

Análise econômica do direito e direito do trabalho: uma análise sobre o Recurso Extraordinário 693.456 e o ônus econômico ao direito de greve do servidor público no Brasil

Law and economics and labor law: an analysis of the Extraordinary Appeal 693.456 and the economic burden to the strike law to Brazilian civil servants

Piazza Merighi da Cunha

Especialista em Direito Privado – Universidade Cândido Mendes – RJ
Graduado em Direito pela Universidade Federal de Viçosa – MG; Advogado
Rua Alexandre Brethel, 98
Centro, Porciúncula – RJ, Brasil
CEP: 28390-000
pmerigue@gmail.com

Março de 2017

RESUMO: Como uma ciência social aplicada, o Direito deve sempre ter como base de interpretação os elementos sociais e históricos, não podendo afastar-se disto sob pena de não traduzir a justiça em suas normas e decisões. Todavia, há teorias que buscam interpretar o Direito por outros mecanismos, como a Análise Econômica do Direito, que analisa o ordenamento jurídico sob um olhar puramente econômico. Nesse sentido, destaca-se a questão apresentada pelo direito de greve, seja do trabalhador em geral, ou, de forma especial, no que se refere aos servidores públicos. Ao analisar-se este direito por uma ótica meramente econômica, origina-se um retrocesso significativo, uma vez que se ignora todo o processo histórico e social que levou ao reconhecimento e à proteção legal desta forma de reivindicação, bem como não leva em consideração a natural disparidade de forças entre os envolvidos, abarcando uma falsa noção de igualdade. Abrem-se assim precedentes para que outros direitos sejam relativizados em nome do bem econômico.

PALAVRAS-CHAVE: Economia; Análise Econômica do Direito; Eficiência; Utilitarismo; Greve; Servidores Públicos

ABSTRACT: As an applied social science, the Law must always have as its basis of interpretation the social and historical elements, and cannot depart from it, otherwise it will not translate justice into its norms and decisions. However, there are theories that seek to interpret the Law by other mechanisms, such as Law and Economics, which analyzes Law under a strictly economic view. In this sense, it is highlighted the issue presented by the right to strike, whether of the worker in general, or, in a special view, of civil servants. So, when this right is analyzed from a purely economic point of view it leads to a significant setback, since it ignores the historical process which led to the legal protection of this form of claim and does not take into account the natural disparity of forces between those involved, embracing a false notion of equality. Thus, precedents are created to the relativization of other rights in the name of the economic supremacy.

KEY WORDS: Economics; Law and Economics; Efficiency; Utilitarianism; Strike; Civil Servants

SUMÁRIO:

1. Introdução
 2. Conceituação e breve histórico da teoria da análise econômica do direito
 - 2.1. Conceito
 - 2.2. Breve Histórico
 3. Conceitos e postulados econômicos
 - 3.1. Escassez
 - 3.2. Maximização de Recursos
 - 3.3 Eficiência
 - a) Ótimo de Pareto
 - b) Critério de Khaldor-Hicks
 4. Escolas de análise econômica do direito
 - 4.1. Escola de Chicago
 - 4.2. Escola de Yale
 5. Eficiência X Justiça
 6. Análise econômica e direito do trabalho
 - 6.1. Do Direito de Greve
 - a) Breve Histórico no Brasil
 - b) Definição e Características
 - c) O Direito de Greve do Servidor Público e a Visão Econômica dada ao Recurso Extraordinário 693.456
 7. Considerações finais
- Referências Bibliográficas
- Jurisprudência Citada

1. Introdução

Ainda que o Direito seja uma ciência social aplicada, há vertentes teóricas que buscam instituir uma interpretação supostamente mais racional, desvencilhando-o de sua natureza social. Nesse contexto, um dos maiores expoentes é a Teoria da Análise Econômica do Direito, surgida em meados do século XX nos Estados Unidos, e que buscava utilizar mecanismos e postulados econômicos para a prolação e interpretação de normas e decisões jurídicas.

Diante disso, deve-se ter em mente que, de modo geral, as relações do ser humano com o meio são elementos essenciais à construção da identidade do indivíduo, englobando também as relações trabalhistas desenvolvidas. Assim, pode-se dizer que a história humana se confunde com a história do trabalho, sendo constante o conflito entre patrão e empregado, extremos opostos de uma mesma cadeia, o que historicamente leva ao reconhecimento de direitos, como o de greve, após séculos de luta. E nesse cenário, a economicização do Direito apresenta desafios ainda maiores para o ramo justralhista.

Ocorre assim um duelo de forças, com o empregador buscando amparar-se em argumentos meramente econômicos para não atender as reivindicações trabalhistas e os empregados buscando a concretização dos direitos sociais inerentes ao trabalho. Com as devidas peculiaridades, a mesma situação é verificável na relação entre o funcionário público e o Gestor Público, que regra geral, preocupa-se apenas com a questão contábil, ignorando os pleitos trabalhistas, sob um pretenso véu de interesse da coletividade.

Logo, torna-se necessário avaliar a posição do Supremo Tribunal Federal em relação ao direito de greve do servidor público, e como sua filiação ao viés economicista do Direito representa um precedente de risco a todas as lutas trabalhistas, não só no setor público.

2. Conceituação e breve histórico da teoria da análise econômica do direito

2.1. Conceito

A Teoria da Análise Econômica do Direito, também chamada de *Law and Economics*, caracteriza-se pela aplicação das categorias e instrumentos teóricos das Ciências Econômicas na análise e avaliação das instituições e realidades jurídicas. Tal vertente econômica concentra-se no estudo dos impactos da oferta e demanda dos mercados, e suas

consequências para a sociedade, bem como sobre a noção e eficiência e maximização de recursos¹.

Conforme setores da doutrina, a Análise Econômica do Direito tratar-se-ia assim de uma aplicação da teoria da escolha racional ao Direito, quer se trate de Direito positivo, de usos e costumes, decisões dos Tribunais ou de normas sociais. Seria, portanto, uma forma de pensar as normas jurídicas levando em conta que os prêmios e punições estão associados tanto às instituições quanto à racionalidade econômica e, por isso, devem ser considerados elementos formadores do substrato normativo².

De forma geral, pode então ser definida como a aplicação de postulados e conceitos econômicos ao sistema jurídico, aplicando a este a análise metodológica das Ciências Econômicas.

2.2. Breve Histórico

Há um posicionamento teórico que afirma que a Teoria da Análise Econômica do Direito teria sua origem no século XVIII, com a doutrina econômica de Adam Smith servindo de apoio para o desenvolvimento das teses utilitaristas de Jeremy Bentham³. Adam Smith escreve a “Riqueza das nações” trabalhando com o processo industrial da época, analisando a divisão do trabalho e as possibilidades de melhora na produtividade, discutindo os efeitos econômicos na legislação mercantilista. Jeremy Bentham, por sua vez, coloca em pauta uma questão moral, ao afirmar, em resumo, que para serem éticas as atividades humanas deveriam ser derivadas do prazer. O ‘bem’ seria o bem-estar, por isso, as ações do ser humano deveriam ser guiadas para atingir tal fim. O utilitarismo de Bentham não só propõe a defesa das qualificações, sobretudo sociais, que maximizam a felicidade geral, mas também a promoção daquilo que, embora possa ser em si irrelevante para a felicidade comum, é um meio adequado para que seja alcançada uma utilidade social⁴.

Tal autor e seus seguidores desenvolveram a concepção de que o soberano não era aquele que por direito natural ou divino poderia governar, mas sim aquele que era identificado pelo fato de que ele era obedecido, e seus comandos eram aqueles que as pessoas consideravam leis⁵. Bentham afastou assim o que havia de então natural na construção do Direito e abriu a possibilidade de se avaliar se as leis eram boas ou ruins apenas a partir de um viés social e, para ele, necessariamente utilitarista. Apenas a conveniência social e suas consequências ditariam os limites do poder do governante e o alcance de suas medidas.

