais custos “incluem as despesas de organização, de pesquisa, de negociação, de fiscalização, incerteza, de precauções contra o potencial oportunismo da outra parte contratante”<sup>11</sup>.

O objetivo desta etapa é verificar se a nova regra é capaz de reduzir ou ao menos controlar os custos de transação, levando em consideração o custo criado pela própria regra.

Para esta fase exigem-se comparações bem mais complexas, levando em consideração as instituições de direito já conhecidas. No exemplo dado anteriormente (sobre a modificação dos sistemas de responsabilidade civil por acidente de trabalho), teria de se levar em consideração o custo para cada parte das novas regras. Para o empregador, o custo poderia ser a contratação de um seguro, investimento em mais segurança ou mesmo a desistência da atividade, o que certamente elevaria o preço final de seu produto ao consumidor nos dois primeiros casos; para o empregado, o custo de transação envolve o acesso à justiça<sup>12</sup>, contratação de advogado ou mesmo a perda de seu emprego.

Ainda que a avaliação dos custos de transação traga mais realismo à análise, esta é calcada em modelos de comportamento conceituais. Há a necessidade de uma testagem prática, com estudos empíricos, o que não será realizado no presente trabalho. Feitas tais considerações metodológicas é possível passar para a análise econômica.

### **3 Plano de desenvolvimento do estudo**

Com o objetivo de analisar a AeD, bem como verificar sua aplicação nos direitos fundamentais à saúde do trabalhador, inúmeros temas foram abordados em uma sequência que procura facilitar a compreensão para o leitor leigo em Economia. A prioridade é a utilização de uma linguagem mais coloquial ao invés de um extremismo técnico.

---

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 672.

<sup>12</sup> A reforma trabalhista de 2017 aumentou tal custo de transação, impondo um maior risco de sucumbência ao empregado.

Inicialmente, esboça-se uma introdução que aborda os aspectos metodológicos do tema. O intuito é familiarização com o problema tratado, os objetivos do trabalho, a metodologia utilizada na pesquisa e sua importância. Aborda-se também o problema da metodologia específica da análise econômica do direito. Em seguida, desenvolve-se a abordagem do problema em três capítulos distintos, cada qual introduzindo um assunto específico para deslinde da conclusão.

No capítulo primeiro o objetivo é demonstrar os principais conceitos e aportes teóricos da teoria econômica, uma vez que tal tema é imprescindível na AeD. De maneira preliminar, será apresentado ao leitor os conceitos econômicos específicos que serão utilizados na etapa de análise econômica. Ainda nesse primeiro capítulo, introduz-se o conceito de Análise Econômica do Direito, sua história, vertentes e principalmente seu critério ético-normativo.

No capítulo 2, a ideia é classificar as tutelas fundamentais trabalhistas sob a ótica de sua história. A importância desse capítulo é delimitar o objeto de estudo e aplicação da análise econômica, tendo em vista os inúmeros incisos constantes no artigo 7º da Constituição Federal. Assim, utilizando dois filtros – um que classifica as tutelas do artigo 7º quanto à sua natureza, e outro quanto à sua fundamentalidade – elegem-se os direitos trabalhistas que serão analisados no último capítulo.

Por fim, enfrenta-se o problema da pesquisa: os direitos fundamentais trabalhistas relativos à proteção da saúde do trabalhador são analisados pela lente da AeD, verificando-se, à míngua de estudos empíricos, sua eficiência do ponto de vista teórico. É importante ressaltar que o Brasil possui poucas pesquisas específicas voltadas para os impactos dos custos de segurança e sua efetividade, o que tornou o presente trabalho bastante dependente de pesquisas realizadas no âmbito dos Estados Unidos. Na tentativa de comparar as realidades, sempre que um estudo americano é citado, compara-se a realidade apresentada com a realidade brasileira.

O trabalho é concluído com uma síntese da abordagem desenvolvida e a resposta aos questionamentos iniciais e hipóteses desenvolvidas, seguida de referência bibliográfica.

## 1 O MOVIMENTO *LAW AND ECONOMICS*

*“Eu creio [...] não existir atividade durável que não seja fundada sobre o interesse pessoal”.*

(Leon Tolstoi, Ana Karenina)

Direito e economia. Duas disciplinas diferentes, com metodologias diferentes, objetos distintos, e conseqüentemente, objetivos bem distantes. Ainda assim, busca-se a fusão entre elas, por meio da utilização de ferramentas econômicas para interpretação do direito. Trata-se da Análise econômica do Direito. O objetivo do presente capítulo é apresentar esse movimento.

A AeD será apresentada, de maneira concisa, em quatro partes: a) os fundamentos filosóficos e a diferença de sua racionalidade para a racionalidade jurídica, tratando inclusive da interdisciplinaridade; b) apresentação dos principais conceitos econômicos que serão utilizados na análise feita no último capítulo; c) os fundamentos teóricos, com um breve histórico, teorias expoentes e objetivos da AeD; d) escolha de um critério ético-normativo para a abordagem econômica do direito.

### 1.1 Ciências sociais e interdisciplinaridade

O objetivo da ciência é a observação e explicação da realidade (fatos e objetos) por meio de descrições e/ou prescrições. Inúmeros pontos de vista podem explicar o mesmo objeto ou o mesmo fato. Economia, direito e sociologia podem abordar o mesmo fenômeno. A diferença entre eles é como a realidade será estudada ou descrita, ou seja, o método a ser utilizado. Cada ciência possui seu próprio método, sua maneira de colher dados e descrevê-los; sua maneira única de expor seus resultados.

René Descartes, em seu discurso sobre o método, de 1637, já projetava os alicerces da atual epistemologia. O “método” consistiria (unindo as vantagens da filosofia, da lógica e da matemática) em quatro etapas: a) nunca aceitar coisa alguma como verdadeira sem a conhecer evidentemente como tal; b) dividir as dificuldades examinadas em tantas parcelas quanto possível e necessário para resolvê-las; c) conduzir por ordem os pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir pouco a pouco, como por degraus,

até o conhecimento dos mais compostos; d) fazer em tudo enumerações completas e revisões tão gerais, a fim de ter certeza de nenhuma omissão<sup>13</sup>.

A tendência da divisão cartesiana é ainda de grande valia para todas as ciências, permitindo o aprofundamento de aspectos que a unidade não permitiria. Prova disto, dentro do próprio direito, são as diversas disciplinas que ganham independência pela sua profundidade e especialização, como o próprio meio ambiente do trabalho, que será abordado adiante.

Todavia, tal divisão provocou efeito bastante prejudicial: “um extremismo da compartimentação excessiva e da visão isolacionista e estritamente disciplinária sobre a fenomenologia”<sup>14</sup>. Ortega y Gasset, em “A rebelião das massas”, dedicou capítulo inteiro para criticar o que chama de “barbárie do especialismo”.

Porque outrora os homens podiam dividir-se, simplesmente, em sábios e ignorantes, em mais ou menos sábios e mais ou menos ignorantes. Mas o especialista não pode ser submetido a nenhuma destas duas categorias. Não é um sábio, porque ignora formalmente o que não entra na sua especialidade; mas tampouco é um ignorante, porque é “um homem de ciência” e conhece muito bem sua porciúncula de universo. Devemos dizer que é um sábio ignorante, coisa sobremodo grave, pois significa que é um senhor que se comportará em todas as questões que ignora, não como um ignorante, mas com toda a petulância de quem na sua questão especial é um sábio<sup>15</sup>.

A realidade do Direito foi uma das mais atingidas. Em estudo realizado em 2005, Marcos Nobre aponta atraso significativo da pesquisa jurídica no Brasil, se comparada a outras ciências. As causas são duas: o isolamento do direito em relação a outras disciplinas das ciências humanas; e uma peculiar confusão entre prática profissional e pesquisa acadêmica, o que chama de “parecerismo”<sup>16</sup>. O ponto a ser observado aqui é que o isolamento do Direito atrasou em pelo menos 30 anos a pesquisa jurídica. O isolacionismo não é o caminho.

Georges Gusdorf, ao prefaciar a obra “Interdisciplinaridade e patologia do saber”, de Hilton Japiassu, critica o isolacionismo das ciências, mas também aponta um exemplo de como a medicina norteia a solução.

A medicina contemporânea tornou-se, por excelência, o reduto privilegiado dos “especialistas”, cuja competência se exerce sobre um território cada vez mais

---

<sup>13</sup> DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 5–26.

<sup>14</sup> GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. 1997. Dissertação - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. p. 31.

<sup>15</sup> GASSET, José Ortega Y. **A rebelião das massas**. Tradução: Herrera Filho. [S. l.]: Ruriak Ink, 2013. p. 100.

<sup>16</sup> NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. **Cadernos Direito GV**, [s. l.], v. 1, 2005. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/2779>. Acesso em: 23 ago. 2021.

reduzido. O homem doente é um homem cortado em pedaços; um clínico se encarrega de seu coração, outro de seus pulmões, outro ainda de seus órgãos sexuais ou de seu sistema nervoso, etc. Cada um aplica sua terapêutica própria, sem pensar nas possíveis repercussões sobre os órgãos vizinhos, nem nas reações do moral sobre o físico. O inconveniente dessa medicina fragmentária surge com toda evidência nos países ditos “avançados”, que chegam a reclamar a instituição de uma nova categoria de especialistas, os “clínicos gerais”, que seriam os especialistas da não-especialidade, atentos às regulações de conjunto da vida humana, não somente na ordem fisiológica, mas também no domínio da psicologia e da psicossomática, da psiquiatria e da psicanálise”<sup>17</sup>.

“Sejam todos ‘clínicos gerais’” é o chamado implícito no texto de Gusdorf, que cita outro exemplo de como o isolacionismo das ciências prejudica os resultados: não é possível medir o desenvolvimento de uma nação apenas pela análise econômica; uma civilização “repousa sobre uma ordem mental e espiritual, sobre um conjunto de opções de valores, as únicas a poderem assegurar a felicidade ou a infelicidade dos homens”<sup>18</sup>. Ele propõe ainda uma “epistemologia da complementariedade”, ou melhor, uma interdisciplinaridade.

Hilton Japiassu não formula um conceito objetivo de interdisciplinaridade, mas afirma que ao cientista que busca este salto epistemológico, cabe ter uma visão ampla o suficiente para ser capaz de “observar as relações de sua disciplina com as demais, sem negligenciar o terreno de sua especialidade”<sup>19</sup>.

Olga Pombo, por sua vez, fala de uma transformação epistemológica que independe da vontade. A autora ilustra a fragmentação das ciências com a frase “o todo não é a soma das partes”. A soma dos resultados das múltiplas ciências não pode representar a realidade; resta a necessidade de uma complementação. Entre uma ciência e outra, há um vácuo. Aí nasce a necessidade da interdisciplinaridade, que vem rendendo frutos.

É nesta nova situação epistemológica que se têm vindo a constituir novos tipos de disciplinas. Uma têm sido designadas como ciências de fronteira, novas disciplinas que nascem nas fronteiras entre duas disciplinas tradicionais. Como exemplos, refiram-se a bioquímica, a biofísica, etc. Outras, como interdisciplinas, aquelas que nascem na confluência entre ciências puras e ciências aplicadas. O primeiro exemplo foi o da investigação operacional, o mais eloquente é o da engenharia genética, duas áreas – a engenharia e a genética – cuja mistura era impensável há 60 a 70 anos<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> GUSDORF, Georges. Prefácio. *Em: INTERDISCIPLINARIDADE E PATOLOGIA DO SABER*. Rio de Janeiro: Imago Editora Ltda, 1976. p. 24–25.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>19</sup> JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro: Imago Editora Ltda, 1976. p. 35.

<sup>20</sup> POMBO, Olga. Interdisciplinaridade e integração dos saberes. *Liinc em Revista*, [s. l.], v. 1, n. 1, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.18617/liinc.v1i1.186>. Acesso em: 24 ago. 2021.p. 10.

Nesse contexto surgem ciências que cobrem os limites entre outras ciências; territórios inexplorados e por vezes negligenciados. Com isso, a realidade passa a reocupar seu espaço no interior das disciplinas. Justamente no sentido de preencher o vácuo existente entre o raciocínio econômico e raciocínio jurídico que surge a análise econômica do direito.

## 1.2 Economia e alguns de seus conceitos

A análise econômica do direito utiliza métodos e conceitos das econômicas para a análise dos efeitos das normas. Compreender tais conceitos econômicos é fundamental para entendimento da própria AeD. Porém, devido a grande quantidade de modelos e conceitos, somente se discorrerá sobre aqueles que serão utilizados no capítulo 4.

É extremamente difícil conceituar economia, devido a complexidade que o termo ganha com o passar do tempo e das concepções político-ideológicas. A economia se caracteriza a partir de, pelo menos, três abordagens distintas: a perspectiva neoclássica, a socialista e sistematização de Lionel Robbins<sup>21</sup>.

Na *abordagem neoclássica*, a economia é um estudo dos homens tal como vivem, agem e pensam nos assuntos ordinários da vida. Focaliza, principalmente, a condução do homem no trato com questões que interferem em sua riqueza e bem-estar, e seu fim último consiste em descobrir como as virtudes humanas e a concorrência contribuem com o bem-estar social. Na *perspectiva socialista*, as necessidades do homem são determinadas pelo estágio cultural da sociedade, que para satisfazer a um padrão de necessidades, se dedica a determinado ato social: a produção. Esse processo se completa com a distribuição do produto social, restando à economia o estudo das leis que regulam essa produção e a distribuição. Na *abordagem de Lionel Robbins*, a sociedade tem objetivos múltiplos, ilimitados, mas meios limitados, e a conduta econômica é a escolha entre os fins possíveis e meios escassos. A economia é, portanto, um ramo que estuda as formas de comportamento humano que resultam da relação entre necessidades ilimitadas e recursos escassos<sup>22</sup>.

Extraí-se das três abordagens que a economia trata de um aspecto da realidade, e tem, portanto, um objeto, que varia conforme a abordagem. Logo, não é uma ciência intrinsecamente unânime em seu objeto, metodologia e aplicação.

---

<sup>21</sup> ROSSETI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. Cap. 1.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 54.

*Economia positiva e economia normativa* é a primeira grande dicotomia. A economia positiva aborda o fato econômico como ele é, tratando-o de descrever mediante teoria ou constatação, como faz a economia descritiva e a teoria econômica. Já a economia normativa propõe mudanças realidade, ditando como ela deve ser. Campo típico da política econômica. As divisões da economia positiva “alimentam o processo político de escolha da economia normativa”<sup>23</sup>.

Fala-se ainda em uma “economia funcional”. Trata-se de uma visão recente, que sugere a avaliação comparativa das fontes do direito, requerendo, para tanto, uma análise adequada da estrutura de incentivos iniciais. Essa linha de pesquisa se atenta à identificação de falhas políticas na formação do direito, ressaltando a importância de mecanismos de mercado na criação e seleção de normas jurídicas<sup>24</sup>.

### *1.2.1 Escassez e direito de propriedade*

Há uma intrínseca ligação entre escassez e propriedade. Harold Demsetz, ao formular teoria dos direitos de propriedade, cita como exemplo os indígenas da Península do Labrador, localizada no Canadá.

Conta que, antes da chegada dos Europeus na região, não havia relato de divisão de propriedade de terras entre os nativos. “A caça era realizada principalmente para fins de alimentação e as poucas peles eram utilizadas pela família do caçador”<sup>25</sup>. Com a chegada dos Europeus, estabelece-se um comércio de peles entre estes e os indígenas. O produto, que antes tinha pouco ou nenhum valor para os nativos, agora representa importante recurso que possibilita a aquisição de outros produtos.

A consequência do aumento do valor das peles para os indígenas resultou no aumento da caça na região. Não demorou para perceberem que não haviam animais suficientes<sup>26</sup>. O bem

---

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>24</sup> PARISI, Francesco. Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics. **European Journal of Law and Economics**, [s. l.], p. 259–272, 2004.

<sup>25</sup> No original: hunting was carried on primarily for purposes of food and the relatively few furs that were required for the hunter’s family” (tradução livre). DEMSETZ, Harold. Toward a Theory of Property Rights. *Em*: GOPALAKRISHNAN, C. (org.). **Classic Papers in Natural Resource Economics**. London: Palgrave Macmillan UK, 1974. p. 163–177. Disponível em: [https://doi.org/10.1057/9780230523210\\_9](https://doi.org/10.1057/9780230523210_9). Acesso em: 10 fev. 2022.

<sup>26</sup> *Ibid.*

se tornou escasso. “Uma coisa se torna escassa quando não há mais quantidade suficiente para que todos os que a desejam possam obtê-la à vontade”<sup>27</sup>.

Nota-se aqui dados importantes sobre a escassez: ela depende do uso do bem, ou seja, é subjetiva. Em outras palavras: o uso de um bem pode o tornar escasso – como no caso dos indígenas, que utilizavam as peles de maneira diversa dos europeus. A escassez também não é historicamente determinada. Um novo uso pode tornar um bem escasso (o petróleo, por exemplo); e uma nova tecnologia pode transformar um bem escasso em abundante (ex. novas fontes de energia).

O problema da escassez, a “disponibilidade de recursos para o processo produtivo, sua conformação, seus custos, sua exaustão ou capacidade de renovação” é um dos objetos das ciências econômicas<sup>28</sup>.

Uma das soluções para a escassez é a violência. Vez que não exista autoridade para regular o uso dos bens, se apropriará o que for mais forte. No exemplo de Harold Demsetz, supõe-se que, com o aumento da caça, conflitos acabaram ocorrendo entre as tribos.

A solução – violência, no exemplo das tribos da Península do Labrador, – é a propriedade privada. Os indígenas demarcaram seus territórios de caça, queimando uma árvore para o limite<sup>29</sup>. Dessa maneira, cada um decide como explorar sua propriedade e suportar os resultados de suas decisões. “A propriedade privada responsabiliza o proprietário”<sup>30</sup>.

Roger Scruton propõe inclusive maior utilização dos direitos de propriedade para sanar problemas ambientais. Para o autor, a tragédia dos comuns não deriva de um fracasso do mercado, mas sim da ausência de um.

Esse é o motivo para pensarmos que não é pelo controle estatal, mas sim por meio dos direitos de propriedade, que encontramos uma solução real para a tragédia dos comuns. Uma vez estabelecidos os direitos de propriedade, a constituição de um livre mercado aparecerá naturalmente, à medida que as pessoas transferirem direitos para terceiros ansiosos por recebe-los e, em troca, receberem algo de sua preferência<sup>31</sup>.

O trecho acima introduz outro importante conceito que deve ser visto: o livre mercado. O assunto é tratado a seguir.

---

<sup>27</sup> MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 29.

<sup>28</sup> ROSSETI, 2012, p. 34.

<sup>29</sup> DEMSETZ, 1974.

<sup>30</sup> MACKAAY; ROUSSEAU, 2020.

<sup>31</sup> SCRUTON, Roger. **Filosofia verde: como pensar seriamente o planeta**. São Paulo: É realizações, 2016. p. 126.

### 1.2.2 Economia de mercado e suas principais falhas

Quando o homem divide o trabalho, ou seja, se especializa em certos tipos de atividade, passa a haver maior disponibilidade de bens. Adam Smith exemplifica tal fato por meio de uma fábrica de alfinetes. Uma pessoa não seria capaz de produzir, sozinha, nem 20 alfinetes por dia. Com a divisão da produção em cerca de 18 operações distintas, a fábrica, com 10 funcionários, produz até 48 mil alfinetes por dia, ou seja, 4.800 por pessoa<sup>32</sup>. As consequências dessa multiplicação da produção derivada da divisão do trabalho provocam o aumento da riqueza das nações<sup>33</sup>.

O excedente de produção gera a necessidade de trocas, e essas trocas representam o que se chama de comércio. Para Adam Smith, a divisão do trabalho e todos os benefícios que dele advêm não deriva de uma propensão humana de aumentar a riqueza da sociedade, mas tão somente de satisfazer-se. “Dê-me aquilo que quero, e você terá o que quer, é o significado dessas ofertas; e é dessa maneira que obtemos uns dos outros a maior parte de tudo aquilo que precisamos”<sup>34-35</sup>. Por isso o autor, ao se referir ao mercado como sistema de trocas existente que proporciona o aumento da riqueza geral, o chama de “mão invisível”, pois sua existência não é intenção, e nem criação de nenhum dos agentes de comércio<sup>36</sup>.

O mercado surge na Idade Média, como local cujo objetivo é reduzir o custo para a realização das trocas. Primeiro por meio do transporte. O agricultor que resolvesse trocar todo o seu trigo não necessitava realizar vários fretes. Bastava levar todo o produto para a feira mais próxima. E o que se aplica ao transporte, se aplica também a outros custos. Qualquer ferramenta ou prática “que reduza os custos de encontrar um parceiro para a troca, de mostrar o que se tem

---

<sup>32</sup> SMITH, Adam. **A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. São Paulo: Madras, 2018. p. 14–15.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>35</sup> A visão do autor é criticada por Karl Polanyi, que escreve que salienta que essa teoria de Adam Smith fez surgir o modelo econômico que mais tarde seria conhecido como *homo economicus*. POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nossa época**. 2. ed. Rio de Janeiro: Compus, 2000. p. Cap. 4.

<sup>36</sup> Nas palavras do próprio autor: “Ele geralmente, de fato, não tem a intenção de satisfazer o interesse público, nem tem ideia do quanto o está satisfazendo. Ao dar preferência ao apoio da indústria doméstica em vez da estrangeira, ele almeja apenas sua própria segurança; e ao direcionar essa indústria de forma que sua produção possa atingir o maior valor possível, ele almeja somente seu próprio ganho, e é nesse caso, assim como em muitos outros, guiado por uma mão invisível a atingir um objetivo que não fazia parte de sua intenção inicial. Também não é pior para a sociedade que seu propósito não fizesse parte de tal objetivo. Ao almejar seu próprio interesse, ele quase sempre promove o da sociedade com maior eficácia do que quando de fato deseja promovê-la.” SMITH, A., 2018, p. 348.

a oferecer ou o que se deseja adquirir, estabelecer condições de acordo e assegurar sua execução contribui para formar o mercado”<sup>37</sup>.

Esses custos que são reduzidos pelo mercado, são chamados de custos de transação. Da Idade Média para a atualidade, muito se desenvolveu para a redução de tais custos. Um exemplo é a internet, que cria mercados e liga compradores e vendedores de todo o mundo<sup>38</sup>.

O mercado agora é uma abstração, que se define “pela existência de forças aparentemente antagônicas: as da procura e as da oferta. Quando ambas ocorrem simultaneamente, definem um mercado”<sup>39</sup>. O mercado de trabalho, mercado financeiro, mercado de capitais, etc., são exemplos.

O mercado define outro importante fator: a forma como os bens são produzidos e distribuídos. Em uma economia de mercado, “a produção e o consumo são o resultado de decisões descentralizadas das empresas e dos indivíduos. Não há autoridade central dizendo às pessoas o que produzir e para onde transportar”<sup>40</sup>. Em contrapartida, em uma economia por comando central, ou modelo coletivista, fundada no solidarismo igualitarista, toda a posse e controle dos meios de produção da economia fica por conta do governo<sup>41</sup>. Esses dois tipos de ordenamentos institucionais são extremos, admitindo inúmeros arranjos intermediários, aos quais José Paschoal Rossetti chama de “ordenamentos mistos”<sup>42</sup>.

No mercado, tem-se de um lado a procura (uma enorme quantidade de consumidores) e do outro a oferta (uma enorme quantidade de produtores de bens e serviços). Do choque dessas duas forças resultam os preços. São os preços que orientam a alocação de recursos. Carlos Roberto Gonçalves e Bernardo Guimarães colocam o preço como um “resumo” de inúmeras informações, como a decisões de milhões de agentes econômicos, descobertas de novas tecnologias, mudança nos custos de produtos que nem imaginamos que existam, modificações

---

<sup>37</sup> MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 94.

<sup>38</sup> Um bom exemplo é o *site* Mercado Livre, em operação no Brasil e outros países. Trata-se de um portal onde vendedores incluem seus produtos à venda, e compradores têm a liberdade de escolher aquele que lhe convém. No ano de 2020, a fim de reduzir os custos de transação com transporte, o Mercado Livre adquiriu 4 aeronaves BRASIL ECONÔMICO. Mercado Livre adquire própria frota de aviões para entregas no Brasil. *Em*: IG ECONOMIA. 2020. Disponível em: <https://economia.ig.com.br/2020-11-03/mercado-livre-adquire-propria-frota-de-avioes-para-entregas-no-brasil.html>. Acesso em: 14 fev. 2022.

<sup>39</sup> ROSSETI, 2012, p. 395.

<sup>40</sup> KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 2.

<sup>41</sup> ROSSETI, 2012, p. 327.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 195.

nos hábitos de consumo de outros países etc<sup>43</sup>. Ao menos no mercado de concorrência perfeita, ou mercado competitivo.

Conforme José Paschoal Rossetti<sup>44</sup>, a concorrência é considerada perfeita se preenche sete condições:

1. Atomização: Os agentes do mercado (compradores e vendedores) devem ser tão numerosos que nenhum deles, isoladamente, possui condições de influenciar o mercado;
2. Homogeneidade: o bem ou serviço é perfeitamente igual entre todos os fornecedores, ou seja, um produto é o perfeito substituto do outro;
3. Mobilidade: os agentes do mercado atuam de maneira independente, ou seja, não pode existir nenhum acordo entre eles ou interferência governamental de qualquer espécie;
4. Permeabilidade: não quais barreiras técnicas, financeiras, legais ou de qualquer outra natureza para entrada ou saída dos agentes que queiram atuar no mercado.
5. Preço-limite: nenhum vendedor pode estar praticando preços acima do preço de equilíbrio; e nenhum comprador pode impor preço abaixo desse equilíbrio;
6. Extrapreço: ofertas de vantagens adicionais associadas ao produto não possuem eficácia;
7. Transparência: não há qualquer agente que detenha informações privilegiadas ou diferentes daquelas que todos os demais detêm. Todas as informações são acessíveis a todos, e todos contratam em igualdade de condições.

O mercado de concorrência perfeita é um tipo-ideal usado como “referência pela qual os economistas medem a eficiência de outras estruturas. Mercados perfeitamente competitivos são, em sentido específico, os mercados mais eficientes”<sup>45</sup>. Servem apenas de referência porque pouquíssimos mercados chegam próximo de uma concorrência perfeita. O exemplo clássico é

---

<sup>43</sup> GONÇALVES, Carlos Eduardo; GUIMARÃES, Bernardo. **Introdução à economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 89.

<sup>44</sup> ROSSETI, 2012, p. 401–402.

<sup>45</sup> GOOLSBEE, Austan; LEVITT, Steven; SYVERSON, Chad. **Microeconomia**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 725.

o do mercado de *commodities*<sup>46</sup>. A decisão de apenas um agricultor de soja não pode influenciar o mercado inteiro, caso resolva aumentar ou diminuir sua área de plantio.

Os mercados apresentam diversas falhas. Isto significa que a eficiência de um mercado visa interesses absolutamente privados, e nem sempre conduz à otimização dos interesses sociais<sup>47</sup>. Essas falhas se devem à quatro razões básicas<sup>48</sup>: externalidades, bens públicos, informações incompletas (ou assimetria de informação) e poder de mercado<sup>49</sup>.

Retomando o exemplo de Harold Demsetz: ao não haver delimitação das áreas, cada tribo caçava aquilo que conseguia, sem se importar se outras tribos teriam ou não os mesmos bens. Ou seja, o custo pela caça de um animal a mais era transferido para terceiros. À tal falha dá-se o nome de *externalidade*, e foi observada pela primeira vez em 1920 por Arthur Pigou.

Segundo o autor, externalidades seriam produzidas sempre que uma pessoa que presta um serviço, “o estende a terceiros, ou faz com que o serviço imponha custos aos terceiros, de maneira que não se possa cobrá-los dos beneficiários ou deles obter uma indenização em proveito das vítimas”<sup>50</sup>. Arthur Pigou verificou que, quando uma indústria passa a usufruir do bem comum (meio ambiente, por exemplo) de maneira inadequada (externalidade negativa), produzirá mais do que seria possível se o custo não fosse transferido para os terceiros; e quando produz algo que beneficia a todos (externalidade positiva), acaba por produzir menos do que seria possível. Isto leva os consumidores a tomarem decisões inadequadas baseadas no preço, que no caso, não é real.

Em outras palavras: externalidades “existem sempre que transações econômicas exercem impacto sobre entes externos não diretamente envolvidos na transação”<sup>51</sup>. Tais

---

<sup>46</sup> Trata-se do exemplo típico utilizado. Todavia, o mercado de *commodities* não é um mercado de concorrência perfeita, já que está constantemente sujeito a intervenções governamentais, e atuação de grandes corporações. No momento em que é escrito este trabalho, a guerra travada entre Ucrânia e Rússia, por exemplo, está afetando os preços dos insumos utilizados na agricultura brasileira, o que certamente elevará o preço dos produtos aqui produzidos.

<sup>47</sup> ROSSETI, 2012, p. 315.

<sup>48</sup> José Paschoal Rossetti apresenta ainda mais três motivos para as falhas de mercado: a incapacidade de avaliação de méritos, pois os custos e os benefícios de agentes individuais não se compatibilizam, necessariamente, com os da sociedade como um todo; instabilidade conjuntural, ou seja, incapacidade do livre mercado em promover a estabilidade econômica; e ineficácia alocativa, pois os produtores não ouvem as vozes de quem mais necessita, mas as de quem tem mais recursos para adquirir os bens e serviços que eles estão dispostos a produzir. Ibid., p. 314–317.

<sup>49</sup> PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 8. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013. p. 618.

<sup>50</sup> PIGOU, Arthur C. **The economics of Welfare**. 4. ed. London: Macmillan, 1932. p. 183.

<sup>51</sup> PINDYCK; RUBINFELD, 2013, p. 618.

externalidades podem ser positivas, ou seja, benéficas para terceiros; ou negativas, impondo um prejuízo à pessoas não envolvidas na transação.

Exemplo de externalidade positiva é a criação de abelhas. As abelhas de um apicultor polinizam uma área de até 700 hectares em volta do apiário. Além do apicultor produzir e vender os produtos das abelhas (mel, própolis, geleia real, abelhas rainhas, etc), suas abelhas beneficiam diversos proprietários limítrofes, sem que estes paguem qualquer valor. Em contrapartida, o exemplo típico de externalidade negativa, é a poluição. Quem polui o ambiente, transfere para terceiros os custos de sua produção, pois utiliza bem comum em desconformidade com o uso dos demais.

A solução encontrada por Arthur Pigou foi conceder às empresas que produzem externalidades positivas, subvenções estatais que visem aumentar sua produção; e impor às produtoras de externalidades negativas, taxações, a fim de que reduzam sua produção ao nível aceitável<sup>52</sup>. Essa taxa proposta ficou conhecida como “imposto pigouviano”, e constituiu a ortodoxia dos economistas até 1960<sup>53</sup>.

Em tal ano Ronald Coase publicou o “The problem of social cost”, no qual trouxe uma nova discussão acerca das externalidades. A inovação ficou conhecida como Teorema de Coase. Afirmou que a solução sugerida por Pigou tratava o problema de uma maneira errada, pois visava coibir um dano infringindo outro dano. Para o economista, a questão não é “como coibir o dano de A em B”, mas se A estava permitido causar um dano em B; ou seja, a questão era se evitar um dano mais sério. Em síntese:

O problema a ser enfrentado quando se está diante de atividades que causam efeitos danosos não é o de simplesmente coibir os responsáveis pelos mesmos. O que tem de ser observado é se o ganho com a não produção do dano é maior do que a perda sofrida alhures como resultado da proibição da atividade danosa<sup>54</sup>.

Como visto, Ronald Coase via as externalidades não como um problema em que A causa danos a B, mas como uma interferência mútua nas atividades um do outro, ou seja, como “um conflito de usos que não podem ser perseguidos simultaneamente”<sup>55</sup>. Dessa maneira, o próprio mercado e seu mecanismo de preços faria o uso mais valorizado prevalecer, qualquer que fosse a configuração dos direitos de A ou B.

---

<sup>52</sup> PIGOU, 1932, p. 224–227.

<sup>53</sup> MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 202.

<sup>54</sup> COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, [s. l.], v. 3, n. 3, 1960.

<sup>55</sup> MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 203.

Outra das falhas de mercado é o bem público. Austan Goolsbee entende que bem público é aquele “acessível para qualquer pessoa que deseje consumi-lo, e que mantém o mesmo valor para um consumidor ainda que outras pessoas passem a consumi-lo”<sup>56</sup>. Cita como exemplo a apresentação de fogos de artifício: é impossível evitar que outras pessoas assistam, além daquelas presentes no local da queima.

Robert S. Pindyck e Daniel L. Rubinfeld escrevem que os bens públicos possuem duas características: são não-rivais e não-exclusivos. *Não rivais* porque qualquer que seja o nível de produção, o custo para um consumidor adicional é igual a zero. É o caso de um farol: uma vez que o farol esteja construído e funcionando, o uso por mais um navio não acrescenta nada ao seu custo de operação. Exclusivos porque não é possível impedir as pessoas de consumi-lo. O mesmo exemplo do farol se aplica aqui<sup>57</sup>. Os autores retratam o problema dos bens públicos com um exemplo do fornecimento de combate a pernilongos em uma comunidade. “Você sabe que o programa tem para a comunidade um valor superior a seu custo, que é de US\$ 50.000. Será que você poderá lucrar se ofertar esse programa de forma privada?”<sup>58</sup>. Caso 10 mil pessoas pagassem apenas US\$5 pelo serviço, o custo já seria pago. O problema é que não é possível obriga-las a pagar, muito menos cobrar as famílias de maneira desigual. Não há também maneira de oferecer esse serviço sem que todos da comunidade sejam beneficiados. Por esse motivo, não há estímulo para que as pessoas paguem. Muitas famílias simplesmente pegarão “carona” se beneficiarão do programa.

O problema é retratado na *tragédia dos comuns*. O termo foi utilizado pela primeira vez em 1968, por Garrett Hardin. O autor exemplifica da seguinte forma:

A tragédia dos comuns se desenvolve desta forma. Imagine um pasto aberto a todos. É de se esperar que cada rebanho tente manter o maior número possível de cabeças de gado na área comum. Tal arranjo pode funcionar razoavelmente satisfatório durante séculos, porque as guerras tribais, a caça furtiva e as doenças mantêm os números de homens e animais bem abaixo da capacidade da terra. [...] Como ser racional, cada vaqueiro procura maximizar seus ganhos. Explicitamente ou implicitamente, mais ou menos conscientemente, ele pergunta: "Qual é a utilidade para mim de acrescentar mais um animal ao meu rebanho? Esta utilidade tem um componente negativo e um positivo.

1) O componente positivo é uma função do incremento de um animal. Como o rebanho recebe todo o produto da venda do animal adicional, a utilidade positiva é de quase +1.

2) O componente negativo é uma função do sobrepastoreio adicional criado por mais um animal. Como, entretanto, os efeitos do sobrepastoreio são compartilhados por

<sup>56</sup> GOOLSBEE; LEVITT; SYVERSON, 2018, p. 1639.

<sup>57</sup> PINDYCK; RUBINFELD, 2013, p. 682.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 684.

todos os pastores, a utilidade negativa para qualquer pastor em particular é apenas uma fração de -1.<sup>59</sup>

Um cálculo rápido leva o vaqueiro a concluir que adicionar outro animal é decisão positiva. Mas por que não adicionar mais animais? E seu vizinho, vendo-o adicionar mais gado no pasto, pode fazer o mesmo. Cada homem está preso a um sistema que o obriga a aumentar seu rebanho ilimitadamente em ambiente limitado. “A ruína é o destino que todos os homens apressam, cada um persegue o seu próprio interesse em uma sociedade que acredita na liberdade do povo, a liberdade em um povo traz a ruína a todos”<sup>60</sup>. Quando os bens não são divididos, ou quando essa divisão não é viável (acesso livre), “a situação convida cada um a explorar o recurso sem que ninguém tenha interesse em se ocupar de sua criação ou manutenção: o consumo e o subinvestimento são mútuos”<sup>61</sup>.

Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau propõem três soluções: delegar a fiscalização das pessoas e tomada de decisão à um líder; a concessão de direitos de propriedade aos bens que são possíveis de concedê-los; e a criação de comunidades e clubes. Os autores criticam a posição de que somente o Estado pode gerir os bens comuns<sup>62</sup>. Ronald Coase criticou economistas pela utilização dos faróis como exemplo da necessidade da intervenção do Estado para a gestão dos bens públicos. O autor informa que na Inglaterra, uma pessoa ou empresa podia solicitar à Coroa a permissão para a construção de um farol, e cobrança de uma taxa dos navios. “Os faróis eram construídos, operados, financiados e de propriedade de particulares,

---

<sup>59</sup> No original: “The tragedy of the commons develops in this way. Picture a pasture open to all. It is to be expected that each herdsman will try to keep as many cattle as possible on the commons. Such an arrangement may work reasonably satisfactorily for centuries because tribal wars, poaching, and disease keep the numbers of both man and beast well below the carrying capacity of the land. Finally, however, comes the day of reckoning, that is, the day when the long-desired goal of social stability becomes a reality. At this point, the inherent logic of the commons remorselessly generates tragedy. As a rational being, each herdsman seeks to maximize his gain. Explicitly or implicitly, more or less consciously, he asks, “What is the utility to me of adding one more animal to my herd?” This utility has one negative and one positive component.

1) The positive component is a function of the increment of one animal. Since the herdsman receives all the proceeds from the sale of the additional animal, the positive utility is nearly +1.

2) The negative component is a function of the additional overgrazing created by one more animal. Since, however, the effects of overgrazing are shared by all the herdsmen, the negative utility for any particular decision making herdsman is only a fraction of -1 (tradução livre). HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**, [s. l.], v. 162, n. 3859, p. 1243–1248, 1968. Disponível em: <https://doi.org/10.1126/science.162.3859.1243>

<sup>60</sup> No original: “Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all” (tradução livre). *Ibid.*

<sup>61</sup> MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 75.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 72–80.

que podiam vender o farol ou dispor dele por legado. O papel do governo era limitado ao estabelecimento e à aplicação dos direitos de propriedade no farol” (tradução livre)<sup>63</sup>.

A ideia até aqui foi introduzir o conceito de propriedade, mercado e suas quatro principais falhas. As falhas de assimetria de informação e disparidade de poder serão abordadas no terceiro capítulo, já que são problemas que afetam de maneira contundente o trabalho.

### 1.2.3 Cálculo de negligência

Trata-se de um cálculo que apareceu pela primeira vez em 1947, no julgamento do caso *United States et al. v. Carroll Towing Co., Inc., et al.* Na ocasião, o magistrado Learned Hand utilizou uma fórmula bastante objetiva para resolução do caso.

Em 2 de janeiro de 1944, os tripulantes do rebocador *Carroll* acabaram por provocar o desprendimento de diversas embarcações no píer 52 do *North River*, Manhattan. Entre tais embarcações, estava a barça *Anna C*, carregada com uma carga de farinha de propriedade do governo dos Estados Unidos. Após algum tempo à deriva, *Anna C* se chocou com a hélice de um navio tanque, que estava ancorado em outro píer. Muitas horas após a colisão, a barça *Anna C* veio a afundar.

Os proprietários das embarcações que sofreram danos ingressaram com ações em desfavor da *Carroll Towing Co.* (proprietária do rebocador *Carroll*) e a *Grace Line* (que fretou o rebocador), incluindo o Governo americano e a *Connors Company*, proprietária do *Anna C*. Ao julgar os diversos pedidos feitos pelas partes, o magistrado invocou elementos da análise econômica do direito para resolver o litígio.

