



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

BRENO HERMES GONÇALVES VARGAS

**Análise Econômica do Direito Coletivo do Trabalho: A Boa-Fé como  
Mecanismo de Eficiência nas Negociações Coletivas de Trabalho no Brasil**

Porto Alegre

2015

BRENO HERMES GONÇALVES VARGAS

**Análise Econômica do Direito Coletivo do Trabalho: A Boa-Fé como  
Mecanismo de Eficiência nas Negociações Coletivas de Trabalho no Brasil**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para aprovação no Curso de Mestrado Acadêmico em Direito e obtenção do grau de Mestre.

**Orientador: Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles.**

Porto Alegre

2015

BRENO HERMES GONÇALVES VARGAS

**Análise Econômica do Direito Coletivo do Trabalho: A Boa-Fé como  
Mecanismo de Eficiência nas Negociações Coletivas de Trabalho no Brasil**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito,  
da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para  
aprovação no Curso de Mestrado Acadêmico em Direito e obtenção do grau de  
Mestre.

Aprovado em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2015

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles - Orientador

---

Prof. Dr.

-

---

Prof. Dr.

-

---

Prof. Dr.

-

Agradeço à minha família pelo carinho e  
compreensão.

Aos meus amigos e colegas de trabalho pelo  
apoio.

E agradeço especialmente ao Prof. Dr. Leandro  
Dorneles pela confiança em mim depositada,  
bem assim pela sempre paciente, dedicada e  
muito atenciosa orientação.

*A história de todas as sociedades que existiram  
até nossos dias tem sido a história das lutas de  
classes.*

(MARX; ENGELS, 1848, p. 7).

## RESUMO

A presente dissertação investiga o potencial contributivo da Análise Econômica do Direito (AED) no plano das relações de trabalho como ferramenta de verificação da eficácia da observância da boa-fé objetiva nas negociações coletivas de trabalho. Ao ser efetivamente adaptado para o Direito do Trabalho, o ferramental da AED pode contribuir para agregar eficiência do ponto de vista da concretização de melhores condições de trabalho através de métodos mais eficazes de negociação no Brasil. Partindo de tais premissas, se os atores da negociação coletiva efetivamente observarem os deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, atuando de forma leal e colaborativa entre si, problemas decorrentes da assimetria de informações; condutas negociais desprovidas de racionalidade; procrastinação indevida dos atos negociais; dentre outras ações antissindicais; seriam evitadas, tornando mais eficiente a negociação e, via de consequência, potencializando os resultados desta. Além disso, uma negociação coletiva efetivamente conformadora da vontade das partes envolvidas evita a necessidade de judicialização do conflito, seja na fase negocial, seja na fase de cumprimento do avençado, o que torna ainda mais vantajosa a relação do ponto de vista da celeridade de dos custos de transação. É prudente notar que tanto a negociação coletiva, quanto a boa-fé são constantemente analisadas na doutrina, tanto de forma isolada quanto em conjunto, inexistindo qualquer pretensão de novidade na evidenciação de tal conjugação. Da mesma forma, não se descarta que a AED é igualmente objeto de aprofundados exames, inclusive quanto à sua incidência no princípio da boa-fé, esta última em menor medida. Assim, o que se pretende é algo um pouco menos usual, e em alguma medida até mesmo controverso, conjugar os três institutos e pô-los em dinâmica visando evidenciar os contributos de tal entrelaçamento para a dimensão negocial coletiva e, em alguma medida, para o próprio fenômeno econômico daí derivado.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Análise Econômica do Direito Coletivo do Trabalho; Negociação Coletiva de Trabalho; Boa-fé objetiva.