¹ PEDRO MERCADO PACHECO, *El Análisis Económico del Derecho- una reconstrucción teórica*, Madrid, Cento de Estudios Constitucionales, 1994, p. 27.

² DÉCIO ZYBERSZTAJN / RAQUEL SZTAJN, *Direito e Economia*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, p. 81.

³ PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, *Una aproximación al Análisis Económico Del Derecho*, Granada, Editorial Comares, 1992, p. 209.

⁴ JULES COLEMAN/ JEFFRIE MURPHY, *Philosophy of Law: an introduction to Jurisprudence*, Revised ed, s. l., Westview, 1990, p. 74.

⁵ JAMES WILLIAM HARRIS, *Legal philosophies*, 2 ed. Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 30.

Entretanto, para a maior parcela da doutrina, a Análise Econômica do Direito é considerada um fenômeno recente, tendo seu surgimento apenas nas últimas décadas do século XX. Nesse sentido, ALVAREZ⁶ afirma que entre as décadas de 1960 e 1970, surgiram três movimentos intelectuais que se contrapunham à visão predominante na teoria jurídica daquele momento histórico, notadamente positivista, enfatizando a natureza convencional de lei. Tais correntes eram: a já mencionada *Law and Economics* ou Análise Econômica do Direito, que propunha a análise do Direito sob a perspectiva eminentemente econômica; *Critical Legal Studies* ou Escola Crítica do Direito, que defendia um olhar notadamente político para os fenômenos jurídicos, e as teorias denominadas '*rights-based*', que englobariam contribuições do campo da filosofia moral e política desenvolvidas por autores como Rawls, Nozicke, Dworkin e cujo objetivo maior seria desenhar os referenciais constitutivos de uma sociedade justa.

Centralizando-se o estudo na corrente *Law and Economics*, pode-se apontar como marco inicial desta linha de pensamento as ideias de Ronald H. Coase e o denominado Teorema de Coase, exposto em seu livro '*The Problems of Social Cost*' em que afirma que se os agentes envolvidos com externalidades puderem negociar sem custos de transação a partir de direitos de propriedade bem definidos pelo Estado, poderão negociar e chegar a um acordo em que as externalidades serão internalizadas, em um arranjo econômico-financeiro⁷. Antes disso, a Análise Econômica do Direito era vista apenas como sinônimo de um Direito da Concorrência, constituindo-se em uma legislação anti truste.

Em 1970, por sua vez, Guido Calabresi em seu livro '*The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*', proporciona uma análise econômica eficiente das regras do direito indenizatório, ao afirmar que o objetivo principal desse ramo do direito não seria a absoluta minimização da ocorrência de perdas em acidentes, porque o custo acidental total de qualquer atividade econômica já incluiria tanto o custo esperado dos acidentes que ocorrem quanto os custos esperados pela sociedade para evitar que estes acidentes ocorram⁸.

Por fim, Richard Posner, mediante seu livro '*Economic Analysis of Law*', publicado em 1972, estabelece os fundamentos desta escola de pensamento jurídico. Nessa obra Posner se vale da economia para a construção de uma teoria descritiva dos institutos jurídicos, considerando que tais institutos poderiam ser explicados como resultados da maximização de forma relativamente coordenada de preferências individuais. Propõe ainda uma teoria normativa, em que avalia como as normas legais e sanções afetam o comportamento dos indivíduos e, utilizando-se dos pressupostos econômicos, busca delimitar quais seriam as normas jurídicas mais eficientes.

O autor define então a economia como a ciência da escolha racional em um mundo onde os recursos são limitados em relação às necessidades humanas. A tarefa da economia, seria

⁶ ALEJANDRO BUGALLO ALVAREZ, *Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações*, vol.9 , nº.29, Rio de Janeiro, Direito, Estado e Sociedade, 2006, p. 49.

⁷ RENATO LEITE MONTEIRO, *Análise Econômica do Direito: Uma Visão Didática*, XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, SP, 2009, in <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2425.pdf> (20.01.2017).

⁸ *Idem.Ibid.*

assim explorar as implicações disto, assumindo que o homem busca racionalmente as opções para maximizar seus objetivos na vida, suas satisfações: seu auto-interesse⁹. Implica assim uma racionalidade formal, inerente á forma da escolha, e não a seu conteúdo.

Dessa maneira, para Richard Posner os fenômenos sociais, mediados por instrumentos jurídicos como leis e decisões judiciais, podem ser explicados a partir dos indivíduos e seu comportamento racional¹⁰. Outrossim, a ideia de escolha individual racional, lastreada pela noção de maximização de recursos, sustenta toda sua análise do Direito.

3. Conceitos e postulados econômicos

Ainda nesta seara inicial é necessário analisar-se alguns conceitos e postulados econômicos relevantes para a compreensão da análise econômica do Direito.

3.1. Escassez

O conceito mais básico a ser analisado para que se possa compreender a Teoria da Análise Econômica do Direito diz respeito à Escassez. Uma vez que os recursos são finitos, deve-se equacionar sua melhor alocação. Assim, não sendo possível obter-se tudo o que é desejado e na quantidade que é desejado, obriga-se o indivíduo a realizar escolhas e a se sujeitar aos *trade-offs*, que seriam opções e os sacrifícios daí decorrentes¹¹. De forma geral, o conceito de escassez seria manifestado pela relação entre oferta e demanda.

Assim, quando se escolhe fazer um investimento em determinado segmento da economia, inevitavelmente deixa-se de alocar tal recurso em outra área. O mesmo ocorre com a tutela de direitos, que possuem custos e consomem recursos.

Deste modo, a Análise Econômica do Direito apregoa a necessidade de se analisar os impactos econômicos e a eficiência da proteção na escolha dos direitos a serem tutelados. Defende tal linha de pensamento que a escolha pela prestação de um direito individual oneroso poderia significar a não prestação de um direito coletivo, devendo-se sempre sopesarem-se as consequências de tais opções.

⁹ RICHARD POSNER, *El análisis económico del derecho*, 2 ed, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 25.

¹⁰ DANIEL M HAUSMAN / MICHAEL S MCPHERSON, *The Philosophical Foundations of Mainstream Normative Economics*, In HAUSMAN / DANIEL M. (ed.). *The Philosophy of Economics. An Anthology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 235.

¹¹ BRUNO MEYERHOF SALAMA, *O que é pesquisa em direito e economia?* in *Cadernos de Direito GV*, caderno 22, vol. 5, n. 2, São Paulo, FGV, 2008, p. 16.

3.2. Maximização de Recursos

A Análise Econômica do Direito defende a ideia de que o homem só age quando vislumbra uma oportunidade de ganho, verificando a relação custo – benefício de todas as suas ações. Tal concepção adéqua-se ao utilitarismo de Benthan, já anteriormente mencionado. Logo, a maximização de recursos seria a ideia de que o ser humano sempre tenta potencializar seus ganhos em qualquer esfera de sua vida, não incorrendo em nenhum custo que não seja estritamente inevitável¹².

Nesse sentido, o indivíduo analisaria de forma fria, ainda que não necessariamente consciente, se os benefícios de seguir a lei são maiores ou menores que os do descumprimento, pautando-se pelo seu potencial de lucro. Gera-se assim um comportamento extremamente individualista, em que não há preocupação com o bem estar e direitos coletivos, bem como uma análise questionável sobre os motivos de observância às normas jurídicas.

3.3. Eficiência

O conceito de eficiência para a economia atrela-se a ideia de maximização de riqueza e, por conseguinte, à análise da relação custo-benefício e da melhor alocação dos recursos. Refere-se assim à escolha entre produzir mais ou menos de um produto; à melhor forma de utilizar um bem ou executar uma atividade; entre muitas outras decisões¹³.