Na sentença, Hand declarou a responsabilidade da *Carroll Towing Company* pelos prejuízos causados pelo desprendimento do *Anna C*, mas apenas parcialmente. Ele entendeu que, caso a *Connors Company* tivesse mantido ao menos um tripulante a bordo do *Anna C*, não teria havido o afundamento da barça e perdimento da carga. Desta forma, as despesas do afundamento e os prejuízos daí advindos foram repartidos.

O que torna esse caso interessante é a forma (por que não fórmula) pela qual Hand chegou à conclusão da culpa concorrente. Em suas palavras:

---

<sup>63</sup> No original: “The lighthouses were built, operated, financed and owned by private individuals, who could sell the lighthouse or dispose of it by bequest. The role of the government was limited to the establishment and enforcement of propertyrights in the lighthouse”. COASE, R. H. The Lighthouse in Economics. **The Journal of Law & Economics**, [s. l.], v. 17, n. 2, p. 357–376, 1974.

Uma vez que existe a possibilidade de qualquer embarcação se soltar de seu ancoradouro, e uma vez que, se o fizer, ela se torna uma ameaça para aqueles que a rodeiam; o dever do proprietário, como em outras situações similares, de evitar danos contra terceiros, é uma função de três variáveis: (1) a probabilidade de ela se romper; (2) a gravidade do dano resultante, se ela o fizer; (3) o ônus das precauções adequadas. Possivelmente serve para trazer esta noção em alívio, para dizê-la em termos algébricos: se a probabilidade for chamada P; a lesão, L; e a carga, B; a responsabilidade depende se B é menor que L multiplicado por P: i. e., se  $B > PL$ <sup>64</sup> (tradução livre).

O conceito de cálculo de negligência é para o presente estudo é necessário por dois motivos: 1) compreender a teoria da maximização da riqueza, de Richard Posner, que será tratada adiante; 2) trazer um novo enfoque à teoria da responsabilidade civil, principalmente nos casos de acidente de trabalho, o que será feito no capítulo 3.

### 1.3 O movimento *law and economics*: breve histórico, divisões e fundamentos

A *law and economics* é um movimento que busca uma interpretação do direito baseada em princípios econômicos. Nas palavras de Richard Posner, “é a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia ao sistema jurídico, em todos os campos do direito comum” (tradução livre)<sup>65</sup>. Nas palavras de Francesco Parisi, existe algo que une todos os estudiosos da AeD, independentemente de seu credo ideológico: a busca por novos *insights* no direito aplicando conceitos e teorias econômicas<sup>66</sup>.

Como visto, todo fato é passível de ser interpretado sob diferentes aspectos. Cada fenômeno pode ser observado de um ponto de vista compartimentado em uma ciência, segundo seus métodos, tais como a antropologia, a economia, o direito, a filosofia, etc. “Do mesmo modo, são variadas são as formas pelas quais, o homem, aprecia o específico fenômeno jurídico dando-lhe fundamentação, segundo uma visão interpretativa, analítica, crítica ou filosófica”<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> No original: Since there are occasions when every vessel will break from her moorings, and since, if she does, she becomes a menace to those about her; the owner's duty, as in other similar situations, to provide against resulting injuries is a function of three variables: (1) The probability that she will break away; (2) the gravity of the resulting injury, if she does; (3) the burden of adequate precautions. Possibly it serves to bring this notion into relief to state it in algebraic terms: if the probability be called P; the injury, L; and the burden, B; liability depends upon whether B is less than L multiplied by P: i. e., whether  $B > PL$ . ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Court of Appeals for the Second Circuit. United States et al. v. Carroll Towing CO., Inc., et al.** Relator: Learned Hand: Data de julgamento, 1947.

<sup>65</sup> No idioma original: “is the application of the theories and empirical methods of economics to the legal system across the board”. POSNER, 1986, p. 19.

<sup>66</sup> PARISI, 2004.

<sup>67</sup> GONÇALVES, 1997, p. 93.

Diante dessa variedade de possibilidades, o isolamento da ciência jurídica da realidade tratada por outras ciências deixa de ser um trunfo kelseniano e representa verdadeiro perigo, dado o caráter pragmático do direito na sua função de resolver conflitos.

O direito busca o ideal de justiça. Na ciência jurídica, não há um consenso sobre o que é justiça. Logo, a justiça pode velejar sob os ventos da ideologia e subjetividade do intérprete. A economia, por sua vez, busca o ideal de eficiência. Muito embora, conforme será tratado adiante, o conceito de eficiência possa variar de uma escola para outra, há uma certa objetividade e consenso entre os autores: o critério econômico busca o recurso jurídico “que menor dano cause ou, por outra, que maior benefício resulte, desconsiderando a tradicional ética moralista tradicional em função de uma ética utilitarista”<sup>68</sup>. Explicam Robert Cooter e Thomas Ulen:

Los legisladores se “preguntan a menudo: ‘¿Cómo afectará una sanción al comportamiento?’ [...] La economía aportó una teoría científica para pronosticar los efectos de las sanciones legales sobre el comportamiento. Para los economistas, las sanciones son como los precios y, supuestamente, los individuos responden a estas sanciones de una manera muy similar a como responden ante los precios”<sup>69</sup>.

Interessante mencionar que Richard Posner, vendo a teoria da análise econômica se expandir para muito além das fronteiras americanas, previu inclusive a queda do direito como disciplina autônoma. No ensaio intitulado “The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987”, escrito em 1987, Posner adverte inclusive que o não uso de outras ciências, como a filosofia e a economia, podem levar os advogados a graves erros<sup>70</sup>.

A ideia de utilizar conceitos econômicos para compreender o direito não é algo novo. “Maquiavel pode ser considerado precursor inicial da AeD, assim como os Cameralistas ativos na Alemanha do século XV até o início do século XIX<sup>71</sup>”. Matt Ridley, ao narrar a história do

---

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>69</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y economía**. 6. ed. México: FCE, 2016. p. 13.

<sup>70</sup> POSNER, Richard A. The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987. **Scientific Models of Legal Reasoning: Economics, Artificial Intelligence, and the Physical Sciences**, [s. l.], v. 761, p. 203–222, 2013a. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1341093>

<sup>71</sup> MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. **Encyclopedia of law and economics**, [s. l.], p. 65–117, 2000.

dilema dos prisioneiros<sup>72</sup>, conta que este era “mais velho do que as montanhas”, é já havia sido compreendido por Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau<sup>73</sup>.

Ejan Mackaay aponta que o movimento “Law and economics” teve duas grandes influências: o surgimento da análise econômica em si, e o movimento realista norte-americano<sup>74</sup>. A análise econômica teve origem na Europa e foi levada posteriormente aos Estados Unidos por meio do institucionalismo. Haveria uma insatisfação, entre os economistas e filósofos iluministas do século XVIII, sobre a resposta dada até então para o surgimento dos direitos, principalmente o de propriedade. As mudanças nos direitos de propriedade refletiam mudanças nas condições econômicas, e não derivavam da natureza, como pregavam os naturalistas<sup>75</sup>. O que eles estavam procurando desenvolver era “uma ciência explicativa dos direitos” (tradução livre)<sup>76</sup>. Essa “primeira onda” da análise econômica dos direitos ficou esquecida por algum tempo<sup>77</sup>.

Já no final do século XIX, a sociedade norte-americana estava economicamente desenvolvida dentro de um ideal liberal capitalista neoclássico caracterizado pela escassez, em que a concorrência perfeita possibilitava as transações de mercado; onde os agentes econômicos atuavam, de modo a maximizar racionalmente seu comportamento em busca da satisfação do indivíduo de suas necessidades e, portanto, com o objetivo de equilibrar o bem-estar máximo inerente e a eficiência social. Ele operava no pressuposto de que a economia poderia manter o pleno emprego no interesse da atividade capitalista privada. Em meados do século XX, porém, surgiram sintomas que contrariavam o dogma clássico do pleno emprego, como as dificuldades estruturais internas, temores de guerra, excesso de estoques e estagnação do mercado,

---

<sup>72</sup> “O jogo é chamado de dilema dos prisioneiros porque o exemplo mais comum para ilustrá-lo descreve dois prisioneiros, cada um diante da escolha de depor contra o outro e, assim, reduzir sua própria sentença. O dilema surge porque se nenhum denunciar o outro, a polícia só pode condená-los por uma acusação menor, de modo que ambos estariam em melhor situação se ficassem em silêncio; mas o benefício será maior para aquele que denunciar o outro”. No original: “The game is called the prisoner’s dilemma because the commonest anecdote to illustrate it describes two prisoners each faced with the choice of giving evidence against the other and so reducing his own sentence. The dilemma arises because if neither defects on the other; the police can convict them both only on a lesser charge, so both would be better off if they stayed silent, but each is individually better off if he defects”. RIDLEY, MATT. **The origins of virtue: a human instincts and the evolution of cooperation**. New York: Penguin Books, 1997. p. 54.

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 8.

<sup>75</sup> MACKAAY, 2000.

<sup>76</sup> PEARSON, Heath Dorset. **Origins of law and economics: the economists’ new science of law, 1830-1930**. New York: Cambridge University Press, 1997. p. 33.

<sup>77</sup> MACKAAY, 2000.

culminando em uma “implacável crise nos anos vinte chegando-se, por fim, em 1929, à quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque”<sup>78</sup>.

Tratava-se da maior crise da história moderna do país, e já afetava o mundo inteiro. A taxa de desemprego girava em torno de 25%. Diante da crise, o então presidente democrata Franklin D. Roosevelt, iniciando a implementação daquilo que ficou conhecido como “*new deal*”. Tratava-se de um conjunto de leis e incentivos que incluíam obras públicas, apoio e empréstimos a agricultores, criação de novos mercados hipotecários, redução do dia e da semana de trabalho, comércio internacional, seguro social contra velhice, desemprego e invalidez, apoio à sindicalização, entre outras políticas consideradas intervencionistas<sup>79</sup>.

Porém, havia um problema em conciliar as regras interventivas do *new deal* com a jurisprudência não estável da *common law*. O novo regramento necessitava de um discurso legal que atendesse às necessidades de padronização e estabilidade nos julgados. Foi então que se implementou a abordagem metódico-realista. Everton das Neves Gonçalves narra que esse movimento não foi uniforme, todavia, todas as correntes buscavam a “desconstrução do pensamento jurídico clássico lógico-formal que, realisticamente, desprezou a certeza de um Direito imutável, natural e preexistente”<sup>80</sup>. Em outras palavras: o direito não possui um discurso próprio, mas é influenciado diretamente pelo fato social, assumindo o magistrado um papel criativo que vai além de ser a mera “boca da lei”. A economia surgiria, portanto, como um instrumento para que o direito tivesse uma base empírica e racional.

Todavia, entre as décadas de 40 e 50, os operadores jurídicos “adaptaram todo o discurso jurídico norte-americano para a existência de um Estado intervencionista em busca do bem-estar social”<sup>81</sup>. Tratava-se da *legal process school*, que se caracterizava como processo para tomada de decisões objetivas, relevando condutas interpretativas segundo influências sociais, antropológicas e econômicas dos atores processuais. O objetivo era evitar arbitrariedades judiciais e dar uma maior cientificidade ao direito, por meio de um devido processo legal, e seus autores se colocavam entre os extremos do formalismo jurídico e do método realista. O

---

<sup>78</sup> GONÇALVES, 1997, p. 101.

<sup>79</sup> RAUCHWAY, Eric. **The great depression and the new deal: a very short introduction**. New York: Oxford University Press, 2008. p. 1.

<sup>80</sup> GONÇALVES, 1997, p. 105.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 106.

movimento pode ser sintetizado em artigo de Herbert Hart<sup>82</sup>, em que fala sobre um “pesadelo” e um “nobre sonho”:

O nobre sonho [...] representa a crença, talvez a fé, de que, apesar das aparências superficiais em contrário e apesar mesmo de períodos inteiros de aberrações e erros judiciais, ainda pode ser dada uma explicação e uma justificativa para a expectativa comum dos legisladores, de que os juízes devem aplicar a seus casos a lei existente e não fazer nova lei para eles, mesmo quando o texto de determinadas disposições constitucionais, estatutos ou precedentes disponíveis parece oferecer um guia não determinado. E com isto vai a crença na possibilidade de justificar muitas outras coisas, tais como a forma dos argumentos dos advogados que, alimentando as mesmas expectativas, são dirigidas aos juízes como se ele estivesse procurando, e não criando, a lei; o fato de que, quando os tribunais anulam alguma decisão passada, a nova decisão posterior é normalmente tratada como declarando o que a lei sempre foi, e como corrigindo um erro, e é dada uma operação retrospectiva; e finalmente, o fato de que a linguagem da decisão de um juiz não é tratada, como é a linguagem de uma lei, como o texto canônico autoritário de um ato verbal legislador<sup>83</sup>.

Ejan Mackaay aponta como início da primeira fase da AeD justamente esse período, que chama de “lançamento”. Na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, Aaron Director passou a adotar uma abordagem econômica distinta das existentes até então, insistindo em previsões testáveis e pesquisas empíricas. Aaron, que era um economista, enfrentou o desafio de fazer com que os colegas juristas levassem a sério as análises econômicas. Para tanto, realizou *insights* econômicos em casos jurídicos para chamar a atenção, sobretudo acerca das leis antitrustes. O professor defendia que para haver uma concorrência efetiva, era necessária uma maior regulamentação da indústria<sup>84</sup>. Ele encontrou campo fértil para suas ideias devido à realidade vivida nos Estados Unidos naquele momento.

A partir de 1958 se inicia a publicação da *Journal of Law and Economics*. Em 1960, nesta mesma revista, é publicado “o problema do custo social”, de Ronald Coase, que lhe garantiu o nobel de economia em 1991<sup>85</sup>. Em 1961, era publicado o artigo “*Some thoughts on risk distribution and the law of torts*”<sup>86</sup>, de Guido Calabresi, na Universidade de Yale. Em contrapartida, a *legal process school* já não encontrava espaço adequado, já que a Suprema

---

<sup>82</sup> Geoffrey C. Shaw, analisando um ensaio não publicado de Herbert Hart, chamado de “discretion”. Segundo Shaw, o ensaio é significativo do ponto de vista histórico e teórico, pois lança uma nova luz sobre as conexões entre o trabalho de Hart e a *legal process school*, que foi predominante em Harvard durante o ano de Hart como professor visitante na Universidade. Ver SHAW, Geoffrey C. H. L. A. HART’S LOST ESSAY: DISCRETION AND THE LEGAL PROCESS SCHOOL. **HARVARD LAW REVIEW**, [s. l.], v. 127, p. 62, [s. d.].

<sup>83</sup> HART, H. L. A. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. New York, NY: Oxford University Press, 1983. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198253884.001.0001>. Acesso em: 28 fev. 2022.

<sup>84</sup> MACKAAY, 2000.

<sup>85</sup> MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 9.

<sup>86</sup> CALABRESI, Guido. **Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts**. [S. l.: s. n.], 1961. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/794261>.

Corte americana era chamada a tomar posicionamentos políticos em relação a assuntos delicados. E mais: o *welfare state* já se encontrava desgastado.

Richard Posner aponta que o declínio da *legal process school* se deu em função de seus adeptos não levarem em consideração as possibilidades das ciências sociais, como filosofia e economia, na obtenção de um aporte teórico. O autor critica a formação dos advogados na época, que na defesa da objetividade de suas interpretações das leis e da Constituição, acabam por não perceber o fenômeno social de outros ângulos<sup>87</sup>.

Das crises jurídica e política é que surgem movimentos críticos como a *Law and Economics* e a *Critical Legal Studies*, vertentes do realismo reconstrutivista nascido anos atrás<sup>88</sup>. “A LaE apareceu, assim, como proposta realista e de caráter interdisciplinar para abordagem do Direito, dando-lhe suporte científico, racional, uniformizante e universalizante”<sup>89</sup>.

O marco teórico que lançaria oficialmente a análise econômica do direito como disciplina veio em 1972, com a obra *Economic analysis of law*, de Richard Posner. Além de utilizar linguagem jurídica ao invés da econômica, também ressaltava a eficiência da *common law*. Rapidamente as faculdades de direito se atualizaram, e já nos anos seguintes, as análises foram estendidas para todas as áreas do direito, sendo publicados mais de mil artigos em dez anos, somente na revista *Journal of Legal Studies*, na qual Posner foi o primeiro editor<sup>90</sup>.

De 1980 a 1982, a *Law and Economics* passou por severas críticas<sup>91</sup>. O principal ponto atacado foi o conceito de eficiência introduzido por Posner e a distribuição dos direitos de propriedade. Richard Posner realizou diversas defesas de suas teses contra ataques de filósofos, como “Dworkin e Fried, de críticos dos estudos jurídicos, como Horwitz e Kennedy, de advogados de Yale, como Guido Calabresi e Kronman, e de economistas austríacos como Rizzo”<sup>92</sup>.

As amplas discussões, ao contrário de enfraquecer a análise econômica do direito, acabou por fortalece-la, estimulando o surgimento de outras escolas de pensamento em torno

---

<sup>87</sup> POSNER, Richard A. The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987. **Scientific Models of Legal Reasoning: Economics, Artificial Intelligence, and the Physical Sciences**, [s. l.], v. 761, p. 203-222, 2013b. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1341093>

<sup>88</sup> GONÇALVES, 1997, p. 108.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>90</sup> MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 11.

<sup>91</sup> As principais críticas à AeD serão analisadas adiante, ainda neste capítulo.

<sup>92</sup> MACKAAY, 2000.

da disciplina. Cada um dos movimentos brevemente descritos a seguir surgem de modelos econômicos e tempos diferentes, e por estes motivos acabam por se chocar com a abordagem tradicional (Escola de Chicago), e as vezes complementá-la.

### *1.3.1 Em busca da eficiência econômica: a Escola de Chicago*

Como já mencionado, referir-se à AeD pode ocasionar confusão entre o movimento como um todo e a vertente da escola de Chicago. Isto ocorre porque a escola de Chicago foi a pioneira no assunto.

Essa vertente da AeD baseia-se na suposição de que os indivíduos são maximizadores racionais de seus interesses, e estuda o papel do direito como meio de mudar os preços relativos vinculados a ações individuais alternativas. Sob essa abordagem, uma mudança no estado de direito afetará o comportamento humano alterando a estrutura de preços. A maximização da riqueza, servindo de paradigma para a análise do direito, pode assim ser promovida ou constrangida por normas jurídicas<sup>93</sup>.

Francesco Parisi escreve ainda que uma premissa importante da abordagem dessa escola é a ideia de que o direito é o resultado de um esforço – consciente ou não – para induzir a resultados eficientes. O autor deixa claro ainda que a escola de Chicago seria a representação da economia positiva na análise econômica do direito, já que seus membros reconhecem as limitações da economia frente ao direito. Por esse motivo é conhecida também por “escola da economia positiva” da AeD. Em suas palavras: “durante o período inicial da disciplina, as escolas de Análise econômica do direito foram ‘estilo Chicago’ ou ‘estilo Yale’. Esses rótulos faziam referência à respectiva abordagem positiva ou normativa utilizada por cada escola”<sup>94</sup>.

Em relação aos métodos, não pretende revisar aqueles utilizados pela ciência econômica (empíricos), devido à especificidade de seus assuntos. E considerando que seus membros geralmente têm formação mínima em economia e estatística, enfatiza estudos de caso e métodos informais, embora utilize Econometria e modelos matemáticos não são impedidos<sup>95</sup>. A escola

---

<sup>93</sup> PARISI, 2004.

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> POSNER, Richard A. The New Institutional Economics Meets Law and Economics. **Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft**, [s. l.], v. 149, n. 1, p. 73–87, 1993.

de Chicago tem embasamento em uma ética utilitarista<sup>96</sup> de maximização da riqueza, valor independente do individualismo e livre escolha<sup>97</sup>.

Em síntese, as principais premissas defendidas pela abordagem tradicional positiva da Escola de Chicago são: a) maximização racional da satisfação; b) leis são consideradas regras de preços e incentivos; c) tomada de decisões jurídicas e avaliação das leis devem ser fundamentadas na eficiência econômica; d) teorema de Coase<sup>98</sup>.

### 1.3.2 Escola de New Haven

*New Haven* é a cidade onde está localizada a Universidade de Yale, que juntamente com a Universidade de Harvard, faz do local um dos mais proeminentes centros de ensino em direito dos Estados Unidos, destacando-se também nos estudos de Economia e administração. Todavia, as diferenças históricas e diferentes modelos econômicos utilizados tornaram a AeD em Yale muito diferente da praticada em Chicago<sup>99</sup>.

Ao mesmo tempo em que o artigo de Ronald Coase – inaugurava a vertente positiva da AeD em Chicago, Guido Calabresi, em 1961, traçava novos rumos para a disciplina com a publicação de seu artigo “*Some thoughts on risk distribution and the law of torts*”<sup>100</sup>, junto à universidade de Yale. O documento seria responsável por dar início à uma nova vertente da AeD: a *New Haven School*<sup>101</sup>.

Guido Calabresi foi um enfático crítico da escola de Chicago e das teorias de Richard Posner. Um dos pontos de crítica foi o conceito de justiça e maximização da riqueza de Posner, por seu viés conservador. Calabresi considerava que a riqueza depende da distribuição inicial de recursos: “A riqueza em qualquer sociedade depende dos gostos, do que as pessoas querem,

---

<sup>96</sup> Richard Posner, expoente da escola de Chicago, nega o caráter utilitarista de sua teoria, conforme será demonstrado adiante.

<sup>97</sup> GONÇALVES, 1997, p. 114.

<sup>98</sup> MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G., **Economics and the Law: From Posner to Postmodernism and Beyond**. 2. ed. New Jersey: Princeton University Press, 2006, Capítulo 2.

<sup>99</sup> VENTURIN, Eduardo Luiz. **ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO REGULATÓRIO: A (des)regulação como defesa dos interesses do consumidor**. 2017. Dissertação - UFSC, Florianópolis, 2017. p. 29.

<sup>100</sup> CALABRESI, 1961.

<sup>101</sup> MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 285.

do que valorizam. Mas o que elas valorizam depende do que têm para começar.”<sup>102</sup> Criticou ainda o sistema de responsabilidade civil da escola de Chicago e o teorema de coase<sup>103</sup>.

A escola de New Haven toma como seu campo de estudo o moderno estado de bem-estar social e baseia sua abordagem nos fundamentos intelectuais da análise das políticas públicas e da teoria da escolha social<sup>104</sup>. A escola se baseia em três pilares fundamentais: “primeiro, definir as justificativas econômicas do poder público; segundo, analisar de forma realista as instituições políticas e burocráticas; terceiro, definir o papel do judiciário na elaboração de políticas públicas”<sup>105</sup>.

Susan Rose-Ackerman resume o que ela chama de “tradição econômica progressista”<sup>106</sup>. Para a autora, a abordagem econômica da tradição progressista tem em comum com as perspectivas de Chicago e escolha pública um reconhecimento do importante papel desempenhado pelo problema da escassez nos problemas jurídico-econômicos, bem como das virtudes do mercado de alocação de recursos. Porém, enfatiza a presença de múltiplas fontes de falhas de mercado, e essas requerem alguma forma de intervenção governamental<sup>107</sup>. Ao sustentar que a intervenção do governo pode ser justificada com base em falhas de mercado existentes, eles argumentam que a política jurídico-econômica deve trabalhar para a correção dessas falhas, mas com uma preocupação reconhecida tanto para os impactos alocativos quanto

---

<sup>102</sup> CALABRESI, Guido apud NOURSE, Victoria; SHAFFER, Gregory. VARIETIES OF NEW LEGAL REALISM: CAN A NEW WORLD ORDER PROMPT A NEW LEGAL THEORY? **CORNELL LAW REVIEW**, [s. l.], v. 95, p. 79, [s. d.].

<sup>103</sup> “Um sistema de responsabilidade civil não pode funcionar a menos que leve em conta quais atos são considerados bons, quais são considerados maus e quais são considerados neutros. Qualquer sistema de responsabilidade que encoraje atos malignos parecerá injusto para o crítico e a comunidade, mesmo que economicamente seja realmente muito eficiente” CALABRESI, Guido apud *ibid.*

<sup>104</sup> MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 284–285.

<sup>105</sup> No original: “first, to define the economic justifications for public action; second, to analyze political and bureaucratic institutions realistically; third, to define useful roles for the courts within this modern policymaking system”. ROSE-ACKERMAN, Susan. **Rethinking the Progressive Agenda**. New York: Free Press, 1993. *E-book*. p. 3.

<sup>106</sup> A autora se refere à sua teoria como “tradição progressista”, na obra “Rethinking the progressive agenda”, de 1993. Anos antes, em capítulo de livro, se refere à mesma teoria como “escola reformista”, e aduz que não poderia ser considerada como uma “escola de New Haven” pelo fato de a maioria dos acadêmicos da escola de Yale não utilizarem sua teoria (ROSE-ACKERMAN, Susan. **Law and Economics: paradigm, politics, or philosophy**. Em: LAW AND ECONOMICS. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1988. p. 233–258. p. 253. Nota 1). Todavia, na mesma obra de coletiva de 1988, Gary Minda se refere à autora como precursora da New Haven School (MINDA, Gary. **The law and economics and critical legal studies movements in american law**, in: Law and economics, Boston: Kluwer Academic Publishers, 1988, p. 111. Nota 3). Da mesma maneira, Nicholas Mercuro e Steven G. Medema, no ano de 2006, se referem à Susan Rose-Ackerman como uma das principais autoras da escola da moderna New Haven School (MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G., **Economics and the Law: From Posner to Postmodernism and Beyond**, 2. ed. New Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 284–290. Capítulo 6).

<sup>107</sup> ROSE-ACKERMAN, 1993, p. 6–7.

distributivos<sup>108</sup>. Ou seja, junto com a análise de eficiência deve vir uma preocupação contínua com a distribuição e, com isso, uma preocupação com justiça e equidade. Além disso, as políticas de correção de falhas de mercado devem ser estabelecidas com base na análise de custo-benefício sempre que possível, e esse processo deve incluir a avaliação de todos os benefícios e custos, não apenas aqueles que podem ser medidos financeiramente<sup>109</sup>.

Justamente por seu caráter mais intervencionista é que Francesco Parisi se refere a ela como “escola normativa”. Para o autor, essa vertente atraiu diversos liberais praticantes dos métodos da escola de Chicago que exigiam teorias que suprissem a necessidade de uma maior proposição de intervenções normativas<sup>110</sup>.

### 1.3.3 *Análise econômico-comportamental do direito*

A análise econômico-comportamental do direito é simplesmente a abordagem da AeD mediante a utilização do instrumental da economia comportamental. Em síntese, tal abordagem busca explorar os impactos do comportamento humano real, e não do homem teorizado no *homo economicus*. Nas palavras de Christine Jolls: “Análise econômico-comportamental do direito, envolve tanto o desenvolvimento quanto a incorporação, dentro da análise econômica do direito, de percepções comportamentais extraídas de vários campos da psicologia” (tradução livre)<sup>111</sup>.

A principal diferença dessa abordagem, portanto, é a crítica à escola de Chicago e à abordagem clássica, pela utilização de uma abstração que sacrifica o real comportamento do ser humano.

Para a *behavior economy*, as pessoas reais diferem do *homo economicus* em pelo menos três aspectos: 1) a racionalidade limitada, já que o ser humano possui habilidades computacionais e memória limitadas; 2) força de vontade limitada, pois é bastante comum pessoas tomarem ações que sabem estar em conflito com seus próprios interesses de longo prazo (ex., um fumante); e 3) auto-interesse limitado, pois as pessoas não agem o tempo todo de

---

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 16–17.

<sup>110</sup> PARISI, 2004.

<sup>111</sup> No original: “Behavioral law and economics involves both the development and the incorporation within law and economics of behavioral insights drawn from various fields of psychology.” JOLLS, Christine. **Behavioral Law and Economics**. Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.3386/w12879>.

maneira egoísta e pensando em si mesmas, mas as vezes parecem se importar com outros, mesmo que estranhos<sup>112</sup>.

A abordagem dá à distribuição dos direitos especial importância, pois leva em consideração o “efeito de dotação” (*endowment effect*). Tal efeito baseia-se em estudos empíricos que verificaram que as pessoas podem se comportar de maneiras diferentes a depender da situação inicial. Em outras palavras: o mesmo indivíduo pode tomar atitudes diferentes a depender da ponta que esteja em um contrato. Uma análise econômica que ignore esse efeito pode ser excessivamente imprecisa<sup>113</sup>. Christine Jolls exemplifica, afirmando que uma das abordagens possíveis para a situação na qual a distribuição inicial dos direitos impacta diretamente o comportamento das partes, é justamente verificar como a nova regra afeta terceiros. “Se não está claro se uma determinada regra de local de trabalho é ou não ideal para empregadores e empregados, mas criará benefícios importantes para as famílias dos empregados, então talvez a regra deva ser adotada” (tradução livre)<sup>114</sup>.

Como visto, a escola da economia comportamental oferece ferramentas importantes para a análise econômica do direito, permitindo modelar e prever uma melhor resposta dos atores da economia diante de incentivos legais. A *behavior economy* oferece, inclusive, bases para outro tipo de análise econômica: a institucional<sup>115</sup>.

#### 1.3.4 Análise econômico-institucional do direito

O institucionalismo é um tipo de abordagem de pesquisa – e não propriamente uma escola de pensamento – que leva em consideração o papel das instituições na sociedade. A análise econômico-institucional do direito – *Institutional Law and Economics* – utiliza o modelo econômico institucional. Tal foi desenvolvido em um ambiente bastante pluralista, na realidade econômica pós primeira guerra mundial, e “é tido como uma linha de pensamento oposta ao neoclassicismo, semelhante ao marxismo em alguns aspectos e vinculada ao evolucionismo”<sup>116</sup>. Como visto, a escola clássica analisa o bem-estar social a partir da soma do bem-estar

---

<sup>112</sup> SUNSTEIN, Cass R; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, [s. l.], v. 50, p. 1473–1548, 1998.

<sup>113</sup> JOLLS, 2007.

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> SCHMID, A Allan. Institutional law and economics. **European Journal of Law and Economics**, [s. l.], p. 33–51, 1994.

<sup>116</sup> CONCEIÇÃO, Octavio A. C. **Instituições, crescimento e mudança na ótica institucionalista**. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, 2001. (Teses FEE, v. 1). *E-book*. p. 87.

individual. Se uma negociação faz ambas as partes se tornarem melhores, sem prejudicar ninguém, o bem-estar geral é aumentado. Já os institucionalistas, apesar de seguirem a concepção de individualismo metodológico, enfatizam o encontro das vontades das pessoas como um sistema de regras<sup>117</sup>.

Seu surgimento se deve a três influências: a escola histórica alemã, o pragmatismo americano e os escritos de Thornstein Veblen na virada do século XIX, com foco na faceta evolucionária do desenvolvimento econômico<sup>118</sup>. O núcleo do pensamento da escola é a admissão e conceituação de “instituições, hábitos, regras e sua evolução, tornando explícito um forte vínculo com as especificidades históricas e com a abordagem evolucionária”<sup>119</sup>. Douglass C. North define o que são instituições:

As instituições são as imposições humanamente concebidas que estruturam a interação política, econômica e social. Elas consistem tanto em restrições informais (sanções, tabus, costumes, tradições e códigos de conduta), quanto em regras formais (constituições, leis, direitos de propriedade). Ao longo da história, as instituições têm sido concebidas por seres humanos para criar ordem e reduzir as incertezas. Juntamente com as restrições padrão da economia, elas definem o conjunto de escolhas e, portanto, determinam os custos de transação e produção e a rentabilidade e viabilidade do envolvimento na atividade econômica (tradução livre)<sup>120</sup>.

Nicholas Mercurio e Seteven G. Medema elencam algumas proposições que, juntamente com as contribuições de John R. Commons, constituem a base da ILE.

- O comportamento econômico é fortemente condicionado pelo ambiente institucional em que se desenvolve a atividade econômica e, simultaneamente, o comportamento econômico afeta a estrutura do ambiente institucional.
- A interação mútua entre as instituições e o comportamento dos atores econômicos é um processo evolutivo, daí a necessidade de uma “abordagem evolutiva” da economia.
- Ao analisar os processos evolutivos nele contidos, a ênfase é direcionada ao papel desempenhado pelas condições impostas pela tecnologia moderna, e pelas instituições monetárias do mercado capitalista moderno.
- A ênfase está centrada no conflito dentro da esfera econômica da sociedade, em oposição à ordem harmoniosa inerente ao jogo livre cooperativo, espontâneo e inconsciente dos atores econômicos dentro do mercado.

---

<sup>117</sup> CONCEIÇÃO, 2001.

<sup>118</sup> MERCURIO; MEDEMA, 2006, p. 208–211.

<sup>119</sup> CONCEIÇÃO, 2001, p. 87.

<sup>120</sup> No original: “Institutions are the humanly devised constraints that structure political, economic and social interaction. They consist of both informal constraints (sanctions, taboos, customs, traditions, and codes of conduct), and formal rules (constitutions, laws, property rights). Throughout history, institutions have been devised by human beings to create order and reduce uncertainty in exchange. Together with the standard constraints of economics they define the choice set and therefore determine transaction and production costs and hence the profitability and feasibility of engaging in economic activity”. NORTH, Douglass C. Institutions. **Journal of Economic Perspectives**, [s. l.], v. 5, n. 1, p. 97–112, 1991.

- Há uma clara e presente necessidade de canalizar o conflito inerente às relações econômicas, estruturando-se para estabelecer um sistema de controle social sobre a atividade econômica.
- Institucionalismo requer uma abordagem interdisciplinar que apela à psicologia, sociologia, antropologia e direito para ajudar a compreender o comportamento dos atores econômicos e, assim, gerar suposições mais precisas na descrição de seu comportamento (tradução livre) <sup>121</sup>.

A corrente institucionalista foi dominante nas universidades americanas após a primeira guerra mundial, sofrendo um declínio após 1930. Esse declínio foi o resultado combinado das profundas mudanças nas ciências sociais no período 1910-1940 e consequente ascensão de um estilo matemático de economia neoclássica durante a grande depressão americana dos anos 30; e da substituição das bases da filosofia e psicologia sobre as quais a escola institucional foi construída<sup>122</sup>.

Esse declínio durou cerca de 40 anos. José Micaelson Lacerda Moraes aponta que a tradição institucionalista, após esse período, “assumiu diferentes nuances conceituais e metodológicas, nem sempre absolutamente compatíveis”, gerando ao menos três correntes<sup>123</sup>: 1) o velho institucionalismo norte-americano de Thorstein Veblen, John R. Commons e Wesley Clair Mitchell; 2) a Nova Economia Institucional (NEI) de Ronald Coase, Oliver Eaton Williamson e Douglass North; e 3) O Neo-Institucionalismo de Geoffrey Hodgson, Samuels e Rutherford<sup>124</sup>.

A pluralidade de vertentes dentro da própria economia institucional se reflete na análise econômica do direito. Allan Schmid, ao tratar da análise econômico-institucional, questiona a necessidade de trata-la como algo independente da própria economia institucional, visto que a

---

<sup>121</sup> Em inglês no original: “•Economic behavior is strongly conditioned by the institutional environment within which economic activity takes place, and, simultaneously, economic behavior affects the structure of the institutional environment. •The mutual interaction between the institutions and the behavior of economic actors is an evolutionary process, hence the need for an “evolutionary approach” to economics. •In analyzing the evolutionary processes contained therein, emphasis is directed to the role played by the conditions imposed by modern technology and the monetary institutions of modern, mixed-market capitalism. •Emphasis is centered upon conflict within the economic sphere of society as opposed to harmonious order inherent within the cooperative, spontaneous, and uncounscious free play of economic actors within the market. •There is a clear and present need to channel the conflict inherent in economic relationships by structuring to establish a system of social control over economic activity. •Institutionalism requires an interdisciplinary approach calling on psychology, sociology, anthropology, and law to help understand the behavior of economic actors and thereby generate more accurate assumptions in describing their behavior.” MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 215.

<sup>122</sup> HODGSON, Geoffrey M. The Approach of Institutional Economics. **Journal of Economic Literature**, [s. l.], v. 36, n. 1, p. 166–192, 1998.

<sup>123</sup> Octavio A. C. Conceição aponta ainda os neo-schumpeterianos ou evolucionários, os regulacionistas, a economia das convenções, entre outras.

<sup>124</sup> MORAIS, José Micaelson Lacerda. **Economia institucional-evolucionária: interesses, instituições e desenvolvimento**. Ceará: Amazon (publicação independente), 2021. p. 20–21.

AeD já possui a abordagem neoclássica, a *property rights*, a nova economia institucional, a *public choice*, entre outras. Ademais, para o autor, é redundante falar em “análise econômico-institucional”, pois a “economia institucional não é nada além do nexos entre direito e economia”, sendo a principal obra de John R. Commons intitulada “Fundamentos legais do capitalismo”<sup>125</sup>.

Cada enfoque diferente dentro do institucionalismo dá ao direito um papel diferente na distribuição de direitos e um conceito distinto de eficiência, porém, todos, um grau maior ou menor, levam em consideração o papel das normas e do Estado na economia, que é a proposta da análise econômica do direito. Porém, detalhar todas as suas vertentes é tarefa que, embora importante, supera o objetivo do presente trabalho. Dessa maneira, serão utilizadas algumas definições de A. Allan Schmid.

A metodologia da análise econômico-institucional do direito leva em consideração o individualismo metodológico, mas possui foco no coletivo. Ao contrário do *homo economicus* da análise clássica – racional e egoísta –, considera que as pessoas podem ser boas ou más; que suas funções de utilidade podem incluir o próprio bem-estar ou o de terceiros; que a racionalidade humana é limitada e por vezes as pessoas cometem erros e precisam justificar custos infundados. Em outras palavras: o modelo de comportamento compreendido pela escola é aquele que busca se aproximar ao máximo da realidade humana<sup>126</sup>.

A análise econômico-institucional do direito aprofunda ainda assuntos negligenciados pela escola de Chicago, como a importância das características dos bens, e não somente a propriedade dos mesmos; o conflito entre as pessoas e as questões de poder; o tratamento das externalidades como algo inevitável, cabendo a norma escolher apenas quem pode produzi-las; distribuição inicial de direitos como parte de um processo político coletivo, e a implicação dessa distribuição na eficiência do mercado. Ademais, os institucionalistas consideram que medidas governamentais de intervenção no mercado são equivalentes a institutos que poderiam ser criados pelo próprio mercado. Assim, os gastos do Estado e suas regulações não são boas medidas para considerar um governo interventivo ou não<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> SCHMID, 1994.

<sup>126</sup> *Ibid.*

<sup>127</sup> *Ibid.*

### 1.3.5 Escola da Public Choice

A escola da escolha pública surge em meados do século XX, diante da insatisfação de alguns economistas com os modelos econômicos até então vigentes. A economia possuía modelos coerentes, sistematizados e integrados capazes de descrever o nexos entre os mercados competitivos e bem-estar econômico, mas nada que pudesse ser utilizado no setor público. Assim, apoiados em escritos que remontam ao século XVIII e XIX, James M. Buchanan e Warren Nutter estabelecem, em 1957, na Universidade da Virgínia, o Centro Thomas Jefferson de Estudos em Economia Política, dando o início formal à *Public choice School*<sup>128</sup>. Dennis C. Mueller sintetiza todo o pensamento no seguinte destaque:

A escolha pública pode ser definida como o estudo econômico da tomada de decisões não mercadológicas, ou simplesmente a aplicação da economia à ciência política. O assunto da escolha pública é o mesmo que o da ciência política: a teoria do Estado, as regras de votação, o comportamento do eleitor, a política partidária, a burocracia e assim por diante. A metodologia da escolha pública, no entanto, é a da economia. O postulado comportamental básico da escolha pública, quanto à economia, é que o homem é um maximizador de utilidade egoísta, racional (tradução livre)<sup>129</sup>.