## ABSTRACT

This dissertation investigates the contribution of Law and Economics in terms of labor relations, acting as a tool for verification of the effectiveness compliance of objective good faith in collective bargaining. When effectively adapted to the Labour Law, the Law and Economics tools can contribute to aggregate efficiency from the prism of achievement of better working conditions through more effective negotiation methods in Brazil. Starting from these assumptions, if the actors of collective bargaining effectively observe the obligations arising from the principle of objective good faith, acting fairly and collaboratively with each other, problems arising from asymmetric information; negotiation behaviors devoid of rationality; undue procrastination of business documents; among other anti-union actions; would be avoided, making more efficient trading process, and, consequently, enhancing they results. Moreover, a collective bargaining effectively representative of the parties aspirations avoids the lawsuit, whether in negotiation phase, both at the negotiation phase and in due performance, making more advantageous relationship and reducing transaction costs. Both, collective bargaining and the good faith are constantly analyzed by doctrine, alone or in conjunction, therefore, there is nothing new in their conjugation. Likewise, Law and Economics is also subject to rigorous examination, including their effect on the good faith principle. So, what is intended here is something a little less common, and even controversial, from combining the three institutes and put them in dynamic, to realize the contributions of this entanglement for the collective bargaining dimension and, somehow, to economic phenomenon itself.

Key-words: Law & Economics; Collective Labour Law & Economics; Collective Bargain; Objective Good-Faith.

## LISTA DE ABREVIATURAS

AED – Análise Econômica do Direito

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CPCS – Comissão Permanente de Concertação Social

NLRA – National Labor Relations Act

OIT – Organização Internacional do Trabalho



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
2. LIBERDADE SINDICAL E AUTONOMIA COLETIVA	16
2.1 – A DIMENSÃO COLETIVA DO DIREITO DO TRABALHO	16
2.2 – AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA	22
2.3 – LIBERDADE SINDICAL	30
2.3.1 – UNICIDADE E PLURALIDADE SINDICAL	39
3. NEGOCIAÇÃO COLETIVA	47
3.1 – CONCEITO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO	47
3.2 – FUNÇÕES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO	54
3.3 – PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO	56
3.3.1 - PRINCÍPIO DA COMPULSORIEDADE NEGOCIAL OU DA OBRIGATORIEDADE DE PARTICIPAÇÃO	57
3.3.2 - PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	59
3.3.3 - PRINCÍPIO DA IGUALDADE OU SIMETRIA DOS CONTRATANTES	61
3.3.4 - PRINCÍPIO DA PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE COLETIVO SOBRE O INDIVIDUAL	63
3.3.5 - PRINCÍPIO DA BUSCA DO EQUILÍBRIO SOCIAL OU DA PAZ SOCIAL	63
3.3.6 - PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO OU DA ADAPTAÇÃO	64
3.3.7 - PRINCÍPIO DO LIMITE DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA	64
4. BOA-FÉ OBJETIVA E SUA INTEGRAÇÃO COM O DIREITO DO TRABALHO	67
4.1 – ASPECTOS DOUTRINÁRIOS GERAIS ACERCA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	68
4.2 – ORIGEM HISTÓRICA DA BOA-FÉ E DELINEAMENTO GERAL DE SUA EVOLUÇÃO ATÉ OS DIAS ATUAIS	69
4.3 – NOTAS GERAIS ACERCA DO CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	76

4.4 – AS DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DA BOA-FÉ	80
4.5 – ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS ENTRE BOA-FÉ E LEALDADE	85
4.6 – O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E O DIREITO DO TRABALHO	85
4.7 – APLICABILIDADE DA BOA-FÉ OBJETIVA NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA	90
5. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO FERRAMENTA DE VERIFICAÇÃO DA EFICÁCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS COLETIVAS	98
5.1 – BREVE RETROSPECTO ACERCA DA INTERCONEXÃO HISTÓRICA ENTRE ECONOMIA E DIREITO DO TRABALHO	98
5.2 – ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DO TRABALHO	116
5.3 – CONCEITOS FUNDAMENTAIS DE AED E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO	116
5.3.1 - COOPERAÇÃO, CONFIANÇA, ESCASSEZ, EFICIÊNCIA, EXTERNALIDADES E CUSTOS DE TRANSAÇÃO	117
5.3.2 - RACIONALIDADE E ECONOMIA COMPORTAMENTAL	122
5.3.3 - ASPECTOS BÁSICOS ACERCA DA TEORIA DOS JOGOS E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO COLETIVO	126
5.4 – O CUSTO DA JUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL E A INFLUÊNCIA DA AED NA MAXIMIZAÇÃO DA PUNIÇÃO À VIOLAÇÃO NORMATIVA	132
5.5 – ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA EFICIÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA	148
CONSIDERAÇÕES FINAIS	156
REFERÊNCIAS	163