O uso deste conceito no sistema jurídico revela-se particularmente problemático, visto que as leis não podem ter como função maximizar a riqueza de indivíduos, nem devem os magistrados atuar como economistas, objetivando primariamente a potencialização econômica de suas decisões.

a) Ótimo de Pareto

Dentro desse conceito de eficiência, o economista italiano Vilfredo Pareto desenvolveu a ideia de que algo somente seria eficiente se for impossível melhorar a situação de uma pessoa sem prejudicar a de outra¹⁴.

¹² FABIANO TEODORO DE REZENDE LARA, *A análise econômica do direito como método e disciplina*, in E-civitas, Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH, vol. 1, n. 1, p.12, nov. 2008. In < <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/2/2> > (02.12.2016).

¹³ DIOGO NAVES MENDONÇA, *Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação*, São Paulo, Atlas, 2012, p. 36.

¹⁴ RODRIGO CAPELO TAVARES BORBA / RAFAEL SINAY / PEDRO FREITAS TEIXEIRA, *A Análise Econômica do Direito na Axiologia Constitucional*, Dez. 2014, in <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/3685/1/A%20an%C3%A1lise%20econ%C3%B4mica%20do%20direito_P_BD.pdf> (15.12.2016).

Todavia, a aplicação de tal conceito ao Direito seria de consequências catastróficas, por basear-se unicamente na ideia de igualdade formal entre os envolvidos. Nesse sentido, restariam inviabilizados sistemas protetivos em que se presume a hipossuficiência de uma das partes, uma vez que se pressupõe que a outra parte deve ceder e assumir um ônus maior para equilibrar a relação processual.

No mesmo contexto, o Estado seria impossibilitado de promover programas de redistribuição de renda, reforma agrária e outros mecanismos de justiça social, já que isto inevitavelmente implicaria na piora de condições da parcela da sociedade até então mais favorecida.

b) Critério de Khaldor-Hicks

Nicolas Khaldor e John Hicks buscaram aperfeiçoar o conceito de eficiência, afirmando que esta ocorrerá mesmo que o indivíduo tenha sua situação piorada, desde que seja possível, ao menos em teoria, compensar tal piora em outra esfera¹⁵.

Assim como o conceito apresentado por Pareto, este critério também apresenta problemas graves quando colocado junto ao Direito. Esta visão utilitarista é criticada pela doutrina, por possuir um forte viés antidistributivo. O Estado deve atuar na expansão das liberdades e na harmonização do desenvolvimento humano com o crescimento econômico, porém os direitos e a liberdade devem ser temas centrais, e não apenas meros instrumentos de bem-estar analisados apenas sob a ótica econômica¹⁶.

Ademais, por estar também baseado unicamente na igualdade formal, desconsidera a necessidade de tratamento diferenciado entre as partes conforme a desigualdade existente entre elas. Falha assim ao considerar que todos os bens e serviços possuem o mesmo valor intrínseco a todos os grupos sociais, devendo as eventuais perdas ser compensadas de forma equânime. Desta maneira, utilizando-se o sistema jurídico brasileiro, exemplifica-se com o Imposto sobre Grandes Fortunas, que caso fosse devidamente implementado, demandaria compensação a seus pagadores, vez que tiveram uma piora em sua situação anterior.

Há assim uma total negligência das questões éticas, sociais e filosóficas envolvidas, privilegiando-se uma vertente estritamente neoliberal de pensamento, o que não deve prevalecer.

¹⁵ ALAN LEMOS, *Falhas de mercado, intervenção governamental e a teoria econômica do Direito*. s.d. In <www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8656-28674-1-PB.pdf> (23.12.2016).

¹⁶ AMARTYA SEN, *O desenvolvimento como liberdade*, São Paulo, Companhia das Letras, 2000, p. 71.

4. Escolas de análise econômica do direito

Não há uma uniformidade no tratamento da análise econômica do Direito, existindo diversas linhas de pensamento sobre o tema. Visando aprofundar a ideia geral apresentada no histórico da Teoria da Análise Econômica do Direito, opta-se por apresentar aqui uma visão apenas sobre duas vertentes. Uma vez que uma análise detalhada das subdivisões teóricas fugiria ao objetivo do presente trabalho, opta-se assim por restringir a análise somente às correntes teóricas mais relevantes.

4.1. Escola de Chicago

A Escola de Chicago tem como principal expoente Richard Posner, e apresenta uma visão estritamente matemática do Direito, considerando a eficiência como impositivo ético para um ordenamento jurídico¹⁷.

Tendo surgido em um sistema jurídico de *Common Law*, para esta corrente os legisladores também atuariam como maximizadores racionais, por objetivarem a manutenção de seus cargos com reeleições. Desta maneira, as leis nada mais seriam que acordos firmados com grupos de interesse organizados da sociedade civil, em troca de apoio político. Nesse contexto, os juízes teriam um duplo papel: interpretar os acordos dos grupos de interesses incorporados pela legislação e garantir que o serviço público básico de resolução autoritária de conflitos ocorresse de forma eficiente, não apenas decidindo casos de acordo com normas pré-existentes, mas também elaborando estas normas quando necessário¹⁸.

Nesse cenário, a concepção de justiça estaria intrinsecamente ligada à maximização da riqueza da sociedade. Regras jurídicas e decisões judiciais que viessem a promover a maximização da riqueza seriam justas, as que não promovessem, injustas e deveriam ser revistas. A ideia de justiça seria intrinsecamente ligada à de eficiência do sistema e do julgador.

Todavia, esta visão foi severamente criticada por autores como Dworkin, que afirma que a vontade de pagar por um item ou serviço não é somente determinada pela preferência pelo mesmo, mas também pela capacidade para pagar. Logo, um item ou recurso que seja considerado escasso pode ser monopolizado por alguém com boa condição financeira que dele não necessite, enquanto alguém que dele necessite pode não ter os meios necessários para adquiri-lo. Haveria neste caso a venda para quem pode pagar mais, maximizando a riqueza para a sociedade e agindo de forma eficiente, sem que se atinja de forma satisfatória a utilidade total. Nesse mesmo sentido, pode ocorrer que mesmo que a utilidade total seja

¹⁷ BRUNO MEYERHOF SALAMA, *O que é pesquisa em direito e economia?* in Cadernos de Direito GV, caderno 22, vol. 5, n. 2, São Paulo, FGV, 2008, p. 11.

¹⁸ RAFAEL ZANATTA, *Richard Posner e a Consolidação da Escola de Chicago*, s.d. in <<http://cadernodeestudosjuridicos.blogspot.com.br/2010/05/richard-posner-e-consolidacao-da-escola.html>> (10.02.2017).

maximizada, mas dividida de forma desigual, de modo que os que não necessitam recebam o mesmo que os que necessitam muito¹⁹.

Assim, ainda que possua inegável valor teórico, a visão apresentada pela escola de Chicago apresenta problemas estruturais, que devem ser considerados pelo estudioso do Direito, uma vez que não se pode admitir que o sistema jurídico seja guiado apenas pela relação entre o quanto é possível ser adquirido com o mínimo de custos.

4.2. Escola de Yale

A chamada Escola de Yale tem como um de seus marcos a obra *The Cost of Accidents: a legal and economic analysis*, publicada por Guido Calabresi, em que ele estuda o custo das indenizações por acidentes. Ao estudar o valor das indenizações pagas em processos de danos nos Estados Unidos, o autor considera as normas jurídicas como mais uma forma de incentivo das condutas dos atores econômicos. Todavia, confere abordagem diversa de seus antecessores ao afirmar que valor das indenizações deve ser tal que induza a prevenção, sendo preferível aos agentes gastarem com proteção e informação em vez de negociar indenizações por dano. Observa ainda que parte significativa dos custos de transação envolvidos na negociação de indenizações poderiam atingir patamares lesivos ou mesmo proibitivos, de forma que o sistema jurídico deve, então, não facilitar a negociação de indenizações entre particulares, mas sim induzir o cuidado e a minimização dos custos dos acidentes²⁰.