A principal característica da escola, extraída do conceito acima, é a aplicação das teorias econômicas no ambiente político. Ou seja, a amálgama da teoria econômica, do direito e da ciência política.

James M. Buchanan inicia sua obra questionando os teóricos políticos, cujas análises são fundamentadas na suposição implícita de que o político não procura maximizar sua própria utilidade, mas sim agir em nome do interesse público ou do bem comum. O autor apresenta o problema como um paradoxo, pois como pode o indivíduo, que no âmbito privado busca a maximização de seus interesses, mudar suas engrenagens psicológicas e morais quando age na esfera social?<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 156–159.

<sup>129</sup> No original: “Public choice can be defined as the economic study of nonmarket decision making, or simply the application of economics to political science. The subject matter of public choice is the same as that of political science: the theory of the state, voting rules, voter behavior, party politics, the bureaucracy, and so on. The methodology of public choice is that of economics, however. The basic behavioral postulate of public choice, as for economics, is that man is an egoistic, rational, utility maximizer”. MUELLER, Dennis C. **Public Choice**. 3. ed. New York, NY: Cambridge University Press, 2003. p. 1–2.

<sup>130</sup> BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. **The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy**. Indianapolis: Liberty Fund, 1999. (Collected works of James M. Buchanan, v. 3).v. 3p. 20–21.

A resposta para a pergunta é a tese central da *public choice*: o indivíduo que busca o poder no processo político e aquele que atua no mercado são os mesmos. De outro modo: a abordagem econômica, que assume o homem como um maximizador de utilidade no mercado pode ser perfeitamente transplantada para a explicação do comportamento dos indivíduos na atividade política<sup>131</sup>.

Para efeitos do presente estudo, o principal é justamente a tomada da existência de um “mercado político”. Em um mercado comum, assume-se que existe um consumidor e um fornecedor, em lados opostos; enquanto que “no meio político há uma demanda jurídica e uma oferta jurídica. Nesse caso, os demandantes são os eleitores e os lobistas, enquanto que os políticos e os burocratas estão do lado da oferta”<sup>132</sup>.

Analogamente à escola de Chicago, a *public choice* também visa identificar e prescrever correções para as falhas de mercado. Todavia, o mercado aqui considerado é o político. O governo deixa de ser considerado como um árbitro imparcial que corrige as falhas do jogo econômico, e passa a ser encarado como um participante poderoso no jogo, e muito mais poderoso do que os indivíduos, empresas ou quaisquer outros jogadores<sup>133</sup>.

O enfoque da *public choice* será retomado adiante, quando se toma em discussão as falhas do mercado de trabalho.

#### 1.4 O problema da ética e o critério normativo da AeD

O professor Miguel Reale define a ética como a “ciência normativa da conduta ou do comportamento humano”, tratando-se de um gênero que contém em si espécies, como a moral e Direito. A moral cuida do bem enquanto individual; e o Direito, enquanto coletivo, ou seja, do bem comum ou justiça<sup>134</sup>.

O comportamento humano, como um fato espontâneo da realidade, pode ser resultado de escolhas individuais autônomas de cada indivíduo, ou mesmo pela intuição de princípios metafísicos naturais e dominantes desse comportamento. Assumindo que estes princípios e valores guiam as ações, ainda não se tem certeza de qual deles e por que os indivíduos seguem

---

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>132</sup> VENTURIN, 2017, p. 33.

<sup>133</sup> MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 163.

<sup>134</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 274.

para fazer algo<sup>135</sup>. Em outras palavras: não se sabe por que os seres humanos agem como agem. Esse é o objetivo da ética.

Por sua vez, a economia, em seu nascedouro, pautou-se somente na descrição da realidade, limitando-se a análises positivas<sup>136</sup>. Dessa maneira, mesmo a abordagem normativa<sup>137</sup>, em que a ciência econômica sugere um “dever ser”, obteve resistência por parte dos economistas. Em 1930, escrevia o economista Lionel Robbins:

Infelizmente, não parece logicamente possível associar os dois estudos de qualquer forma, a não ser por uma mera justaposição. A economia lida com fatos verificáveis; a ética com valorizações e obrigações. Os dois campos de investigação não se encontram no mesmo plano de discurso (tradução livre)<sup>138</sup>.

O autor se opunha à própria existência da economia normativa, alegando que era impossível verificar na prática uma proposição de natureza moral. Sua visão reflete bem o abismo colocado entre o estudo da ética e da economia. Se do lado dos economistas existe resistência quando à ética, o contrário também é verdadeiro.

Everton das Neves Gonçalves, ao esboçar os fundamentos da AeD, aponta que, sendo o direito resultado de uma ordem moral coletiva, possui uma ética bastante distinta do *homo economicus*. “Acredita-se que um dos problemas cruciais desta aplicação da Teoria Econômica ao Direito refere à crítica consistente na possível imoralidade de uma ética economicista na práxis jurídica”<sup>139</sup>.

Amartya Sen também reconhece o distanciamento da ética e da economia. Para autor, é surpreendente “o contraste entre o caráter conscientemente ‘não ético’ da economia moderna e sua evolução histórica, em grande medida, como um ramo da ética”. Ressalta que Adam Smith, “pai da economia moderna”, foi professor de filosofia moral; que o próprio assunto da economia

---

<sup>135</sup> GONÇALVES, 1997, p. 148.

<sup>136</sup> As análises positiva, normativa e funcional foram abordadas no item [1.2](#) do presente trabalho.

<sup>137</sup> Richard Posner aponta que utilitarismo e economia normativa não são a mesma coisa. “O utilitarismo [...] sustenta que o valor moral de uma ação, conduta, instituição ou lei deve ser julgado por sua eficácia na promoção da felicidade, acumulada por todos os habitantes da sociedade [...] Por outro lado, para a economia normativa, uma ação deve ser julgada por sua eficácia na promoção do bem-estar social”. Levando em consideração que normalmente se coloca qualquer teoria econômica normativa como utilitarista, Posner se refere à teoria de Jeremy Bentham como “utilitarismo clássico”. POSNER, Richard. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 59..

<sup>138</sup> No original: “Unfortunately it does not seem logically possible to associate the two studies in any form but mere juxtaposition. Economics deals with ascertainable facts; ethics with valuations and obligations. The two fields of enquiry are not on the same plane of discourse.” ROBBINS, Lionel. **An essay on the nature & significance of economic science**. 2. ed. London: Macmillan, 1945. p. 126.

<sup>139</sup> GONÇALVES, 1997, p. 149.

foi por longo período considerado uma ramificação da ética; e que se ensinava economia como parte do “moral science tripos”, na Universidade de Cambridge. O motivo dessa tentativa de afastamento da ética se deve, segundo o Nobel, ao fato de que a economia teve duas origens distintas: uma ligada à ética, e outra que ele chama de “economia engenheira”, que seria ligada muito mais à técnica<sup>140</sup>.

Afirma inclusive que a natureza da economia moderna foi “substancialmente empobrecida pelo distanciamento crescente entre economia e ética”. E o contrário também é verdadeiro: a ética também perdeu com o afastamento da economia. Nas palavras do autor:

“[...] o aspecto metodológico de que alguns dos insights empregados na economia ao lidar com problemas de interdependência podem ter uma importância substancial quando tratamos de problemas éticos complexos, mesmo não havendo variáveis econômicas envolvidas. [...] A esse respeito, a ética pode ganhar com raciocínios do tipo comumente usados em economia<sup>141</sup>.”

O ajuntamento de ética e economia é necessário na medida em que a pretensão é aproximar o raciocínio econômico do raciocínio jurídico. Este, pauta-se em uma ética moralista-normativa; aquele por sua vez, fundamenta-se em uma ética, ao menos inicialmente, utilitarista<sup>142</sup>.

Porém, ao fazer tal aproximação, de alguma maneira haverá um julgamento sobre as escolhas, preferências e objetivo das pessoas. Mas o grande problema na aproximação da ética e economia é: qual ética é se deve colocar?

A princípio, é possível fazer uma conexão entre a ética jurídica e econômica partindo do utilitarismo, permitindo com isto construir um critério normativo-econômico para interpretação do direito. Amartya Sen, ao aprofundar o estudo da ética e economia, inevitavelmente parte da teoria utilitarista e suas características para fazer a aproximação<sup>143</sup>. É o que se pretende a seguir. Dessa maneira, aborda-se rapidamente o utilitarismo e a teoria econômica do bem-estar com seus critérios de eficiência, e em seguida passa-se à crítica de Richard Posner e sua ética utilitarista da maximização da riqueza.

---

<sup>140</sup> SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das letras, 2013. p. 13.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>142</sup> Richard Posner rejeita a acusação de que a economia é eminentemente utilitarista. O autor acusa os críticos de utilizar a falácia do espantalho para tecer críticas ao raciocínio econômico: coloca-se economia e utilitarismo no mesmo “saco”, para que seja possível acusar economia e AeD de ser utilitarista. Para Posner, essa “confusão” entre utilitarismo e economia se deve principalmente ao fato da utilização do termo “utilidade” em economia; e pelo fato de muitos teóricos utilitaristas, como Jeremy Bentham e John Stuart Mill terem sido também importantes economistas. POSNER, 2010, p. 60–61..

<sup>143</sup> SEN, 2013.

### 1.4.1 A ética utilitarista

Antes de definir os contornos da teoria utilitarista, é importante definir o que não é utilitarismo. Como adverte Henry Sidgwick, atualmente o termo “parece ser aplicado a várias teorias distintas, não tendo nenhuma ligação necessária umas com as outras, e não se referindo sequer ao mesmo assunto”<sup>144</sup>.

O autor coloca como primeira distinção necessária o utilitarismo – que ele chama de “hedonismo universal” – do hedonismo egoísta. E faz a diferenciação em duas premissas simples: 1) cada um deve buscar sua própria felicidade; e 2) cada um deve buscar a felicidade de todos<sup>145</sup>.

Richard Posner traz ainda outros empregos das palavras “utilidade” e “utilitarismo”. “O termo é as vezes usado de forma mais abrangente para se referir a qualquer teoria ética consequencialista” [...] e abarcaria todas as teorias econômicas normativas<sup>146</sup>. Adverte ainda sobre a utilização de “utilidade” em economia, conforme explanado no [item 1.2.4](#) deste capítulo.

Outra diferenciação necessária é entre utilitarismo e consequencialismo. Bernard Williams faz essa distinção:

Qualquer tipo de utilitarismo é, por definição, consequencialista, mas "consequencialismo" é um termo mais amplo, e no meu uso o utilitarismo é um tipo de consequencialismo [...] que está especialmente preocupado com a felicidade. O que se entende por "consequencialismo" acaba sendo uma questão mais difícil do que a princípio parece. [...] Muito grosseiramente falando, o consequencialismo é a doutrina em que o valor moral de qualquer ação sempre tem suas consequências, e que é por referência a essas consequências que as ações, e de fato coisas como instituições, leis e práticas, devem ser justificadas, se puderem ser justificadas de alguma forma (tradução livre)<sup>147</sup>.

O que se extrai da explicação é que todo utilitarismo é um tipo de consequencialismo, pois considera que toda ação deve buscar como consequência, a felicidade. O

---

<sup>144</sup> SIDGWICK, Henry. **The methods of ethics**. 7. ed. London: Palgrave Macmillan, 1962. p. 411.

<sup>145</sup> Ibid., p. 11–12.

<sup>146</sup> POSNER, 2010, p. 60. Nota de rodapé.

<sup>147</sup> No original: “Any kind of utilitarianism is by definition consequentialist, but ‘consequentialism’ is the broader term, and in my use utilitarianism is one sort of consequentialism – the sort which is specially concerned with happiness. What is meant by ‘consequentialism’ turns out to be a harder question than at first appears [...] Very roughly speaking, consequentialism is the doctrine that the moral value of any action always lies in its consequences, and that it is by reference to their consequences that actions, and indeed such things as institutions, laws and practices, are to be justified if they can be justified at all”. WILLIAMS, Bernard. *A critique of utilitarianism*. Em: *UTILITARIANISM FOR AND AGAINST*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 67–131. *E-book*. p. 70.

consequencialismo, por sua vez, leva em consideração que as ações devem buscar um determinado resultado como consequência – por isso são chamadas de consequencialismo –, mas esse resultado pode ser qualquer outro diferente da felicidade.

O utilitarismo referido aqui é o chamado “hedonismo universal” de Henry Sidgwick, ou o “utilitarismo clássico”<sup>148</sup> de Richard Posner, e trata-se da teoria baseada no princípio da utilidade de Jeremy Bentham<sup>149</sup>. O autor conceitua o princípio da seguinte forma:

Por *princípio de utilidade* entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, com o que tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação e um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo<sup>150</sup>.

Utilitarismo é “o credo que aceita a utilidade, ou o Princípio da Maior Felicidade, como fundamento da moralidade, defende que as ações estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade, erradas na medida em que tendem a produzir o reverso da felicidade”<sup>151</sup>.

Para Bentham, o comportamento humano é regido por apenas duas forças: dor e prazer. É a partir desses “dois senhores” que se definem as normas do que é certo e do que é errado e toda a cadeia de causas e efeitos. “O *princípio da utilidade* reconhece esta sujeição e a coloca como fundamento desse sistema, cujo objetivo consiste em construir o edifício da felicidade através da razão e da lei”<sup>152</sup>.

---

<sup>148</sup> POSNER, 2010, p. 60.

<sup>149</sup> O próprio Bentham admitiu que o termo “felicidade” ressaltaria muito melhor suas ideias do que “utilidade”, fazendo-o meramente para uma melhor síntese. Em suas palavras: “A esta expressão acrescentei ultimamente - substituindo até a primeira - esta outra: a maior felicidade, ou o princípio da maior felicidade; isto por amor à brevidade, ao invés de expressar-me assim longamente: “o princípio que estabelece a maior felicidade de todos aqueles cujo interesse está em jogo, como sendo a justa e adequada finalidade da ação humana, e até a única finalidade justa, adequada e universalmente desejável; da ação humana, digo, em qualquer situação ou estado de vida, sobretudo na condição de um funcionário ou grupo de funcionários que exercem poderes de governo”. A palavra “utilidade” não ressalta as ideias de prazer e dor com tanta clareza como o termo “felicidade” (happiness, felicity); tampouco o termo nos leva a considerar o número dos interesses afetados; número este que constitui a circunstância que contribui na maior proporção para formar a norma em questão - a norma do reto e do errado, a única que pode capacitar-nos a julgar da retidão da conduta humana, em qualquer situação que seja. Esta falta de uma conexão suficientemente clara entre as ideias de felicidade e prazer, por uma parte, e a ideia de utilidade, por outra, tem constituído mais de uma vez, para certas pessoas - conforme pude constatar -, um obstáculo para a aceitação do princípio acima, aceitação que, de outra forma, possivelmente não teria encontrado resistência”. BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Os pensadores, v. 34).p. 10. Nota de rodapé 1.

<sup>150</sup> BENTHAM, 1974.

<sup>151</sup> MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Porto: Porto Editora, 2005. (Coleção filosofia, v. 13).p. 48.

<sup>152</sup> BENTHAM, 1974, p. 9.

“Maior felicidade”, ou como o autor coloca, a “utilidade”, é aquela que proporciona o maior excedente possível de prazer sobre a dor para fins de cálculo ético<sup>153</sup>, ou seja, é a característica de um objeto ou ação, de proporcionar benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade. E se manifestaria em uma esfera individual e coletiva, a depender do interesse em jogo. O interesse particular corresponde a um indivíduo; e o interesse da comunidade seria “a soma dos interesses dos diversos membros que integram a referida comunidade”<sup>154</sup>. Disso extrai-se duas coisas: que a felicidade coletiva é a soma da felicidade dos indivíduos; e que não é possível compreender o interesse coletivo sem levar em consideração o comportamento individual.

Em síntese, uma ação é moralmente correta na medida em que proporciona maior felicidade para outras pessoas. Logo, a ação, o bem, ou mesmo a política pública desejada é aquela que proporciona a maior felicidade para a comunidade. Em termos de AeD, uma norma ou julgado será eficiente na medida que proporcionar a maior utilidade possível, apurada por meio de um cálculo econômico.

A metodologia do cálculo de utilidade de Bentham consiste em uma verificação de 6 etapas, cada qual avaliando os prazeres e dores, para ao final realizar um balanço. Caso o bem, ou o ato seja favorável ao prazer, terá uma tendência boa; caso seja favorável à dor, terá uma tendência má.<sup>155</sup>

Para tanto, o autor adverte que é necessária uma correta compreensão do valor da dor e do prazer, tendo em vista que o objetivo do legislador deve ser justamente propiciar utilidade<sup>156</sup>. Assim, “o valor de um prazer ou de uma dor, considerado em si mesmo, será maior ou menor, segundo as quatro circunstâncias que seguem: (1) a sua intensidade; (2) a sua duração; (3) a sua certeza ou incerteza; (4) a sua proximidade no tempo ou a sua longinquidade”<sup>157</sup>.

Ao questionar o utilitarismo, Richard Posner salienta duas das suas principais características: 1) trata-se de uma teoria tanto da moral individual como da justiça social, pois o homem considerado íntegro é aquele que se esforça para elevar a quantidade total de felicidade; 2) o maximizante “não é um estado psicológico específico, como o êxtase ou a euforia, mas sim o mais amplo conceito possível de satisfação”. Ou seja, a quantidade máxima

---

<sup>153</sup> SIDGWICK, 1962, p. 413.

<sup>154</sup> BENTHAM, 1974, p. 10.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>156</sup> Uma constatação importante aqui é a de que o utilitarismo de Bentham é uma teoria ética tanto econômica quanto jurídica. Dessa maneira, encontra-se aí raízes explícita de utilização da análise econômica do direito.

<sup>157</sup> BENTHAM, 1974, p. 22.

de felicidade é atingida quando os seres sencientes são capazes de satisfazer seus interesses na máxima medida possível<sup>158</sup>.

Atualmente, o utilitarismo, quando abordado por juristas, é objeto de críticas e rejeições. Todavia, é possível ainda encontrar traços da filosofia mesmo em seus opositores. A própria rejeição do conceito de direitos absolutos, em favor de uma ponderação de valores de direitos em conflito possui uma forte raiz utilitarista, “como reflete uma tendência geral de ênfase nas considerações utilitárias como determinantes das normas jurídicas e decisões judiciais”<sup>159</sup>.

Muito embora o utilitarismo clássico tenha contribuído com o aprimoramento de diversos conceitos e métodos econômicos, e até mesmo jurídicos, e também lançado bases que são ainda importantes, o modelo ético possui inúmeras falhas que o torna inviável na utilização como critério normativo para o direito. Dessa maneira, expõe-se a seguir dois outros critérios ético-normativos.

#### *1.4.2 Intuicionismo filosófico*

Uma outra maneira de explicar, ou justificar o comportamento humano, é pautá-lo em princípios que sejam possíveis de serem intuídos. Assim, o fundamento moral da conduta passa a ser captado e aprendido de forma direta e imediata. Henry Sidgwick considera o intuicionismo a “visão da ética que considera como fim prático das ações morais, sua conformidade com certas regras ou ditames de deveres incondicionalmente prescritos” (tradução livre)<sup>160</sup>.

John Kekes afirma que a confiança em intuições morais era tradicionalmente pensada para envolver obediência inquestionável a uma “autoritária voz interior” que não exigia nenhuma justificativa. Porém, o autor faz uma nova defesa do intuicionismo, negando as características de incondicionalidade das intuições. Para o autor, estas podem ser lógicas, quando, por exemplo, “uma conclusão decorre das premissas; na matemática, quando, se entendermos uma prova, vemos que ela é uma prova; no julgamento das pessoas, na estimativa da distância, no entendimento de uma piada, e assim por diante”<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> POSNER, 2010, p. 61–62.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>160</sup> No original: “I have used the term 'Intuitionist' to denote the view of ethics which regards as the practically ultimate end of moral actions their conformity to certain rules or dictates of duty unconditionally prescribed”. SIDGWICK, 1962, p. 96.

<sup>161</sup> KEKES, John. Moral Intuition. *American Philosophical Quarterly*, [s. l.], v. 23, n. 1, p. 83–93, 1986.

Kekes, no mesmo estudo, estabelece algumas características das intuições: imediatismo, pois são apreendidas de forma instantânea e espontânea; espontaneidade<sup>162</sup>, pois são oriundas a partir de fatos comuns na vida; imperatividade, pois conduzem à ação; presumibilidade, pois as intuições supõem que haja uma situação onde são intuídas; interpretatividade, pois intuições não são fatos a serem aceitas incondicionalmente, e portanto, são falíveis<sup>163</sup>.

Bruce A. Ackerman, assim como Richard Posner, somam aos intuicionistas outras características a fim de classifica-los como “kantianos”: filósofos políticos que criticam o utilitarismo. Ackerman utiliza dois critérios para eleger alguém como “kantianos”: 1) que ao ler esses autores – Rawls ou Nozick, Wolff ou Walzer, Freed ou Dworkin – parece haver um acordo de que o utilitarismo é algo extremamente nefasto, pois não leva a sério o individualismo, já que considera que a soma das satisfações sociais deve ser maximizada, independentemente de sua distribuição entre as pessoas; 2) os autores “kantianos” consideram que os indivíduos têm direitos simplesmente porque são seres autônomos dignos de respeito - direitos esses que não podem ser superados simplesmente por um apelo à utilidade geral. Baseia essa aproximação de Immanuel Kant por considera-lo o símbolo de um princípio fundamental estabelecido em dos postulados dos imperativos categóricos: “os filósofos políticos não devem conceber seus concidadãos como meros meios para o fim maior de maximizar a utilidade social, mas sim tratá-los como fins em si mesmos”<sup>164-165</sup>. Richard Posner resume o pensamento:

Uso o termo “kantianos” para me referir a uma família de teorias éticas que subordinam o bem-estar social às noções de autonomia e dignidade como critério normativo da conduta humana. Tais teorias não retratam com fidelidade o pensamento de Immanuel Kant<sup>166</sup>.

O agrupamento feito pelos dois autores (Ackerman e Posner) serve mais ao propósito de criticar os autores considerados “kantianos” do que fazer uma classificação. Todavia, a base

---

<sup>162</sup> O autor utiliza a expressão “they occur routinely”, ou seja, “elas ocorrem rotineiramente”, não no sentido de que as intuições ocorrem com frequência, mas que ocorrem de maneira ordinária, normal, e fazem parte do cotidiano das pessoas, por isso a utilização da palavra “espontaneidade”.

<sup>163</sup> KEKES, 1986.

<sup>164</sup> ACKERMAN, Bruce A. **Private Property and the Constitution**. New Haven: Yale University Press, 1977. p. 71–72.

<sup>165</sup> Para Bruce Ackerman, é neste ponto que o tema comum – a crítica ao utilitarismo – se transforma em um coro não-unísono, pois cada escritor tenta afirmar seu próprio conceito de ordem social que, a seu ver, melhor capta a noção adequada de autonomia e respeito aos direitos individuais. “Neste nível, os escritores oferecem uma ampla gama de escolha, desde a anarquia até o socialismo democrático, com posições intermediárias” *Ibid.*, p. 71..

<sup>166</sup> POSNER, 2010, p. 67. Nota de rodapé 21.

das críticas feitas por Posner, quando o mesmo formula sua teoria da maximização da riqueza, dá conta de que o alvo é de fato uma ética de valores intuídos.

#### *1.4.3 Buscando um meio termo: princípio da maximização da riqueza de Richard Posner*

A teoria da maximização da riqueza é um critério normativo/ético consequencialista defendido por Richard Posner, cujo objetivo é se colocar no meio-termo entre as teorias que ele chama de “kantianas” (intuicionismo), e o utilitarismo clássico de Bentham e Mill. Nas palavras do próprio autor:

A ética da maximização da riqueza pode ser vista como uma mescla dessas tradições filosóficas rivais [kantismo e utilitarismo]. A riqueza é positivamente vinculada, ainda que de forma imperfeita, à utilidade, mas a busca da riqueza, fundada que está no modelo de transação voluntária de mercado, envolve um respeito às escolhas individuais maior do que aquele que se vê no utilitarismo<sup>167</sup>.

Explica que essa mediação serve ao propósito de evitar extremismos. O utilitarismo, apesar de ser menos indefinido do que outras teorias morais, acaba por suscitar invasões explícitas da liberdade individual, ignorando as consequências para os membros da sociedade. Desse modo, é necessário ponderá-lo com uma teoria que respeite a autonomia do indivíduo.

A teoria é uma das bases da AeD de Posner e critério ético/normativo, abordando explicações que vão desde a filosofia do direito até a formulação, interpretação e aplicação da norma penal – a grosso modo, as escolhas individuais e sociais devem ser pautadas sempre na maximização da riqueza. Por este motivo, este trabalho limita-se a descrever, nessa ordem: as principais críticas do autor ao utilitarismo; as críticas ao que chama de “kantismo”; e os aspectos da teoria concernentes ao presente trabalho. Para aprofundamentos sobre a ética consequencialista da maximização da riqueza, remete-se à obra referenciada “A economia da Justiça”.

A primeira crítica do autor ao utilitarismo é sua indeterminação em relação a quem deve ser incluído no cálculo de felicidade. Baseado em um trecho do estudo de J. J. C. Smart<sup>168</sup>, o

---

<sup>167</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>168</sup> O trecho mencionado é o seguinte: “Perhaps strictly in itself and at a particular moment, a contented sheep is as good as a contented philosopher. However it is hard to agree to this. If we did we should have to agree that the human population ought ideally to be reduced by contraceptive methods and the sheep population more than correspondingly increased. Perhaps just so many humans should be left as could keep innumerable millions of placid sheep in contented idleness and immunity from depredations by ferocious animals. Indeed if a contented idiot is as good as a contented philosopher, and if a contented sheep is as good as a contented idiot, then a contented fish is as good as a contented sheep, and a contented beetle is as good as a contented fish. Where shall we stop?”

autor conclui que o utilitarismo exige a inclusão de animais na população cuja felicidade deve ser maximizada, e arremata: “há algo de errado em um sistema filosófico que é incapaz de distinguir pessoas de carneiros”<sup>169</sup>. Igualmente, os utilitaristas também não esclarecem se os estrangeiros e os não-nascidos devem ser incluídos nesse cálculo.

Outra crítica diz respeito à inexistência de método para calcular o efeito das decisões, políticas públicas ou ação, pois inexistente técnica capaz de medir mudanças no grau de felicidade de uma pessoa, e compará-lo ao grau de felicidade de outra. O autor cita que o critério da otimalidade de Pareto parece até fornecer uma solução para o problema, todavia, deixa de lado a utilidade total obtida pelas transações. Ademais, raramente terceiros não são afetados pelas trocas voluntárias ocorridas em ambiente de mercado.

Posner critica ainda o que chama de “instrumentalismo”, ou de “monstruosidades morais”. Isso ocorre quando: 1) existe recusa em distinguir moralmente os tipos de prazer; no sacrifício de indivíduos inocentes no altar das demandas sociais. O sujeito que gasta seu tempo livre arrancando asas de moscas, se for mais feliz do que outro que gasta seu tempo alimentando pombos, será melhor aos olhos do utilitarista; alguém que mate seu avô velho e infeliz, poderá ser considerado um homem bom, já que livrou o avô de sua existência miserável, deu aos filhos a alegria da herança, e aumentou a felicidade geral<sup>170</sup>.

Se de um lado a dificuldade de lidar com questões morais torna o utilitarismo tão rechaçável, o preciosismo moral do Kantismo provoca a mesma repulsa. Para o autor, os kantianos tentam se evadir do extremismo produzindo exceções aos imperativos categóricos que eles mesmos criaram.

Diriam então que a tortura é errada mesmo que se possa mostrar (como acreditava Bentham) que praticá-la, no final das contas, maximizaria a felicidade. Admitiriam porém que, caso a salvação da humanidade dependesse da tortura de uma pessoa, não seria errado fazê-lo. Mas, uma vez feita essa concessão, não há limites lógicos a que se façam outras. E se dois inocentes tivessem de ser mortos para salvar 200 milhões de americanos, ou dez para salvar três milhões de habitantes de Chicago, ou vinte para salvar 60 mil residentes de um bairro dessa cidade?<sup>171</sup>

---

SMART, J. J. C. An outline of a system of utilitarian ethics. *Em*: UTILITARIANISM FOR AND AGAINST. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 67–131. *E-book*.p. 16–17.

<sup>169</sup> POSNER, 2010, p. 64.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 68–69.

<sup>171</sup> *Ibid.*, p. 71.

Ademais, tenderia o kantismo a confundir-se com o utilitarismo. Como exemplo, Posner toma por base teoria de John Rawls, e encontra equivalentes em diversas teorias utilitaristas, inclusive de Bentham.

O princípio de justiça social de Rawls lembra o princípio benthamiano da maximização da igualdade de renda condicionada à preservação dos incentivos à atividade produtiva individual. Em ambos os casos, o grau ótimo de igualdade depende de palpites empíricos quanto à dimensão e configuração as projeções de utilidade marginal feitas pelos indivíduos e dos efeitos desestimulantes das políticas igualitárias. A necessidade de tais palpites empresta à teoria de Rawls o mesmo caráter de indefinição que acomete a de Bentham. O conceito de “véu da ignorância” criado por Rawls assemelha-se ao método utilizado pelo economista Abba Lerner para deduzir do princípio da maior felicidade uma norma para a igualdade de renda. [...]. Não é de surpreender que outro adepto do Estado de bem-estar social, o economista John Harsanyi, tenha antecipado em muitos anos os elementos fundamentais do princípio de justiça de Rawls (deliberação racional por parte de indivíduos na posição original)<sup>172</sup>.

É importante salientar que Posner critica o utilitarismo e o kantismo, mas reconhece que a maximização da riqueza possui característica das duas – já que é um meio-termo –, e ainda a aproxima do individualismo<sup>173</sup>. Tal filosofia teria a premissa de que uma pessoa é definida pela posse de certas faculdades – como a razão –, e seria detentora de determinados direitos apenas por ter essas faculdades. O motivo pelo qual a maximização da riqueza caminha em direção ao individualismo é que ela promove a proteção dos direitos individuais, ainda que em menor grau que o próprio individualismo<sup>174</sup>.

Por ser um critério ético que leva em consideração a maximização da riqueza, o autor utiliza termos específicos da economia para explicá-lo. E começa pelo próprio conceito de “riqueza”, que é totalmente diferente do conceito de “utilidade”.

A riqueza é a soma de todos os bens e serviços no interior da sociedade, calculados pelo valor que possuem. Esse valor, por sua vez, não é o mesmo que preço. Preço é o valor do bem para o consumidor marginal – aquele consumidor que paga mais caro, ou mais barato, pelo produto ou serviço. O valor é o quanto as pessoas estão dispostas a pagar, e depende da posição delas na negociação – se compradores ou vendedores.

Imagine que o sujeito A necessite de veículo para seu trabalho, e esteja disposto a pagar 20 mil pelo modelo mais barato da marca X. Seu vizinho, no entanto, não necessita tanto do

---

<sup>172</sup> Ibid., p. 71–72.

<sup>173</sup> Ao que parece, Posner abandona o termo “kantismo” e passa a utilizar o termo “individualismo”. Todavia, manteve-se as duas nomenclaturas no texto a fim de retratar com maior fidelidade o pensamento do autor.

<sup>174</sup> POSNER, Richard A. *Wealth Maximization Revisited*. **Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy**, [s. l.], v. 2, p. 85–105, 1985.

veículo, e aceita pagar somente 10 mil pelo mesmo veículo. A valoriza mais o bem do que B. Supondo que a loja faça uma promoção e passe a vender o veículo por 5 mil. O preço, nesse caso, será 5 mil; mas o valor do veículo para A é 20 mil, e para B é 10 mil. A diferença entre o valor pago e o valor que os consumidores estariam dispostos a pagar é chamado “excedente do consumidor” ou “*superávit* do consumidor”. A riqueza, antes das transações, era de 20 mil (5 mil de A, 5 mil de B, e 10 mil da loja, representado por dois veículos). Após a transação, tem-se que A possui um carro que para ele vale 20 mil; B possui um carro que para ele vale 10 mil; a loja possui os 10 mil pela venda dos veículos. O total é de 40 mil. A riqueza total foi aumentada em 20 mil em apenas uma transação, apenas somando o *superávit* dos consumidores.

O mesmo pode ocorrer com relação ao fornecedor. Supondo que os veículos da marca X não valham para a loja mais do que 3 mil. No momento em que vende dois veículos por 5 mil, cria excedente ou *superávit* do produtor de 2 mil para cada veículo. Posner considera a soma total desses excedentes no cálculo da riqueza total. “A riqueza da sociedade é a totalidade da satisfação das preferências (as únicas moralmente relevantes em um sistema de maximização da riqueza) financeiramente sustentadas, isto é, que se manifestam em um mercado”<sup>175</sup>.

E o mercado referido não é necessariamente o mercado explícito. Exemplos, para o autor, de mercado implícito, seriam o “mercado de casamentos”, a criação dos filhos e um jogo entre amigos. Ele faz essa distinção para introduzir um ponto importante sobre como riqueza é diferente de utilidade/felicidade: esta não é “simples reflexo do Produto Interno Bruto ou de qualquer outro índice monetário efetivo de medição do bem-estar”. Nos exemplos acima, até seria possível calcular o valor monetário de um casamento, da criação dos filhos ou de um jogo entre amigos, com base em substitutos vendidos em mercados explícitos (equivalentes em utilidade), mas isso não significa que seriam realmente equivalentes em termos de riqueza.

Uma sociedade não se torna necessariamente mais rica se as mulheres deixarem (espontaneamente) de ser donas de casa para se prostituírem; ou se uma pessoa que costuma contribuir com instituições de caridade (fazendo crescer assim o consumo de outras pessoas) passar a gastar seu dinheiro consigo mesma<sup>176</sup>.

Fica evidente que o autor se preocupa em demonstrar que sua teoria é moralmente superior ao utilitarismo. Aliás, acusa o utilitarismo de ser contrário às intuições morais, muito

---

<sup>175</sup> POSNER, 2010, p. 73.

<sup>176</sup> *Ibid.*, p. 74.

embora venha a reconhecer, futuramente, que a própria maximização da riqueza também falha nesse sentido.

Ressalta que em seu modelo, a liberdade econômica é melhor, pois é mais correto afirmar que o livre mercado maximiza a riqueza, e não a felicidade.

O princípio da maximização da riqueza proporciona também aumento dos escrúpulos convencionais, como cumprimento de promessas, verdade, e até mesmo o altruísmo. “A observância dessas virtudes facilita as transações, promovendo o comércio e, conseqüentemente, a riqueza, através da redução dos custos de policiamento dos mercados”<sup>177</sup>. Assim, despesas de transação, como contratos mais detalhados, processos judiciais, pesquisas aprofundadas sobre o negócio, etc, deixam de ter importância em um ambiente de livre concorrência. “Em suma, o princípio da maximização da riqueza incentiva e gratifica as tradicionais virtudes e habilidades ‘calvinistas’, ou ‘protestantes’, associadas ao progresso econômico”<sup>178</sup>.

Alguns anos após a publicação da obra “a economia da justiça”, Posner revisitou a teoria, ponderando acerca das críticas que recebeu ao longo do tempo. No artigo intitulado “teoria da maximização da riqueza revisitada”, o autor elenca as principais críticas enfrentadas e reconhece alguns problemas em sua aplicação prática.

O enfrentamento e reconsideração do autor sobre as questões levantadas pelas críticas são especialmente importantes para o presente estudo, por mostrar limitações ao critério ético da maximização da riqueza e evitar conclusões injustas na análise econômica das tutelas trabalhistas.

A primeira crítica respondida é a seguinte: a teoria da maximização da riqueza não diz qual valor deve ser maximizado, se o de oferta ou de demanda. Posner rejeita tal argumento, e responde que essa dificuldade só existe se os direitos de propriedade não estiverem devidamente definidos, e que esse é realmente um problema.

A riqueza é maximizada pela criação de um sistema que permite comparar preços de oferta e demanda, e que as ofertas sejam aceitas se, mas somente se, o preço da oferta exceder o preço de demanda, e que impõe aceitação se, mas somente se, os custos de transação tornarem impossível para o mercado comparar um preço de oferta (mais alto) com um preço de demanda (mais baixo)<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup> Ibid., p. 81–82.

<sup>178</sup> Ibid.

<sup>179</sup> POSNER, 1985.

Portanto, a distribuição inicial dos direitos de propriedade é a questão que realmente preocupa Posner. Uma vez que os direitos de propriedade são atribuídos, fica claro quem pode cobrar os preços de venda e quem deve fazer as ofertas. A maximização da riqueza pode então proceder pela operação do livre mercado e de substitutos de mercado onde os custos das transações são proibitivos, tornando os custos das transações legais toleráveis. Mas como então distribuir inicialmente a propriedade?

De maneira que maximize a riqueza. A propriedade não deve ser atribuída com a finalidade de maximizar a utilidade/felicidade, por exemplo; muito menos deve ser distribuída a quem cobraria os preços mais altos pelo seu uso ou venda. Posner não considera a distribuição em si algo tão importante, porque presume que quem adquirir a propriedade inicialmente, irá vendê-la ou alugá-la para quem mais valoriza. O problema é aqueles que, na distribuição inicial, não recebem nenhum direito sobre os recursos naturais. O autor propõe então uma solução: repartir os direitos de forma igualitária. Isso dará a todos algum capital físico e, portanto, facilitará o crescimento dos capazes e ambiciosos<sup>180</sup>.

Com base nesse argumento que Posner defende inclusive o financiamento público educacional. A propriedade deve ser alocada sempre nas mãos dos indivíduos mais produtivos. Todavia, o potencial produtivo das crianças não é aparente, a menos que tenham oportunidades educacionais. Dessa maneira, existe a necessidade de subsidiar a educação.

Nas falhas da distribuição da propriedade que Posner passa a admitir uma regulação mínima por parte do Estado, e uma redistribuição de bens mediante intervenção governamental. Uma vez que os direitos de propriedade forem distribuídos, o livre mercado realocará esses direitos para as mãos de quem mais os valoriza. Porém, problemas como o monopólio, o financiamento em capital humano, inexistência de bens públicos (como a caridade), exigirá alguma redistribuição mediante sistema tributário do governo. Tal redistribuição, porém, devem servir aos interesses das pessoas produtivas da sociedade.

A segunda crítica respondida é a de que a riqueza não é um valor por si só, mas apenas um meio para atingir outros fins. Posner responde que a maximização da riqueza promove a obtenção de felicidade melhor do que o próprio utilitarismo; e que protege os direitos assim como o individualismo. Porém, ao tratar a questão da alienação dos direitos no âmbito da maximização da riqueza, reconhece alguns conflitos desta – e do individualismo – com a ética contemporânea.

---

<sup>180</sup> *Ibid.*

Posner reconhece que a maximização da riqueza não reconhece direitos inalienáveis, e fornece exemplos que tornam sua teoria incompleta para a tomada de decisões sociais em alguns aspectos. Todavia, ressalta:

A maximização da riqueza talvez seja insuficiente por não reconhecer direitos inalienáveis (isto é, não vendáveis) – uma deficiência (se for uma deficiência) que compartilha com o utilitarismo – ou reivindicações de assistência pública – uma deficiência, em termos da moral intuitiva contemporânea, que compartilha com o individualismo. Em um sistema de maximização da riqueza, os necessitados [...] não têm o direito de exigir nem mesmo assistência mínima. No entanto, essa caracterização da maximização da riqueza é verdadeira apenas em parte. Seria mais correto dizer que a maximização da riqueza reflete as preferências distributivas das pessoas que produzem a riqueza da sociedade. Na medida em que essas pessoas são altruístas, mas a plena expressão de seu altruísmo é frustrada por problemas de carona, o governo está autorizado (na verdade, obrigado) a empreender esforços redistributivos. Se os sentimentos altruístas não fossem difundidos, os filósofos não considerariam uma filosofia política que não abrisse espaço para os de coração duro em vez de cabeças duras. Para o maximizador de riqueza, o altruísmo não é bom nem ruim; mas dado que existe, há um papel legítimo, embora limitado, para a redistribuição da riqueza pública. Se o altruísmo não existisse, a ausência de tal redistribuição não seria considerada injusta.