## INTRODUÇÃO

Os fenômenos coletivos marcam a gênese do Direito do Trabalho, representando, segundo leciona Maria Palma Ramalho, o raio vetor de sua autonomização como ramo da ciência jurídica a partir do *seu berço civil*, marcadamente após a eclosão das primeiras lutas pela questão social<sup>1</sup>. Engels, observando a miserável condição em que o proletariado estava inserido no século XIX, concluiu que a luta e oposição à burguesia derivou da necessidade dessa classe emergir da situação que os embrutecia, criando para si uma existência mais humana<sup>2</sup>. Em tal contexto, os movimentos operários, embora tenham antecedido à liberdade associativa, foram essenciais para sua legitimação, estimulando o surgimento, não sem perdas para ambos os lados, das primeiras disposições de pacificação entre as duas classes, virtude do *Reform Bill*, aprovado em 1832<sup>3</sup>.

Esse caractere genético do Direito Laboral – que deriva ao mesmo tempo do direito privado e da sua emancipação a partir de uma inspiração social - segundo Gustav Radbruch, faz com que se situe na fronteira entre o direito público e o direito privado, assim considerados em uma ordem jurídica de caráter social, permitindo à ciência juslaboral tutelar a fragilidade dos trabalhadores em face do predomínio do capital<sup>4</sup>. E, se por um lado, parte desse ramo do direito é situada em uma zona marcadamente imperativa, fruto da proteção que decorre da disparidade de forças entre os polos da relação no plano individual (daí sua vocação igualitária, assim compreendida na dialética entre igualdade/desigualdade promovida pelo processo de busca por uma igualdade entre desiguais, notadamente o capital e trabalho<sup>5</sup>), por outro, encontra na dimensão coletiva das relações de trabalho uma equivalência de

<sup>1</sup> RAMALHO, Maia do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2012, 3 v., p. 191.

<sup>2</sup> ENGELS, Friedrich. **A Situação da Classe Trabalhadora na Inglaterra**: Segundo as Observações do Autor e Fontes Autênticas. São Paulo: Boitempo, 2008, Tradução B.A. Schumann, p. 247.

<sup>3</sup> Idem, p. 249.

<sup>4</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979. Tradução Prof. L. Cabral de Mongada, p. 256.

<sup>5</sup> BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Igualdade e Discriminação no Ambiente de Trabalho**. in BARZOTTO, Luciane Cardoso (Org.). **Trabalho e Igualdade: Tipos de Discriminação no Ambiente de Trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 35.

forças mais facilmente demarcada e menos demandante da intervenção normativa Estatal.

Se o Direito do Trabalho pode ser compreendido como um estatuto originário da reação do Estado (no plano normativo) às pressões sociais exercidas em face das modificações econômicas introduzidas pela Revolução Industrial, amalgamado no princípio proteção, que informa a todos os demais<sup>6</sup>, no plano coletivo, o conflito, em sentido amplo, permanece em constante renovação, através de intermináveis ciclos, no qual a luta se encerra e renasce a cada dia, sempre vocacionado a expressar a autocomposição entre os atos coletivos do direito laboral<sup>7</sup>. E, enquanto sua gênese se deu no alvorecer do século XIX, é na alvorada do século XXI, açoitados por modificações econômicas e sociais tão drásticas quanto aquelas que lhes originaram, que o Direito e a Negociação Coletiva do Trabalho deverão provar sua capacidade de sobrevivência e renovação, frente às dinâmicas devastadoras no plano macroeconômico, a partir dos efeitos deletérios da globalização e das crises econômicas mundiais, além da proclamada solução de tais problemas por meio do famigerado processo de flexibilização dos direitos sociais.