Logo, A Análise Econômica do Direito deveria ser guiada pela eficiência, equidade e justiça, visando definir a justificativa econômica da ação pública, além de analisar de modo realista as instituições jurídicas e burocráticas e definir papéis úteis para os tribunais dentro dos sistemas modernos de formulação de políticas sociais²¹.

Ainda que persista um viés individualista, já não há assim uma visão meramente utilitarista para a maximização de recursos, mas sim uma instrumentalização dos mecanismos econômicos, que deveriam ser conjugados a outros fatores para que se possa atingir a noção de justiça.

¹⁹ RONALD DWORKIN, *Is Wealth a Value? in Journal of Legal Studies*, vol.9, Chicago, Chicago Law School, 1980, p. 192.

²⁰ JOÃO CARLOS PIETROPAULO, *Limites de critérios econômicos na aplicação do direito: hermenêutica e análise econômica do Direito*, Tese de Doutorado em Filosofia do Direito - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 151.

²¹ BRUNO MEYERHOF SALAMA, *Direito e Economia apud JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ, Fragmentos Para Um Dicionário Crítico de Direito e Desenvolvimento*. São Paulo, Saraiva, 2011, p.113.

5. Eficiência X Justiça

Tendo em vista os conceitos de eficiência apresentados anteriormente, bem como a ideia de maximização racional, teóricos da Análise Econômica do Direito defendem que qualquer política pública ou decisão judicial que gere desperdício é intrinsecamente injusta por não ser eficiente. Nesse contexto, não existiria justificativa para que a política pública que se deseje aplicar não atinja um grau de eficiência adequado. Uma vez escolhida, seja ela qual for, não haveria razão moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios. Nesse sentido, a Análise Econômica do Direito contribuiria para a identificação do que é injusto, visto que toda regra ou decisão capaz de gerar desperdício seria ineficiente, e por isso, injusta²².

Avalia-se assim unicamente a consequência final do ato, sem que se proceda a um estudo dos motivos pelos quais foi adotado ou os princípios a que visa atender. Ocorre então mais uma vez a tentativa de considerar apenas uma igualdade formal, em que se supõe que todos os indivíduos estariam em um mesmo contexto fático, econômico e social, sendo capazes de interagir entre si em perfeita igualdade de condições. Tal visão teórica há muito já fora suplantada no sistema jurídico brasileiro, não sendo cabível retomá-la apenas por possuir agora um verniz econômico.

Sendo os ordenamentos jurídicos contemporâneos baseados na garantia dos Direitos Fundamentais do ser humano, torna-se incabível defender que os mesmos devam apresentar uma eficiência meramente econômica. É necessário que busquem atingir objetivos mais amplos, garantindo a produção de efeitos socialmente relevantes, ainda que sejam economicamente ineficientes²³.

A eficiência não é a justiça, mas sim um de seus preceitos. Portanto, devem ser consideradas as múltiplas interdependências entre a eficiência e a justiça, assim como o esforço para a realização de ambos os objetivos. Critérios de maximização, por si só, não podem consistir na fundamentação ética do direito, visto que as ponderações e os comportamentos assumidos neste sentido se relacionam mais com a ideia de eficiência, como métrica quantitativa da relação custos-benefícios, do que com a de noção de Justiça e com a sensibilidade e ancoragem em valores²⁴.

Analisar o Direito única e exclusivamente sob uma ótica quase cartesiana de eficiência levaria a distorções que não podem ser admitidas. Um ordenamento jurídico deve buscar a concretização dos valores sociais de uma determinada época e local, ainda que os mesmos sejam matematicamente ineficientes. Pautar-se unicamente pelo economicismo

²² IVO GICO JR, *Introdução ao Direito e Economia*, in TIMM, Luciano Benetti (org.), *Direito e Economia no Brasil*, 2 ed, São Paulo, Atlas, 2014, p. 27.

²³ ALFREDO COPETTI NETO / JOSÉ LUIZ BOLZAN DE MORAIS, *O segundo movimento Law and Economics, a eficiência e o consenso do modelo neoclássico ordenalista subjetivista a partir de Richard Posner: ruptura ou (re) aproximação ao (Estado de) direito contemporâneo?* In Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 4, jan-jun, 2011, p. 73.

²⁴ KLAUS MATHIS, *Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, Lucerne, Springer, 2009, p. 207.

desumanizaria o Direito como ciência social, atando-o a uma mera análise de consequências, sem que se compreendesse o todo. Não cabe ao sistema jurídico avaliar e decidir apenas sobre o resultado final, devendo também compreender sobre as etapas, os motivos originários e as diferentes condições em que os envolvidos se encontram.

Logo, ainda que o conceito de eficiência seja um instrumento útil trazido pela Análise Econômica do Direito, torná-lo ponto central nas decisões judiciais e políticas públicas seria deturpar a própria estrutura do ordenamento legal, e todo seu histórico de busca da pacificação social.

6. Análise econômica e direito do trabalho

Uma vez superadas as noções anteriormente explanadas, passa-se a analisar a Teoria da Análise Econômica do Direito em aplicação ao Direito do Trabalho, em especial no que se refere ao direito de greve, por sua relação com o processo produtivo e a circulação de riquezas.

6.1. Do Direito de Greve

a) Breve Histórico no Brasil

O direito à greve não foi uma construção imediata, garantida pelo legislador, mas sim fruto de um longo processo histórico para que os trabalhadores tivessem esse mecanismo reconhecido. Assim, para que se possa analisar as implicações da análise econômica sobre o direito ao movimento paredista, torna-se necessário uma análise histórica deste direito de greve, ainda que superficialmente.

O primeiro texto legal a tratar do direito em questão no país foi o Decreto nº 847 de 1890, que elencava a greve como um ilícito penal. Todavia, no mesmo ano determinou-se que apenas a greve exercida com uso de violência poderia ser punida. Permaneceu assim incipiente a disposição legal sobre o tema, e frente à modesta industrialização pátria, somente a partir de 1930 começou a existir uma mobilização trabalhista capaz de pressionar o Estado, com a derrocada da hegemonia do seguimento agroexportador de café e com a ascensão de um novo padrão de gestão sociopolítica²⁵.

A primeira carta constitucional a tratar do tema foi a Constituição de 1937, que prescrevia a greve e o *lockout* como recursos nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os

²⁵ ALINE CARNEIRO MAGALHÃES / IÚLIAN MIRANDA, *O Direito Fundamental à Greve: Uma Análise Trabalhista-Administrativa*, in Revista de Direito, vol 6, n.1, UFV, Viçosa, 2014, p. 14.

interesses da produção nacional, mantendo assim a ideologia já prevista na lei de segurança nacional.

Por sua vez, o Decreto-lei nº 431, de 18 de maio de 1938, tipificou como crime o incitamento dos funcionários públicos à paralisação coletiva dos serviços; induzimento de empregados à cessação ou suspensão do trabalho e a paralisação coletiva por parte dos funcionários públicos. Já o Decreto-lei nº 1.237, de 02 de maio de 1939, além de instituir a Justiça do Trabalho no Brasil, previa punições em caso de greve, desde a suspensão e a despedida por justa causa até a pena de detenção. Ainda em 1939, com o fortalecimento de um ideário corporativista, a greve de servidores públicos foi expressamente proibida, por ocasião do advento do primeiro Estatuto dos Funcionários Públicos, o Decreto-Lei n. 1.713, de 28 de outubro de 1939, cujo art. 226, VII proibia expressamente ao funcionalismo público incitar greves ou a elas aderir, ou praticar atos de sabotagem contra o regime ou o serviço público.

Já o Código Penal de 1940, em seus artigos 200 e 201, considerava crime a paralisação do trabalho se ocorresse perturbação da ordem pública ou se o movimento fosse contrário aos interesses públicos, conceitos propositadamente amplos, que concentravam poder na mão da elite política e empresarial.