Por fim, Posner sugere a aplicação de sua teoria no âmbito da discricionariedade judicial, reconhecendo o papel do judiciário na formulação e aplicação, mesmo que indiretamente, de políticas públicas. No Brasil isso é especialmente constatável. O espaço de indeterminação das normas é bastante amplo, ensejando a manifestação dos magistrados – em especial do STF.

Bruno Meyerhof Salama, ao analisar a teoria eficientista de Posner, aduz que o artigo “Wealth Maximization Revisited” marca a queda e abandono da teoria por parte do autor<sup>181</sup>. Ousa-se discordar. É evidente que, com a ponderação das críticas, Posner deixou de perseguir uma equanimidade entre justiça e eficiência, mas não deixou de fornecer critérios bastante plausíveis para a tomada de decisões que envolvem custos de transação e recursos escassos.

O critério ético-normativo proposto por Richard Posner, desde que ponderado pelas limitações propostas por ele mesmo, garante, no mínimo, que se visualize a consequência da norma ou decisão, e compare o resultado com o fim proposto pela própria norma.

O enfrentamento das questões políticas exige a integração de uma lógica consequencialista para a formulação de soluções eficientes e mais justas. A ética da maximização da riqueza, como demonstrado, permite uma avaliação objetiva baseada no valor

---

<sup>181</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. *Em*: TRINTA ANOS DE BRASIL: DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E ECONOMIA. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 30.

social agregado, que concede as ferramentas necessárias para avaliação consequencialista do efeito das normas.

O objetivo do presente capítulo foi introduzir o leitor aos conceitos, e posicionar a análise econômica do direito no âmbito do estudo jurídico. Inicialmente abordou-se a importância da interdisciplinaridade. Em seguida passou-se para a conceituação de alguns institutos específicos da economia. Na abordagem da AeD em si, demonstrou-se, ainda que brevemente, seu surgimento e suas principais vertentes. E por último, elegeu-se um critério ético-normativo para aproximação entre economia e direito, qual seja, a teoria da maximização da riqueza.

As exposições serviram principalmente para desfazer – ou ao menos tentar – a pecha de que a uma análise econômica do direito é imoral e meramente utilitarista, no sentido de não levar em consideração o ser humano enquanto indivíduo dotado de dignidade.

A economia, aplicada ao direito, funciona então como um “descriptor de mundo”, e não como a “reinvenção da roda”. A partir da análise entre os meios legais e as finalidades da norma, vários temas importantes podem ser refletidos. Estes incluem a justificação econômica da ação pública, a análise factual de instituições jurídicas e burocráticas, e a identificação do papel útil dos tribunais na formulação de políticas públicas. “A questão é pensar em quão benéfica pode ser a busca da justiça ao considerar os prós e contras, custos e benefícios”<sup>182</sup>.

---

<sup>182</sup> *Ibid.*

## 2 TUTELAS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS

*Evocar o sofrimento e a doença é, em contrapartida, mais fácil: todo mundo o faz. Como se, a exemplo de Dante, cada um tivesse em si experiência suficiente para falar do inferno e nunca do paraíso.*

(Christophe Dejours).

A palavra “trabalho” pode levar a um quase infinito labirinto interpretativo, filosófico, jurídico e histórico. O termo pode ser considerado como a transformação de uma força em energia para a física; pode ser considerado um objeto do esforço humano, ou mesmo o próprio esforço voltado para a criação de bens.

A concepção de trabalho a ser levada em consideração no presente de trabalho é aquela trazida pelo próprio sistema capitalista: o trabalho como um fator econômico quantificável, o que possibilita a formalização desse fator de produção, sua medida e previsão; o que por sua vez permite a realização de cálculos como preços de venda, rendimentos e lucro. Tal visão implica em considerar a mão de obra um bem do trabalhador, que pode ser livremente negociada.

É impossível separar o trabalho da pessoa do trabalhador. “O trabalho, que põe a pessoa em relação com as coisas, é coisa ou pessoa?”<sup>183</sup>. Já nos prolegômenos de sua obra “Crítica do Direito do Trabalho”, Alain Supiot realiza tal questionamento. Trata-se, segundo o autor, do problema central da disciplina, pois o “trabalho” estaria exatamente na metade do caminho entre a “coisa” e a “pessoa”.

A busca pela abordagem teórica dos direitos trabalhistas carece de um aprofundamento quanto à própria natureza das relações laborais. Dito de outro modo: se os direitos trabalhistas derivam da existência da relação de trabalho, é exatamente desta relação que deve partir qualquer investigação sobre o tema.

---

<sup>183</sup> SUPIOT, Alain. **Crítica do Direito do Trabalho**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. p. 10.

Seguindo um plano um plano cartesiano de dividir, investigar e unificar, pretende-se aqui analisar a relação de trabalho do ponto de vista histórico, inclusive com aspectos relacionados à linguagem. Isto permitirá um aprofundamento filosófico, o que se faz fundamental para compreensão da própria disciplina.

Se o trabalho for uma coisa que pode ser livremente negociada, não há problema algum em retornar aos contratos de locação para comercializar a mão de obra. Mas se o objeto do contrato de trabalho for a pessoa do trabalhador, tem-se um grave problema ético que implica no próprio retorno da escravidão, já que haveria uma “venda” do próprio corpo, da própria pessoa. Porém, se o trabalho está no meio termo entre a “coisa” e a “pessoa”, como afirma Supiot, é preciso saber quanto de cada um possui, e, em consequência, investigar o que o direito do trabalho protege, se coisa, ou pessoa. Tais questões conduzem às raízes do direito do trabalho, dito de outra forma: questionar o objeto do direito do trabalho expõe de maneira mais profunda quais pilares sustentam a existência dos direitos trabalhistas, mormente aqueles expressos na Constituição Federal brasileira.

O artigo 7º da Constituição Federal possui 34 incisos, cada qual prevendo um direito social do trabalhador. Tratá-los individualmente pode tornar uma análise não somente extenuante, mas repetitiva. A partir das questões formuladas acima, buscar-se-á no presente capítulo classificar tais direitos, levando em consideração: a natureza da proteção oferecida e a importância de tal proteção, do ponto de vista de fundamentalidade.

## **2.1 A evolução da concepção do trabalho: da subsistência à autonomia da vontade**

## **2.2 Pessoa ou coisa? Entre as concepções Romana e Germânica**

A maior parte dos países latinos – inclusive o Brasil – tiveram seus conceitos de relação jurídica de trabalho alimentadas por duas tradições culturais diferentes: a romanista e a germânica <sup>184</sup>. A síntese de ambas é o resultado da atual concepção. Do lado romanista, a tradição do contrato e a mão de obra como mercadoria; do lado germânico, a tradição institucional e consideração da pessoa do trabalhador.

Nas fases precursoras de ambas as concepções, a visão de trabalho transformou-se, de um meio de subsistência, para uma forma de expressão da autonomia da vontade do indivíduo, ao menos até as primeiras fases do capitalismo.

---

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 16.

O estudo dessas vertentes mostra-se importante para a constatação, adiante, não só dos traços históricos e culturais da atual visão, mas também do desvencilhamento do direito do trabalho com a tradição jurídica ocidental. Isso porque não somente os institutos, mas a própria linguagem envolvendo o trabalho absorveu sentidos e aspectos culturais diferentes no decorrer da história.

Na Roma Antiga, na época escravista, já era possível verificar a relação de trabalho como uma operação de troca entre sujeitos formalmente iguais, mormente pela existência e desenvolvimento das *locatio conductio*. Essa visão de trabalho dos romanos correspondia exatamente ao que séculos mais tarde seria “o pensamento económico liberal, tal como se edificou a partir do século XVIII, pensamento que construiu a ideia de mercado sobre o princípio da livre troca entre indivíduos formalmente iguais”<sup>185</sup>.

Muito embora tal concepção seja predominante atualmente, não é a única. O desenho etimológico da palavra trabalho já demonstra uma vasta variedade cultural de influências. Josenir Alcântara Oliveira, em pesquisa sobre as raízes da palavra trabalho, conclui que, dentro de uma mesma sociedade e cultura, o vocábulo pode adotar diferentes sentidos, positivos ou negativos<sup>186</sup>.

De maneira semelhante, Suzana Albornoz lembra que a palavra, “às vezes, carregada de emoção, lembra dor, tortura, suor do rosto, fadiga. Noutras, mais que aflição e fardo, designa a operação humana de transformação da matéria natural em objeto de cultura”. Em suas palavras:

O grego tem uma palavra para fabricação e outra para esforço, oposto a ócio; por outro lado, também apresenta pena, que é próxima da fadiga. O latim distingue entre *laborare*, a ação de *labor*, e *operare*, o verbo que corresponde a *opus*, obra. Em francês, é possível reconhecer pelo menos a diferença entre *travailler* e *ouvrer* ou *oeuvrer*, sobrando ainda o conteúdo de *tâche*, tarefa. Assim também *laborare* e *operare* em italiano; e *trabajar* e *obrar* em espanhol. No inglês, salta aos olhos a distinção entre *labour* e *work*, como no alemão, entre *arbeit* e *werk*. *Work*, como *Werk*, contém a ativa criação da obra, que está também em *Schaffen*, criar, enquanto em *labour* e *arbeit* se acentuam os conteúdos de esforço e cansaço<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>186</sup> A título de ilustração, aduz: “Embora este breve estudo sobre o léxico designativo de trabalho, a partir da etimologia de algumas línguas indo-europeias, objetive apenas o resgate da visão de mundo do homem primitivo, é impressionante como a dualidade “positivo-negativo” ainda ecoa em algumas sociedades contemporâneas: Em português, um obstetra faz uma operação (ato criativo, produtivo) numa mulher que está em trabalho (ato de sofrimento) de parto; em espanhol, un obstetra hace una operación (ato criativo, produtivo) en una mujer que está em labor (ato de sofrimento) de parto.” OLIVEIRA, Josenir Alcântara. O trabalho no universo indo-europeu: uma interpretação etimológico-onomástica. **Entrepalavras**, [s. l.], v. 3, n. esp., p. 25–36, 2013.

<sup>187</sup> ALBORNOZ, Suzana. **O que é trabalho**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994. (Primeiros passos).p. 8–9.

Percebe-se que “trabalho” denota, em geral, a imposição de uma pena, punição, esforço, dor. Todavia, uma consulta a um dicionário etimológico indo-europeu da língua germânica demonstra ainda uma outra origem interessante da palavra “trabalho” no idioma. Segundo Julius Pokorny, a raiz indo-europeia de “arbeit” (trabalho) é “orbho-”, que significa órfão; herdeiro, criança pequena, fraca, que tem que fazer todo o trabalho servil para comer, servo, escravo, (eslava, pobre), de onde surge também a ideia de trabalho servil<sup>188</sup>. A relação entre o trabalho e o órfão é esclarecida pelo linguista Aldo Bizzocchi, em postagem em seu blog:

É que, na Antiguidade e Idade Média, as crianças órfãs eram recolhidas pelas famílias na condição de serviçais, ou seja, não tinham os direitos que tem hoje uma criança adotada; os órfãos eram meros prestadores de serviços, em troca dos quais recebiam casa e comida, mas não tinham direito a herança <sup>189</sup>.

O que se verifica com percepção etimológica, é que entre tantas origens, o termo<sup>190</sup> “trabalho” possui ao menos duas raízes: uma designadora de pena, sofrimento, trazida pela cultura greco-romana; outra de ligação pessoal, servidão, vassalagem, trazida pela raiz indo-europeia e importada para cultura germânica por meio do vocábulo “airbet”.

Entre as concepções – romanista e germânica –, surge a questão da interpretação do trabalho como coisa x pessoa; como uma mercadoria que é alienada mediante remuneração x relação colaborativa, oriunda de uma vinculação comunitária ou familiar. Trabalho é a duas coisas, e mediante uma abordagem das duas concepções, é possível ter uma noção do grau de influência de cada uma.

Da tomada da Europa e do mundo pelo pensamento liberal, a partir da Revolução Francesa, é que se tem uma melhor noção da influência da cultura romanista<sup>191</sup>. As diversas

---

<sup>188</sup> POKORNY, J. **Orbho-**. Em: INDOGERMANISCHES WOERTERBUCH. [S. l.]: Francke, 1959. Disponível em: <https://indo-european.info/pokorny-etymological-dictionary/whnjs.htm>. Acesso em: 17 jul. 2021. No mesmo sentido, conferir HARPER, D. **Ophan (n)**. Em: ONLINE ETYMOLOGY DICTIONARY. Online: The Sciolist, 2021. Disponível em: <https://www.etymonline.com/word/orphan>. Acesso em: 16 jul. 2021.

<sup>189</sup> BIZZOCCHI, Aldo. A origem da palavra “trabalho”. Em: DIARIO DE UM LINGUISTA. 1 maio 2021. Disponível em: <https://diariodeumlinguista.com/2021/05/01/a-origem-da-palavra-trabalho-2/comment-page-1/?unapproved=5180&moderation-hash=43d00c5d42cefb27ea0b687153ab8574#comment-5180>. Acesso em: 16 jul. 2021.

<sup>190</sup> A palavra termo aqui é utilizada no sentido lógico, ou seja, como o próprio trabalho em si, que pode ser representado por qualquer palavra.

<sup>191</sup> “É claro que essa cultura romanista não pode ser confundida com o que foi historicamente a experiência do direito romano. A distância entre essa experiência e a recepção do direito romano no século XIX é um facto hoje posto em evidência pelos historiadores do direito” (Nota de rodapé n. 1, SUPLOT, 2016, p. 17).

codificações oriundas daí afirmava a liberdade individual, inclusive do trabalhador, fazendo deste o negociante da sua própria força de trabalho <sup>192</sup>.

Tal pensamento moldou o código Civil de Napoleão, que se aplicou na França, Bélgica, Luxemburgo, Itália, e em parte da Alemanha<sup>193</sup>. O referido diploma revela a autonomia da vontade como norma suprema das relações jurídicas, estabelecendo de forma bastante contundente o *pacta sunt servanda* em seu artigo 1134<sup>194</sup>.

A relação de trabalho é tratada no TÍTULO VIII (Do contrato de locação), Capítulo II (Da locação das coisas), Seção I (Sobre a Contratação de Servidores e Trabalhadores). Apenas dois artigos foram reservados ao tema: 1780 e 1781.

O artigo 1780 estabeleceu que os serviços não poderiam ser fixados de forma vitalícia, ou seja, ou o contrato era realizado para prestação de serviço por tempo determinado, ou para realização de uma determinada atividade. Já o artigo 1781 estabelecia uma presunção de veracidade nas declarações do empregador em relação aos pagamentos <sup>195</sup>.

Claro que, de lá para cá, muito mudou. O Estado Social avançou até que direitos sociais trabalhistas alcançassem patamares constitucionais e o Direito do Trabalho ganhou autonomia em face do Direito Civil. Porém, “a relação individual de trabalho continua qualificada, em direito positivo, como relação contratual, em que se trocam duas prestações: o trabalho e o salário” <sup>196</sup>. E isto até os dias atuais.

O Código Civil de Napoleão influenciou a criação do Código Civil Holandês de 1838, do Código Civil Italiano de 1865 e mesmo o BGB Alemão de 1896, que também aproximaram o contrato de trabalho da locação de coisas. O viés liberal do Código Napoleônico também exerceu peso sobre o Código Civil Argentino, o Espanhol, e o Código Civil Brasileiro de 1916<sup>197</sup>.

Alain Supiot chama atenção para o fato de que, a cultura romanista está presente na atual concepção por meio de postulados, ou seja, “como princípio primeiro e indemonstrável, de que

---

<sup>192</sup> SUPIOT, 2016, p. 17.

<sup>193</sup> *Ibid.*

<sup>194</sup> Os acordos formados legalmente tomam o lugar da lei para aqueles que os fizeram, e só podem ser revogados com seu consentimento mútuo, ou pelas razões autorizadas por lei, e devem ser realizados de boa fé (tradução livre). No original: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi”. FRANCE. **Code Civil des Français: édition originale et seule officielle**. 4. ed. Paris: L’imprimerie de la République, 1804. *E-book*. p. 275.

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 433.

<sup>196</sup> SUPIOT, 2016, p. 65.

<sup>197</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 51.

se deduz logicamente um conjunto de consequências jurídicas”<sup>198</sup>. Uma dessas consequências jurídicas é justamente o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, ou seja, sua bilateralidade. O direito brasileiro não é diferente.

A regra estampada no artigo 4º da Consolidação das Leis Trabalhistas do Brasil, por exemplo, considera “como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens”. Ou seja, só é trabalho, e, portanto, remunerado, o tempo em que o empregado esteja à disposição do empregador. Nenhum salário é devido quando nenhum trabalho é fornecido. No mesmo sentido ainda as hipóteses de justa causa previstas no artigo 482, cuja maioria prevê situações nas quais o empregado de alguma forma deixa de cumprir suas obrigações. “Ou ainda a aplicação à relação de trabalho da exceção de inexecução, que pode servir, por seu lado, para qualificar diversas formas de conflitos colectivos (~~lock-out~~, greves ilícitas, etc)”<sup>199</sup>.

O próprio fato da Consolidação das Leis Trabalhistas utilizar a expressão “contrato de trabalho” já evoca a natureza civilista do direito do ramo<sup>200</sup>. Alain Supiot ainda arremata:

Não se poderia fazer do “trabalho” o objeto de uma obrigação contratual se não se tratasse o trabalho como um bem, inscrito no activo do património de uma das partes, que cede o seu uso à outra, ou, por outras palavras, como uma riqueza separável da pessoa do trabalhador”<sup>201</sup>.

Em síntese, explica que a construção do direito trabalho ocidental assenta uma visão patrimonial do trabalho, ou seja, este é encarado em duas faces: como coisa e como pessoa. Mas é exatamente a característica de “coisa” do trabalho que define os contornos da “pessoa”, ou seja, “a pessoa é apenas a sombra da coisa, a sua sombra levada pra o domínio suprapatrimonial”<sup>202</sup>. O empregado, no caso, é o trabalho ou o salário em forma de pessoa.

A concepção romanista do trabalho se confunde com o próprio desenvolvimento desse instituto, haja vista a forte influência desse antigo direito sobre a tradição jurídica ocidental.

O que faz frente à concepção romanista de trabalho é o antigo direito germânico. No estudo etimológico verificou-se que o termo em alemão que significa “trabalho” (*arbeit*) deriva

---

<sup>198</sup> SUPIOT, 2016, p. 65.

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>200</sup> SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado. Vol VI: Contrato de trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. v. 6p. 11–12.

<sup>201</sup> SUPIOT, 2016, p. 68.

<sup>202</sup> *Ibid.*, p. 69.

da mesma raiz de “servo”, ou “órfão”, visto que os órfãos de pai e mãe, na antiga tradição germânica, eram tomados como um tipo de serviçal da família.

Evidentemente que tal tradição sucumbiria ao civilismo romano, afinal, o próprio BGB alemão tratou os serviços nos moldes do código napoleônico: como contrato de locação, e em pouquíssimos artigos. Todavia, o contraste entre tais culturas não passaria despercebido entre os juristas alemães.

O próprio movimento historicista alemão se opôs ao romanismo. Adam Muller, ávido leitor de Burke e Maistre, repudiou a herança individualista do direito romano e da filosofia do século XVIII. Para Muller, o Estado é organismo dotado de vida, de unidade e continuidade, que se desenvolve com as famílias, por isso, só ele possui uma “alma comum” <sup>203</sup>.

Outro jurista Alemão que se opôs diretamente à importação da tradição romana foi Friedrich Carl von Savigny. J. Touchard resume seu pensamento da seguinte maneira:

Em 1814 el historiador y jurista Savigny, al replicar a ciertos juristas alemanes que reclamaban para Alemania un sistema de derecho codificado inspirado em el código francês, enuncia su teoria del derecho, “produto histórico y comunitário del alma del pueblo” (Volksggeist). El *volksgeist*, siempre em desarrollo, tiene como forma visible al Estado que, procediendo históricamente de la familia y después de la tribu, se encuentra hoy em la comunidade ampliada. Toda la organización judicial heredada de siglos es legitima, es la forma legítima de Estado <sup>204</sup>.

Otto Von Gierke também buscou retomar a concepção institucional da tradição germânica. Na obra “O papel social do direito privado”, o argumento central é que o direito é unificado e animado por grupos sociais. Como um organismo, Gierke acreditava que toda lei deve perseguir um objetivo comum. As abstrações romanas de público e privado eram desnecessárias e indesejáveis, sobretudo desonestas, e representam erroneamente como a lei realmente funciona. “A lei pública deve”, escreveu Gierke, “sentir o cheiro da liberdade da lei natural, e nosso direito privado deve absorver uma gota do aspecto social” <sup>205</sup>.

Para o autor, a superioridade da tradição germânica consistia justamente na sua imperfeição da não-dicotomia entre direito público e privado, o que permitia que os juristas tivessem uma ideia mais profunda do direito, um conceito de unidade institucional e autocontrole jurídico <sup>206</sup>.

---

<sup>203</sup> TOUCHARD, Jean. **Historia de las ideas políticas**. Madrid: Editorial Tecnos, 1961. p. 380.

<sup>204</sup> *Ibid.*

<sup>205</sup> GIERKE, Otto von. **Die soziale Aufgabe des Privatrechts**. Berlin: Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 1889. p. 13.

<sup>206</sup> *Ibid.*, p. 7.

Não havia nenhum Estado soberano e nenhum indivíduo soberano. O Estado permaneceu preso no indivíduo e em inúmeras estruturas sociais; deixou a esfera espiritual e moral para a igreja e a vida econômica para a cooperativa. O indivíduo permaneceu resolvido na comunidade; na família e no corpo corporativo, ele foi absorvido com seus pensamentos e aspirações (tradução livre)<sup>207</sup>.

Não se pode pensar juridicamente o indivíduo independentemente da comunidade a que pertence, e a essência do Direito não pode, pois, ser procurada na vontade, quer se trate da vontade individual ou da vontade do Estado, porque a origem remota de todo o Direito é sempre a consciência comum <sup>208</sup>.

A obra de Gierke critica duramente o direito romano, sobretudo no que tange ao tratamento dado à propriedade e aos contratos. A lei que aceita a livre contratação mediante um “formalismo implacável, permite uma guerra de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*)”<sup>209</sup>.

Se a lei moderna implementa o princípio da liberdade contratual aqui, não pode significar liberdade arbitrária, mas apenas liberdade razoável: liberdade que, em virtude de sua finalidade moral, traz em si mesma sua medida, liberdade que é ao mesmo tempo limitada. A liberdade de contrato ilimitada se destrói a si mesma. Uma arma terrível na mão do forte, um instrumento contundente na mão do fraco, torna-se o meio de opressão de um pelo outro, da exploração impiedosa da superioridade intelectual e econômica (tradução livre)<sup>210</sup>.

Em relação ao trabalho, especificamente, o antigo direito germânico conhecia, além da relação geral de trabalho servil, um tipo de contrato entre um vassalo e um senhorio. O vassalo era um homem livre que se colocava a serviço de outro homem livre, em troca de proteção. Ele se liga pessoalmente, na maioria das vezes, baseado em sentimentos, pois o líder deve seu prestígio apenas aos seus sucessos; se ele falhar, é abandonado ou massacrado. Não é de

---

<sup>207</sup> No original: Es gab keinen souveränen Staat und es gab kein souveränes Individuum. Der Staat blieb emden Einzelnen und in unzähligen gesellschaftlichen Gliederungen stecken; er überließ dasgeistig-sittliche Gebiet der Kirche und das wirtschaftliche Leben der Genossenschaft. DasIndividuum blieb in der Gemeinschaft beschlossen; em Familie und Körperschaft ging es mitseinem Sinnen und Trachten auf. *Ibid.*, p. 8.

<sup>208</sup> SUPLOT, 2016, p. 20–21.

<sup>209</sup> No original: Eine Privatrechtsordnung, die ihres sozialen Berufes eingedenk ist, wird zugleich auf einen materiellen Schutz der durch die Vertragsfreiheit gefährdeten Gesellschaftsschichten gegen den Druck wirtschaftlicher Übermacht hinarbeiten müssen. GIERKE, 1889, p. 29.

<sup>210</sup> No original: Wenn das moderne Recht hier den Grundsatz der Vertragsfreiheit durchführt, so kann dochauch hier nicht willkürliche, sondern nur vernünftige Freiheit gemeint sein: Freiheit, die kraftihrer sittlichen Zweckbestimmung ihr Maß in sich trägt, Freiheit, die zugleich Gebundenheitist. Schrankenlose Vertragsfreiheit zerstört sich selbst. Eine furchtbare Waffe in der Handdes Starken, ein stumpfes Werkzeug in der Hand des Schwachen, wird sie zum Mittel der Unterdrückung des einen durch den anderen, der schonungslosen Ausbeutung geistiger undwirtschaftlicher Uebermacht. *Ibid.*, p. 28.

surpreender que, com este estado de espírito, as confederações tribais do tipo sejam feitas e desfeitas com extrema facilidade <sup>211</sup>.

O que se extrai das observações trazidas pelo Padre Olivier-Martin é que, os antigos germânicos possuíam relações muito mais autônomas do que heterônomas, pautando-as institucionalmente, ou seja, não como uma obrigação externa, mas como uma ligação pessoal de respeito <sup>212</sup>. “Esta ideia de vínculo pessoal, e de obrigação de fidelidade, encontrar-se-á naturalmente na organização corporativa, tal como se estruturou na Idade Média e sobreviveu até à revolução industrial” <sup>213</sup>.

Gustav Radbruch faz uma interessante comparação entre o sistema romanista-contratualista de trabalho e o antigo sistema de servidão, conhecido no sistema feudal e também pelos germânicos:

Ela [liberdade contratual] significava na realidade, sob a aparência da liberdade e da igualdade das partes, nada mais do que o sistema da servidão dos operários; mas este, ao conceder ao senhor a propriedade sobre seus servos, por meio de diversas formas jurídicas o obrigava também à assistência e à proteção para com aqueles homens; ao passo que o sistema de liberdade contratual limita as relações entre empregador e empregado, sem qualquer base social-ética, tão-somente às obrigações contratuais. A relação de servidão, embora tivesse sido uma relação indigna do ser humano, era uma relação que, tendo homens como seu objeto, era talhada para homens e, portanto, impregnada de moralidade social <sup>214</sup>.

A concepção jurídica alemã – ao menos aquela defendida pelos historicistas – assume a relação de trabalho como uma situação de pertença pessoal a uma comunidade<sup>215</sup>. Diferente da disposição romana – que coloca o trabalho como coisa – o antigo direito germânico coloca a relação de trabalho na órbita de um “estatuto das pessoas, restituindo à relação entre as pessoas lugar principal que lhe pertencia, na análise jurídica pré-industrial da relação de trabalho” <sup>216</sup>.

A cultura romanista ainda se faz presente de forma bastante contundente no direito atual. Todavia, a tradição institucional germânica, de uma ou outra maneira, também demonstra sua

---

<sup>211</sup> FR. OLIVIER-MARTIN. **Histoire du Droit Français: des origines à la Révolution**. Paris: Domat Montchrestien, 1948. p. 5.

<sup>212</sup> Ibid., p. 80–81.

<sup>213</sup> SUPIOT, 2016, p. 20.

<sup>214</sup> RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Tradução: Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 99.

<sup>215</sup> A epígrafe do presente capítulo narra uma cena da obra “Ilusões perdidas”, de Honoré de Balzac. Na ocasião Kolb, um funcionário de uma gráfica, natural de Alsácia – região da França que faz fronteira com a Alemanha –, entrega suas economias aos patrões para evitar que sejam presos. Em toda a obra é possível verificar a intenção do autor em demonstrar uma relação fraternal entre Kolb e seus empregadores.

<sup>216</sup> SUPIOT, 2016, p. 22–23.

influência. Como observa Alain Supiot, “não há país da Europa em que a concepção da relação de trabalho não tenha sido influenciada, em graus diversos, por cada uma destas culturas” <sup>217</sup>.

Mesmo em países que importaram tradições eminentemente romanistas para a relação de trabalho, houve, com o passar do tempo, a tentativa de inclusão de características institucionais no contrato, ainda que tal fenômeno tenha ocorrido de diferentes maneiras<sup>218</sup>. Tal incorporação foi o que permitiu que a análise contratual da relação de trabalho continuasse a existir.

No caso dos países latinos (França, Itália, Espanha, Portugal), a absorção pelo contrato dos valores pessoais inerentes à relação de trabalho operou-se ainda de uma outra maneira. Aí, o Direito do Trabalho é dominado pelo papel preponderante conferido ao poder público na regulamentação da relação de trabalho <sup>219</sup>.

A realidade percebida por Alain Supiot no trecho destacado acima é facilmente transponível para o Brasil, já que é uma das características fundamentais do Direito do Trabalho Brasileiro a heteronormatividade, ou seja, a regulamentação da relação do trabalho feita quase exclusivamente pelo Estado, pela qual a vontade das partes é praticamente ignorada.

Falar em “estatuto”, se referindo a pessoa do trabalhador, significa exatamente isso: “um conjunto de direitos e de deveres definidos independentemente da sua vontade (pela lei, pela convenção colectiva ou pelos usos)”<sup>220</sup>. O direito do trabalho é um direito imperativo, que limita deliberadamente a suposta liberdade de contratar, intervindo o Estado naquela esfera, outrora sagrada, da autonomia da vontade, da doutrina liberal” <sup>221</sup>.

O que se pretendeu com o presente subtópico foi demonstrar a coexistência de dois grandes sistemas de tratamento dados à relação de trabalho: o romanista, com seu contratualismo; e o germânico, com sua visão institucional e inclusão da pessoa do trabalhador. Como visto, há um arranjo de “meio-termo” na atual concepção trabalhista que varia de país para país, “mas conduziu, em todos eles, a definir uma relação de trabalho assalariado cujo teor jurídico não é redutível nem a uma lógica puramente estatutária e pessoal” <sup>222</sup>.

---

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>221</sup> MORAES FILHO, Evaristo de. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1960. v. 1p. 37.

<sup>222</sup> SUPIOT, 2016, p. 44.

Conclui-se trabalho é tanto coisa, como pessoa. Para continuar a ser coisa, foi necessário trazer a pessoa do trabalhador; para continuar a ser contrato, precisou ser também pessoa.

Sabe-se então que os direitos garantidos aos trabalhadores surgem de uma tentativa de institucionalizar o contrato. Em outras palavras: os direitos trabalhistas buscam trazer ao contrato de trabalho uma característica institucional, pela qual não seja possível separar o trabalho do trabalhador.

Esse é o ponto de partida para indagar se todo direito garantido aos trabalhadores visa de fato garantir uma institucionalização da relação de trabalho. A questão é tratada a seguir.

### **2.3 Os pilares do direito do trabalho: tutelas trabalhistas**

O Direito do Trabalho surge no momento em que se resolve reinserir os valores da pessoa, do corpo presente do trabalhador, em um contrato no qual se transaciona um bem econômico, qual seja, o trabalho. Em outras palavras: o direito do trabalho é o resultado da (re)inserção dos valores da pessoa humana na relação de emprego. Desse modo, o trabalhador deixa de ser encarado como um contratante comum <sup>223</sup>.

Essa aproximação entre “contrato” e “instituto” – nascimento do direito do trabalho – acontece de inúmeras maneiras, variando conforme o país onde se desenvolve. Todavia, é possível identificar alguns traços compartilhados nos processos e resultados, o que permite verificar os pontos em comum entre diferentes ordenamentos voltados à institucionalização das tutelas trabalhistas.

#### *2.3.1 Direito à segurança no trabalho*

A vida, o mais importante bem do trabalhador, é tutelada pelo Direito do Trabalho. Afinal, “na relação de trabalho, o trabalhador, ao contrário do empregador, não arrisca seu patrimônio, arrisca a pele” <sup>224</sup>.

Um trabalhador que opera uma perigosa máquina;—limpa janelas de prédios extremamente altos, expõe a sua vida a risco. No momento em que aceita tais condições, está vendendo muito mais que sua mão de obra: sua segurança, sua saúde e sua integridade física

---

<sup>223</sup> Ibid., p. 91–92.

<sup>224</sup> Ibid., p. 92.

também estão em jogo. O próprio corpo físico – e porque não sua integridade mental – parecem incluídos na relação de trabalho.

A inclusão do corpo do trabalhador na relação de trabalho é assunto controvertido. Mauricio Godinho Delgado, por exemplo, ao falar de subordinação, aduz que tal instituto, do ponto de vista da ordem jurídica, deve ser analisado sob um prisma estritamente objetivo. Ou seja: a subordinação “não gera um estado de sujeição pessoal (prisma subjetivo) do prestador de serviços – razão por que supõe e preserva a liberdade do prestador” <sup>225</sup>. Observa-se mais uma vez a ilusão civilista aplicada ao contrato de trabalho: o trabalhador é subordinado, mas do ponto de vista objetivo, ou seja, não há sujeição pessoal; não há vínculo pessoal do empregado com o empregador, apenas uma “troca” de mercadorias.

Todavia, é evidente que o contrato de trabalho possui um objeto “obscuro” em seu bojo, que só pode ser detectado ~~por meio~~ de uma análise mais profunda. Trata-se do corpo do trabalhador, ou seja, a própria dimensão biológica. Esclarece Alain Supiot em trecho que merece destaque:

Diz-se-nos apenas que esse objeto [do contrato de trabalho] consiste na execução das obrigações de cada uma das partes, isto é, no pagamento do salário e na realização do trabalho. Mas quedamo-nos então por uma análise superficial desse objeto. A ideia, cómoda mas elíptico, de objeto do contrato cobre, com efeito, dois níveis de análise sucessivos: em primeiro lugar, o do objeto da obrigação e cada uma das partes, isto é, da prestação que ela deve; e, em segundo lugar, o do objeto dessa prestação, isto é, da coisa que faz “a matéria do contrato” [...] É neste segundo nível que nos devemos situar aqui: qual é a coisa que é objeto da prestação do trabalhador? É forçoso reconhecer que se trata do seu corpo, e que, se a teoria jurídica não o diz, só o murmura, o direito positivo encontra aí sua pedra angular <sup>226</sup>.

Logo, ignorar a inclusão da dimensão biológica e subjetiva do contrato de trabalho é fazer pouco caso próprio direito do trabalho. Afinal, se ao trabalhador fosse possível submeter somente sua mão de obra à subordinação, sem incluir seu corpo e seu intelecto, não haveria necessidade das tutelas trabalhistas para proteger sua vida ou saúde.

O direito civil parte da igualdade formal entre os contratantes, bem como do pressuposto de que ambas as partes são livres para tomar suas decisões. É regido pela máxima do *pacta sunt*

---

<sup>225</sup> GODINHO, Mauricio Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 98.

<sup>226</sup> SUPIOT, 2016, p. 73.

*servanda*. Tal ideal, somado à expansão provocada pela revolução industrial, foi responsável pelas atrocidades cometidas ainda no século XIX<sup>227</sup>.

Ora, temos de um lado o grande capitalista necessitando de mão de obra; de outro lado, temos pessoas que, legalmente, estão em total igualdade com esse capitalista. A lógica de mercado impele o capitalista a buscar mais lucros, seja comprando insumos mais baratos, seja contratando mão de obra mais barata. Diante de uma política de não intervenção Estatal, pela qual todos são iguais perante a lei e livres para contratar, parece bastante óbvio que aqueles que possuem os meios de produção (insumos, tecnologia, capital) passariam a tomar o serviço daqueles que não tinham outra coisa senão o trabalho.

E pela própria lógica podemos deduzir como toda a desgraça ocorreu: tendo em vista que crianças e mulheres são fisicamente inferiores aos homens, parte-se daí que essa mão de obra é mais barata. E não só mais barata, mas também mais dócil. O próprio surgimento das máquinas permitiu que essa mão de obra abundante<sup>228</sup> fosse utilizada, já que a tecnologia substituía em grande parte a força física. E para compensar essa inferioridade física, aumentava-se a jornada de trabalho. Mulheres e crianças “suportavam salários ínfimos, jornadas desumanas e condições de higiene degradantes, com graves riscos de acidente”<sup>229</sup>. A lei mais antiga que fixou a idade mínima de trabalho, determinou a faixa etária de 8 anos<sup>230-231</sup>.

---

<sup>227</sup> Sobre as barbáries cometidas pelos empregadores durante a revolução industrial, como exploração do trabalho infantil, submissão dos trabalhadores a jornadas desumanas e salários inferiores às mulheres, remetemos o leitor aos relatórios do médico e sociólogo francês Louis René Villermé.

<sup>228</sup> Louis Manford lembra que tal aumento na taxa de natalidade possui também uma explicação econômica: os pais desempregados eram obrigados a viver do salário dos filhos. Esses dois fatos explicam a superabundância da mão de obra infantil na época. (MANFORD, L. **Técnica e civilização**. 3. ed. Lisboa: Editora Antígona, 2018. p. 180); Steven Pinker lembra que a mortalidade infantil até o século XIII era altíssima. Estima-se que entre um quarto e um terço de todas as crianças morria antes do quinto aniversário. Esse fato desencadeou um aumento na taxa de natalidade, pois os pais necessitavam ter mais filhos na expectativa de alguns sobreviverem. PINKER, S. **O novo iluminismo**. São Paulo: Companhia das letras, 2018. p. 77–86.; No mesmo sentido, Adam Smith enaltece o número de filhos como sinal de riqueza: “o trabalho lá é tão bem remunerado que uma família cheia de crianças, em vez de se tornar um fardo, é uma fonte de opulência e prosperidade para os pais. O trabalho de cada criança, antes que possa deixar sua casa, é computado como sendo equivalente a 100 libras de ganho líquido para eles [...] O valor dos filhos é o principal estímulo do casamento.” SMITH, 2018, p. 66–67.

<sup>229</sup> BARROS, 2016.

<sup>230</sup> MORAES FILHO, 1960, p. 72.

<sup>231</sup> Alain Supiot, citando Parias, expõe na uma entrevista de um pai de duas meninas trabalhadoras de uma fábrica de tijolos na Inglaterra durante o Século XIX. O diálogo é estarrecedor:

Pergunta: A que horas vão as miúdas para a fábrica?

Resposta: Durante seis semanas, foram às três da manhã e terminaram às dez da noite.

P. – Que pausas eram autorizadas durante essas dezanove horas para descansar ou comer?

R. – Um quarto de hora para o pequeno-almoço, meia hora para o almoço, um quarto de hora para beber.

P. – Tinha grandes dificuldades para acordar as suas filhas?

Como salienta Evaristo de Moraes Filho, os trabalhadores do início do século XIX eram vítimas agora não só dos capitalistas, mas dos próprios meios de trabalho em si, “que lhes mutilavam o corpo, lhes dispersavam a família, lhes enfraqueciam a prole, os colocavam na rua, sem emprego” <sup>232</sup>. Isso tudo pedia a intervenção do Estado, e justificava uma legislação especial de proteção e tutela aos mais fracos.

Já é possível responder as questões formuladas anteriormente: o direito do trabalho surge para alcançar aquilo que o direito civil não consegue. O tratamento igualitário fornecido pelo direito civil foi incapaz de ir além da formalidade de objetos contratuais. “Essa liberdade contratual formal-jurídica significa liberdade de trabalho apenas para a parte economicamente mais forte [...], mas de forma alguma para o empregado” <sup>233</sup>. Como lembra Lewis Manford, “a responsabilidade pela vida e pela saúde do trabalhador terminava com o pagamento da jornada diária”<sup>234</sup>.

O direito do trabalho surge exatamente da verificação da desigualdade dos trabalhadores em relação aos empregadores. Inicialmente constatou-se essa desigualdade em relação às mulheres e crianças, o que é de certa forma muito mais gritante. Em seguida, as proteções foram estendidas aos demais trabalhadores<sup>235</sup>. Em outras palavras, “o direito do trabalho teve como

---

R. – Sim, ao princípio tínhamos que as sacudir para acordarem, depois pô-las de pé e vesti-las antes de as mandar para o trabalho.

P. – Quanto tempo dormiam?

R. – Nunca as podíamos meter na cama antes das onze horas, o tempo de lhes dar qualquer coisa de comer, e então a minha mulher tinha o costume de velar toda a noite por medo de não as acordar a tempo.

P. – A que hora costumavam acordá-las?

R. – Em geral, a minha mulher e eu levantávamo-nos às duas da manhã para as vestir.

P. – Assim, elas não tinham mais de quatro horas de sono?

R. – Quando muito, quatro

P. – Quanto tempo isso durou?

R. – Cerca de seis semanas.

P. – Em geral, elas trabalhavam das seis da manhã até às oito e trinta da noite?

R. – Sim, é exacto.

P. – As miúdas estavam cansadas com esse regime?

R. – Sim, muito. Mais de uma vez, adormeceram com a boca cheia. Era preciso sacudi-las para comerem.

P. – As vossas filhas sofreram acidentes?

R. – Sim, a minha filha mais velha, a primeira vez que foi trabalhar ficou com o dedo preso numa engrenagem acima da articulação, e ficou cinco semanas no hospital de Leeds.

P. – O salário foi-lhe pago durante esse tempo?

R. – Não, desde que aconteceu o acidente, o salário deixou de ser pago. SUPLOT, 2016, p. 87–88.

<sup>232</sup> MORAES FILHO, 1960, p. 73.

<sup>233</sup> RADBRUCH, 2011, p. 98–99.

<sup>234</sup> MANFORD, 2018, p. 196.

<sup>235</sup> MORAES FILHO, 1960, p. 33.

primeiro objeto suprir essa falha do direito civil dos contratos e, portanto, ‘civilizar’ as relações de trabalho, estendendo ao interior das empresas o princípio da segurança das pessoas”<sup>236</sup>.

Complementa Alice Monteiro de Barros:

É assim que foram os aprendizes, os menores e os acidentados os que provocaram grande parte da legislação laboral, de caráter mais humanitário do que jurídico. As mulheres também se incluem entre os primeiros destinatários do Direito do Trabalho, considerando que, ao lado dos menores, eram a força de trabalho mais explorada no final do século XVIII, com jornadas extensas, precárias e degradantes condições de trabalho e baixos salários<sup>237</sup>.

Porém, é muito importante fazer aqui um parêntese importante sobre a questão da segurança do trabalhador. Uma olhada desatenta no assunto pode levar o leitor a pensar que quando se refere à segurança, aborda-se somente a integridade física ameaçada por acidentes. Todavia, a ideia de segurança no trabalho aqui é mais ampla, e estende-se a todos os aspectos da existência biológica do trabalhador.

Alain Supiot relembra, por exemplo, o conceito de cronobiologia. “Durante milênios, foi a alternância do dia e da noite que impôs o respeito da necessária alternância do esforço e repouso”<sup>238</sup>. Segundo o autor, todos os dispositivos legais que limitam a jornada de trabalho, proíbem ou limitam jornadas noturnas, possuem um núcleo duro que visa essencialmente o direito a um mínimo de descanso<sup>239</sup>.

No final do período feudal, as próprias guildas já tinham regras sobre o trabalho dos menores, impondo idade mínima e proibição do trabalho noturno<sup>240</sup>. Ainda sobre o trabalho dos menores, destaca-se a “Lei dos pobres”, de 1601, promulgada na Inglaterra, que determinava que crianças indigentes e órfãos deveriam ser iniciados em algum ofício. Tal lei inclusive foi a base para outro marco legislativo: o *The Factory act of 1802*, conhecido também como *The Health and Morals of Apprentices Act* (lei de saúde e moral dos aprendizes)<sup>241</sup>.

A lei de saúde e moral dos aprendizes é reconhecida por alguns como o primeiro ato legislativo que institui normas de saúde para os trabalhadores. A lei foi proposta por Sir Robert Peel, “deputado que era, ele próprio, um rico proprietário de fábrica. Ele estava preocupado em

---

<sup>236</sup> SUPIOT, 2016, p. 93.

<sup>237</sup> BARROS, 2016, p. 52.

<sup>238</sup> SUPIOT, 2016, p. 96.

<sup>239</sup> Ibid., p. 95–98.

<sup>240</sup> Hutchins e Harrison apontam que tais normas impostas pelas guildas não tinham o objetivo de proteger os menores, mas tinham uma preocupação muito mais ligada à cultura e religião. HUTCHINS, B. L.; HARRISON, A. *A history of factory legislation*. 2. ed. London: P. S. King & Son, 1911. p. 1.

<sup>241</sup> Ibid., p. 2–3.

ver os padrões humanos de tratamento que foram estabelecidos para o número crescente de ‘aprendizes pobres’ empregados em fábricas como a sua”<sup>242</sup>. A lei, que passou pelo parlamento sem muitas dificuldades, é resumida no seguinte destaque de B. L. Hutchins e A. Harrison:

[...] o trabalho dos aprendizes seria limitado a doze horas por dia. O trabalho noturno deveria ser gradualmente diminuído, e cessar totalmente até junho de 1804. Os aprendizes deveriam ser instruídos em leitura, escrita e aritmética, e um conjunto de vestimentas deveria ser dado anualmente a cada aprendiz. As fábricas deveriam ser caiadas de branco duas vezes por ano, e manterem sempre uma ventilação adequada; apartamentos separados deveriam ser providenciados para aprendizes de diferentes sexos, e não mais de dois deveriam dividir uma cama. Os aprendizes deveriam frequentar a igreja pelo menos uma vez por mês. Para garantir a administração adequada do ato, os juízes deveriam designar dois inspetores entre si, dos quais um deveria ser clérigo, para visitar as fábricas (tradução livre)<sup>243</sup>.

Outros atos normativos foram estabelecidos na Inglaterra posteriormente, com alguns avanços<sup>244</sup>. Os escritos de Karl Marx, mormente o *Manifesto do partido comunista*, de 1848, contribuíram fortemente para consciência de classe e união dos operários na busca por melhoras das condições de trabalho.

A Encíclica *Rerum Novarum*, editada pelo Papa Leão XIII, em 1891 constitui outro importante marco no surgimento da tutela da segurança dos trabalhadores. Irany Ferrari lembra que “a Igreja sempre esteve vivamente empenhada nesta causa, vendo e estudando os direitos dos trabalhadores no vasto conjunto dos direitos humanos”<sup>245</sup>.

---

<sup>242</sup> UK PARLIAMENT. **Early factory legislation.**, 2021. Disponível em: <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/19thcentury/overview/earlyfactorylegislation/>. Acesso em: 4 ago. 2021.

<sup>243</sup> No original: [...] the working hours of apprentices were limited to twelve a day. Night work (by apprentices) was to be gradually discontinued, and to cease entirely by June, 1804. Apprentices were to be instructed in reading, writing and arithmetic, and a suit of clothing was to be given yearly to each apprentice. Factories were to be whitewashed twice a year, and at all times properly ventilated; separate sleeping apartments were to be provided for apprentices of different sexes, and not more than two were to share a bed. Apprentices were to attend church at least once a month. To secure the proper administration of the act, the justices were to appoint two inspector from among themselves, of whom one should be a clergyman, to visit the factories. HUTCHINS; HARRISON, 1911, p. 16.

<sup>244</sup> Em 1819 foi aprovada uma nova lei fixando o limite mínimo de idade de trabalho em nove anos e limite de jornada diária em doze horas para menores de dezesseis anos. Em 1825 nova lei prescrevia que nenhuma pessoa com menos de dezesseis anos deveria trabalhar mais de doze horas por dia durante a semana, e nove horas nos sábados. Em 1831 a jornada de trabalho foi limitada a doze horas diárias a todas as pessoas com menos de dezesseis anos, e proibiu o trabalho noturno a todas as pessoas com menos de vinte e um anos. Em 1850 uma nova lei impôs uma jornada de 12 horas para jovens e mulheres, que deveria ser cumprida entre as 6 horas da manhã e 6 horas da tarde. Posteriormente, em 1853 a lei foi alterada para proibir o trabalho de crianças, e limitar a jornada dos homens a 15 horas diárias.

<sup>245</sup> FERRARI, Irany; MARTINS FILHO, Ives Gandra; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 27.

Em relação à segurança no trabalho, o documento papal faz vários diagnósticos e aponta algumas soluções. Tece duras críticas as jornadas de trabalho exaustivas, salientando que tal excesso embrutece o espírito e adoece o corpo. Logo, “o número de horas de trabalho diário não deve exceder a força dos trabalhadores, e a quantidade do repouso deve ser proporcional à qualidade do trabalho, às circunstâncias do tempo e do lugar, à compleição e saúde dos operários”<sup>246</sup>.

A encíclica propõe também um tipo de sistema previdenciário. Em seu item 34, sugere a criação de “um fundo de reserva destinado a fazer face, não somente aos acidentes súbitos e fortuitos inseparáveis do trabalho industrial, mas ainda à doença, à velhice e aos reveses da fortuna”<sup>247</sup>.

Alain Supiot lembra que o direito a saúde e integridade física do trabalhador ocupou também lugar central na criação da Organização Internacional do Trabalho, e até os dias atuais inspira parte substancial das convenções ou recomendações que emanam dessa organização<sup>248</sup>. Tal preocupação é inclusive retratada de forma bastante contundente já no preâmbulo da Constituição da OIT<sup>249</sup>.

O ato único Europeu de 1986 introduziu também importantes mudanças nos tratados que instituem as Comunidades Europeias, dedicando seu artigo 21º a incluir no Tratado de Roma disposições relativas à melhoria das condições de trabalho e proteção à segurança e a saúde dos trabalhadores<sup>250</sup>.

François Ewald, em sua obra “L’etat providence” dedica um capítulo a demonstrar que os acidentes de trabalho forçaram os magistrados do século XIX a criar a teoria da responsabilidade objetiva. Segundo o autor, o Código Civil Francês não fornecia um aparato que amparasse a demanda de reparação dos trabalhadores, forçando os juízes da Corte de

---

<sup>246</sup> PAPA LEÃO XIII. **Carta Encíclica Rerum Novarum**. Vaticano, , 1891. Disponível em: [https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum.html](https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html). Acesso em: 3 ago. 2021.

<sup>247</sup> *Ibid.*

<sup>248</sup> SUPIOT, 2016, p. 94.

<sup>249</sup> INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **International Labour Organization Constitution**. , 1944. Disponível em: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62\\_LIST\\_ENTRIE\\_ID:2453907:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO). Acesso em: 4 ago. 2021.

<sup>250</sup> UNIÃO EUROPEIA. **Acto Único Europeu**. , 1987. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11986U/TXT&from=PT>. Acesso em: 4 ago. 2021.

Cassação Francesa, em 1841, a reconhecer o caráter de política pública dos artigos 1382 e seguintes <sup>251</sup>.

“É o dever dos chefes de estabelecimentos industriais proporcionar completamente a segurança dos trabalhadores que eles empregam”. Este é o princípio geral segundo o qual os tribunais julgarão a responsabilidade por acidentes de trabalho, a forma como interpretarão os artigos 1382 e seguintes do Código Civil (tradução livre)<sup>252</sup>.

Uma vez estabelecidas regras que obrigavam os empregadores a assegurarem o mínimo de segurança para os trabalhadores, a ocorrência de um acidente no ambiente laboral presumiria a não observação dessas regras. Nascia a responsabilidade objetiva.

No ordenamento jurídico brasileiro, já em 1919 foi criado o Decreto nº 3.724, de 15 de janeiro, regulando as obrigações resultantes dos acidentes no trabalho. O artigo 7º da Constituição brasileira de 1988 trata da posição central da segurança do trabalhador no ordenamento jurídico pátrio. Importantes normas a respeito do tema foram elevadas ao patamar constitucional.

Talvez o maior reconhecimento dessa centralidade, no Brasil, seja o surgimento de estudos no sentido de reconhecer a independência do meio ambiente do trabalho. Diferentemente do meio ambiente natural – que diz respeito ao solo, água, ar, flora e fauna –, do meio ambiente cultural – formação e cultura de um povo –, o meio ambiente do trabalho “está relacionado de forma direta e imediata com o ser humano trabalhador no seu dia-a-dia, na atividade laboral que exerce em proveito de outrem” <sup>253</sup>. Nos dizeres de Ney Maranhão:

[...] meio ambiente do trabalho é a resultante da interação sistêmica de fatores naturais, técnicos e psicológicos ligados às condições de trabalho, à organização do trabalho e às relações interpessoais que condiciona a segurança e a saúde física e mental do ser humano exposto a qualquer contexto jurídico-laborativo <sup>254</sup>.

O que se buscou até aqui foi demonstrar como a segurança do trabalhador é elemento primeiro do direito do trabalho. O reconhecimento da inclusão do corpo do trabalhador no contrato de trabalho, bem como a colocação do mesmo ao abrigo dos riscos do trabalho,

<sup>251</sup> EWALD, François. *L'état providence*. Paris: Bernard Grasset, 1986. p. 233.

<sup>252</sup> No original: Il est du devoir des chefs d'établissements industriels de pourvoir complètement à la sûreté des ouvriers qu'ils emploient. » Tel est le principe général selon lequel les tribunaux vont juger de la responsabilité des accidents du travail, la manière dont ils vont interpréter les articles 1382 et suivants du Code civil. EWALD, 1986.

<sup>253</sup> MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do Trabalho e Saúde do Trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral e dano estético**. São Paulo: LTr, 2008. p. 26.

<sup>254</sup> MARANHÃO, Ney. Meio ambiente do trabalho: descrição jurídico-conceitual. *Revista de Direitos, Trabalho e Política Social*, [s. l.], v. 2, n. 3, p. 80–117, 2016.

“permite ao direito do trabalho tecer um vínculo jurídico de outra natureza entre empregador e empregado: um vínculo pessoal, mais estável, e diferente da troca sinalagmática de prestações”<sup>255</sup>. Eis aí a primeira reaproximação da concepção germânica; e o pilar primeiro e principal do direito do trabalho, objeto do presente estudo.

### 2.3.2 *Direito moral à satisfação das necessidades básicas*

Para iniciar o presente subtópico, tomemos por base um exemplo trazido por Fábio Rodrigues Gomes:

Imaginem que Manuel, empresário do ramo de alimentos, decide contratar um padeiro para expandir os seus negócios. Põe um anúncio no jornal, no qual convoca os eventuais interessados a procura-lo em seu estabelecimento, ressaltando que o valor do salário (ou o preço) será “a combinar”. [...] Imaginem agora que, diante da notícia, surgem dois candidatos, Pedro e João. Mas com um detalhe: ambos comparecem no mesmo dia e na mesma hora para a entrevista. Manuel, então, decide interroga-los simultaneamente e em salas separadas. Após iniciar a conversa, descobre que os dois estão desempregados e precisam desesperadamente daquela vaga. Diante disso, pergunta a Pedro quanto ele gostaria de receber pelo serviço a ser prestado, esclarecendo, desde já, que faria a mesma pergunta a João. E, como prometido, repete a mesma conduta perante este candidato <sup>256</sup>.

O autor utiliza o exemplo para demonstrar como um mercado funciona, mas acaba aproveitando-o para outras finalidades. No presente caso, limita-se a imaginar que Pedro dê um preço, e que este preço seja levado a João. João, para conseguir o emprego, terá de aceitar um salário menor do que o oferecido por Pedro. Agora, imaginem que o empregador (Manuel) faça isso sucessivas vezes. O resultado provavelmente será a aceitação de um salário ínfimo para um dos candidatos, e uma excelente vantagem econômica para Manuel. Talvez até consiga contratar os dois trabalhadores com o valor que dispunha para contratar apenas um.

Apenas a garantia da segurança física dos trabalhadores no trabalho não é suficiente. É preciso ir além da segurança no trabalho e garantir uma segurança pelo trabalho. Por isso o Estado interfere na relação de trabalho e busca sua institucionalização.

Fábio Rodrigues Gomes, ao analisar os direitos fundamentais dos trabalhadores, o faz sob a ótica das teorias do discurso jurídico. O pensamento do autor pode ser identificado no seguinte destaque:

---

<sup>255</sup> SUPIOT, 2016, p. 100.

<sup>256</sup> GOMES, Fábio Rodrigues. **Direitos fundamentais dos trabalhadores: critérios de identificação e aplicação prática**. São Paulo: LTr, 2013. p. 68.

Redistribuição das necessidades básicas e reconhecimento da igual importância dos nossos desejos e crenças: este é o novo desafio que devemos enfrentar, a fim de que todos vejam a si mesmos com autorrespeito, plenos daquela substância (autonomia criativa) que lhes permitirão (1) distinguir-se dos demais; (2) idealizar os seus planos de vida; (3) realiza-los dentro de suas possibilidades; e, caso venham a esbarrar nos propósitos alheios, (4) defende-los seriamente num debate moral coletivo, onde todos os possíveis afetados sejam reconhecidos como agentes merecedores de igual respeito e consideração<sup>257</sup>.

Em outras palavras, para que haja democracia, é necessário que todas as pessoas possam participar do debate social, mas isso só é possível se suas necessidades básicas (mínimo existencial) forem satisfeitas. Somente com a garantia de condições materiais mínimas é que se dá autonomia moral para o sujeito preocupar-se com um debate moral coletivo.

Trazendo essa teoria para o direito do trabalho, o autor faz um “esquadrinhamento” da Constituição de 1988, classificando os direitos previstos no artigo 7º. E como primeiro parâmetro questiona, sobre cada um dos incisos: este direito busca a satisfação das necessidades básicas do trabalhador, um mínimo existencial que proporcione a manutenção da liberdade de escolha desse indivíduo?<sup>258</sup>

Enquanto Fabio Rodrigues Gomes coloca o problema da satisfação das necessidades básicas como algo a ser resolvido no âmbito da participação democrática e do discurso jurídico, Alain Supiot, de maneira diferente, o encara do ponto de vista da segurança.

Para Supiot, “não basta garantir que o trabalhador saia indemne da relação de trabalho: é também necessário que ele encontre nela os meios de perpetuar a sua força de trabalho, isto é, os meios de vida própria e de sustento dos seus”<sup>259</sup>. Assim, a segurança econômica pelo trabalho é uma forma de prolongar a segurança física no trabalho.

O autor aproveita ainda, na esteira de sua opinião sobre a segurança no trabalho, para criticar o direito civil. Para este ramo do direito, a pessoa incluída em um contrato de trabalho é encarada como “vontade desencarnada”, e sua existência independe dos rendimentos que pode extrair da sua força de trabalho. Em outras palavras: a coisa (trabalho), é bem negociado e independente da pessoa (trabalhador). Com isto, uma vez que o trabalho falte, a pessoa do trabalhador desaparece junto.

---

<sup>257</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>258</sup> GOMES, 2013.

<sup>259</sup> SUPIOT, 2016, p. 101.

As posições de ambos os autores, analisam o mesmo fenômeno sob duas óticas diferentes, mas concordam exatamente no ponto que aqui consideramos: existe um princípio geral de garantia da subsistência do trabalhador.

Fábio Rodrigues Gomes aponta como garantidores desse princípio fundamental os direitos ao seguro-desemprego, salário mínimo, irredutibilidade salarial, garantia de pagamento não inferior ao mínimo para os que percebem remuneração variável, aposentadoria e aviso prévio<sup>260</sup>.

Muito se discute sobre o conteúdo dessa tutela, afinal, não se sabe com precisão qual é o mínimo necessário para o trabalhador se manter. Fala-se em mínimo existencial; outros autores, como Richard Posner, defendem inclusive a inexistência de um salário mínimo. Este é um dos assuntos mais espinhosos do direito.

Porém, o direito do trabalho não poderia se resumir a tutelar apenas a integridade do trabalhador pela segurança física e econômica: era necessário garantir ao trabalhador o direito de se expressar e lutar por melhorias. Fala-se da tutela à identidade dos trabalhadores.

### *2.3.3 Tutela fundamental da identidade coletiva*

Com o uso da máquina, divisão de trabalho e busca incessante pelos lucros, os industriais foram os responsáveis por concentrar grandes massas humanas em grandes locais, como fábricas e usinas. Se por um lado o contrato de locação de serviços criava o trabalho abstrato e retirava de seu objeto a identidade do trabalhador, a aproximação destes trabalhadores nas fábricas criava um novo tipo de identidade entre os mesmos<sup>261</sup>.

Essa proximidade referida por Evaristo de Moraes Filho é explicada por Alain Supiot como sendo um tipo de sentimento que liga pessoas que mantêm uma condição comum. Exemplificando aquilo que chama de “incidência afetiva”, aduz:

O agente contratual que se torna funcionário, o cônjuge a quem é comunicado o seu divórcio, o estudante que recebe o seu diploma – de repente, já não é o mesmo homem; vê-se, e os outros veem-no, de modo diferente; é, subitamente, transportado de um

---

<sup>260</sup> Outros direitos ainda são apontados pelo autor, como a definição de limites diário e semanal para o exercício do trabalho e imposição de descansos semanais e anuais. Todavia, por se tratarem de direitos ligados à redução dos riscos inerentes à saúde, entendemos que devem ser classificados dentro do grupo destinado a segurança do trabalhador, que foi abordada no subtópico anterior.

<sup>261</sup> MORAES FILHO, 1960, p. 73.

grupo social (o dos não-titulares, dos casados, dos estudantes) a um outro (o dos funcionários, dos celibatários, dos diplomados)<sup>262</sup>.

Em síntese, qualquer classificação jurídica produz um efeito secundário. Se a lei qualifica o vendedor da mão de obra como um empregado a fim de garantir-lhe a incidência de certos direitos (efeito primário), cria entre essas pessoas um sentimento de identidade que os une. Irany Ferrari, ao dizer que a sociologia do trabalho se interessa pelos grupos e categorias sociais dos trabalhadores, define esses como um “certo número de pessoas cujas relações se fundam numa série de papéis e *status* entreligados [... e] identifica-se por três atributos: interação padronizada, crenças e valores partilhados ou semelhantes<sup>263</sup>.

Temos até aqui importantes conceitos: o de grupo social, estudado pela sociologia; e o de incidência afetiva, que cria uma identidade profissional entre os trabalhadores. Moraes Filho explica como isso se deu na prática:

Tiveram igualmente uma forte parcela da gênese do direito do trabalho as lutas sociais que se desenrolaram durante o século XIX. Os luditas, os cartistas, na Inglaterra; as revoluções de 1848 e 1871, na França; a revolução de 1848, na Alemanha, representaram muito no despertar do Estado para a intervenção e regulamentação na vida econômica. Não se limitavam mais os operários a assistir de braços cruzados à sua própria desagregação e ao seu extermínio biológico e econômico. Reuniam-se, protestavam, reivindicavam. E dessas reivindicações, dessas agitações sociais, ressentia-se todo o corpo social, com prejuízo para a produção capitalista<sup>264</sup>.

O que se nota da passagem acima é que se reconhecesse como centro das reivindicações a própria segurança dos trabalhadores, ao mesmo tempo em que, por meio das manifestações e reivindicações, cria-se o direito coletivo do trabalho. Somente por essas convulsões sociais é que o Estado interveio. Todavia, até o momento dessa intervenção, “iam operários e patrões ultimando entre si verdadeiras convenções coletivas de trabalho”<sup>265</sup>.

Essa foi a receita formal para o surgimento do direito do trabalho: a concentração de trabalhadores facilitou sua aproximação, e começaram estes, espontaneamente, a se reunir para tratar de seus interesses. É a partir daí que se verifica o reconhecimento jurídico das instituições representativas dos trabalhadores<sup>266</sup>.

---

<sup>262</sup> SUPIOT, 2016, p. 112.

<sup>263</sup> FERRARI; MARTINS FILHO; NASCIMENTO, 2011, p. 22.

<sup>264</sup> MORAES FILHO, 1960, p. 73.

<sup>265</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>266</sup> SUPIOT, 2016, p. 117.

Fabio Rodrigues Gomes aborda a tutela coletiva do trabalho sob um viés bastante diferente da análise histórica feita por Alain Supiot. Para o autor, será a deliberação coletiva que melhor agregará legitimidade ao argumento moral produzido pelo indivíduo autônomo. Trata-se de uma democratização da relação de emprego. Em meio as críticas ao atual modelo sindical brasileiro, salienta que o Direito Coletivo do Trabalho, mais do que proteger o trabalhador, permite uma comunicação eficiente, haja vista que o indivíduo cedeu espaço ao grupo, que passou a desafiar o empregador com uma só voz<sup>267</sup>. No mesmo sentido de reconhecimento da centralidade da tutela coletiva, salienta Gustav Radbruch:

O empregado individual é impotente diante da empresa, e potente a organização de muitos ou de todos os empregados de uma profissão. A “liberdade de união para preservação e fomento das condições econômicas e de trabalho”, a “liberdade de coalização” é portanto, para o empregado, o direito mais importante dentre os assegurados pela Constituição<sup>268</sup>.

Tal tutela trouxe a possibilidade de reconhecimento do direito de greve, da formação de sindicatos e associações, reconhecimento e chancela, pelo Estado, dos acordos firmados entre a classe dos empregadores e a dos empregados, entre outros. Não sem motivo a Constituição Federal dedicou quatro artigos inteiros à tutela coletiva<sup>269</sup>. É interessante notar que os acordos e convenções formam uma nova fonte de direito, encarada, por vezes, como uma fonte formal paralela e no mesmo nível do Estado<sup>270</sup>.

Há muito o que ser explorado na história e funcionamento do direito coletivo do trabalho, principalmente no Brasil. Porém, acreditamos que o objetivo aqui, de demonstrar sua centralidade e importância, foi alcançado.

Até aqui, elencaram-se como pilares do direito do trabalho a tutela à segurança do trabalhador; à satisfação das necessidades básicas; e a tutela coletiva do trabalho. Todavia, a partir da tutela coletiva do trabalho, está se presenciando aquilo que Alain Supiot chama de “tutela individual”, ou seja, o reaparecimento de normas que consideram cada trabalhador na sua individualidade e com características distintas.

---

<sup>267</sup> GOMES, 2013, p. 161–171.

<sup>268</sup> RADBRUCH, 2011, p. 100.

<sup>269</sup> Tratam-se dos artigos 8º, que estabelece a liberdade de associação e sindicalização; o artigo 9º, que assegura o direito de greve; o artigo 10, que prevê a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação; e o artigo 11, que determina a eleição de um representante empregado nas empresas com mais de duzentos funcionários.

<sup>270</sup> SILVA, Walkure Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, [s. l.], v. 102, p. 135–159, 2007.

### 2.3.4 Tutela da identidade individual no trabalho

Durante a campanha para o segundo turno para presidente do Brasil, em 2018, o país polarizou-se bastante. De cada lado da disputa, um candidato com propostas, cores, slogans e ideias diferentes-

No dia 02 de outubro de 2018, o Ministério Público do Trabalho de Blumenau ingressou com ação contra o dono das lojas Havan, Luciano Hang, devido a denúncias recebidas de que o empresário teria induzido os trabalhadores a seguir suas recomendações e coagi-los a votar no então candidato Jair Bolsonaro. Entre as formas de persuasão e coação estava inclusive a utilização de uniformes com as cores do candidato apoiado pelo empresário<sup>271</sup>.

Não cabe apontamentos sobre o caso no âmbito eleitoral, já que é ramo do direito que possui princípios, legislação e sistemática próprios, além de fugir do escopo do objeto do estudo. O caso interessa para o Direito do Trabalho como fonte de partida para se questionar: qual direito do trabalhador foi violado. Se pensarmos em direitos fundamentais, sociais, direitos da personalidade ou mesmo direitos humanos, qual seria o bem tutelado e atingido que ensejou um pedido de reparação?

André de Araújo Molina explica que, em tais casos, está-se diante da violação do direito à identidade pessoal do trabalhador. Segundo ele, tal direito “compreende tudo aquilo que faz que a pessoa seja quem realmente é, como a bagagem de ideias e sentimentos que possui, o seu modo de proceder, suas condutas em geral”<sup>272</sup>.

O direito à identidade pessoal, nesse caso, é diferente da proteção da honra, imagem e reputação das pessoas: enquanto o primeiro direito é violado sem qualquer cunho depreciativo, os demais carecem de um intuito maculatório. “imputar a alguém a qualidade de católico fervoroso não importa em violação da sua honra, [...] embora a mesma imputação pode gerar danos à identidade pessoal se a pessoa revelar-se socialmente como ateu”<sup>273</sup>.

De forma complementar, destaca-se:

Toda persona tiene el derecho a que se le conozca, aprehenda y defina en lo que con toda propiedad podemos designar su "verdad personal". La verdad personal constituye, por lo tanto, lo que se suele aludir como el bien jurídico protegido por el

---

<sup>271</sup> REVISTA EXAME. MPT processa dono da Havan por “coagir” funcionários a votar em Bolsonaro. *Em*: REVISTA EXAME. 2018. Disponível em: <https://exame.com/negocios/mpt-processa-dono-da-havan-por-coagir-funcionarios-a-votar-em-bolsonaro/>. Acesso em: 13 ago. 2021.

<sup>272</sup> MOLINA, André Araújo. Dano à identidade pessoal do trabalhador. *Revista Jurídica Luso-brasileira*, [s. l.], n. 4, p. 89–138, 2017.

<sup>273</sup> *Ibid.*, p. 106.

derecho a la identidad personal. Este derecho supone el que aprecie a la persona tal cual es, sin alteraciones, desfiguraciones, desnaturalizaciones, falseamientos o distorsiones. Es decir, sin imputarle, de una parte, atributos de los que carece o, de otra, omitir aspectos fundamentales que contribuyen a presentar al sujeto en la plenitud de su verdad personal. El derecho a la identidad personal significa, por consiguiente, el respeto que merece la verdad biográfica de toda persona. Es decir, a todo aquello que configura el que cualquier ser humano" sea el que es y no otro"<sup>274</sup>.

No caso da empresa Havan, admitindo-se a existência dos fatos para efeito de exemplo, há violação à identidade pessoal dos trabalhadores. Prova disto é que a matéria fala em pelo menos vinte denúncias feitas ao Ministério Público do Trabalho. André de Araújo Molina, um ano antes do ocorrido, advertia: o trabalhador teria sido vítima de violação de sua identidade pessoal, pois foi “coagido a participar de reunião política, contrária às suas convicções, com candidato que recebe apoio do empregador ou mesmo quando tiver de utilizar, durante o horário de trabalho, camiseta de campanha do candidato”<sup>275</sup>.

O autor admite a existência do direito à identidade pessoal do trabalhador a partir da centralidade da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se claramente da aplicação do viés pós-positivista à interpretação constitucional, cuja máxima é a ponderação na aplicação de princípios em colisão.

Todavia, Alain Supiot, partindo de um contexto bastante distinto, chega à uma conclusão parecida. O contrato de trabalho, por ser um vínculo sinalagmático – labor de um lado, salário de outro –, exclui qualquer direito do trabalhador sobre sua obra. Em outras palavras: se o empregado recebe pelo tempo à disposição do empregador, evidentemente que todo o objeto construído a partir desse tempo é propriedade do patrão, e ao empregado resta apenas o recebimento de sua contraparte, qual seja, o salário. Porém, como já se afirmou, o “corpo” do trabalhador, ainda que seja um objeto obscuro do contrato de trabalho, existe. Seja qual for o objeto do contrato de trabalho, é preciso que o trabalhador “contribua com algo de si próprio, de sua consciência profissional, para que o trabalho seja bem feito, pois este incorpora necessariamente alguma coisa da pessoa do trabalhador”<sup>276</sup>.

O desafio do direito do trabalho, então, seria conciliar essas duas visões aparentemente antagônicas: colocar o objeto do trabalho à margem do contrato, e ao mesmo tempo integrar

---

<sup>274</sup> CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO. Daño a la identidad personal. **THEMIS Revista de Derecho**, [s. l.], n. 36, 1997. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11743>. Acesso em: 13 ago. 2021.p. 250.

<sup>275</sup> MOLINA, 2017, p. 112.

<sup>276</sup> SUPIOT, 2016, p. 132.

nele a dimensão pessoal exercida pelo empregado. Eis aí mais um aspecto da tutela da identidade do trabalhador.

Foi, portanto, para, antes do mais, afastar os principais inconvenientes da análise patrimonial do trabalho assalariado, que o direito do trabalho teve que tomar em consideração certos aspectos da identidade profissional. Em primeiro lugar, foi o caso de a preservação dos direitos do empregador exigir um espaço para a pessoa do trabalhador na execução do contrato<sup>277</sup>.

Portanto, esse “espaço” do trabalhador é justamente o direito que, uma vez violado, é passível de reparação. Todavia, o aspecto de proteção contra o dano à pessoa do trabalhador não é único da tutela da identidade: tanto Alain Supiot quanto André de Araújo Molina concordam que tal tutela traz uma vinculação do nome do trabalhador à sua obra. Nesse sentido:

[...] a apropriação pelo empregador ou seus representantes dos inventos do trabalhador, não apenas nos aspectos econômicos – que podem ser objeto de cessão em contrato – mas da autoria da obra, importa em violação de um dos aspectos que compõe o direito à identidade pessoal, como nos casos de alguns profissionais que são contratados para a criação intelectual ou tecnológica, cujos resultados são assumidos como de outrem, como se verdadeiros autores fossem, no que a doutrina convencionou chamar de “pirataria intelectual”<sup>278</sup>.

Como exemplos de legislação nesse sentido, cita-se o inciso XXVII do artigo 5º, da Constituição Federal, que estabelece que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. Molina lembra ainda que o referido inciso foi regulamentado pela Lei 9.610 de 1998, que estabelece, entre outros direitos do autor da obra: o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização da sua obra (art. 24, II), bem como que o autor não pode alienar ou renunciar ao direito de ter seu nome associado à obra, como ocorre com os demais direitos morais do autor (art. 27), embora, por estipulação contratual específica, possa haver a cessão dos reflexivos direitos econômicos decorrentes da invenção (arts. 28 e 29), resguardada sempre a identificação da autoria.

---

<sup>277</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>278</sup> O autor cita alguns exemplos: “a elaboração de parecer jurídico memorável por jovem advogado, cuja peça jurídica é assinada e divulgada como se do sócio do escritório fosse, sem referência ao autor intelectual, importa em violação da identidade pessoal daquele, assim como as manifestações intelectuais de arquitetos, engenheiros, professores, entre outros profissionais”. MOLINA, 2017, p. 113.

Alain Supiot fala ainda de reconhecimento da identidade dos trabalhadores por meio do direito de expressão, da qualificação profissional e de uma maior responsabilização mediante autonomia<sup>279</sup>.

Fábio Rodrigues Gomes traz a tutela individual do trabalho ainda sob outro viés: o da autonomia. O reconhecimento de nossas diferenças estaria justamente no respeito e consideração pela autonomia do indivíduo, e visa promover a sua criatividade, ou seja, a sua própria individualidade<sup>280</sup>. Mas vai um pouco além e, na linha do que faz com os outros direitos previstos no artigo 7º da Constituição Federal, classifica-os. Em suas palavras:

A proibição genérica de dispensa arbitrária de todo e qualquer empregado e a proibição específica de dispensa do empregado participante da CIPA, a proporcionalidade de retribuição salarial de acordo com a sua complexidade e extensão, a proibição de diferença de salários, tratamento e admissão em razão do sexo, idade, cor ou estado civil, a proibição de discriminação do trabalhador portador de deficiência e a proibição de distinção entre o trabalho manual, técnico e profissional (incisos I, V, XXX, XXXI, XXXII e art. 10, II, *a* do ADCT) estão centradas, na ojeriza ao comportamento desigual desprovido de um porquê alentador<sup>281</sup>.

Até o momento, o objetivo de criar quatro compartimentos de classificação para os direitos sociais foi, dentro das possibilidades, cumprido. A partir da imposição de uma visão institucional à relação de trabalho (germânica), pôde-se verificar uma tutela específica para saúde dos trabalhadores; para a satisfação de suas necessidades; uma tutela coletiva; e uma tutela voltada para sua individualidade. Elegem-se essas quatro tutelas como os pilares do direito do trabalho. Diante dessa classificação foi possível delimitar melhor o objeto de estudo do presente trabalho, qual seja, as tutelas fundamentais pertinentes à proteção da pessoa do trabalhador.

Todavia, antes do prosseguimento, é necessário verificar se todos os direitos previstos no artigo 7º da Constituição Federal são imprescindíveis para sustentar os quatro pilares apontados. De outro modo: é necessário verificar se todos os direitos sociais trabalhistas são de fato direitos fundamentais.

---

<sup>279</sup> SUPIOT, 2016, p. 136–142.

<sup>280</sup> GOMES, 2013, p. 144.

<sup>281</sup> *Ibid.*, p. 145.

## 2.4 Todo direito social é fundamental? A classificação de Fábio Rodrigues Gomes

Fábio Rodrigues Gomes busca identificar quais direitos sociais trabalhistas são ou não fundamentais. Para tanto, primeiramente, busca demonstrar o que é um direito fundamental, pautado em um critério de ética normativa, ou seja, recorrendo à discussão da relação entre direito e moral. A partir de perguntas simples – por que a constituição obriga? Que discurso adotar? Para que serve a Constituição? –, o autor constrói sua teoria no sentido de que os direitos fundamentais dos trabalhadores devem garantir uma equidade discursiva.

Busca a formulação de um arranjo capaz de legitimar moralmente o direito, ou seja, de tornar válidos os preceitos constitucionais. A finalidade é a autonomia para cada indivíduo. “Ela é o juízo primitivo, a intuição, o conteúdo material da norma moral pura, a partir da qual se deflagra o processo de tomada de decisão”<sup>282</sup>. Em outras palavras: é a partir da autonomia discursiva de cada indivíduo que as escolhas pessoais e coletivas podem ser concretizadas futuramente. A maneira de conferir igual autonomia para todos é intervenção igualitária.

Para garantir tal igualdade, aponta como um dos elementos de comparação o critério da necessidade básica. Para que exista igualdade de autonomia, as necessidades básicas de cada indivíduo devem ser satisfeitas. “Comida, roupa, abrigo e descanso, por exemplo. Eles compõem o que Perez Luño chama de ‘pressuposto antropológico’ do discurso moral”<sup>283</sup>.

Logo, a norma fundamental é aquela capaz de garantir o reconhecimento dos indivíduos como autônomos e distintos entre si; e garante os meios necessários para tal reconhecimento, ou seja, impõe a garantia das necessidades básicas para manutenção da independência discursiva. Invoca-se ~~mes~~ o conteúdo das ditas “necessidades básicas” das seguintes palavras de Roberto Alexy:

A fundamentabilidade fundamenta, assim, a prioridade sobre todos os escalões do sistema jurídico, portanto, também perante o legislador. Um interesse ou uma carência é, nesse sentido, fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia. Daqui são compreendidos não só os direitos de defesa liberais clássicos, senão, por exemplo, também direitos sociais que visam ao asseguramento de um mínimo existencial<sup>284-285</sup>.

---

<sup>282</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>283</sup> *Ibid.*, p. 123.

<sup>284</sup> ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, [s. l.], v. 217, n. 0, p. 55–66, 1999. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47413p.61>.

<sup>285</sup> Para Robert Alexy, a gratificação natalina, prevista no artigo 7º, inciso VIII da Constituição Brasileira, não seria um direito fundamental segundo seu critério de fundamentalidade (ALEXY, 1999.)