Com a promulgação da CLT em 1943, ainda permanecia uma visão contrária ao movimento grevista, prevendo-se pena de suspensão ou dispensa do emprego, perda do cargo do representante profissional que estivesse em gozo de mandato sindical, suspensão pelo prazo de dois a cinco anos do direito de ser eleito como representante sindical, nos casos de suspensão coletiva do trabalho sem prévia autorização do tribunal trabalhista, nos termos do artigo 723 do texto legal.

Ainda que a Constituição Federal de 1937 proibisse a deflagração de greve, o Decreto-lei nº 9.070, de 15 de março de 1946 passou a tolerar a greve nas atividades acessórias.

Somente em 1946, com a promulgação de uma nova Constituição Federal, a greve passa a ser reconhecida como direito dos trabalhadores, embora condicionando o seu exercício à edição de lei posterior. Tal norma de complemento somente seria editada em 1º de junho de 1964, com a Lei nº 4.330, que prescrevia a ilegalidade da greve se não fossem observados os prazos e condições estabelecidos na referida lei; que tivesse por objeto reivindicações julgadas improcedentes pela Justiça do Trabalho, em decisão definitiva, há menos de um ano; por motivos políticos, partidários, religiosos, morais, de solidariedade ou quaisquer outros que não tivessem relação com a própria categoria diretamente interessada; e cujo fim residisse na revisão de norma coletiva, salvo se as condições pactuadas tivessem sido substancialmente modificadas.

Tal legislação impunha tamanhos entraves e dificuldades, que chegou a ser considerada a Lei do “delito” da greve e não a Lei do “direito” da greve²⁶.

Nesse sentido, a legislação de 1964 proibia greves com outros motivos que não os “estritamente trabalhistas”, sendo proibido também greves de ocupação, que seriam a invasão do local de trabalho para impedir a realização da jornada trabalhista. Criava-se então uma restrição institucional à realização de novas greves de natureza política, como muitas das que vinham ocorrendo anteriormente ao golpe militar. Ademais, ao referir-se a movimentos “estritamente trabalhistas”, a restrição possibilitava que Justiça do Trabalho decidisse que movimento se enquadraria em tal disposição, permitindo uma atuação parcial e direcionada.

A Constituição de 1967, em seu artigo 158, XXI, combinado com o art. 157, § 7º, assegurou a greve aos trabalhadores do setor privado, proibindo-a, contudo, em relação aos serviços públicos e às atividades essenciais. Por sua vez, o Decreto-lei 898, de 29 de setembro de 1969, previa pena de reclusão de até dez anos a quem promovesse greves em serviços públicos e atividades consideradas essenciais. A Constituição de 1969, por sua vez, retomava as mesmas disposições que consideravam a greve como atividade “antissocial” e contrária ao “interesse nacional”. A Constituição de 1988 reconhece expressamente a greve como direito fundamental, tanto para os trabalhadores em geral (art. 9º), quanto para os servidores públicos civis (art. 37, VI e VII), sendo que estes foram também contemplados com o direito à livre sindicalização.

Promulgou-se em 1989 a Lei 7.783, que garantia o direito á greve ao trabalhador da iniciativa privada, não existindo a legislação complementar que disporia sobre o direito de greve para os servidores públicos.

Diante da omissão legislativa, julgando o Mandado de Injunção 708, entendeu o STF pela aplicação da lei de greve da iniciativa privada ao setor público. Todavia, em 2016, por meio do Recurso Extraordinário 693.456, entendeu o STF que o direito de greve dos servidores públicos deve ser limitado, uma vez que o Poder Público pode suspender o pagamento desde o início da paralisação, sem levar a questão ao Poder Judiciário.

b) Definição e Características

Seguindo-se uma visão histórica, o direito de greve pode ser conceituado como a paralisação coletiva provisória, parcial ou total, das atividades dos trabalhadores em face de seus empregadores ou tomadores de serviço, com o objetivo de lhes exercer pressão, visando à defesa ou conquista de interesses coletivos, ou com objetivos sociais mais amplos,

²⁶ FRANCISCO OSANI DE LAVOR, *A greve no contexto democrático*, In *Revista Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n. 82, 1996, p. 12.

constituindo-se em um mecanismo de autotutela de interesses, utilizada como instrumento para solução de conflitos trabalhistas²⁷.

Em um conceito mais positivo, a greve é definida como a suspensão coletiva do trabalho, temporária e pacífica, em face do empregador, de maneira total ou parcial, sendo um direito social dos trabalhadores, tratando-se de uma garantia fundamental²⁸.

Nesse sentido, ainda que a greve se configure como suspensão do contrato de trabalho, deve-se ter em mente que tal premissa deve ser afastada quando se trate de greve em função de não cumprimento de cláusulas contratuais relevantes e regras legais pela empresa, tais como más condições de trabalho ou desrespeito à regras ambientais. Nesses casos, ocorreria a aplicação da regra genérica da exceção do contrato não cumprido, sendo cabível enquadrar-se como mera interrupção o período de duração do movimento paredista, e portanto, com o pagamento dos dias não trabalhados²⁹.

Quanto à natureza jurídica do direito de greve, embora não exista consenso na doutrina pátria, pode-se afirmar que a greve constitui um direito de autodefesa dos trabalhadores em face do empregador, que de alguma forma, não oferece as condições de trabalho necessárias para satisfazer o interesse daquele grupo de empregados. Por ser autodefesa, deve ser entendida como medida extrema, somente justificável após o esgotamento das possibilidades de solução negociada³⁰.

Embora amplamente minoritários, há ainda setores da doutrina que negam à greve o status de direito, apesar da previsão expressa no artigo 9º da Constituição Federal. Afirmam estes teóricos não encontrar razões morais ou jurídicas para reconhecer que os trabalhadores gozem do direito de paralisar o funcionamento de setores produtivos em nome de um direito subjetivo reconhecido pela ordem social. A greve seria assim um processo mediante o qual os trabalhadores buscam coagir, por intermédio da força, o empregador a ceder e a aceitar suas reivindicações. Logo, sendo um instrumento de solução direta do conflito coletivo do trabalho, não poderia ser considerada um direito subjetivo, devido à sua estrutura inerentemente violenta. Seria assim apenas, um fato social com o qual o Direito precisa lidar³¹.

Por fim, destaca-se que a greve refere-se apenas a movimentos coletivos, e não de caráter apenas individual. É por definição, uma conduta de natureza grupal, tendo seu núcleo na sustação provisória de atividades laborativas pelos trabalhadores, em face de seu respectivo empregador ou tomador de serviços. Trata-se de omissão coletiva quanto ao cumprimento das respectivas obrigações contratuais pelos trabalhadores³².

²⁷ MAURÍCIO GODINHO DELGADO, *Direito Coletivo do Trabalho*, 3 ed, São Paulo, LTr, 2008, p. 171.

²⁸ SÉRGIO PINTO MARTINS, *Direito do Trabalho*, 23 ed, São Paulo, Atlas, 2007, p. 847.

²⁹ MÁRCIO TÚLIO VIANA, *Conflitos Coletivos do Trabalho*, in *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 66, n.1, jan/mar 2000, Brasília-Porto Alegre, Síntese, p.131.

³⁰ CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE, *Curso de Direito do Trabalho: Direito Coletivo e Direito Internacional do Trabalho*, vol 2, 3 ed, Curitiba, Juruá, 2008, p. 103.

³¹ MOZART VICTOR RUSSOMANO, *Princípios gerais de direito sindical*, 2 ed, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 251.

³² MAURÍCIO GODINHO DELGADO, *Direito Coletivo do Trabalho*, 3 ed, São Paulo, LTr, 2008, p. 171.