Satisfação das necessidades básicas não é o único requisito formal para o processo discursivo. Afinal, falar em “necessidades básicas” já impõe o reconhecimento de diferenças, pois cada indivíduo possui suas próprias necessidades. Fabio Rodrigues Gomes traz como um segundo elemento essencial do discurso o reconhecimento das diferenças definidoras, daquilo que torna cada indivíduo único.

Cita como exemplo a necessidade calórica diária de cada trabalhador. Para uns, será 2000 calorias, para outros, 1500, ou até 2500. “São aspectos bifrontes, incindíveis e, mais do que isso, marcados pela influência recíproca. E, neste sentido, devem ser levados em conta neste processo de investigação textual da Constituição de 1988”<sup>286</sup>.

Chega-se então ao ponto alto da teoria do professor Fábio Rodrigues Gomes: um direito trabalhista será fundamental quando visar garantir um mínimo existencial para o trabalhador, a fim de garantir ao mesmo sua autonomia discursiva.

De posse desta breve síntese, pode-se então adentrar ao esquadrinhamento dos direitos sociais trabalhistas proposto. O autor divide sua classificação em dois grupos, correspondente a cada um dos critérios na sua teoria de ética discursiva. Porém, como o presente trabalho pretende classificar esses direitos em quatro tipos de tutelas, limita-se à uma dicotomia mais simples: direitos fundamentais e não fundamentais.

#### *2.4.1 Direitos fundamentais trabalhistas*

Gomes inicialmente divide os direitos previstos no artigo 7º em dois grandes grupos: aqueles que buscam a satisfação das necessidades básicas, e aqueles que visam reconhecer as diferenças dos indivíduos.

Ainda que o autor faça uma longa fundamentação anterior, justifica a inclusão de cada um dos direitos no rol daqueles que ele considera fundamental. Aqui, porém, levando em consideração que o objetivo são seus resultados, limita-se a apontá-los, convidando o leitor para consultar a obra.

Em relação ao primeiro grupo – necessidades básicas – o autor aponta como direitos fundamentais materiais dos trabalhadores os incisos II (seguro-desemprego), IV (salário mínimo), VI (irredutibilidade do salário), VII (garantia de salário), X (proteção do salário), XII (salário-família), XIII (limitação da jornada), XIV (jornada de seis horas), XV (repouso

---

<sup>286</sup> GOMES, 2013, p. 144.

semanal remunerado), XVII (férias), XXI (aviso prévio), XXII (redução dos riscos do trabalho), XXIV (aposentadoria) e XXVIII (seguro contra acidentes de trabalho) do artigo 7º da Constituição. Deixa de fora o *caput* e os incisos III, VIII, IX, XI, XII, XVI, XVII (em parte), XXIII e XXIX do artigo 7º e art. 10, I do ADCT. Justifica a exclusão tendo em vista justamente pelo fato de tais direitos não servirem para a manutenção da capacidade de escolha, de decisão ou ação comunicativa do trabalhador<sup>287</sup>.

Em relação ao segundo grupo, aponta como fundamentais: I (relação progetida contra despedida arbitrária), V (piso salarial), XVIII (licença maternidade), XIX (licença-parternidade), XX (proteção à mulher), XXVI (convenções e acordos coletivos), XXX (igualdade entre salários), XXXI (proibição de discriminação), XXXII (proibição de distinção entre tipos de trabalho) e XXXIII (proibição de certos tipos de trabalho ao menor) do art. 7º, os incisos I e V do art. 8º e o art. 9º da Constituição Federal. Interessante que o autor faz uma ressalva em relação ao inciso XX (proteção do mercado de trabalho da mulher), aduzindo que tal fundamentalidade terá dia e hora para acabar<sup>288</sup>.

O problema central do presente trabalho gravita em torno da análise econômica dos direitos sociais trabalhistas ligados à saúde do trabalhador, previstos na Constituição Federal de 1988. Todavia, analisar os impactos de um direito trabalhista é uma tarefa bastante complexa. Analisar então os impactos de inúmeros direitos, como os previstos no artigo 7º, tornaria essa tarefa algo impossível para uma dissertação de mestrado.

Portanto, o presente capítulo dedicou-se a criar uma classificação que permitirá compartimentalizar os direitos sociais trabalhistas fundamentais e analisa-los de maneira isolada. Para chegar a pretensa organização, iniciou-se colocando o trabalho sob o viés do problema “coisa x pessoa”.

A partir de tal paradigma, chegou-se à resposta de que o trabalho é tratado das duas maneiras. A partir de uma visão romanística-civilista, temos o trabalho como coisa. A partir de uma visão germânica, pessoa. Verificou-se também a predominância da visão romanista, principalmente durante os tempos em que predominou o liberalismo.

O direito do trabalho surge então para trazer uma visão institucional, humana ao trabalho. Uma reaproximação da tradição germânica. É a partir daí que se cria a classificação pretendida.

---

<sup>287</sup> Ibid., p. 137–144.

<sup>288</sup> Ibid., p. 144–146.

Apontou-se como principal preocupação do direito do trabalho, a segurança física dos trabalhadores; em seguida, a satisfação das necessidades básicas; depois, a tutela coletiva; e por último, a preocupação com o sujeito e a tutela individual.

Por fim, apoiados na teoria de Fábio Rodrigues Gomes, filtrou-se os direitos sociais trabalhistas, elegendo apenas aqueles que são fundamentalmente materiais.

Com as quatro tutelas e o filtro de fundamentalidade e delimitado o objeto de estudo, e definido o que é análise econômica do direito, é possível passar então para o enfrentamento do problema e testagem das hipóteses.

### 3 ANÁLISE ECONÔMICA DA TUTELA FUNDAMENTAL À SAÚDE DO TRABALHADOR

*Adam, Adam, Adam Smith  
Listen what I charge you with!  
Didn't you say  
In a class on day  
That selfishness was bound to pay?  
Of all doctrines that was the Pith.  
Wasn't it, wasn't it, wasn't it,  
Smith?*<sup>289</sup>

(Stephen Leacock, Hellements of Hickonomics)

O presente capítulo enfrentará o problema da aplicação da análise econômica do direito à tutela fundamental da saúde dos trabalhadores, prevista entre os dispositivos do artigo 7º da Constituição Federal. Para tanto, utilizou-se, no capítulo anterior, duas classificações: uma com o objetivo de separar quais dispositivos dizem respeito à tutela à saúde; outra com o objetivo de verificar a fundamentalidade dos dispositivos.

Inicialmente, elegem-se os dispositivos constitucionais relativos à tutela da saúde do trabalhador, buscando extrair as preocupações legislativas e por consequência a norma implícita. Passa-se então à análise em si.

Conforme estabelecido na introdução, a análise econômica possui quatro fases: a estrutura de incentivos, os objetivos subjacentes, os custos de transação e a pesquisa empírica. Cada um dos objetivos do legislador constituinte gera diversas possibilidades de estruturas de incentivos. Assim, optou-se por analisar os custos de transação implicitamente dentro de cada uma dessas possibilidades.

---

<sup>289</sup> Adam, Adam, Adam Smith / Ouve a acusação que te faço! / Não disseste / Na aula um dia / Que o egoísmo / haveria de compensar? / De todas as doutrinas esse foi o cerne / Não foi, não foi, não foi / Smith?

### 3.1 Tutela à proteção da saúde do trabalhador: dispositivos, normas e fundamentos

Conforme exposto no segundo capítulo, as tutelas fundamentais trabalhistas constituem os pilares do direito do trabalho. Surgem diretamente da retomada da perspectiva institucional germânica. A segurança no trabalho é a primeira e mais importante delas.

Foi também exposto que é possível verificar a fundamentalidade dos direitos sociais, com base em quanto esse direito proporciona um mínimo existencial ao trabalhador.

Diante desses filtros, elegeu-se como dispositivos fundamentais constitucionais que dão contornos à tutela fundamental à saúde do trabalhador os seguintes, todos do artigo 7º: XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Os incisos XIII, XIV, XV e XVII dizem respeito à limitação da jornada de trabalho. Segundo Estêvão Mallet e Marcos Fava, os dispositivos possuem, entre as finalidades, a preservação da saúde do trabalhador:

O controle do tempo gasto no trabalho tem finalidades (a) higiênicas, garantindo, com a concessão de descansos regulares, a preservação da saúde do trabalhador, (b) econômicas, eis que sem intervalos razoáveis entre os turnos de trabalho, os trabalhadores não teriam como aplicar seus salários e movimentar a economia, e (c) sociais, porque o convívio com parentes, amigos e familiares constitui fator importante de desenvolvimento do homem não poderia ser usufruído se não houvessem limites para as horas de trabalho<sup>290</sup>.

Conforme ensina Mauricio Godinho Delgado, as normas relativas à jornada de trabalho não são mais “estritamente econômicas, uma vez que podem alcançar, em certos casos, a função

---

<sup>290</sup> MALLET, Estêvão; FAVA, Marcos. Comentários aos incisos XIII, XIV, XV e XVII do artigo 7º da Constituição Federal. *Em*: COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

determinante de normas de saúde e segurança laborais, assumindo, portanto, o caráter de normas de saúde pública”<sup>291</sup>. No mesmo sentido Fabio Rodrigues Gomes:

No tocante à definição de limites diário e semanal para o exercício do trabalho subordinado, à imposição de descansos semanais e anuais, à determinação para que se persiga a redução dos riscos inerentes à saúde, higiene e segurança do trabalhador, à obrigatoriedade de securitização contra os acidentes de trabalho e à responsabilização do empregador imprevidente, a ideia é preservar a higidez psíquica e fisiológica do indivíduo<sup>292</sup>.

O inciso XXII trata da proteção direta do trabalhador. A redução dos riscos inerentes ao trabalho é uma das facetas do reconhecimento do meio ambiente do trabalho seguro e equilibrado. “O meio ambiente do trabalho, é assim, o conjunto de condições físicas, químicas, biológicas, ergonômicas ou psicológicas que afetam o trabalhador no local de trabalho”<sup>293</sup>. O dispositivo do inciso XXII elenca uma norma de cunho muito mais preventivo do que ressarcitório, determinando a redução máxima da exposição ao risco, mas não a eliminação. Nem todas as atividades suportam a eliminação dos riscos, permitindo a conciliação entre livre iniciativa e meio ambiente do trabalho. Tal proteção é ainda ampliada pelos dispositivos constitucionais que tratam da disciplina do meio ambiente do trabalho, conforme discorrido no capítulo segundo.

Já o inciso XXVIII cuida do cunho ressarcitório da violação ao meio ambiente do trabalho. A uma por determinar a implementação de um seguro contra o acidente de trabalho; a duas por garantir uma indenização a ser paga pelo empregador. É importante desde já mencionar que o referido seguro não é aquele regulado pelo Código Civil, mas sim um “direito prestacional, concebido como benefício previdenciário, devido imediatamente a partir da ocorrência do infortúnio”<sup>294</sup>.

Ao menos três preocupações legislativas se extraem das normas<sup>295</sup> apontadas: quantidade de trabalho vendido, prevenção de violação meio ambiente de trabalho e a

---

<sup>291</sup> GODINHO, 2006, p. 1025.

<sup>292</sup> GOMES, 2013, p. 139.

<sup>293</sup> COUTINHO, Aldacy Rachid. Comentários aos incisos XXII e XXVIII do artigo 7o da Constituição Federal. *Em: COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

<sup>294</sup> *Ibid.*

<sup>295</sup> Utiliza-se o termo “norma” em oposição à ideia de “dispositivo”, no sentido de que a norma seria o resultado da interpretação de um ou mais dispositivos dentro do contexto legislativo. Nesse sentido, leciona Paulo de Barros Carvalho: “Uma coisa são os enunciados prescritivos, isto é, usados na função pragmática de prescrever condutas; outras, as normas jurídicas, como significações construídas a partir dos textos positivados e estruturados consoante a forma lógica dos juízos condicionais, compostos pela associação de duas ou mais proposições prescritivas” CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009. p. 129.

manutenção e o ressarcimento do trabalhador no caso da violação. De forma parecida, Carlos Henrique Bezerra Leite classifica os dispositivos constitucionais em princípios derivados da proteção ao meio ambiente de trabalho:

O princípio da proteção ao meio ambiente do trabalho (CF, art. 225 c/c o art. 200, VIII) é implementado por meio de outros princípios previstos no art. 7º do texto constitucional, a saber: princípio da limitação da duração do trabalho (incs. XIII, XIV, XV, XVI e XVII); princípio da proteção em face da automação (inc. XXVII); princípio da redução dos riscos inerentes ao trabalho (inc. XXII); princípio da obrigatoriedade de seguro contra acidentes de trabalho (inc. XXVIII, 1ª parte); princípio da responsabilidade civil do empregador pelos danos morais e materiais sofridos pelo trabalhador (inc. XXVIII, 2ª parte); princípio do pagamento de adicionais de remuneração para as atividades insalubres, perigosas ou penosas (inc. XXIII)<sup>296</sup>.

Em outras palavras, pode-se afirmar que a saúde do trabalhador é tutelada por três normas fundamentais previstas no artigo 7º da Constituição Federal: a limitação da jornada de trabalho, a proteção do meio ambiente do trabalho e obrigação de segurar o trabalhador contra os riscos.

Extraídas as normas dos dispositivos, bem como suas finalidades, uma análise econômica exige, primeiramente, que se identifique como são distribuídos os custos de sua efetivação, bem como seus efeitos.

Inicialmente, é possível verificar que: a) as normas interferem no livre acordo das partes em relação à quantidade de trabalho, pois estabelece limites diários, semanais e anuais de, visando proteger a saúde do trabalhador; b) as normas interferem na alocação de recursos e riscos do contrato de trabalho, por meio de normas de prevenção, responsabilidade civil e seguro obrigatório. As três normas interferem diretamente na livre negociação das partes, não podendo as mesmas acordarem diferentemente do disposto.

Em outras palavras: quem arca com os custos da redução dos riscos no contrato de trabalho? Qual o impacto da interferência no livre acordo das partes para negociar o tempo de trabalho? De igual importância verificar também a distribuição dos custos em relação ao seguro acidentário e responsabilidade civil por acidente de trabalho.

---

<sup>296</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. p. 89.

### *3.1.1 Eficiência, mercado de trabalho e saúde do trabalhador*

Antes da análise econômica propriamente dita, considera-se alguns fatores econômicos que influenciam o nível de proteção à saúde e segurança de um local de trabalho. E o principal desses fatores é o mercado.

No mercado ideal, os trabalhadores podem exigir salários mais altos por enfrentar riscos conhecidos, desde que tenham boas oportunidades alternativas de trabalho ou uma representação sindical eficiente. Neste caso, conforme será demonstrado, o próprio mercado é capaz de alocar e controlar os riscos. Ocorre que o mercado de trabalho, principalmente o brasileiro, está longe de ser ideal, e pode-se enumerar pelo menos três falhas que impactam diretamente na proteção à saúde e segurança do trabalhador.

Primeiramente, a assimetria de informações. Os trabalhadores, caso queiram identificar e avaliar os riscos ocupacionais, enfrentarão um custo proibitivo. Caso o salário a ser pago fosse mais alto quanto maior fosse o risco, e a responsabilidade recaísse sobre o empregado, certamente que o empregador ocultaria tais riscos antes da efetivação do contrato. E de fato esse é um dos motivos pelo qual a responsabilidade no ambiente de trabalho é realocada para o empregador, já que é muito menos custoso para ele deter tais informações.

Outro problema diz respeito à presença de externalidades, ou seja, custos transferidos a terceiros e que não são compensados pelas partes. Quando, por exemplo, parte dos custos de um acidente for compensada por meio de mecanismos gerais de apoio social, como assistência médica, seguro-desemprego, benefício previdenciário, etc). O assunto será retomado adiante.

E por último, é necessário se ter em mente que a concorrência no mercado de trabalho está muito longe da perfeição. O poder de barganha do trabalhador está muito aquém do poder exercido pelo empregador. Encontrar um novo emprego pode significar inúmeras implicações, custos e adaptações; enquanto encontrar um novo empregado significa apenas, na maioria das vezes, selecionar um novo currículo e fazer uma ligação. Dessa maneira, a ameaça de demissão – único poder real e imediato de barganha do trabalhador – é onerosa demais.

Cada uma dessas falhas exige uma intervenção legislativa distinta, pois, como visto, o mercado não é capaz de sozinho eliminá-las. Cumpre aqui analisar como as intervenções constitucionais buscam diminuir tais falhas de mercado e se são eficientes do ponto de vista da maximização da riqueza.

### 3.2 Custos de segurança

Uma resposta simplista para a primeira questão, – quem arca com os custos da redução dos riscos no contrato de trabalho? – do ponto de vista econômico é: a regra do ordenamento jurídico brasileiro, cumprindo a determinação da constituição, é em geral impor ao empregador os custos com a diminuição dos riscos inerentes ao trabalho<sup>297</sup>. Todavia, tais regras comportam uma outra realidade, ao se analisar sua estrutura de incentivos.

Uma empresa que incorre em riscos de acidente de trabalho, visando a maximização dos lucros, possui basicamente duas opções: aumentar o salário ofertado ao empregado que aceite assumir riscos ou reduzi-los para um patamar que seja aceito pelos empregados. Ambas opções possuem custos próprios.

Em um cenário ideal, as partes, que possuem todas as informações, negociam livremente em um ambiente sem custos de transação, buscando a maximização da riqueza. No ambiente laboral, isto significaria dizer que o empregado teria todas as informações – vagas de emprego disponíveis para ele em outras empresas e os respectivos salários, a intenção da empresa com sua contratação e se o contrato de trabalho será duradouro, quais serão todas as suas atribuições, e no presente caso, os riscos de um acidente de trabalho e sua gravidade. O empregador, de seu lado, também estaria provido com todas as informações acerca do potencial empregado, histórico de doenças, produtividade, etc.

Na construção de um “tipo-ideal” de contrato de trabalho, ignoram-se os custos de transação, ou presume-se que os mesmos sejam iguais a zero. Deixa-se de considerar também outros fatores que podem influenciar, como nível de habilidade, idade, experiência, raça, sexo, *status* sindical, região do país, e assim por diante.

Outro fator a ser avaliado aqui é que o equilíbrio do mercado de trabalho não responde exclusivamente ao salário, ou seja, a estrutura tradicional de oferta e demanda não se aplica ao presente caso. Em outras palavras: os trabalhadores, ao optarem por esta ou aquela vaga, observam, além do salário, outros fatores, como conforto e riscos de acidente ou à saúde.

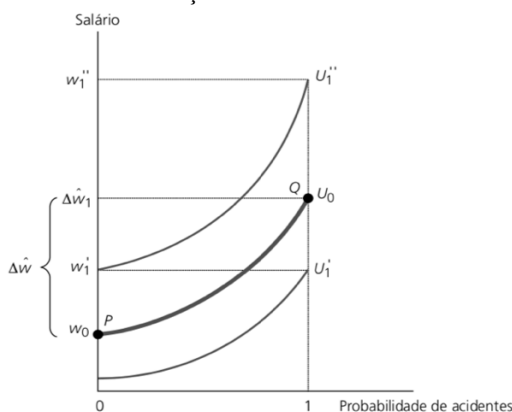
---

<sup>297</sup> Para verificar a escolha do legislador pela imposição dos custos de segurança ao empregador, basta verificar a Normas Regulamentadoras emitidas pelo Ministério do Trabalho. Ressalta-se também uma tendência de uma maior responsabilização dos empregadores pelos acidentes de trabalho, conforme entendimento recente do STF na Repercussão geral no Recurso Extraordinário 828.040, citado anteriormente. Sebastião Geraldo de Oliveira também é bastante enfático nesse sentido: “A conclusão que se impõe é que o empregador tem obrigação de promover a redução de todos os fatores (físicos, químicos, biológicos, fisiológicos, estressantes, psíquicos etc.) que afetam a saúde do empregado no ambiente de trabalho”. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Estrutura normativa da segurança e saúde do trabalhador no Brasil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, [s. l.], v. 45, n. 75, p. 107–130, 2007.

Logo, há sempre a priorização da utilidade, e não do salário. Sempre que um trabalhador informado “tiver a escolha entre um emprego com ‘boas’ condições de trabalho e um emprego de salário igual com ‘más’ condições de trabalho, ele ou ela escolherá o emprego ‘bom’”<sup>298</sup>. Diante de tal presunção, questiona-se como empresas com trabalhos arriscados atraem trabalhadores. E a resposta mais óbvia é: oferecendo salários mais altos.

No cenário exemplificado no gráfico da figura 1, tem-se no caso duas vagas de emprego sendo oferecidas a um trabalhador: uma com risco 0, e outra que risco 1.

Gráfico 1 - Curvas de indiferença entre salários e risco de acidentes



Fonte: (BORJAS, 2012, p. 226)

O trabalhador recebe um salário  $w_0$  para assumir um emprego seguro (probabilidade de acidentes igual a 0), representado pelo ponto P. Neste ponto, ganhará  $U_0$  utilies (unidade arbitrária de bem-estar/utilidade). Vejamos o que acontece quando a empresa de maior risco oferece um melhor salário.

Caso o novo salário oferecido seja  $w'_1$ , a utilidade será  $U'_1$ , ou seja, inferior à obtida no ponto P. Se houver uma nova oferta  $\hat{w}_1$ , a utilidade será a mesma que alcançada no ponto P, optando o empregado, obviamente, pelo emprego seguro. O empregado só daria preferência ao emprego de risco caso o salário fosse  $w''_1$ , onde então o nível de utilidade  $U''_1$  seria alcançado. Com esse parâmetro é definido inclusive o preço de reserva do trabalhador, por meio da fórmula  $\Delta \hat{w} = \hat{w}_1 - w_0$ . Se o trabalhador auferir salário igual a  $\Delta \hat{w}$  ao mudar da vaga segura para a de maior risco, ele acabará por ficar indiferente ao risco adicional. “Assim sendo, o preço de

<sup>298</sup> No original: Our prediction about the existence of compensating wage differentials grows out of the reasonable assumption that if an informed worker has a choice between a job with “good” working conditions and a job of equal pay with “bad” working conditions, he or she will choose the “good” job (tradução livre). EHRENBURG, Ronald G.; SMITH, Robert S. **Modern labor economics: theory and public policy**. 11. ed. Boston: Pearson Education Inc, 2012. p. 244.

reserva é a resposta do trabalhador à velha pergunta: ‘Quanto seria preciso para que você faça algo que prefere não fazer?’”<sup>299</sup>.

Do ponto de vista da empresa, em nosso cenário hipotético, cabe ao empresário decidir se oferecerá um ambiente seguro ou com risco, já que, ambas as opções trazem despesas. George Borjas demonstra essa opção por meio de uma série de cálculos.

Primeiramente, o autor define  $a_0$  como uma variável que representa a alteração na produção quando uma empresa segura contrata mais um trabalhador, ou seja, é o produto marginal do trabalho no ambiente sem riscos. Da mesma forma,  $a_1$  é o produto marginal do trabalho para uma empresa que oferece risco. “Se o preço da produção é igual a  $p$  dólares, o valor do produto marginal do trabalho em uma empresa segura é  $p \times a_0$  [...] e o valor do produto marginal do trabalho em uma empresa de risco é igual a  $p \times a_1$ ”. A diferença entre os dois cálculos é que, a segurança incorre custos, sendo o produto marginal do ambiente arriscado maior do que o do ambiente seguro ( $a_1 > a_0$ ).

Por fim, calcula-se a diferença entre tais preços de produção como o dólar que será ganho por trabalhador quando a empresa mudar de um ambiente seguro para um ambiente de risco ( $pa_1 - pa_0$ ). Chama-se tal diferença de  $\theta$ . Se o preço de reserva do trabalhador for maior do que a diferença entre os preços de produção ( $w_1 - w_0 > \theta$ ), a regra da decisão da empresa será a de oferecer um trabalho seguro. Todavia, se a diferença for menor, será mais lucrativo oferecer um ambiente arriscado ( $w_0 - w_1 < \theta$ )<sup>300</sup>. Em síntese:

Se os custos adicionais de mão de obra excederem os ganhos de produtividade por trabalhador, a empresa ficará numa situação melhor se oferecer um ambiente seguro. Se os custos adicionais de mão de obra forem menores que os ganhos de produtividade por trabalhador, a empresa ficará numa situação melhor se oferecer um ambiente de risco<sup>301</sup>.

O autor salienta que o valor de  $\theta$  difere entre empresas. Logo, o incremento de  $\theta$  será menor em uma universidade do que em uma mina de carvão: na universidade, não há necessidade de alocação de muitos recursos para oferecer maior segurança, e o ganho por cada trabalhador será pequeno; já na mina de carvão, os ganhos de produtividade ao economizar com a segurança serão mais significativos.

---

<sup>299</sup> BORJAS, George J. **Economia do Trabalho**. Tradução: R. Brian TAYLOR. 5. ed. Porto Alegre: AMGH Editora Ltda, 2012. p. 226.

<sup>300</sup> Ibid., p. 227–228.

<sup>301</sup> Ibid., p. 228.

Os cálculos revelam que, quanto maiores forem os gastos com a segurança, menores serão os salários oferecidos. Ou seja, custos com segurança serão invariavelmente pagos pelos trabalhadores.

Em um exemplo bastante perfunctório, mas elucidativo, Borjas calcula “o valor da vida”, a fim de demonstrar quanto os trabalhadores deixam de receber quando optam por um ambiente seguro.

Embasado em uma pesquisa publicada em 2006, o autor parte do pressuposto de que cada aumento de 0,001 pontos na probabilidade de acidentes fatais (um trabalhador a cada mil, por ano), pode aumentar os ganhos anuais de cada empregado em US\$7,6 mil. Com isso, cria um cenário hipotético onde existem duas empresas: X, que possui uma probabilidade de acidentes fatais igual a  $p_x$  e ganham  $w_x$  dólares por ano; e Y, que tem uma probabilidade de acidente 0,001 ponto a mais do que a empresa X, e que paga US\$7,6 mil a mais. A conclusão é bastante óbvia:

Essa interpretação dos dados sugere que cada um dos trabalhadores na empresa Y está disposto a desistir de US\$ 7,6 mil por ano para reduzir a probabilidade de acidente fatal em seu trabalho em 0,001 unidade. Em outras palavras, os mil trabalhadores da empresa Y estão dispostos a desistir de US\$ 7,6 milhões (ou US\$  $7.600 \times 1.000$  trabalhadores) para salvar a vida de um trabalhador que certamente morrerá em determinado ano. Assim sendo, os trabalhadores na empresa Y valorizam a vida em US\$ 7,6 milhões <sup>302</sup>.

O exemplo acima é bastante claro, e demonstra quem paga pelos maiores ou menores gastos com segurança nas empresas: o trabalhador. Conforme enfatiza Ronald G. Ehrenberg e Robert S. Smith, os valores pagos a mais para que o trabalhador aceite trabalhar em um ambiente de maior risco, na verdade, de excedente não tem nada. Trata-se apenas de compensações. “Assim, as diferenças salariais compensatórias tornam-se os preços aos quais os trabalhadores podem comprar boas condições de trabalho ou vender as más condições de trabalho” <sup>303</sup>.

Esta análise demonstra a realidade diante de um cenário normativo em que o trabalhador pode escolher entre um trabalho seguro e outro não seguro; em que a empresa pode oferecer uma vaga segura e outra não segura. A consequência será o custeio da segurança por parte dos trabalhadores mediante diminuição de seus salários.

---

<sup>302</sup> Ibid., p. 237.

<sup>303</sup> No original: “Thus, compensating wage differentials become the prices at which good working conditions can be purchased by, or bad ones sold by, workers” (tradução livre). EHRENBURG; SMITH, 2012, p. 244.

Feitas tais considerações sobre o modelo econômico de um “tipo-ideal”, pode-se então compará-lo com a realidade brasileira. No ambiente trabalhista, sobretudo no brasileiro, não há opção para o trabalhador escolher entre uma empresa com mais ou menos risco. Muito menos existe a opção de barganha; quiçá os empregados conhecem o risco a ser enfrentado no local de trabalho, já que o custo para obter tal informação é por vezes proibitivo.

Tais falhas de mercado devem, portanto, ser corrigidas por intervenções regulatórias. Don Dewees, David Duff e Michael Trebilcock elencam cinco tipos de intervenções que serão utilizadas aqui pelo fato de que os autores já revisaram inúmeros estudos empíricos sobre: 1) responsabilidade civil (que será tratada em tópico distinto); 2) regulação de comando e controle; 3) instrumentos fiscais e de seguros (aqui incluído o seguro acidentário constitucional); 4) sanções criminais; 5) políticas de informações; e 6) a compensação sem culpa (será tratada em conjunto com a responsabilidade civil). Acrescenta-se ainda o pagamento de indenização *ex ante* pela insalubridade, periculosidade ou penosidade no local de trabalho.

### *3.2.1 Regulação de comando e controle*

Richard Posner, ao tratar da responsabilidade civil objetiva como forma de diminuir os acidentes, proporciona ainda o vislumbre de um outro cenário. O autor salienta que a absorção dos custos dos acidentes pelas indenizações oriundas da responsabilidade civil objetiva acarreta a diminuição da produção, e proporcionalmente, a diminuição dos acidentes<sup>304</sup>. O gráfico a seguir ilustra o raciocínio.

---

<sup>304</sup> POSNER, 1986, p. 194.

Gráfico 2 – Efeito da responsabilização do empregador pelo custo integral do acidente

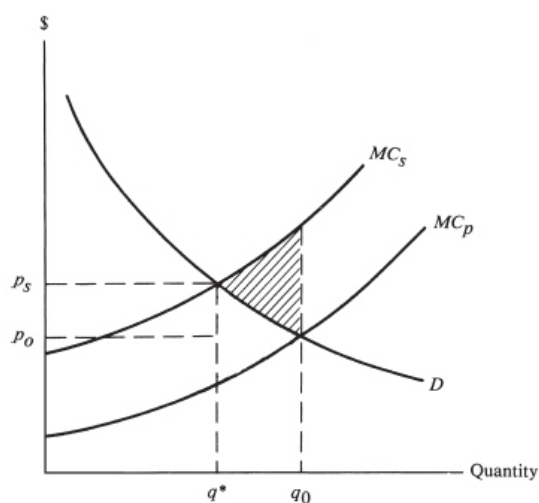


Figure 6.2

Fonte: (POSNER, 1986, p. 193).

A curva de demanda da indústria é representada em D. Os custos de acidentes inteiramente suportados por terceiros (empregados ou não) são considerados proporcionais à produção da indústria. A curva denominada  $MC_p$  é a curva de custo marginal privado da indústria. A curva denominada  $MC_s$  é a curva de custo marginal social da indústria; ou seja, inclui os custos dos acidentes. Posner propõe que a absorção desses custos por meio da responsabilidade objetiva faria com que  $MC_s$  se tornasse a curva de custo marginal privado da indústria, induzindo-a a reduzir a produção de “q” para “q\*”, o que resultaria na eliminação de grande parte dos acidentes (área sombreada).

Tal raciocínio pode ser aplicado impondo-se ao empregador a obrigação de diminuir o risco a um patamar aceitável. É o alcance desse padrão aceitável o empecilho desse cenário.

Ao analisar o impacto de uma legislação de comando e controle nos EUA, Don Dewees, David Duff e Michael Trebilcock, verificaram que a OSHA – Occupational Safety and Health Administration –, agência federal americana responsável por estabelecer e fazer cumprir os padrões de segurança e saúde nos locais de trabalho, enfrenta alguns problemas.

O principal desses problemas é que a OSHA regulou em excesso alguns setores e falhou em regular outros, já que é uma agência que sofre pressões de grupos de interesses. Destarte, a OSHA não tem um método claro de triagem ou priorização dos riscos, e não consideram a viabilidade do padrão de segurança estabelecido. O resultado é que não há um consenso de que

seu surgimento tenha colaborado com a diminuição dos incidentes trabalhistas<sup>305</sup>. Todavia, na análise de custo-benefício, a OSHA parece ser viável, gerando um benefício estimado de \$408 milhões por ano, contra um custo de \$400 milhões<sup>306</sup>.

Ao menos em teoria, o gasto ideal com seguros pode ser calculado de maneira que cada valor em moeda gasto com segurança reduza a probabilidade de acidente, até um ponto de equilíbrio. Esse melhor esse cálculo por meio de um exemplo.

Imagine que uma pessoa esteja decidindo comprar um gerador para garantir que uma falha de energia não estragasse os produtos armazenados em suas geladeiras. Supõe-se que a empresa de energia interrompa o fornecimento de energia por 10 vezes no ano, e cada uma dessas interrupções causa R\$50,00 de prejuízo. Caso seja o consumidor que deve absorver todo o prejuízo de R\$500,00 por ano, compensará para o mesmo adquirir um gerador por qualquer valor inferior.

Na prática, e principalmente em relação ao ambiente de trabalho, nem todos os riscos podem ser eliminados, e apenas o dano pode ser mitigado; e nunca existe uma só maneira de diminuir tais danos. Logo, o dano efetivamente produzido é função da amplitude das medidas preventivas adotadas.

O custo total de acidentes cai em função das medidas preventivas adotadas, mas isto não se dá de maneira linear: as primeiras fontes de danos são mais fáceis de neutralizar que as subsequentes, e assim por diante. Quanto às medidas de prevenção, a relação é inversa: as primeiras são mais custosas, as seguintes menos. Daí resulta que quanto mais amplas forem as medidas de prevenção já adotadas, mais custosas serão as adicionais, necessárias para reduzir o custo total do prejuízo<sup>307</sup>.

Prevenir qualquer dano torna o custo proibitivo. Basta se pensar em como prevenir a queda de um avião. Na situação contrária, deixar de adotar qualquer prevenção leva à situação em que o prejuízo seria desmedido. Logo, o ponto ideal é aquele no qual o valor gasto com segurança será menor ou igual à redução do custo total do dano. O gráfico a seguir ilustra melhor.

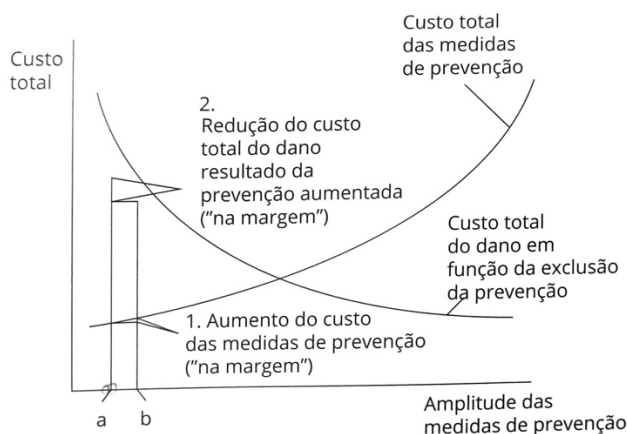
---

<sup>305</sup> DEWEES, Don; DUFF, David; TREBILCOCK, Michael. **Exploring the domain of accident law: Taking the facts seriously**. New York: Oxford University Press, 1996. p. 377–378.

<sup>306</sup> Ibid., p. 377.

<sup>307</sup> MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 372.

Gráfico 3 - Medida ótima de prevenção



Fonte: (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 373)

No gráfico acima, observa-se que para sair do ponto “a” para o ponto “b”, o aumento do custo das medidas de prevenção é menor do que a redução do custo total do dano. O ponto de equilíbrio se dará exatamente quando o custo das medidas de prevenção for menor ou igual ao custo total do dano.

No Brasil, a Norma Regulamentadora 4 do Ministério do Trabalho classifica os riscos em quatro graus, determinando a utilização de serviços técnicos especializados em saúde e segurança do trabalho conforme esses graus e conforme o número de empregados na empresa.

O que se observa é que existe uma personalização nas imposições, determinando, além de padrões mínimos, a contratação de profissionais especializados utilizando um critério de risco (o grau determinado conforme o CNAE), e outro econômico (o número de empregados)<sup>308</sup>.

Todavia, existem ainda inúmeras outras normas regulamentadoras cujo critério na elaboração não é exatamente técnico, já que são revisadas por uma Comissão Tripartite Paritária Permanente, composta por membros do governo e representantes de empregadores e empregados, conforme artigos 10 e 11 do Decreto 10.905/2021<sup>309</sup>.

<sup>308</sup> BRASIL, Ministério do Trabalho e Emprego. **NR 04 - Serviços especializados em engenharia de segurança e em medicina do trabalho.**, 1978. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-04.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.

<sup>309</sup> Art. 10. A Comissão Tripartite Paritária Permanente possui natureza consultiva e é composto de forma tripartite, observada a paridade entre os representantes do governo, dos trabalhadores e dos empregadores.

Art. 11. À Comissão Tripartite Paritária Permanente compete: I - propor ações nas áreas de segurança e saúde no trabalho; II - propor medidas de compatibilização entre a proteção ao trabalhador e o desenvolvimento econômico do País; III - estimular o diálogo entre governo, trabalhadores e empregadores; IV - elaborar estudos e, quando

Tabela 1 - Quadro das NRs

| QUADRO DAS NORMAS REGULAMENTADORAS DA PORTARIA N. 3.214/78 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO                                                    |                                                                                   |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| NR-1 Disposições Gerais                                                                                                                 | NR-2 Inspeção Prévia                                                              |
| NR-3 Embargo ou Interdição                                                                                                              | NR-4 Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho |
| NR-5 Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - CIPA                                                                                  | NR-6 Equipamentos de Proteção Individual - EPI                                    |
| NR-7 Programas de Controle Médico de Saúde Ocupacional - PCMSO                                                                          | NR-8 Edificações                                                                  |
| NR-9 Programas de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA                                                                                 | NR-10 Segurança em Instalações e Serviços em Eletricidade                         |
| NR-11 Transporte, Movimentação, Armazenagem e Manuseio de Materiais                                                                     | NR-12 Máquinas e Equipamentos                                                     |
| NR-13 Caldeiras e Vasos de Pressão                                                                                                      | NR-14 Fornos                                                                      |
| NR-15 Atividades e Operações Insalubres                                                                                                 | NR-16 Atividades e Operações Perigosas                                            |
| NR-17 Ergonomia                                                                                                                         | NR-18 Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção            |
| NR-19 Explosivos                                                                                                                        | NR-20 Líquidos Combustíveis e Inflamáveis                                         |
| NR-21 Trabalho a Céu Aberto                                                                                                             | NR-22 Segurança e Saúde Ocupacional na Mineração                                  |
| NR-23 Proteção Contra Incêndios                                                                                                         | NR-24 Condições Sanitárias e de Conforto nos Locais de Trabalho                   |
| NR-25 Resíduos Industriais                                                                                                              | NR-26 Sinalização de Segurança                                                    |
| NR-27 Registro Profissional do Técnico de Segurança do Trabalho no MTB                                                                  | NR-28 Fiscalização e Penalidades                                                  |
| NR-29 Norma Regulamentadora de Segurança e Saúde no Trabalho Portuário                                                                  | NR-30 Norma Regulamentadora de Segurança e Saúde no Trabalho Aquaviário           |
| NR-31 Norma Regulamentadora de Segurança e Saúde no Trabalho na Agricultura, Pecuária, Silvicultura, Exploração Florestal e Aquicultura | NR-32 Segurança e Saúde no Trabalho em Estabelecimentos de Saúde                  |
| NR-33 Segurança e Saúde nos Trabalhos em Espaços Confinados                                                                             |                                                                                   |

Fonte: (OLIVEIRA, 2007).

Existem dados do Ministério do Trabalho e Emprego sobre a taxa de incidência de acidentes de trabalho separados por CNAE e por estados<sup>310</sup>. Alguns custos de segurança para aplicação nas normas regulamentadoras podem ainda ser estimados.

---

solicitado, participar do processo de revisão das normas regulamentadoras de segurança e saúde no trabalho; e V - elaborar estudos e acompanhar pesquisas e eventos científicos relativos à prevenção de acidentes e doenças do trabalho.

<sup>310</sup> A Subsecretaria de Inspeção do Trabalho divulga anualmente o documento denominado “Diagnóstico de Acidentes do Trabalho do Brasil”, com dados específicos sobre os acidentes ocorridos e as referidas taxas de incidência, separados por estado da federação, e por setor, conforme o CNAE. Os dados podem ser conferidos em <<https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/acidentes-de-trabalho-informacoes>>.

Nelson de O. Quesado Filho, Filipe Jorge I. S. M. Moura Nogueira e Marcos Antônio Dutra Filho publicaram em 2020 um estudo de caso que dá uma estimativa dos custos advindos da aplicação da NR18 no ramo da construção civil. Os autores chegaram nos seguintes dados:

Tabela 2 - Gastos com a implementação da NR-18 no estudo de Quesado Filho, Nogueira e Dutra Filho

| <b>Item</b>                  | <b>R\$</b>    | <b>Percentual</b> |
|------------------------------|---------------|-------------------|
| Valor da construção          | 9.598.731,84  | 94,56             |
| Valor de atendimento da NR18 | 552.300,10    | 5,44%             |
| Total                        | 10.151.031,94 | 100%              |

Tem-se uma estimativa de riscos, e um valor estimado de gastos com a segurança. Todavia, até o momento, não há cruzamento desses dados para a verificação do quanto custaria para diminuir a probabilidade de ocorrência de um acidente. E a estimativa de custos acima leva em consideração apenas a aplicação de uma NR.

Pode-se afirmar desde já que a regulação central no Brasil é o meio mais eficiente para oferecimento de segurança no trabalho. Todavia, não existem dados para verificar se sua implementação é eficiente do ponto de vista econômico.

Apenas a título de exemplo, no ano de 2019 o governo federal encabeçou importante reforma das normas regulamentadoras. Foram revisadas a NR1, a NR12 e revogada a NR2. “Estudo realizado pela Secretaria de Política Econômica (SPE) do Ministério da Economia aponta que a revisão da NR 12 poderá reduzir até R\$ 43,4 bilhões em custos para o agregado da indústria, refletindo em aumento entre 0,5% e 1% da produção industrial”<sup>311</sup>. Segundo representantes do governo, as revisões aprimorariam as normas sem impacto no índice de acidentes de trabalho. Não se sabe ao certo se as revisões nas normas realmente não impactaram os índices de acidente de trabalho, mas sabe-se que de fato a modernização gerou impactos financeiros positivos para as indústrias. Ressalta-se que tais revisões foram discutidas no âmbito da Comissão Tripartite Paritária Permanente.

O exemplo serve para questionar justamente a possibilidade da realização de melhores estudos sobre o impacto das regulações brasileiras. Se é verdade que a revisão de apenas três

---

<sup>311</sup> BRASIL, Ministério da Economia. Governo moderniza Normas Regulamentadoras de Segurança e Saúde no Trabalho. *Em*: GOV.BR. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2019/07/governo-moderniza-normas-regulamentadoras-de-seguranca-e-saude-no-trabalho>. Acesso em: 22 jun. 2022.

NRs possibilitou uma injeção de R\$43,4 bilhões na economia sem aumento de acidentes de trabalho, fica evidenciado que definitivamente não existe um critério econômico de custo-benefício que evite gastos desnecessários.

### *3.2.2 Instrumentos fiscais e o seguro acidentário do trabalhador – SAT*

A cobrança de imposto sobre as lesões provocadas em acidente de trabalho funcionaria, em tese, como um incentivo para que os empregadores aumentassem seus níveis de segurança. A ideia aqui é que se aplique uma penalidade para cada lesão ou aumento da quantidade de exposição a alguma substância perigosa.

As vantagens seriam a de conceder ao empregador um método mais eficiente (em termos de custo-benefício) para aumentar a segurança, pois confere a liberdade de escolher entre o pagamento da penalidade ou investimento em medidas de segurança. A ideia é que nem sempre as medidas segurança, para determinando ambiente de trabalho, geram o melhor custo-benefício.

No Brasil algo semelhante é feito com relação a seguro acidentário estabelecido pela Constituição. Tal norma serve a dois propósitos distintos: a taxação do acidente de trabalho e a compensação do trabalhador sem análise de culpa.

O seguro acidentário a que a Constituição se refere são os benefícios previdenciários previstos na lei federal 8.213/91, em seu artigo 18. Trata-se dos benefícios de: a) aposentadoria por invalidez; b) auxílio-doença; c) auxílio-acidente; e d) pensão por morte. Cada um desses benefícios possui sua peculiaridade quanto aos requisitos de obtenção, valores recebidos e tempo de duração<sup>312</sup>. Como o objetivo do presente trabalho é analisa-los de uma maneira genérica, tais peculiaridades não serão abordadas, considerando-se o seguro imposto pela Constituição como um conjunto de benefícios que garantem a subsistência do trabalhador caso este venha a ficar incapacitado temporária ou permanentemente, parcial ou totalmente, para o trabalho.

Por se tratar de benefícios previdenciários, o custeio é feito por meio do regime geral de previdência social, cuja contribuição é universal, nos termos dos artigos 10 e 11 da lei

---

<sup>312</sup> COUTINHO, 2013.

8.212/91<sup>313</sup>. Tanto empregadores quanto empregados contribuirão para a manutenção da previdência social, e, portanto, para manutenção dos benefícios relativos a acidentes de trabalho.

Todavia, especificamente para os benefícios que envolvem riscos acidentários, existe ainda o tributo previsto no artigo 22, inciso II<sup>314</sup> da lei 8.212/91, inicialmente chamado de SAT. A ideia é que, quanto mais a empresa ofereça riscos para os trabalhadores, maior será a alíquota paga sobre sua folha de pagamento. O intuito dessa alíquota é justamente financiar tais benefícios. É nesse sentido que se forma a dupla estrutura de incentivos: a penalização do empregador e a compensação dos trabalhadores. Como o intuito aqui é analisar o caráter dissuasivo/penal de uma taxa sobre os acidentes, deixa-se o caráter compensatório para depois.

Para personalizar a alíquota, foi criado em 2010, por meio da lei 10.666, o Fator Acidentário de Prevenção, que se trata de um multiplicador de 0,50 a 2,00, publicado anualmente pelo Ministério do Trabalho e leva em consideração o histórico da empresa em relação a acidentes. Assim, supondo que uma empresa tenha um grau baixo de risco (1% de SAT), mas tenha um FAP de 2, pagará 2% (SAT x FAP) sobre sua folha de pagamento a título de tributo acidentário.

Em estudo realizado sobre o tema, publicado em 1979, Robert Smith tentou responder duas questões: (1) existem evidências de que as empresas responderiam a um imposto sobre lesões, tomando as medidas necessárias para reduzir as lesões? (2) aproximadamente qual seria o valor médio do imposto a ser alcançado, para dada redução da taxa de lesões? <sup>315</sup> Smith

---

<sup>313</sup> Art. 10. A Seguridade Social será financiada por toda sociedade, de forma direta e indireta, nos termos do art. 195 da Constituição Federal e desta Lei, mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de contribuições sociais.

Art. 11. No âmbito federal, o orçamento da Seguridade Social é composto das seguintes receitas: I - receitas da União; II - receitas das contribuições sociais; III - receitas de outras fontes. Parágrafo único. Constituem contribuições sociais: a) as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço; b) as dos empregadores domésticos; c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário-de-contribuição; d) as das empresas, incidentes sobre faturamento e lucro; e) as incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos.

<sup>314</sup> II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve; b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio; c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

<sup>315</sup> SMITH, Robert S. The Feasibility of an "Injury Tax" Approach to Occupational Safety. **Law and Contemporary Problems**, [s. l.], v. 38, n. 4, p. 730, 1974. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1190976>

concluiu que de fato as empresas respondem aos incentivos tributários para aumentar a segurança no local de trabalho.

Uma pesquisa brasileira conduzida no ano de 2021 chegou à mesma conclusão sobre o FAP<sup>316</sup>. No estudo, os pesquisadores compararam dados anteriores ao FAP, e dados posteriores. Os autores notaram uma diminuição sensível dos acidentes de trabalho após o advento do FAP, todavia, muito aquém da hipótese. O resultado do estudo acabou por ser inconclusivo.

No estudo de Robert Smith, muito embora se admita o efeito da estrutura de incentivos que pune com tributos aqueles que causam mais lesões, percebeu-se que é necessária uma penalidade muito grande para induzir uma pequena redução na taxa de acidentes. Uma redução de 10% no índice de lesões exigiria uma taxa entre US\$1.600 e US\$3.100 por lesão. E essa taxa poderia aumentar ainda mais caso se levasse em consideração a gravidade da lesão.

O que se observa é que um imposto sobre lesão tido exclusivamente como penalidade é teoricamente aplicável, porém sem eficácia prática satisfatória, se comparado com outros mecanismos dissuasivos no âmbito da segurança laboral.

Porém, é importante apenas ressaltar que o SAT/FAP, não serve apenas como penalidade ao empregador que não diminui os riscos no local de trabalho, mas também como meio de angariar fundos para compensação dos trabalhadores vítimas de acidente. E, como será exposto adiante, esse prisma altera completamente a eficiência desse mecanismo.

### 3.2.3 Sanções criminais

Trata-se de mais um instrumento de incentivo para redução dos índices de acidente de trabalho. A ideia subjacente é que, caso o empregador responda criminalmente pelo acidente, aumentará investimentos na segurança ou aumentará da vigilância, evitando as lesões.

No Brasil, a previsão de modalidades culposas de crime como lesão corporal e homicídios têm sido utilizadas para apuração de negligência ou imprudência do empregador no local de trabalho, mas não se tem, até o momento, dados sobre a efetividade de tais medidas.

Os principais problemas da criminalização dos acidentes de trabalho é, primeiramente, a dificuldade do ônus da prova, já que a conduta culposa ou dolosa deve ser provada. Destarte, a condenação de corporações ou empresas torna a individualização da pena bastante complicada.

---

<sup>316</sup> WERNKE, Amanda da Rosa *et al.* Taxas de risco de acidentes de trabalho no Brasil: efeito do Fator Acidentário de Prevenção (FAP)? *Ciência & saúde coletiva*, [s. l.], v. 26, n. 12, p. 6079–6088, 2021.

Ao menos em tese, sanções penais podem ser usadas em conjunto com um sistema de responsabilidade civil para punir infratores e complementar as sanções regulatórias, mas tal hipótese carece de uma averiguação empírica<sup>317</sup>.

### *3.2.4 Políticas de informação*

Como visto, uma das principais falhas de mercado no mercado de trabalho, que colaboram com menor poder de barganha dos trabalhadores é a assimetria de informação. Um empregado pode aprender sobre os riscos associados ao seu trabalho em alguns casos, mas na maioria das vezes não, principalmente quando se trata de agentes nocivos à saúde.

O mercado não disponibiliza este tipo de informação por motivos bastante óbvios: a informação é um bem público cujos benefícios não são captados integralmente pela empresa; e as informações completas sobre riscos à saúde e segurança podem levar os trabalhadores a exigir mais prêmios pelos riscos ou maior segurança, aumentando os custos da indústria.

O que os estudos empíricos revisados por Don Dewees, David Duff e Michael Trebilcock revelaram é que novas informações sobre riscos resultaram em significativo aumento de demanda por aumento de salários ou uma maior inclinação à mudança de emprego. “Podemos concluir que, embora informar os trabalhadores sobre os riscos do trabalho seja caro, um programa bem projetado pode ser eficaz se transmitir com sucesso informações de risco previamente desconhecidas”<sup>318</sup>.

### *3.2.5 Adicionais*

A imposição ao empregador do pagamento de uma indenização pela exposição do trabalhador ao risco de um acidente, baseado na probabilidade e custos desses acidentes, é uma escolha legislação brasileira. A regra da Constituição é que, no caso de um ambiente de trabalho ruim, o empregador reduza os riscos (inciso XXII) ou pague um salário maior (adicionais estabelecidos pelo inciso XXIII do artigo 7º da Constituição).

Paulo Rogério Albuquerque-Oliveira, partindo de uma ótica jurídica/principiológica, chega a uma conclusão bastante parecida. Para ele, a opção econômica das empresas se dá entre “reduzir o risco à saúde e segurança (manutenção do equilíbrio ambiental) ou assumi-los,

---

<sup>317</sup> DEWEES; DUFF; TREBILCOCK, 1996, p. 383.

<sup>318</sup> Ibid., p. 384.

mediante remuneração diferenciada”<sup>319</sup>. Por isso que o autor dá aos adicionais do inciso XXIII do artigo 7º da CF o título de “regulador”, ou *setpoint* do equilíbrio entre meio ambiente do trabalho, saúde e proteção e livre iniciativa.

Defronte ao custo de oportunidade negativo, a livre iniciativa deixa de investir em melhora ambiental (saúde coletiva) para simplesmente “pagar para adoecer ou matar”, dado o rasteiro e objetivo fato de ser  **muito barato e pouquíssimo arriscado cometer ilegalidades quanto ao meio ambiente do trabalho e a saúde do trabalhador**, uma vez que há cobertura constitucional (legal) para isso<sup>320</sup>.

Ao fim, Albuquerque-Oliveira propõe cinco tipos diferentes de soluções para resolução do problema: 1) abolição do inciso XXIII do artigo 7º da Constituição, via emenda constitucional (solução ideal); 2) alteração do referido inciso, no sentido de impor uma reserva legal que oriente o legislador no sentido de evitar os abusos da livre iniciativa e subordinar os pagamentos adicionais ao completo atendimento de preceitos preventivos; 3) revogar os artigos 192 e 193 da Consolidação das Leis Trabalhistas, desregulamentando os adicionais; 4) trocar o adicional por redução de jornada; e 5) trocar o adicional por aposentadoria precoce<sup>321</sup>.

O que chama a atenção no estudo é que ele demonstra ser absolutamente contra intuitivo: o autor propõe a abolição de um direito fundamental trabalhista para uma maior proteção do trabalhador. Exatamente por tal motivo que admite que uma extinção do inciso XXIII enfrentaria fortes resistências políticas e doutrinárias.

Destaca-se também a opinião de Fabio Rodrigues Gomes sobre os adicionais referidos. Segundo o autor, tais adicionais não são direitos fundamentais trabalhistas, visto que os referidos valores “não são indispensáveis à preservação da igual autonomia criativa dos empregados. A sua capacidade de escolha, de decisão ou de ação comunicativa não estará comprometida, caso estas prestações deixem de existir”<sup>322</sup>.

Usando dados dos anos 80, Dewees e Daniels determinaram que uma taxa sobre exposição a agentes nocivos – algo parecido com os adicionais praticados no Brasil – seriam insuficientes para criar os incentivos necessários com respeito às substâncias causadoras de doenças. Usando o nível de remuneração dos trabalhadores para determinar a quantidade de dinheiro necessária para compensar a vítima, eles descobriram que as penalidades ficariam

---

<sup>319</sup> ALBUQUERQUE-OLIVEIRA, Paulo Rogério. Saúde do trabalhador perante os direitos fundamentais: uma crítica propositiva. *Revista de Previdência Social*, [s. l.], v. 30, p. 781–793, 2006.

<sup>320</sup> *Ibid.*

<sup>321</sup> *Ibid.*

<sup>322</sup> GOMES, 2013, p. 142.

muito aquém do custo de reduzir as contaminações e, portanto, não criariam um incentivo para aumentar a segurança<sup>323</sup>.

Seja a partir de uma análise utilizando um modelo econômico ideal, seja a partir da análise jurídica/principiológica feita por Albuquerque-Oliveira, o que se observa é que o modelo imposto pela Constituição Federal é ineficiente. E os problemas deste modelo são basicamente dois: a opção pela redução do risco ou pelo recebimento do adicional não fica a cargo do trabalhador, cabendo ao empregador optar pelo valor que lhe dê o melhor retorno, que é quase sempre o pagamento dos adicionais; os valores pagos a título de adicionais não levam em consideração um preço de mercado, ou seja, não consideram a curva de indiferença do trabalhador, impondo um valor arbitrário que pode não corresponde a uma compensação justa.

### 3.2.6 *Objetivos subjacentes*

Em um cenário ideal, as partes barganham o contrato de trabalho e negociam os riscos, proteção e prêmios. Todavia, sabe-se que, escolhendo a maior proteção, são os trabalhadores quem arcarão com os custos, mediante a diminuição dos salários. Em um cenário real, falhas de mercado impedem a barganha entre as partes, necessitando a intervenção regulatória.

Dessa maneira, elencou-se ao menos cinco estruturas de incentivos que em tese podem corroborar com a correção das falhas do mercado de trabalho: a regulação central, impondo aos empregadores a redução dos riscos no ambiente de trabalho; a utilização de um instrumento fiscal como meio de punição/desincentivo; sanções criminais; políticas de informações; e pagamento de adicionais.

A estrutura de comando central, ou seja, a imposição de custos ao empregador, tendo em vista este ser o detentor das informações e do poder de mercado, é apontado como um dos meios mais efetivos para diminuição dos acidentes de trabalho. E a legislação brasileira o faz de maneira exemplar, já que impõe tais custos de maneira escalonada conforme a quantidade de empregados e atividade da empresa.

O que convém analisar em relação à regulação brasileira é se esta obedece a critérios econômicos razoáveis e proporcionais, nas balizas fornecidas pela fórmula de Hand. Ou seja, existe a necessidade de se levar em consideração se os gastos aos quais os empresários

---

<sup>323</sup> DEWEES, D.N.; DANIELS, R. Prevention and compensation of industrial disease. **International Review of Law and Economics**, [s. l.], v. 8, n. 1, p. 51–72, 1988. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/0144-8188\(88\)90015-4](https://doi.org/10.1016/0144-8188(88)90015-4)

brasileiros são submetidos são proporcionais ao nível de segurança oferecido, pois nem todos os riscos podem ser eliminados.

Borjas concluiu “as regulamentações sobre os padrões de segurança podem melhorar o bem-estar dos trabalhadores contanto que eles subestimem consistentemente o verdadeiro risco” <sup>324</sup>. Logo, levando em consideração que o ambiente trabalhista brasileiro é tipicamente dispare de informação entre empregador e empregado, a norma de proteção acaba por aumentar a utilidade do trabalhador, maximizando a riqueza social.

Em relação ao instrumento fiscal de dissuasão, verificou-se que o mesmo até pode servir para coagir o empregador a investir em mais segurança. Ocorre que as taxas cobradas por cada acidente, para surtir um efeito significativo, são extremamente altas, inviabilizando tal aplicação.

Em relação às sanções criminais, a dificuldade de apuração é ainda maior. Em tese, a criminalização de crimes culposos já existe no Brasil, todavia, o rigor da apuração criminal e a dificuldade na individualização da pena acabam por coibir a utilização desse mecanismo como forma de inibir os acidentes de trabalho. Não bastasse, não há qualquer pesquisa ou estatística que aponte nesse sentido.

As evidências e teorias apontam também no sentido de que políticas de informações, somadas a controles centrais, podem trazer maior efetividade na tentativa de reequilíbrio do mercado de trabalho. Conforme evidenciado por Borjas, os padrões regulatórios de segurança são efetivos na medida da disparidade de informação. Com mecanismos que imponham aos empregadores a obrigação de divulgação de dados sobre desempenho de saúde e segurança, agentes nocivos e riscos laborais, cria-se, hipoteticamente, ambiente de mercado menos desequilibrado, permitindo maior poder de escolha aos trabalhadores.

Em relação aos adicionais, a teoria econômica acaba por validar a hipótese jurídica de que a abolição dos adicionais é a alternativa mais eficiente. Uma vez que o modelo econômico apresentado é acolhido pela Constituição pela metade – com a compensação conferida ao trabalhador deixada à discricionariedade do legislador e do empregador –, a melhor opção disponível é a imposição de normas de proteção que diminuam os riscos. Com isto, o empregador é obrigado a oferecer um ambiente de trabalho seguro, e o empregado “comprará” tal segurança às custas dos adicionais.

---

<sup>324</sup> BORJAS, 2012, p. 240.

Conclui-se, nesta fase, que a alternativa constitucional de imposição dos custos ao empregador é a estrutura mais viável em um mercado de trabalho repleto de falhas como o brasileiro. Todavia, tais imposições, ao contrário de serem realizadas de maneira estritamente técnicas, devem levar em consideração critérios econômicos de custo-benefício-segurança, a fim de evitar gastos que não gerarão segurança efetiva.

Destarte, acrescenta-se a necessidade de políticas de informação voltadas ao mercado de trabalho, a fim de diminuir a disparidade de informação entre empregado e empregador em relação aos riscos laborais.

### **3.3 Responsabilidade civil**

No topo da discussão sobre responsabilidade civil por acidente de trabalho paira a mesma dúvida que assola esta área: a indenização possui um caráter compensatório ou pedagógico? Cada uma dessas variáveis pode gerar estrutura de incentivo diferente, com maximizações de utilidade distintas.

Desta maneira, mesmo dentro da responsabilidade civil, necessário se faz averiguar separadamente cada uma dessas facetas do instituto, para então verificar os objetivos subjacentes.

#### *3.3.1 O poder de dissuasão da reponsabilidade civil*

A ideia subjacente por trás da utilização da responsabilidade civil como meio dissuasivo para diminuição dos acidentes de trabalho é que o causador da lesão seja responsabilizado em montante que torne mais barato investir em segurança do que assumir os riscos.

E o primeiro desafio ao utilizar a responsabilidade civil como meio de dissuasão é que a indenização deve ser igual ao custo social total do acidente: se o empregador pagar mais ou menos do que este montante, será induzido a tomar mais ou menos precauções do que as socialmente eficientes<sup>325</sup>. Em outras palavras: caso o custo da responsabilidade civil seja menor do que o valor do custo das medidas de segurança, não se criam os incentivos necessários para o investimento em segurança. E aqui é o primeiro ponto no qual a responsabilidade civil fracassa como meio dissuasivo.

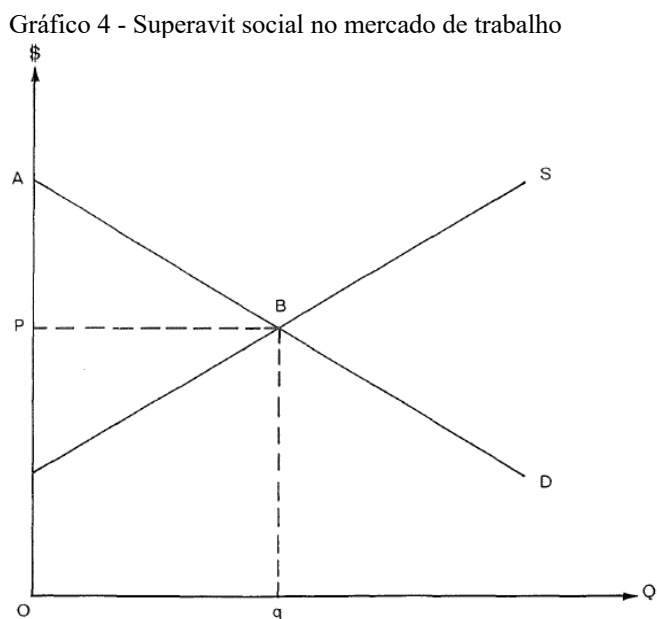
---

<sup>325</sup> DEWEES; DUFF; TREBILCOCK, 1996, p. 350.

Do ponto de vista econômico da maximização da riqueza, indenizar consiste em devolver a utilidade perdida pelo trabalhador. Richard Posner exemplifica ao tratar das indenizações por danos morais:

Indenizações por danos morais, mesmo quando aparentemente generosas, podem subcompensar vítimas gravemente aleijadas por acidentes. Uma vez que a perda da visão ou dos membros reduz a quantidade de prazer que pode ser adquirida com um dólar, muitas vezes será necessária uma quantia muito grande de dinheiro para colocar a vítima na mesma posição de relativa satisfação que ocupava antes do acidente <sup>326</sup> (tradução livre).

Posner explica ainda que o trabalhador sempre retira da sociedade menos do que lhe oferece, pois cria um excedente do consumidor. No gráfico a seguir, isto fica claro. A reta “S” representa a oferta por mão de obra, que cresce na medida em que os rendimentos aumentam. A reta D representa a demanda, que diminui na medida em que o preço da mão de obra aumenta. A área PBqO representa os ganhos efetivos dos trabalhadores, e a área ABP, o excedente do consumidor.



Fonte: (POSNER, 2010, p. 94)

Tal excedente não é nem mesmo levado em consideração nas reparações civis por acidente de trabalho, sobretudo no falecimento do empregado. W. Kip Viscusi, em estudo

<sup>326</sup> No original: “Damages awards for pain and suffering, even when apparently generous, may well undercompensate victims seriously crippled by accidents. Since the loss of vision or limbs reduces the amount of pleasure that can be purchased with a dollar, a very large amount of money will frequently be necessary to place the victim in the same position of relative satisfaction that he occupied before the accident”. POSNER, 1986, p. 214-215.

publicado em 1988, verificou que as indenizações por acidentes mortais representam em média cerca de um décimo do valor da vida, ou seja, refletem apenas 10% do que deveria ser pago apenas pela perda econômica derivada da morte do trabalhador<sup>327</sup>. Claro que é difícil transplantar dados da realidade americana para a Brasileira, até pelo sistema legal ser totalmente diferente, todavia, os dados de Viscusi dão uma ideia do tamanho da subcompensação no caso extremo de falecimento do trabalhador. Por este motivo é que afirma:

Os principais mecanismos para reforçar o mercado são as regulamentações governamentais para promover o controle de risco e a compensação dos trabalhadores, para atender as necessidades de renda e seguro médico. As responsabilidades dessas regulamentações são tão extensas que o sistema de responsabilidade civil será muito menos importante em relação a acidentes de trabalho e doenças do que para qualquer outra classe de acidentes<sup>328</sup>.

Don Dewees, David Duff e Michael Trebilcock analisaram inúmeros estudos empíricos sobre acidentes de trabalho, e a conclusão é bastante parecida. Verificou-se em um estudo sobre acidentes em máquinas perigosas, que uma mudança de responsabilidade civil por negligência para responsabilidade civil objetiva até reduziu o número de acidentes, mas em uma taxa muito inferior do que sob a aplicação de uma compensação sem culpa. Destarte, no ramo da mineração de carvão, ocorreu o inverso. A mudança na teoria aplicada da responsabilidade civil – de subjetiva para objetiva – resultou não só em taxas mais altas de acidentes, mas também aumentou em 17% os acidentes fatais<sup>329</sup>.

A explicação é que a mudança na regra de responsabilidade civil no ramo de carvão reduziu os incentivos para os trabalhadores supervisionarem as práticas de segurança dos colegas. Isto porque antes da mudança nas regras, era permitido ao empregador/Réu utilizar como defesa a “regra do companheiro”. Tal regra estabelecia que um empregador não será responsável por um empregado ferido por negligência de outros empregados. Assim, como nas minas de carvão o custo da supervisão dos trabalhadores é muito alto, e a regra do companheiro abolida, o cuidado diminuiu, culminando no aumento de acidentes.

---

<sup>327</sup> VISCUSI, W. Kip. Liability for occupational accidents and illnesses. *Em*: LIABILITY: PERSPECTIVES AND POLICY. Whashington: Brookings Institution, 1988. p. 155–183.

<sup>328</sup> No original: “The principal mechanisms to bolster market forces are government regulations to promote control of risk and workers’ compensation to address income and medical insurance needs. The responsibilities of these institutions are so extensive that the civil liability system will be much less important with respect to job accidents and illnesses than for any other class of accidents. Indeed, the system’s only current function is for third-party lawsuits”. Ibid.

<sup>329</sup> DEWEES; DUFF; TREBILCOCK, 1996, p. 353.

Já nos acidentes nas máquinas, o aumento da supervisão não gerou maiores gastos, o que sugere que o custo é o principal fator, qual pode mudar conforme a tecnologia. Dessa maneira, a responsabilidade civil pode causar diferentes mudanças em diferentes ramos industriais, e em diferentes tecnologias empregadas. Por isso os autores concluem:

Estamos inclinados a acreditar, com base nas considerações de entrada e nos estudos de saída, que a responsabilidade extracontratual pode ter um efeito dissuasor em algumas situações de acidente em que o empregador é o que evita os custos e não há proteção regulatória significativa, mas, nesses casos, a compensação dos trabalhadores pode ser mais eficaz. Em um grande número de situações, principalmente no caso de doenças ocupacionais, a apuração do ilícito é impotente. A causa é difícil de determinar em muitos casos, as fatalidades são subestimadas pelo prêmio padrão de responsabilidade civil e os custos futuros decorrentes das doenças de longa latência são fortemente descontados<sup>330-331</sup>.

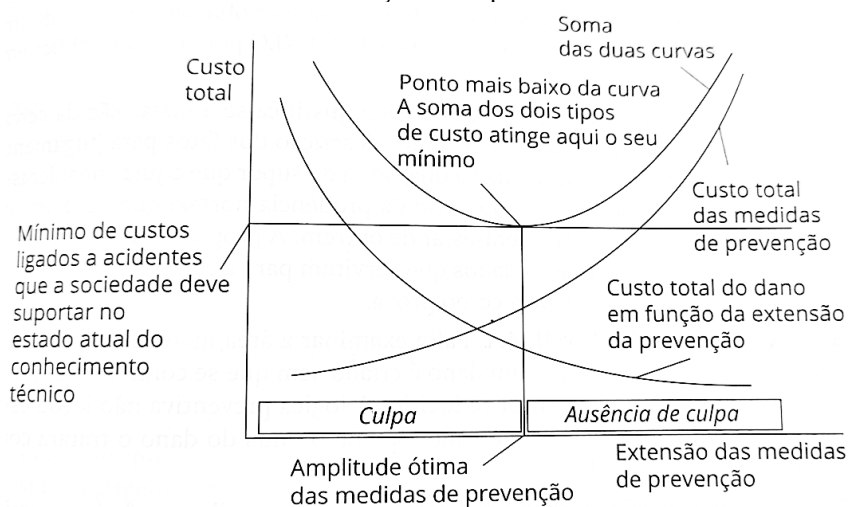
É exatamente essa lógica – dos custos – levada em consideração no cálculo de negligência descoberto por Learned Hand, tratado no [item 1.2.3](#) e explorado no tópico anterior. No gráfico 3, ilustraram-se as curvas de custo total das medidas de prevenção e custo total do dano em função o aumento da prevenção, sendo que o ponto ótimo seria aquele no qual o custo com segurança seja igual ou inferior ao custo do dano. Somando-se os dois valores (custo de segurança + custo de prevenção), tem-se uma terceira curva, conforme observado no gráfico 6. O ótimo é encontrado no ponto mais baixo dessa nova curva.

---

<sup>330</sup> Ibid., p. 361.

<sup>331</sup> Ressalta-se porém que, na opinião de Viscusi, a responsabilidade civil apresenta eficácia nos casos de doenças ocupacionais, divergindo de Dewees, Duff e Trebilcock: “A função secundária, no entanto, não é irrelevante. Para doenças relacionadas ao trabalho, os remédios de responsabilidade civil tornaram-se cada vez mais proeminentes. O funcionamento do sistema legal em relação aos delitos tóxicos em massa não é totalmente incontroverso, mas muitos dos problemas encontrados são inerentes à área problemática”. VISCUSI, 1988.

Gráfico 5 - A noção de culpa reencontrada



Fonte: (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 375)

Esse ótimo é o ponto da culpa. Levando-se em conta a probabilidade da ocorrência, tem culpa aquele que poderia ter adotado medidas de prevenção suplementares cujo custo seria inferior ao da redução do dano causado. Uma pessoa prudente teria adotado essas precauções.

A ideia de que os custos podem ser utilizados para verificação da culpa pode parecer bastante estranha ao jurista brasileiro, acostumado a fazer essa análise do ponto de vista da negligência/imprudência/imperícia. Todavia, institutos como a culpa *in elegendo* ou *in vigilando* refletem bem o caráter econômico da responsabilidade civil, afinal, nessas modalidades analisa-se se um contratante deveria ou não ter empregado maiores cuidados na fiscalização do contratado. Esse dever deriva estritamente de fatores econômicos.

O problema é que, conforme já mencionado, raramente se leva em consideração, nos cálculos indenizatórios, a perda de utilidade total dos trabalhadores acidentados. Uma vez que a compensação pela responsabilidade civil fica muito aquém do que deveria, os incentivos para gastos com segurança não são alcançados, motivo pelo qual esse instituto fracassa como método preventivo.

### 3.3.2 O efeito compensatório da responsabilidade civil

Tratar a indenização na responsabilidade civil como compensação implica em primeiro lugar considerar que seu objetivo é devolver ao indenizado o *status quo ante*, ou seja, restabelecer ao trabalhador a mesma utilidade que tinha antes. Analisa-se aqui se a responsabilidade civil pode servir a esse propósito.

Viu-se anteriormente que, na prática, a responsabilidade civil é incapaz de compensar os trabalhadores por toda a utilidade perdida. Todavia, admita-se por um instante que a instituição possa ser considerada para uma compensação ideal (ao menos dos danos materiais) nos casos de lesões provocadas no local de trabalho (e não de morte). A maioria das lesões no local de trabalho são sofridas por trabalhadores de colarinho azul, entre os quais não há grandes desigualdades de riqueza. Assim, o fato de o nível de indenização em ato ilícito estar atrelado a rendimentos passados não perpetuaria extremas desigualdades de condição<sup>332</sup>.

Ao menos na realidade americana, Don Dewees, David Duff e Michael Trebilcock elencam três motivos pelos quais um sistema de responsabilidade civil não pode ser utilizado como meio de compensatório: 1) a possibilidade de não pagamento, pelo empregador, mesmo se considerado culpado; 2) o tempo de recebimento da indenização após a lesão; e 3) os custos do litígio.

Segundo os autores, no sistema americano, ainda que o empregador seja considerado culpado – ou não tenha opções de defesa, no caso de responsabilidade objetiva –, em alguns casos não será obrigado a pagar a indenização. É o caso, por exemplo, de uma ação coletiva provocar ameaça de falência à uma empresa, ou mesmo quando um projeto de reestruturação na falência impede esse pagamento.

A realidade brasileira compartilha esse problema apenas em parte. Um processo de falência pode atrasar consideravelmente o recebimento de uma indenização por acidente de trabalho, já que a lei 11.101/2005 estabelece um rito bastante complicado e rigoroso para pagamento dos credores da massa falida, ainda que créditos trabalhistas tenham prioridade.

O segundo problema é compartilhado inteiramente: a demora entre o ingresso e uma sentença judicial inviabiliza que a responsabilidade civil seja capaz de segurar o empregado. Na maioria das vezes, após o acidente, o trabalhador fica imediatamente incapaz de exercer sua função por dias, meses, anos, e por vezes pelo resto de sua vida. A demora do processo judicial não permite a substituição da renda que advinha do trabalho. “Isso pode criar um incentivo poderoso para os trabalhadores (e suas famílias) para aceitar acordos que refletem uma porcentagem muito pequena da medida todas de danos”<sup>333</sup>.

O terceiro problema enfrentado pela realidade americana é o custo do litígio. Utilizar a responsabilidade civil como um meio compensatório universal implica em um acesso universal.

---

<sup>332</sup> DEWEES; DUFF; TREBILCOCK, 1996, p. 355.

<sup>333</sup> Ibid., p. 356.

Honorários advocatícios, custas judiciais e possibilidade de sucumbência são fatores que dissuadem os trabalhadores de litigar<sup>334</sup>.

A realidade brasileira também impõe empecilhos aos trabalhadores. Embora existe defensoria pública, o mais comum na prática é que o Reclamante contrate um advogado particular com contrato de risco. Assim, o empregado recebe em média 30% a menos do valor de uma possível sentença. Não bastasse, a reforma trabalhista de 2017 passou a impor à parte sucumbente o pagamento dos honorários sucumbenciais e periciais, o que, do ponto de vista de acesso universal, é um empecilho.

Não bastasse, se o objetivo da responsabilidade civil fosse exclusivamente compensar o trabalhador, muito mais eficiente seria eliminar a tortuosa discussão da culpa em um processo de responsabilidade civil e entregar ao trabalhador a indenização por meio de um seguro gerido pelo Estado ou por um particular. Tal modelo, inclusive, já foi utilizado para os acidentes de trânsito:

Em 1974, na sequência do Woodhouse Report, publicado em 1967, lei da Nova Zelândia determina que cabe ao Estado garantir todo e qualquer ferimento acidental resultante de intervenção médica, de acidente de trabalho, de acidente rodoviário, em casa ou na prática de esporte, ou quaisquer outras causas, exceto para ferimentos por acidentes causados pela própria vítima e por moléstias comuns. Qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, vitimada por acidente pode reclamar contra o fundo estatal administrada pela Accident Compensation Administration. O direito de demandar fundado na culpa (negligence) por danos decorrentes de acidentes regidos pela lei perde o objeto, é abolido, salvo nos casos de indenizações exemplares. O regime é, na origem, financiado por imposto cobrado de empregadores e trabalhadores autônomos, condutores de veículos, sistema de seguro-saúde e imposto geral<sup>335</sup>.

Não é surpresa que o efeito da iniciativa neozelandesa foi o aumento massivo de gastos com acidentes, tendo em vista que o incentivo para prevenção deixou de existir<sup>336</sup>. Logo, é de se duvidar o escopo da responsabilidade civil seja meramente a compensação. Levando em conta esse exemplo, é logicamente presumível que a redução dos acidentes é a medida a ser levada em consideração.

Assim, como sistema compensatório, a desigualdade da relação empregador-empregado afeta diretamente o interesse no litígio de responsabilidade civil, desmotivando os trabalhadores. Em outras palavras: a responsabilidade civil não serve como sistema de

---

<sup>334</sup> Estima-se que no início do século XX, entre 6% e 30% dos trabalhadores americanos vítimas de acidentes de trabalho foram efetivamente indenizados por meio de ações de responsabilidade civil. Ibid., p. 356–357.

<sup>335</sup> MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 367.

<sup>336</sup> Ibid., p. 368.

compensação para os trabalhadores. É exatamente por este motivo que o constituinte brasileiro optou por uma compensação parcial sem culpa, permitindo ao trabalhador o recebimento de uma renda e o ingresso com ação de responsabilidade civil contra o empregador.

### 3.3.3 *Compensação sem culpa*

Trata-se aqui não de uma indenização sem culpa, mas de uma compensação oferecida ao trabalhador por meio de algum mecanismo que o indenize pela sua lesão independentemente de seu empregador ter culpa. Neste tipo de estrutura, os empregadores podem escolher entre o seguro de uma empresa privada ou um fundo estatal.

No Brasil tem-se, como já mencionado anteriormente, o Seguro acidentário do Trabalhador, que tem uma dupla função: servir como um imposto de estimulação ao investimento em segurança, e financiar a compensação sem culpa para os trabalhadores. É esse último aspecto o analisado aqui.

Importante mencionar que o legislador constituinte brasileiro considera a compensação sem culpa apenas parcialmente. Ao estabelecer no artigo 7º, inciso XXVIII, que o seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, não exclui a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa, optou pela responsabilidade civil e pela compensação sem culpa ao mesmo tempo.

O primeiro impacto se refere à externalização dos custos com acidentes. Como visto, os benefícios acidentários são pagos pelo regime geral de previdência social, cuja receita é obtida por meio de uma contribuição específica que aumenta na medida do risco oferecido pelo empregador<sup>337</sup>. Logo, no momento em que um acidente trabalho ocorre e um trabalhador passa a receber um benefício, uma coletividade é quem paga. Ou seja: parte dos custos de produção (o do acidente) será repassado para terceiros que não possuem qualquer relação com as partes.