Diante disto, a greve pode ser entendida como um direito de autotutela por parte dos trabalhadores, frente á inequívoca disparidade de forças entre as partes envolvidas na relação trabalhista.

c) O Direito de Greve do Servidor Público e a Visão Econômica dada ao Recurso Extraordinário 693.456

Visto os itens anteriores, adentra-se na questão referente ao direito de greve dos servidores públicos, afetado pelo julgamento do Recurso Extraordinário 693.456, em 27 de outubro de 2016, pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Nessa ocasião, decidiu o STF que administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. Ressalvou-se apenas que o desconto seria incabível apenas se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público³³. Tal decisão teve caráter de repercussão geral, sendo de observância obrigatória por todas as instâncias.

Deve-se ressaltar, porém, que, pelo regramento constitucional, apenas uma lei complementar poderia regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, tendo essa disposição sido alterada pela Emenda Constitucional 19/98, que trouxe a possibilidade de regulamentação do referido direito de greve do servidor por meio de lei ordinária, o que jamais foi feito, inexistindo tal lei até o momento. Somente em 2007, quando do julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, referentes à omissão legislativa do Congresso Nacional em regulamentar a matéria, conforme determina o artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal, decidiu o STF que a omissão reiterada do legislador seria uma fraude a vontade da Constituição, de forma que a inércia do Congresso Nacional, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis, traduziria um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República³⁴.

Assim, não havendo legislação específica sobre o tema, decidiu a Suprema Corte legislar de forma autônoma, definindo condições, limites e consequências para o exercício de direitos. Nesse contexto, ao julgar o Recurso Extraordinário 693.456, restringindo desmesuradamente o direito de greve do servidor público e possibilitando o desconto de salários dos servidores, defendeu a Supremo Tribunal Federal que em caso de greve deve prevalecer o interesse

³³ Acórdão do STF de 27.10.2016 (Rel. Min Dias Toffoli), - *Recurso extraordinário 693.456*, in <<http://stf.jus.br/portal/teses/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4255687&numeroProcesso=693456&classeProcesso=RE&numeroTema=531>> (04.02.2017).

³⁴ Acórdão do STF de 25.10.2007 (Rel. Min. Gilmar Mendes) - *Mandado de Injunção 708*, in <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000002473&base=baseAcordaos>> (03.02.2017).

público sobre os interesses particulares dos trabalhadores, possibilitando até mesmo a contratação temporária de agentes para substituir os servidores em greve.

Para chegar a esta posição, o relator do referido Recurso Extraordinário afirmou em seu voto que, conquanto a paralisação seja possível, porque é um direito constitucional, precisa ter consequências. O desconto dos dias de paralisação seria assim um ônus inerente à greve, assim como a paralisação parcial dos serviços públicos imposta à sociedade seria a consequência natural do movimento grevista. Antecipando-se às críticas, afirmou o relator que esse desconto não teria o efeito disciplinar punitivo, mas seria um “risco da empreitada” assumido por qualquer servidor público que decida aderir à greve. Caso contrário, haveria enriquecimento sem causa.

Continuando sua exposição, o relator aduz que essa conclusão não visaria impedir o efetivo exercício do direito de greve, já que sob o ponto de vista sistêmico do ordenamento jurídico brasileiro, o servidor público e o empregado público seriam aqueles que possuiriam mais condições para seu exercício, por sua estabilidade e efetividade, ao contrário dos trabalhadores da iniciativa privada. Assim, a estabilidade do servidor no cargo justificaria a perda da verba salarial durante a paralisação do trabalho, já que seria exigível uma compensação pela interrupção, mesmo que parcial, dos serviços públicos.

Ainda no julgamento deste processo, foi apresentado pelo Ministro Gilmar Mendes o argumento de que “por definição a greve é uma opção de risco”, ao que aditou o Ministro Sepúlveda Pertence, afirmando que a suspensão dos pagamentos constitui um “risco inerente ao mecanismo de greve, o qual normalmente há de resolver-se mediante negociação”, e que, “o risco de suspensão do pagamento pelos dias de greve será um instrumento necessário à ponderação de interesses”. Tratou assim a Suprema Corte de afirmar que, antes de solicitar qualquer direito que possa eventualmente estar sendo desrespeitado, os trabalhadores devem ter em mente que não poderão contar com sua verba alimentar ao pleitear tal direito, e que isto seria perfeitamente razoável dentro da dinâmica do Poder Público. Desta forma, a perda do salário seria apenas um item econômico a ser considerado pelos servidores, constituindo-se em uma contraprestação ao exercício do direito de greve.

Limitou-se, portanto, o exercício da cidadania dos servidores, esvaziando-se a decisão anterior, e ainda que se diga o contrário, inviabilizando o exercício da greve pelo funcionário público. Saliencia-se que o STF não exigiu qualquer demonstração de que o movimento paredista poderia prejudicar o suposto interesse público, presumindo de forma absoluta que o exercício do direito constitucional seria por si só lesivo. De forma irônica, a Suprema Corte destacou ainda que eventual intransigência do Administrador Público ou o desrespeito deste aos direitos dos servidores poderão eventualmente ser punidos em lei posterior que regule o direito de greve do setor público. Ou seja, o STF estabeleceu de forma imediata as obrigações dos trabalhadores, mas permitiu expressamente que o gestor público aja sem imposições legais até que o Poder Legislativo proceda à elaboração da lei em questão, o que vem sendo postergado desde 1988.

Houve assim uma preocupação dos membros do Supremo Tribunal Federal apenas com o impacto econômico de uma greve de servidores públicos, sem que se fizesse nenhuma menção a uma avaliação sobre as demandas do movimento grevista. Pelo contrário, o STF presumiu que qualquer movimento paredista, ainda que legítimo, seria um mecanismo para o enriquecimento ilícito caso não se proceda ao corte dos salários.

Nesse sentido, é necessário destacar-se que restringir de forma exagerada o direito de greve atentaria contra a própria constitucionalidade da decisão, por violar a *mens legis* da Constituição Federal. Logo, o direito constitucionalmente assegurado à greve não poderia ser reescrito por uma decisão do Supremo Tribunal Federal, que ainda que seja o guardião da Constituição, não é legislador constituinte³⁵.

Cega a isto, a Suprema Corte escolhe então ignorar que a relação de trabalho entre o servidor público e Administração Pública é uma relação bilateral, sendo em alguns casos até mesmo regida pela Consolidação das Leis Trabalhistas, de forma que não se pode concentrar todas as prerrogativas em um único polo, sem que se ofereça nenhum instrumento ao servidor público, sob pena de desequilibrar-se uma relação de trabalho que jamais fora equitativa. Necessário destacar que, apesar das peculiaridades de seu cargo, o servidor público é um trabalhador como qualquer outro, não podendo ser alijado de um direito constitucional apenas por uma abstrata presunção de lesão ao interesse público.

Ainda que a decisão por si só não proíba expressamente o exercício do direito de greve, a mesma é de uma lógica cruel, impossibilitando indiretamente tal direito: cita-se como exemplo, para protestar contra salários baixos, sem reajuste há anos e condições de trabalho ruins, o servidor deve obrigatoriamente deixar de receber este parco valor, e ficar a mercê do interesse (ou falta dele) de negociação do Poder Público. Ora, sabendo que o servidor não está recebendo sua verba alimentar, e por consequência, não será capaz de manter a greve por muito tempo, nenhum Gestor Público aceitará participar de negociações, optando por deixar que o movimento se desfça e os trabalhadores retornem a seus postos, sem sequer avaliar se as reivindicações eram justas ou não.