---

<sup>337</sup> Os dados informados pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social não discrimina os valores que compõem a receita do Regime Geral de Previdência Social, não sendo possível verificar quanto exatamente é arrecadado a título de Seguro Acidentário. Todavia, a título de exemplo, a arrecadação bruta do RGPS em março de 2022 foi de R\$43.266.219, e o gasto com benefícios acidentários no mesmo mês foi de R\$30.833.819,00. Ou seja, mais de 70% da arrecadação do mês de março de 2022 foi gasta com o pagamento de benefícios acidentários BRASIL, Secretaria de Políticas de Previdência Social. **Boletim Estatístico da Previdência Social. Março de 2022.**, 2022. Disponível em: [https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/dados-abertos-previdencia/previdencia-social-regime-geral-inss/arquivos/copy\\_of\\_beps032022\\_final.pdf](https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/dados-abertos-previdencia/previdencia-social-regime-geral-inss/arquivos/copy_of_beps032022_final.pdf). Acesso em: 9 jun. 2022..

Ainda que a lei 8.213/91 preveja ação de regresso<sup>338</sup> contra o empregador causador do acidente, o valor obtido por tais ações é ínfimo perto dos benefícios concedidos.

O segundo grande impacto deriva do primeiro: o risco moral. Muito embora a alíquota da contribuição aumente na medida em que o empregador oferece mais riscos ao trabalhador, teoricamente a existência de um seguro que não se baseia na culpa acaba por provocar o aumento incontável das despesas com acidente<sup>339</sup>. Explica-se:

Os trabalhadores sob um esquema de indenização sem culpa estão sujeitos a dois tipos de risco moral. Benefícios mais elevados podem induzir os trabalhadores a assumir mais riscos no trabalho do que de outra forma; este é o risco moral *ex ante*. Ao mesmo tempo, existe um risco moral *ex post*: à medida que os benefícios aumentam, os trabalhadores podem enfrentar incentivos para apresentar mais reclamações e talvez exagerar os ferimentos. Este segundo tipo de risco pode ser chamado de "reclamação" de risco moral. Estudos empíricos tendem a confirmar que uma reivindicação que relata um risco moral opera na medida em que os benefícios aumentam<sup>340</sup>.

Outro problema do seguro acidentário é o salarial. George Borjas informa que o oferecimento de seguro-saúde a trabalhadores impacta diretamente no salário. E isso levando em consideração a realidade americana: as empresas oferecem seguros como “bônus” ao trabalhador, ou seja, não são obrigadas a isto. “Essas estatísticas sugerem que uma queda de 15,5 pontos percentuais na probabilidade de ter seguro proporcionado pelo empregador está associada a um aumento de salário de 2,6%”<sup>341</sup>.

Ressalta-se que os problemas apresentados são importantes na análise da compensação sem culpa como meio exclusivo de reparação dos trabalhadores. Essa não é a realidade brasileira.

A estrutura de incentivos da norma é obtida comparando-se a realidade imposta – em que o Estado administra as contribuições e faz o pagamento ao trabalhador – com a hipótese de inexistência do seguro. Caso o seguro acidentário não existisse, o trabalhador necessitaria do reconhecimento da responsabilidade civil do empregador para o recebimento de verbas alimentares pelo período em que ficasse afastado. Nota-se obviamente que o seguro obrigatório tem por objetivo amparar o trabalhador sem que este dependa da averiguação da culpa de seu empregador.

---

<sup>338</sup> Art. 120. A Previdência Social ajuizará ação regressiva contra os responsáveis nos casos de: I - negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva.

<sup>339</sup> MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 368.

<sup>340</sup> DEWEES; DUFF; TREBILCOCK, 1996, p. 388.

<sup>341</sup> BORJAS, 2012, p. 249.

É por este motivo que o constituinte enfatizou inclusive que o referido seguro não inibe o reconhecimento da responsabilidade civil em face do empregador. Como visto no exemplo da Nova Zelândia, uma responsabilidade civil baseada pura e simplesmente na indenização acaba por provocar um grave risco moral e externalização generalizada de custos.

Logo, não é possível analisar o seguro-acidentário separadamente da responsabilidade civil, pois, por opção do constituinte, ambos os institutos possuem a mesma finalidade: compensar o trabalhador ao mesmo tempo que permite ao mesmo manter uma renda mínima.

### *3.3.4 Objetivos subjacentes*

Como visto, a responsabilidade civil pode tomar dois objetivos: a dissuasão e a compensação. Fracassa em ambos<sup>342</sup>. É por isso que a compensação sem culpa, na maioria das vezes, é mais eficaz para a compensação dos trabalhadores e, a depender do prêmio pago pelos empregadores, possui um efeito dissuasivo maior<sup>343</sup>.

Ao se analisar a legislação brasileira, observa-se que há uma reunião de vários fatores apontados como eficientes se atuantes em conjunto.

A compensação por meio da responsabilidade civil fracassa principalmente pelo fato da demora entre a ocorrência do acidente e a efetiva reparação, o que é compensado pela compensação sem culpa promovida pelo seguro-acidentário. A dissuasão da responsabilidade civil fracassa pelo de não assegurar ao empregado uma reparação integral da sua perda de utilidade, o que é compensado por meio do pagamento do seguro-acidentário como imposto adjacente.

A estrutura organizada pela legislação brasileira é hipoteticamente eficiente no sentido de reunir o que já foi estudado empiricamente em países como Estados Unidos. Todavia, a ausência de estudos na realidade brasileira não permite precisar o ponto de equilíbrio ideal em cada um desses fatores.

Estudos empíricos podem revelar o que geraria o maior custo-benefício em cada uma das configurações possíveis. Por exemplo: um aumento das indenizações em reparações civis é mais eficaz do que um aumento na alíquota do FAP? Uma diminuição nos benefícios pagos a título de seguro-acidentário diminuiria o risco-moral? Antecipações de tutela conferidas em

---

<sup>342</sup> MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 369.

<sup>343</sup> DEWEES; DUFF; TREBILCOCK, 1996, p. 394.

sede de reparações civis com o intuito de diminuir o tempo de compensação pela perda de renda seriam mais eficientes do que o seguro-acidentário para efeito de diminuição dos acidentes?

### 3.4 Limitação do tempo de trabalho

A regra da limitação da jornada de trabalho surge da necessidade de se combater a exposição dos trabalhadores a horários extenuantes, quando sobra poucas horas para o descanso<sup>344</sup>. A história mostra o efeito catastrófico do excesso de trabalho, principalmente no contexto do início da revolução industrial. Todavia, o impacto da sobrejornada na saúde dos trabalhadores, até os dias atuais, é bastante grande.

Em estudo publicado no ano de 2021 na revista *Environment International*, constatou-se uma relação direta entre diversos tipos de doenças e o excesso de trabalho. Estimou-se que em 2016, cerca de 8,9% da população global (488 milhões de pessoas) foi submetida à carga de trabalho superior a 55 horas semanais, culminando na morte de 745.194 pessoas, sendo 3,7% por doenças cardíacas isquêmicas e 6,9% para acidente vascular cerebral<sup>345</sup>.

Considerando o fator monetário do impacto dessas mortes – utilizando-se o valor exemplificativo de US\$ 7,6 milhões ventilado anteriormente –, o mundo ficou assombrosamente mais pobre devido ao excesso de trabalho. Isso sem levar em consideração também que cada um desses trabalhadores produziria muita riqueza – produto social – caso não tivessem suas vidas interrompidas, considerando o excedente do produtor gerado. O custo econômico, portanto, é incomensurável, já que leva em consideração, além do fator monetário, as perdas de utilidade da população como um todo, já que a morte é precursora de dissabores emocionais e psicológicos.

E a situação fica ainda mais grave: cerca de 23,3 milhões de pessoas ficaram temporária ou permanentemente incapacitadas, sendo os principais fatores as doenças cardíacas isquêmicas, os acidentes vasculares cerebrais e insolação. Tais incapacidades, além de impedir o ganho pessoal e social, ainda impõe ao restante das pessoas o custo pela manutenção desse trabalhador, gerando externalidades negativas, conforme visto anteriormente.

---

<sup>344</sup> Ver nota de rodapé nº.102.

<sup>345</sup> PEGA, Frank *et al.* Global, regional, and national burdens of ischemic heart disease and stroke attributable to exposure to long working hours for 194 countries, 2000–2016: A systematic analysis from the WHO/ILO Joint Estimates of the Work-related Burden of Disease and Injury. *Environment International*, [s. l.], v. 154, p. 106595, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.envint.2021.106595>

Do ponto de vista de um modelo econômico racional, o dilema consiste em uma pessoa decidir se vai trabalhar e, uma vez empregado, por quantas horas. Caso opte por não trabalhar, haverá muito mais tempo de lazer, em detrimento dos bens que geram bem-estar; se a opção for trabalhar, pode-se comprar bens, porém, o valioso tempo de lazer diminuirá, juntamente com a saúde. Logo, pela análise do comportamento dos trabalhadores em relação ao mercado, a ideia é verificar o ponto de equilíbrio entre trabalho e lazer.

Ocorre que essa opção do trabalhador só existirá em um cenário ideal de ausência de limitação e paridade entre as partes contratantes. A realidade brasileira é bastante diferente, inexistindo, na maioria das vezes, equiparação econômica e social entre empregador e empregado. Os dois fatores somados – inexistência de limitação e disparidade econômico-social entre contratantes – acaba por criar um ambiente propício para a exploração, ou seja, uma falha de mercado, que carece de regulamentação.

Em um estudo realizado na China com dados de 2016 e 2018, Liming Chu analisou o impacto da exposição de longas jornadas de trabalho na auto avaliação da saúde por parte dos trabalhadores. Embora o resultado seja exatamente o esperado – que as longas jornadas de trabalho influenciam negativamente a saúde dos trabalhadores –, o estudo faz-se interessante para a presente pesquisa pelas sugestões feitas ao final:

A análise deste artigo mostra que a jornada média de trabalho da força de trabalho supera as exigências da Lei Trabalhista da China, o que torna necessário limitar a jornada excessiva e promover a regularização da jornada de trabalho no mercado de trabalho. Além disso, as regulamentações relacionadas às horas extras devem ser mais padronizadas, e os empregadores devem pagar os salários das horas extras da força de trabalho com base em normas legais relevantes para reduzir os danos do excesso de horas de trabalho ao nível de saúde da força de trabalho e facilitar o equilíbrio entre o trabalho e o não trabalho dos trabalhadores dias<sup>346</sup>.

O pesquisador verificou, portanto, que as longas jornadas de trabalho na China se devem à uma ausência de regularização padronizada da jornada de trabalho e ausência de pagamento de adicionais que incentivem a não utilização dessas horas-extras.

No Brasil, a falta de equiparação entre os contratantes é corrigido pelo adicional de horas-extras (1,5 vezes o valor da hora normal), e pela limitação da utilização da hora-extra diária. O adicional, ao menos na teoria, cria um incentivo para que o empregador evite expor o trabalhador ao trabalho excessivo.

---

<sup>346</sup> CHU, Liming. Impact of long working hours on health based on observations in China. **BMC Public Health**, [s. l.], v. 21, n. 1, p. 1347, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1186/s12889-021-11190-0>

Essa teoria pode ser parcialmente confirmada por um estudo realizado na Califórnia e publicado no ano 2000. Assim como no Brasil, o Estado da Califórnia estabeleceu um adicional de hora-extra de 1,5 vez, ou seja, 50% sobre o valor da hora base, mas para as horas que extrapolassem as 8 diárias, independentemente de serem menores do que 40 semanais. Comparando os dados colhidos na Califórnia com um grupo de controle formado por trabalhadores de outros estados, os pesquisadores confirmaram que o adicional de hora-extra diminuiu a sobrejornada em 2,9% entre os homens, e 3,4% entre as mulheres<sup>347</sup>.

Ocorre que, caso o excedente de horas-extras incremente a produtividade do empresário de maneira que compense o pagamento do adicional, não haverá qualquer efeito neste tipo de norma. Tal possibilidade é resolvida aumentando-se o valor do adicional de horas-extras ou, no caso do Brasil, limitando-se o número de horas-extras.

Porém, a norma restritiva só fará algum sentido caso existam trabalhadores dispostos a vender mais horas de trabalho do que o limite imposto pela norma. Dito de outro modo, uma limitação de 8 horas de trabalho diário só funcionaria se os trabalhadores estiverem dispostos a trabalhar além desse horário.

Mediante verificação de dados empíricos, observa-se que o limite imposto pela legislação brasileira ainda surte efeito. Utilizando dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), e da relação Anual de Informações Sociais (Rais), do Ministério do Trabalho e Emprego, Cecília Machado extrai algumas conclusões pertinentes.

De acordo com a Pnad, o salário médio no Brasil passou de R\$1.243,74 para R\$1.730,89 entre 2002 e 2015, e o mediano de R\$662,26 para R\$1.100,00. Respectivamente, o estudo demonstra um aumento de aproximadamente 40% e 30% acima da inflação. Em contrapartida, houve uma redução no percentual de pessoas que trabalham mais do que 44 horas semanais no mesmo período, de 39% em 2002, para 23% em 2015. Verifica-se também que 17% dos trabalhadores formais e informais trabalham exatamente por 44 horas semanais. Importante levar em conta que a Pnad considera também a renda dos trabalhadores informais<sup>348</sup>. Dado parecido pode ser verificado nos Estados Unidos.

---

<sup>347</sup> HAMERMESH, Daniel S.; TREJO, Stephen J. The Demand for Hours of Labor: Direct Evidence from California. **The Review of Economics and Statistics**, [s. l.], v. 82, n. 1, p. 38–47, 2000.

<sup>348</sup> MACHADO, Cecília. A regulação do mercado de trabalho no Brasil. Em: DIREITO E ECONOMIA DO TRABALHO. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2020. p. 21–45.

Gráfico 6 - Média de horas trabalhadas por semana na produção de 1947 a 2007, EUA



Fonte: (BORJAS, 2012, p. 226)

Essa diminuição no trabalho excessivo pode ser explicada por dois efeitos conhecidos dos economistas diante do aumento no salário dos trabalhadores: o efeito de substituição e o efeito de renda ou rendimento. Conforme Fernando Araújo, o efeito de substituição tende a ser o primeiro dos efeitos, e consiste no fato de os empregados substituírem suas horas de lazer por horas de trabalho, tendo em vista o aumento na remuneração; o efeito de rendimento ocorre a partir de um certo nível de remuneração e significa o oposto do efeito de substituição: os trabalhadores passam a se permitir trabalhar menos e usufruir de mais horas de lazer<sup>349</sup>.

Muito embora a limitação das horas de trabalho seja um fator de segurança ao trabalhador, tal regra pesa muito mais para o fator monetário, já que os próprios trabalhadores veem nas horas-extras uma possibilidade de complemento na sua remuneração<sup>350</sup>.

Se no Brasil, 23% dos trabalhadores ainda laboram acima das 44 horas semanais, e outros 17% trabalham exatamente por 44 horas semanais, conclui-se que a legislação brasileira está ativa para pelo menos 40% deles. Para aqueles que trabalham apenas por 44 horas semanais, a lei atua como um limitador, mantendo o trabalhador na margem; para aqueles que trabalham mais de 44 horas, a lei funciona como uma referência.

Isso significa que para 23% dos trabalhadores, aplica-se o efeito de substituição; para 60%, aplica-se o efeito de renda; e os outros 17% estão em uma área de transição limitada pela legislação trabalhista. O importante dessa análise é saber que ao menos 23% dos trabalhadores

<sup>349</sup> ARAÚJO, Fernando. A análise económica do contrato de trabalho. **Riddb**, [s. l.], v. 5, n. 2001, p. 3143–3239, 2014.

<sup>350</sup> SOUZA, Lílian Carneiro; RACHID, Alessandra. FLEXIBILIDADE DO TRABALHO: UM ESTUDO SOBRE O BANCO DE HORAS EM UMA EMPRESA DE ELETRODOMÉSTICOS. **Revista Gestão Industrial**, [s. l.], v. 4, n. 1, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.3895/S1808-04482008000100006>. Acesso em: 27 nov. 2021.

estão produzindo mais do que o limite imposto pela legislação, elevando o produto pessoal e social.

O que se conclui sobre o assunto é que a estrutura de incentivos da norma impõe custos ao trabalhador em dois cenários: caso não exista limitação, o efeito de substituição aumentará a riqueza pessoal e social, comprometendo a saúde, impondo custos e externalidades; caso exista a limitação, o excedente pessoal e social desaparecerá e levará consigo os custos de saúde e externalidades. O ponto ótimo, em um ambiente ideal, deveria ser encontrado pelo próprio mercado. Todavia, conforme já exposto, o mercado trabalhista possui falhas que impedem que esse equilíbrio seja encontrado de maneira natural, necessitando da intervenção legislativa para ditar o limite. A opção legislativa brasileira foi estabelecer um adicional de horas-extras e limitar a quantidades dessas horas trabalhadas.

#### *3.4.1 Objetivos subjacentes*

Do ponto de vista de maximização da riqueza, ideal seria se próprio mercado regulasse a carga horário ideal por meio dos efeitos de substituição e renda. Todavia, havendo a necessidade de regulamentação, pode-se induzir o aparecimento de tais efeitos.

É o caso do adicional de horas-extras estabelecido pela Constituição Federal. Teoricamente, o incremento no valor das horas-extras provocaria dois efeitos: a não utilização da sobrejornada, impondo uma limitação em seu uso; um incremento considerável na remuneração o trabalhador. Hipoteticamente, esse incremento poderia funcionar como efeito de substituição, permitindo o incremento da renda até que comece a atuar o efeito de renda.

Assim, tem-se que a estrutura ideal, ao invés da limitação regulamentar para o horário de trabalho, seria incentivar economicamente o empregador a não utilizar as horas-extras, por meio do incremento do adicional de horas-extras.

## CONCLUSÃO

O objetivo da presente dissertação foi analisar os direitos fundamentais que tutelam a saúde do trabalhador sob a ótica da análise econômica do direito. Para tanto, analisaram-se as tutelas previstas no artigo 7º da Constituição Federal.

O estudo foi dividido em três partes distintas: inicialmente apresentou-se os conceitos econômicos; em seguida foi feito um estudo específico sobre a divisão das tutelas trabalhistas previstas na Constituição e a verificação da fundamentalidade dos direitos previstos em seu artigo 7º e por derradeiro esboçou-se a análise econômica em si.

O objetivo do primeiro capítulo foi introduzir o leitor aos conceitos, e posicionar a análise econômica do direito no âmbito do estudo jurídico. Inicialmente abordou-se a importância da interdisciplinaridade. Em seguida passou-se para a conceituação de alguns institutos específicos da economia. Na abordagem da AeD em si, demonstrou-se, ainda que brevemente, seu surgimento e suas principais vertentes. E por último, elegeu-se um critério ético-normativo para aproximação entre economia e direito, qual seja, a teoria da maximização da riqueza. As exposições serviram principalmente para desfazer – ou ao menos tentar – a ideia de que a uma análise econômica do direito é imoral e meramente utilitarista, no sentido de não levar em consideração o ser humano enquanto indivíduo dotado de dignidade.

O segundo capítulo dedicou-se a criar uma classificação que permitiu compartimentalizar os direitos sociais trabalhistas fundamentais e analisa-los de maneira isolada. Para chegar a pretensa organização, iniciou-se colocando o trabalho sob o viés do problema “coisa x pessoa”. A partir de tal paradigma, chegou-se à resposta de que o trabalho é tratado das duas maneiras. Apontou-se como principal preocupação do direito do trabalho, a segurança física dos trabalhadores; em seguida, a satisfação das necessidades básicas; depois, a tutela coletiva; e por último, a preocupação com o sujeito e a tutela individual. Por fim, apoiados na teoria de Fábio Rodrigues Gomes, filtrou-se os direitos sociais trabalhistas, elegendo apenas aqueles que são fundamentalmente materiais.

Por fim, passou-se para a análise econômica dos direitos em si.

Analisou-se primeiramente a estrutura de incentivo dos custos de segurança, comparando a realidade legislativa a um cenário ideal, e verificando outras possibilidades oferecidas pela doutrina; em seguida, verificou-se a estrutura da responsabilidade civil como meio dissuasivo e reparatório, analisando em conjunto a compensação sem culpa; e por fim,

verificou-se a estrutura das normas limitadoras da jornada de trabalho como meio de oferecer segurança ao trabalhador.

Em relação aos custos de segurança, conclui-se que a alternativa constitucional de regulação central e imposição dos custos ao empregador é a estrutura mais viável no mercado de trabalho o brasileiro. Todavia, tais imposições, devem levar em consideração critérios econômicos de custo-benefício-segurança, a fim de evitar gastos que não gerarão segurança efetiva, até mesmo pelo fato de que estes gastos serão custeados indiretamente pelos próprios trabalhadores.

Também se verificou a necessidade de implementação de políticas de informação voltadas ao mercado de trabalho, a fim de diminuir a disparidade de informação entre empregado e empregador em relação aos riscos laborais. Também se conclui pela ineficiência econômica e social dos adicionais de periculosidade, insalubridade e penosidade.

Em relação à responsabilidade civil e seguro acidentário, a conclusão foi parecida no sentido de reconhecer a eficiência da estrutura brasileira. Embora a reparação por meio da responsabilidade civil fracasse, este fato é equilibrado pela compensação sem culpa promovida pelo seguro-acidentário. E embora a dissuasão da responsabilidade civil fracasse por não assegurar ao empregado uma reparação integral da sua perda de utilidade, isto é compensado por meio da imposição de pagamento do seguro-acidentário como imposto adjacente.

Por fim, em relação à limitação da jornada de trabalho como meio de proteção à saúde do trabalhador, verificou-se que a legislação brasileira caminha rumo à uma eficiência, pois tem reduzido com o tempo o efeito de substituição pelo efeito de renda, diminuindo a carga horária dos trabalhadores. Todavia, um incremento no adicional de horas-extras, e um aumento no limite de horas-extras poderia aumentar a estrutura de incentivos para diminuição do uso da sobrejornada e aceleração no efeito de renda, promovendo um equilíbrio mais natural pelas forças de mercado.

Ressalta-se que todas essas conclusões são analisadas de forma isolada, ou seja, cada estudo visitado foi tomado dentro de seu próprio contexto. A aproximação da realidade deve levar em consideração todos os institutos analisados de forma conjunta.

Tem-se, portanto, confirmada a hipótese de possibilidade de aplicação da AeD ao Direito do Trabalho. Todavia, a hipótese inicial de ineficiência das regras trabalhistas de proteção à saúde, do ponto de vista econômico, foi parcial falseada pela pesquisa, demonstrando que a maior parte delas segue uma estrutura consistente com uma estrutura de incentivos que visa conciliar objetivos e maximização de riqueza.

Como dito na introdução, o prazo do presente trabalho não permitiu que fossem realizados estudos empíricos para verificação das hipóteses. Todavia, as revisões bibliográficas de estudos empíricos realizados em contextos parecidos foram elucidativas.

Destarte, nos últimos anos inúmeros pesquisadores têm se dedicado à coleta e análise de dados no campo da economia do trabalho e análise econômica do direito do trabalho, o que permitirá, em um futuro próximo, a otimização da legislação trabalhista.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce A. **Private Property and the Constitution**. New Haven: Yale University Press, 1977.
- ALBORNOZ, Suzana. **O que é trabalho**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994. (Primeiros passos).
- ALBUQUERQUE-OLIVEIRA, Paulo Rogério. Saúde do trabalhador perante os direitos fundamentais: uma crítica propositiva. **Revista de Previdência Social**, [s. l.], v. 30, p. 781–793, 2006.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, [s. l.], v. 217, n. 0, p. 55–66, 1999. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47413>
- ARAÚJO, Fernando. A análise econômica do contrato de trabalho. **Ridb**, [s. l.], v. 5, n. 2001, p. 3143–3239, 2014.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Os pensadores, v. 34).
- BIZZOCCHI, Aldo. A origem da palavra “trabalho”. *Em*: DIÁRIO DE UM LINGUISTA. 1 maio 2021. Disponível em: <https://diariodeumlinguista.com/2021/05/01/a-origem-da-palavra-trabalho-2/comment-page-1/?unapproved=5180&moderation-hash=43d00c5d42eefb27ea0b687153ab8574#comment-5180>. Acesso em: 16 jul. 2021.
- BORJAS, George J. **Economia do Trabalho**. Tradução: R. Brian TAYLOR. 5. ed. Porto Alegre: AMGH Editora Ltda, 2012.
- BRASIL ECONÔMICO. Mercado Livre adquire própria frota de aviões para entregas no Brasil. *Em*: IG ECONOMIA. 2020. Disponível em: <https://economia.ig.com.br/2020-11-03/mercado-livre-adquire-propria-frota-de-avioes-para-entregas-no-brasil.html>. Acesso em: 14 fev. 2022.
- BRASIL, Ministério da Economia. Governo moderniza Normas Regulamentadoras de Segurança e Saúde no Trabalho. *Em*: GOV.BR. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2019/07/governo-moderniza-normas-regulamentadoras-de-seguranca-e-saude-no-trabalho>. Acesso em: 22 jun. 2022.
- BRASIL, Ministério do Trabalho e Emprego. **NR 04 - Serviços especializados em engenharia de segurança e em medicina do trabalho**. , 1978. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-04.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.
- BRASIL, Secretaria de Políticas de Previdência Social. **Boletim Estatístico da Previdência Social. Março de 2022**. , 2022. Disponível em: [https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/dados-abertos-previdencia/previdencia-social-regime-geral-inss/arquivos/copy\\_of\\_beps032022\\_final.pdf](https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/dados-abertos-previdencia/previdencia-social-regime-geral-inss/arquivos/copy_of_beps032022_final.pdf). Acesso em: 9 jun. 2022.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Repercussão geral no Recurso Extraordinário 828.040**. Relator: Alexandre de Moraes, 12 mar. 2020.

BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. **The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy**. Indianapolis: Liberty Fund, 1999. (Collected works of James M. Buchanan, v. 3).v. 3

CALABRESI, Guido. **Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts**. [S. l.: s. n.], 1961. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/794261>

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO. Daño a la identidad personal. **THEMIS Revista de Derecho**, [s. l.], n. 36, 1997. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11743>. Acesso em: 13 ago. 2021.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

CHU, Liming. Impact of long working hours on health based on observations in China. **BMC Public Health**, [s. l.], v. 21, n. 1, p. 1347, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1186/s12889-021-11190-0>

COASE, R. H. The Lighthouse in Economics. **The Journal of Law & Economics**, [s. l.], v. 17, n. 2, p. 357–376, 1974.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, [s. l.], v. 3, n. 3, 1960.

CONCEIÇÃO, Octavio A. C. **Instituições, crescimento e mudança na ótica institucionalista**. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, 2001. (Teses FEE, v. 1).*E-book*.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y economía**. 6. ed. México: FCE, 2016.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Comentários aos incisos XXII e XXVIII do artigo 7º da Constituição Federal. *Em*: COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

DEMSETZ, Harold. Toward a Theory of Property Rights. *Em*: GOPALAKRISHNAN, C. (org.). **Classic Papers in Natural Resource Economics**. London: Palgrave Macmillan UK, 1974. p. 163–177. Disponível em: [https://doi.org/10.1057/9780230523210\\_9](https://doi.org/10.1057/9780230523210_9). Acesso em: 10 fev. 2022.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DEWEES, D.N.; DANIELS, R. Prevention and compensation of industrial disease. **International Review of Law and Economics**, [s. l.], v. 8, n. 1, p. 51–72, 1988. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/0144-8188\(88\)90015-4](https://doi.org/10.1016/0144-8188(88)90015-4)

DEWEES, Don; DUFF, David; TREBILCOCK, Michael. **Exploring the domain of accident law: Taking the facts seriously**. New York: Oxford University Press, 1996.

EHRENBERG, Ronald G.; SMITH, Robert S. **Modern labor economics: theory and public policy**. 11. ed. Boston: Pearson Education Inc, 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Court of Appeals for the Second Circuit. United States et al. v. Carroll Towing CO., Inc., et al.** Relator: Learned Hand: Data de julgamento, 1947.

- EWALD, François. **L'état providence**. Paris: Bernand Grasset, 1986.
- FERRARI, Iany; MARTINS FILHO, Ives Gandra; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- FR. OLIVIER-MARTIN. **Histoire du Droit Français: des origines à la Révolution**. Paris: Domat Montchrestien, 1948.
- FRANCE. **Code Civil des Français: édition originale et seule officielle**. 4. ed. Paris: L'imprimerie de la République, 1804. *E-book*.
- FRIEDMAN, David. **El orden del derecho: la relación entre la economía y el derecho y su importancia**. Madrid: Innisfree, 2016.
- GASSET, José Ortega Y. **A rebelião das massas**. Tradução: Herrera Filho. [S. l.]: Ruriak Ink, 2013.
- GIERKE, Otto von. **Die soziale Aufgabe des Privatrechts**. Berlin: Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 1889.
- GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- GOMES, Fábio Rodrigues. **Direitos fundamentais dos trabalhadores: critérios de identificação e aplicação prática**. São Paulo: LTr, 2013.
- GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. 1997. Dissertação - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.
- GONÇALVES, Carlos Eduardo; GUIMARÃES, Bernardo. **Introdução à economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- GOOLSBEE, Austan; LEVITT, Steven; SYVERSON, Chad. **Microeconomia**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- GUSDORF, Georges. Prefácio. *Em*: INTERDISCIPLINARIDADE E PATOLOGIA DO SABER. Rio de Janeiro: Imago Editora Ltda, 1976.
- HAMERMESH, Daniel S.; TREJO, Stephen J. The Demand for Hours of Labor: Direct Evidence from California. **The Review of Economics and Statistics**, [s. l.], v. 82, n. 1, p. 38–47, 2000.
- HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**, [s. l.], v. 162, n. 3859, p. 1243–1248, 1968. Disponível em: <https://doi.org/10.1126/science.162.3859.1243>
- HARPER, D. **Ophan (n)**. *Em*: ONLINE ETYMOLOGY DICTIONARY. Online: The Sciolist, 2021. Disponível em: <https://www.etymonline.com/word/orphan>. Acesso em: 16 jul. 2021.
- HART, H. L. A. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. New York, NY: Oxford University Press, 1983. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198253884.001.0001>. Acesso em: 28 fev. 2022.
- HIGA, Felipe Cardoso de Souza. **Proteção laboral e autonomia individual: perspectiva das relações contemporâneas de trabalho**. 2021. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, 2021.

HODGSON, Geoffrey M. The Approach of Institutional Economics. **Journal of Economic Literature**, [s. l.], v. 36, n. 1, p. 166–192, 1998.

HUTCHINS, B. L.; HARRISON, A. **A history of factory legislation**. 2. ed. London: P. S. King & Son, 1911.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **International Labour Organization Constitution**. , 1944. Disponível em: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62\\_LIST\\_ENTRIE\\_ID:2453907:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO). Acesso em: 4 ago. 2021.

JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e patologia do saber**. Rio de Janeiro: Imago Editora Ltda, 1976.

JOLLS, Christine. **Behavioral Law and Economics**. Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.3386/w12879>.

KEKES, John. Moral Intuition. **American Philosophical Quarterly**, [s. l.], v. 23, n. 1, p. 83–93, 1986.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

MACHADO, Cecilia. A regulação do mercado de trabalho no Brasil. *Em*: DIREITO E ECONOMIA DO TRABALHO. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2020. p. 21–45.

MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. **Encyclopedia of law and economics**, [s. l.], p. 65–117, 2000.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do Direito**. Tradução: Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MALLET, Estêvão; FAVA, Marcos. Comentários aos incisos XIII, XIV, XV e XVII do artigo 7º da Constituição Federal. *Em*: COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MANFORD, Lewis. **Técnica e civilização**. 3. ed. Lisboa: Editora Antígona, 2018.

MARANHÃO, Ney. Meio ambiente do trabalho: descrição jurídico-conceitual. **Revista de Direitos, Trabalho e Política Social**, [s. l.], v. 2, n. 3, p. 80–117, 2016.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do Trabalho e Saúde do Trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral e dano estético**. São Paulo: LTr, 2008.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law: From Posner to Postmodernism and Beyond**. 2. ed. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Porto: Porto Editora, 2005. (Coleção filosofia, v. 13).

MINDA, Gary. The law and economics and critical legal studies movements in american law. *Em*: LAW AND ECONOMICS. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1988. p. 87–122.

MOLINA, André Araújo. Dano à identidade pessoal do trabalhador. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, [s. l.], n. 4, p. 89–138, 2017.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. São Paulo:

Livraria Freitas Bastos S.A., 1960. v. 1

MORAIS, José Micaelson Lacerda. **Economia institucional-evolucionária: interesses, instituições e desenvolvimento**. Ceará: Amazon (publicação independente), 2021.

MUELLER, Dennis C. **Public Choice**. 3. ed. New York, NY: Cambridge University Press, 2003.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. **Cadernos Direito GV**, [s. l.], v. 1, 2005. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/2779>. Acesso em: 23 ago. 2021.

NORTH, Douglass C. Institutions. **Journal of Economic Perspectives**, [s. l.], v. 5, n. 1, p. 97–112, 1991.

NOURSE, Victoria; SHAFFER, Gregory. VARIETIES OF NEW LEGAL REALISM: CAN A NEW WORLD ORDER PROMPT A NEW LEGAL THEORY? **CORNELL LAW REVIEW**, [s. l.], v. 95, p. 79, [s. d.].

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Estrutura normativa da segurança e saúde do trabalhador no Brasil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, [s. l.], v. 45, n. 75, p. 107–130, 2007.

OLIVEIRA, Josenir Alcântara. O trabalho no universo indo-europeu: uma interpretação etimológico-onomástica. **Entrepalavras**, [s. l.], v. 3, n. esp., p. 25–36, 2013.

PAPA LEÃO XIII. **Carta Encíclica Rerum Novarum**. Vaticano, , 1891. Disponível em: [https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum.html](https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html). Acesso em: 3 ago. 2021.

PARISI, Francesco. Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics. **European Journal of Law and Economics**, [s. l.], p. 259–272, 2004.

PEARSON, Heath Dorset. **Origins of law and economics: the economists' new science of law, 1830-1930**. New York: Cambridge University Press, 1997.

PEGA, Frank *et al.* Global, regional, and national burdens of ischemic heart disease and stroke attributable to exposure to long working hours for 194 countries, 2000–2016: A systematic analysis from the WHO/ILO Joint Estimates of the Work-related Burden of Disease and Injury. **Environment International**, [s. l.], v. 154, p. 106595, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.envint.2021.106595>

PIGOU, Arthur C. **The economics of Welfare**. 4. ed. London: Macmillan, 1932.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 8. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.

PINKER, Steven. **O novo iluminismo**. São Paulo: Companhia das letras, 2018.

POKORNY, J. **Orbho-**. Em: INDOGERMANISCHES WOERTERBUCH. [S. l.]: Francke, 1959. Disponível em: <https://indo-european.info/pokorny-etymological-dictionary/whnjs.htm>. Acesso em: 17 jul. 2021.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nossa época**. 2. ed. Rio de Janeiro: Compus, 2000.

POMBO, Olga. Interdisciplinaridade e integração dos saberes. **Liinc em Revista**, [s. l.], v. 1, n. 1, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.18617/liinc.v1i1.186>. Acesso em: 24 ago. 2021.

- POSNER, Richard. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 3. ed. New York, NY: Aspen Publishers, 1986.
- POSNER, Richard A. The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987. **Scientific Models of Legal Reasoning: Economics, Artificial Intelligence, and the Physical Sciences**, [s. l.], v. 761, p. 203–222, 2013a. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1341093>
- POSNER, Richard A. The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987. **Scientific Models of Legal Reasoning: Economics, Artificial Intelligence, and the Physical Sciences**, [s. l.], v. 761, p. 203–222, 2013b. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1341093>
- POSNER, Richard A. The New Institutional Economics Meets Law and Economics. **Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft**, [s. l.], v. 149, n. 1, p. 73–87, 1993.
- POSNER, Richard A. Wealth Maximization Revisited. **Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy**, [s. l.], v. 2, p. 85–105, 1985.
- RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Tradução: Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- RAUCHWAY, Eric. **The great depression and the new deal: a very short introduction**. New York: Oxford University Press, 2008.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REVISTA EXAME. MPT processa dono da Havan por “coagir” funcionários a votar em Bolsonaro. *Em*: REVISTA EXAME. 2018. Disponível em: <https://exame.com/negocios/mpt-processa-dono-da-havan-por-coagir-funcionarios-a-votar-em-bolsonaro/>. Acesso em: 13 ago. 2021.
- RIDLEY, MATT. **The origins of virtue: a human instincts and the evolution of cooperation**. New York: Penguin Books, 1997.
- ROBBINS, Lionel. **An essay on the nature & significance of economic science**. 2. ed. London: Macmillan, 1945.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. Law and Economics: paradigm, politics, or philosophy. *Em*: LAW AND ECONOMICS. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1988. p. 233–258.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. **Rethinking the Progressive Agenda**. New York: Free Press, 1993. *E-book*.
- ROSSETI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. *Em*: TRINTA ANOS DE BRASIL: DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E ECONOMIA. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 30.
- SCHMID, A Allan. Institutional law and economics. **European Journal of Law and Economics**, [s. l.], p. 33–51, 1994.
- SCRUTON, Roger. **Filosofia verde: como pensar seriamente o planeta**. São Paulo: É realizações, 2016.
- SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das letras, 2013.

SHAW, Geoffrey C. H. L. A. HART'S LOST ESSAY: DISCRETION AND THE LEGAL PROCESS SCHOOL. **HARVARD LAW REVIEW**, [s. l.], v. 127, p. 62, [s. d.].

SIDGWICK, Henry. **The methods of ethics**. 7. ed. London: Palgrave Macmillan, 1962.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado. Vol VI: Contrato de trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. v. 6

SILVA, Walkure Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, [s. l.], v. 102, p. 135–159, 2007.

SMART, J. J. C. An outline of a system of utilitarian ethics. *Em*: UTILITARIANISM FOR AND AGAINST. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 67–131. *E-book*.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. São Paulo: Madras, 2018.

SMITH, Robert S. The Feasibility of an “Injury Tax” Approach to Occupational Safety. **Law and Contemporary Problems**, [s. l.], v. 38, n. 4, p. 730, 1974. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1190976>

SOUZA, Lílían Carneiro; RACHID, Alessandra. FLEXIBILIDADE DO TRABALHO: UM ESTUDO SOBRE O BANCO DE HORAS EM UMA EMPRESA DE ELETRODOMÉSTICOS. **Revista Gestão Industrial**, [s. l.], v. 4, n. 1, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.3895/S1808-04482008000100006>. Acesso em: 27 nov. 2021.

SUNSTEIN, Cass R; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, [s. l.], v. 50, p. 1473–1548, 1998.

SUPIOT, Alain. **Crítica do Direito do Trabalho**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

TOUCHARD, Jean. **Historia de las ideas políticas**. Madrid: Editorial Tecnos, 1961.

UK PARLIAMENT. **Early factory legislation**. , 2021. Disponível em: <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/19thcentury/overview/earlyfactorylegislation/>. Acesso em: 4 ago. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Acto Único Europeu**. , 1987. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11986U/TXT&from=PT>. Acesso em: 4 ago. 2021.

VENTURIN, Eduardo Luiz. **ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO REGULATÓRIO: A (des)regulação como defesa dos interesses do consumidor**. 2017. Dissertação - UFSC, Florianópolis, 2017.

VISCUSI, W. Kip. Liability for occupational accidents and illnesses. *Em*: LIABILITY: PERSPECTIVES AND POLICY. Whashington: Brookings Institution, 1988. p. 155–183.

WERNKE, Amanda da Rosa *et al.* Taxas de risco de acidentes de trabalho no Brasil: efeito do Fator Acidentário de Prevenção (FAP)? **Ciência & saúde coletiva**, [s. l.], v. 26, n. 12, p. 6079–6088, 2021.

WILLIAMS, Bernard. A critique of utilitarianism. *Em*: UTILITARIANISM FOR AND AGAINST. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 67–131. *E-book*.