Conforme bem destacado por Ricardo Lourenço Filho e Cristiano Paixão, pode-se dizer que o raciocínio adotado pelo Supremo Tribunal Federal é rigorosamente a mesma lógica utilizada na teoria do direito penal do inimigo. Para evitar que o “mal” se concretize, sendo este personificado na visão da Suprema Corte pela greve do setor público, adotam-se medidas que combateriam “na raiz” qualquer movimento de paralisação, inviabilizando, em termos práticos, o exercício do direito. Chama a atenção a radicalidade dos julgamentos proferidos, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 foi bastante clara e precisa quanto à amplitude do exercício do direito de greve, consignando, em seu art. 9º, ser assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. Por sua vez, no art. 37, inciso VII,

³⁵ MARIA DA CONSOLAÇÃO VEGI DA CONCEIÇÃO, *A greve no serviço público: elementos conceituais e o debate em torno da sua regulamentação in Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 52, abr 2008. in <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2685>. (23.03.2017).

tal direito é estendido aos servidores públicos, sem que a norma constitucional estabeleça qualquer restrição prévia, prevendo apenas a edição de lei específica para fixar termos e limites do exercício do referido direito. Não há assim nenhum espaço interpretativo para a aniquilação desse direito, como se procedeu no Recurso Extraordinário em questão³⁶.

A decisão nada mais é do que um retrocesso de décadas no direito em questão, uma vez que cria a presunção de que a greve do servidor público é automaticamente abusiva, não *possibilitando* o corte dos salários, mas *impondo* tal ação. Criam-se mecanismos preventivos para que o Direito de greve não possa ser exercido, em nome de uma abstrata superioridade do interesse público. Não se exige nem mesmo que a Administração Pública demonstre que tal interesse possa vir a ser afetado. Por vias transversas, o Supremo Tribunal Federal nada mais fez do que repetir a ideologia vigente à Constituição de 1967, editada no ápice do regime ditatorial.

Ainda que sob um frágil e falso véu de proteção do interesse coletivo, há assim uma busca pela maximização dos recursos da Administração Pública, criando-se empecilhos para que os trabalhadores possam perturbar este suposto estado de equilíbrio, independente de quais sejam suas reivindicações. Logo, presumindo que a situação atual seja de eficiência, e, portanto, não devendo ser alterada, escolhe a Suprema Corte proteger o interesse econômico ao invés do exercício do direito constitucionalmente assegurado, subvertendo a lógica do sistema jurídico. Em seu voto, o relator do Recurso Extraordinário 693.456 explicita de forma inequívoca que a posição adotada é de que o movimento grevista deve ter *consequências econômicas* para os servidores, e que isto seria necessário para se equilibrar os interesses envolvidos. Não se menciona na decisão do Supremo Tribunal nenhuma avaliação sobre os direitos eventualmente pleiteados pela greve para que se decida pelo corte da verba salarial.

Inexiste ainda na decisão discutida qualquer menção ao fato do texto constitucional não prever nenhum ônus econômico para o exercício da greve, tratando os julgadores apenas de ressaltar, ainda que sem o arcabouço da Constituição Federal, a necessidade de que tal direito imponha um peso econômico contra o servidor. Isto ocorreria a fim de se evitar um pretense enriquecimento sem causa do funcionário público e forçar o questionamento dos trabalhadores quanto à viabilidade de deflagração do movimento grevista. Nos dizeres da Suprema Corte brasileira, a hipotética violação ao bem estar coletivo tornaria obrigatória a imposição de uma penalidade financeira ao servidor público.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal define que a greve do funcionário deve ser analisada unicamente sob um viés econômico, no que tange ao interesse coletivo e aos impactos negativos que o movimento paredista precisa ter para o servidor. Ignora-se assim todo aspecto histórico e social do direito de greve, reduzindo-o a uma questão a ser resolvida no plano atuarial: quanto impacto monetário deve ser imposto para que o trabalhador assumira o

³⁶ RICARDO LOURENÇO FILHO / CRISTIANO PAIXÃO. *O STF e o Direito do Trabalho do Inimigo*. nov 2016. In <<https://jota.info/colunas/democracia-e-sociedade/o-stf-e-o-direito-trabalho-inimigo-01112016>>. (23.04.2017).

“risco” de pleitear seus direitos, ainda que pelo uso de um mecanismo constitucionalmente assegurado.

Abraçando o utilitarismo econômico, a Suprema Corte estabelece que os anseios e direitos individuais não podem afetar a sustentabilidade social, de modo que o direito individual do funcionário público não apenas *pode* como *deve* ser restringido em prol do funcionamento eficiente da sociedade. Passa-se a encarar o corte da verba alimentar de um cidadão não como uma violação à própria subsistência deste e de sua família, mas como um fator econômico inerente às negociações trabalhistas.

Logo, o direito à greve somente seria exercível se o custo do direito desrespeitado fosse superior ao custo de permanecer por tempo indeterminado sem o recebimento dos salários. Trata o Supremo Tribunal Federal de equiparar o interesse da sociedade ao interesse do gestor, fundindo o “erário público” e o “bem coletivo” em um estranho ente amorfo e dotado de presunção máxima de eficiência. Esmagam-se séculos de construção histórica do direito de greve para reduzi-lo a uma simples relação custo-benefício entre patrão e empregado.

Desse modo, o pensamento posneriano e utilitarista da Teoria da Análise Econômica do Direito é colocado acima dos direitos dos cidadãos, mesmo quando se trata de um direito expressamente assegurado pela Lei maior do sistema jurídico. De modo sintomático, o Supremo Tribunal Federal indicou acreditar que as finanças públicas devem ter precedência sobre o indivíduo, não importando que violações de direito estejam envolvidas e que consequências isso possa ocasionar.

7. Considerações finais

Como uma ciência social aplicada, o Direito tem suas origens e objetivos na pacificação e regulação social, não podendo jamais ser pensado como uma ciência fechada em si mesma, alheia ao mundo que a cerca e onde deve atuar. Nesse sentido, o Direito do Trabalho possui um viés especial, uma vez que tem suas raízes nas lutas dos trabalhadores por dignidade e melhores condições de vida ao longo da história, configurando-se assim em um ramo legal nascido para impedir abusos no chão das fábricas e nas fazendas, onde aqueles que produziam frequentemente eram explorados pelos donos os meios de produção.

Ainda assim, não raras vezes correntes teóricas buscaram pensar o Direito como algo divorciado de sua estrutura intrinsecamente social, sendo o caso da Teoria da Análise Econômica do Direito, surgida nos idos da década de 1960 e aqui tratada. Conforme demonstrado, esta vertente preconiza que a análise jurídica deve ser feita sob uma ótica econômica, buscando-se a minimização de prejuízos e a maximização de resultados, sob diferentes enfoques de como uma norma ou decisão jurídica poderia ser considerada eficiente.

Dentro desse cenário, o direito de greve dos trabalhadores merece especial atenção, vez que possui inegáveis consequências econômicas, sendo em sua origem até mesmo um delito penal e somente alcançando reconhecimento como direito constitucionalmente assegurado em tempos recentes. Inobstante, tal direito nunca fora devidamente aceito de forma pacífica, por representar uma afronta direta aos interesses dos donos dos meios de produção, não sendo diferente no que tange à relação entre os Funcionários Públicos e a Administração Pública. Mesmo com peculiaridades que não podem ser desconsideradas, estes dois atores nada mais são que empregados e patrão, não se podendo esquecer-se disso ao analisar a regulação.

Todavia, em 27 de outubro de 2016, ao julgar o Recurso Extraordinário 693.456, o Supremo Tribunal Federal escolheu de forma kafkaniana abraçar a Análise Econômica do Direito e abandonar a análise do Direito como um elemento social, visão tão cara à Constituição Federal de 1988. Ao presumir a lesividade da greve dos servidores públicos e ordenar de forma peremptória o corte da verba alimentar independentemente de qualquer análise, a Suprema Corte converteu-se de guardião da Constituição Federal em arauto das Finanças Públicas.

Optou-se assim por adotar o pensamento posneriano de maximização de recursos, considerando que a Administração Pública seria *eficiente*, e portanto não deveria ter seu *status* alterado por reclamações de trabalhadores, não importando quais fossem. Ora, o STF sequer concedeu a possibilidade de que se avaliasse se as reivindicações dos servidores em justas ou não, garantindo ao Gestor Público/empregador um salvo conduto para oferecer condições de trabalho ruins e jamais ser questionado por isso. Ao que tudo indica, séculos de luta pelo respeito às condições de trabalho e a previsão expressa de um direito na Constituição Federal tornaram-se hierarquicamente inferiores às reclamações de um gestor sobre supostos prejuízos que ele sequer precisa comprovar.

Ainda que em um primeiro momento toda a questão esteja cingida aos servidores públicos, a decisão em questão torna-se assim um infeliz marco no Direito brasileiro, sinalizando a retomada de um pensamento há muito combatido, o de que o interesse econômico deve prevalecer sobre o interesse social, em nome do suposto “bem da coletividade”. E uma vez criado este precedente, não há como se afirmar que o direito de greve dos trabalhadores em geral não esteja sob risco, uma vez que a proteção constitucional não é mais obstáculo à análise meramente econômica dos direitos, nem à sua proibição branda, como efetuado no julgamento do *Recurso Extraordinário* em questão.

Referências Bibliográficas

ALVAREZ, ALEJANDRO BUGALLO, “Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações”, in *Direito, Estado e Sociedade*, vol.9, n.29, Rio de Janeiro, PUC-Rio, 2006, pp. 49-68

BORBA, RODRIGO CAPELO TAVARES / SINAY, RAFAEL / TEIXEIRA, PEDRO FREITAS, *A Análise Econômica do Direito na Axiologia Constitucional*, Dez. 2014, in <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/3685/1/A%20an%C3%A1lise%20econ%C3%B4mica%20do%20direito_P_BD.pdf> (15.12.2016)

COLEMAN, JULES / MURPHY, JEFFRIE, *Philosophy of Law: an introduction to Jurisprudence*, Revised ed, sine loco, Westview, 1990

CONCEIÇÃO, MARIA DA CONSOLAÇÃO VEGI DA, *A greve no serviço público: elementos conceituais e o debate em torno da sua regulamentação*, in *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 52, abr 2008, in <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2685> (23.03.2011)

COPETTI NETO, ALFREDO / MORAIS, JOSÉ LUIZ BOLZAN DE, "O segundo movimento Law and Economics, a eficiência e o consenso do modelo neoclássico ordenalista subjetivista a partir de Richard Posner: ruptura ou (re) aproximação ao (Estado de) direito contemporâneo?" in *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n.4, Curitiba, jan-jun 2011, pp. 56-76

DELGADO, MAURÍCIO GODINHO, *Direito Coletivo do Trabalho*, 3 ed, São Paulo, LTr, 2008

DWORKIN, RONALD, "Is Wealth a Value?", in *Journal of Legal Studies*, vol.9, Chicago, Chicago Law School, 1980, pp. 191-226

FILHO, RICARDO LOURENÇO / PAIXÃO, CRISTIANO, *O STF e o Direito do Trabalho do Inimigo*. nov 2016. In <<https://jota.info/colunas/democracia-e-sociedade/o-stf-e-o-direito-trabalho-inimigo-01112016>> (23.04.2017)

GICO JR, IVO, "Introdução ao Direito e Economia", in: TIMM, Luciano Benetti (org.), *Direito e Economia no Brasil*, 2 ed, São Paulo, Atlas, 2014

HARRIS, JAMES WILLIAM, *Legal philosophies*, 2 ed. Oxford, Oxford University Press, 2004

HAUSMAN, DANIEL M / MCPHERSON, MICHAEL S, *The Philosophical Foundations of Mainstream Normative Economics*, In HAUSMAN, DANIEL M. (ed.). *The Philosophy of Economics*. An Anthology, Cambridge, Cambridge University Press, 2008

LARA , FABIANO TEODORO DE REZENDE, *A análise econômica do direito como método e disciplina*, in *E-civitas-Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH*, vol. 1, n. 1, Belo Horizonte, nov. 2008, pp. 1-17. In <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/2/2>> (02.12.2016)

LAVOR, FRANCISCO OSANI DE, "A greve no contexto democrático", In *Revista Síntese Trabalhista*, n. 82, Porto Alegre, 1996, pp.11-18

LEITE, CARLOS HENRIQUE BEZERRA, *Curso de Direito do Trabalho: Direito Coletivo e Direito Internacional do Trabalho*, vol 2, 3 ed, Curitiba, Juruá, 2008

LEMONS, ALAN, *Falhas de mercado, intervenção governamental e a teoria econômica do Direito*. s.d., in <www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8656-28674-1-PB.pdf> (23.12.2016)

MAGALHÃES, ALINE CARNEIRO / MIRANDA, IÚLIAN, "O Direito Fundamental à Greve: Uma Análise Trabalhista-Administrativa", in *Revista de Direito*, vol 6, n.1, UFV, Viçosa, 2014, pp. 11-44

MARTINS, SÉRGIO PINTO, *Direito do Trabalho*, 23 ed, São Paulo, Atlas, 2007

MATHIS, KLAUS, *Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, Lucerne, Springer, 2009

MENDONÇA, DIOGO NAVES, *Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação*, São Paulo, Atlas, 2012

MONTEIRO, RENATO LEITE, *Análise Econômica do Direito: Uma Visão Didática*, XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, SP, 2009, in <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2425.pdf> (20.01.2017).

MERCADO PACHECO, PEDRO, *El Análisis Económico del Derecho- una reconstrucción teórica*, Madrid, Cento de Estudios Constitucionales, 1994

PIETROPOLLO, JOÃO CARLOS, *Limites de critérios econômicos na aplicação do direito: hermenêutica e análise econômica do Direito*, Tese de Doutorado em Filosofia do Direito - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010

POSNER, RICHARD, *El análisis económico del derecho*, 2 ed, México, Fondo de Cultura Económica, 2007

RUSSOMANO, MOZART VICTOR, *Princípios gerais de direito sindical*, 2 ed, Rio de Janeiro, Forense, 1997

SALAMA, BRUNO MEYERHOF, *Direito e Economia apud RODRIGUEZ, JOSÉ RODRIGO, Fragmentos Para Um Dicionário Crítico de Direito e Desenvolvimento*. São Paulo, Saraiva, 2011

SALAMA, BRUNO MEYERHOF, "O que é pesquisa em direito e economia?" in *Cadernos de Direito GV*, caderno 22, vol. 5, n. 2, São Paulo, FGV, 2008

SEN, AMARTYA, *O desenvolvimento como liberdade*, São Paulo, Companhia das Letras, 2000

VIANA, MÁRCIO TÚLIO, *Conflitos Coletivos do Trabalho*, in *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 66, n.1, Brasília-Porto Alegre, Síntese, jan-mar 2000, pp. 116-150

Y LALAGUNA, PALOMA DURÁN, *Una aproximación al Análisis Económico Del Derecho*, Granada, Editorial Comares, 1992

ZANATTA, RAFAEL, *Richard Posner e a Consolidação da Escola de Chicago*, s.d. in <<http://cadernodeestudosjuridicos.blogspot.com.br/2010/05/richard-posner-e-consolidacao-da-escola.html>> (10.02.2017)

ZYBERSZTAJN, DÉCIO / SZTAJN, RAQUEL, *Direito e Economia*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005

Jurisprudência Citada

Acórdão do STF de 25.10.2007 (Rel. Min. Gilmar Mendes) *in* <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000002473&base=baseAcordaos> > (03.02.2017)

Acórdão do STF de 27.10.2016 (Rel. Min. Dias Toffoli), *in* <http://stf.jus.br/portal/teses/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4255687&numeroProcesso=693456&classeProcesso=RE&numeroTema=531> > (04.02.2017)

(texto submetido a 13.03.2017 e aceite para publicação a 23.04.2017)