A dimensão coletiva do Direito do Trabalho, frente ao novo cenário em que está inserida, reclama soluções inovadoras com vistas a garantir igualmente a sobrevivência do direito laboral, não apenas no plano coletivo, mas igualmente na esfera individual. E é nesse contexto que a evocação do princípio da boa-fé objetiva pode indicar uma via alternativa, embora mais comumente identificada ao tronco do qual derivou a ciência juslaboral, vem sendo crescentemente afirmada na esfera trabalhista. É aqui que a Economia, embora usualmente inspirada em valores e princípios distintos daqueles que informam o Direito, e especialmente o Direito do Trabalho – ramo no qual a disparidade agrava-se, pois sua gênese está intimamente relacionada à oposição aos efeitos provocados pelo fenômeno econômico -, pode ser

<sup>6</sup> BIAVASCHI, Magda. **Direito do Trabalho e Prescrição**: Fundamentos e Notas Sobre Imprescritibilidade. *in* OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. (org.) *Temas de Direito e Processo do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p;185-186.

<sup>7</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.1359.

invocada como ferramenta para auxiliar na busca de novas soluções para os problemas que vem assolando a realidade enfrentada pelo plano juslaboral coletivo. Em tal esforço, a economia - enquanto fenômeno - pode deixar de ser apenas parte do problema, passando a integrar - enquanto campo do conhecimento - o espectro de soluções disponíveis aos operadores do Direito do Trabalho na busca da resolução das dificuldades evidenciadas no contexto econômico atual.

Assim, se é válido afirmar que o Direito Laboral é informado pelo princípio da boa-fé, conforme se pretende analisar de forma mais detida no curso do presente estudo, parece igualmente válido investigar, do ponto de vista da eficiência, se sua observância, mais especificamente quanto à boa-fé objetiva, pode contribuir para um resultado mais satisfatório na interação das partes envolvidas em uma negociação coletiva. Nesse ponto, algumas ferramentas próprias da Análise Econômica do Direito (AED) - que pode ser igualmente aplicada na disciplina laboral, obviamente com algumas adaptações consoante adiante se pretende demonstrar - se prestam a contribuir na verificação da eficiência da adoção de determinadas condutas na interação entre os agentes de uma relação negocial.

Da conjugação dessas duas premissas restou extraído o *problema* sobre o qual irá debruçar-se a investigação ora proposta, permeando e orientando todas as etapas do estudo em tela com a seguinte indagação: A boa-fé objetiva pode ser entendida como mecanismo de eficiência nas negociações coletivas de trabalho sob o ponto de vista da teoria da Análise Econômica do Direito aplicada ao Direito Coletivo do Trabalho?

Dentre as possíveis *hipóteses* que se apresentam a partir de tal indagação, uma merece destaque. Ao ser efetivamente adaptada para o Direito do Trabalho, a Análise Econômica do Direito pode contribuir para agregar eficiência do ponto de vista da concretização de melhores condições de trabalho através de métodos mais eficazes de negociação no Brasil. Partindo de tais premissas, se os atores da negociação coletiva efetivamente observarem os deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, atuando de forma leal e colaborativa entre si, problemas

decorrentes da assimetria de informações, condutas negociais desprovidas de racionalidade, procrastinação indevida dos atos, seriam evitadas, tornando mais eficiente a negociação e, via de consequência, potencializando os resultados desta. Além disso, uma negociação coletiva efetivamente conformadora da vontade das partes envolvidas evita a necessidade de judicialização do conflito, seja na fase negocial, seja na fase de cumprimento do avençado, o que torna ainda mais vantajosa a relação do ponto de vista da celeridade e dos custos de transação

É prudente notar que tanto a negociação coletiva, quanto a boa-fé são constantemente analisadas na doutrina, tanto de forma isolada quanto de modo conjugado, inexistindo qualquer pretensão de novidade na evidenciação de tal conjugação. Da mesma forma, não se descarta que a AED é igualmente objeto de aprofundados exames, inclusive quanto à sua incidência no princípio da boa-fé, esta última em menor medida. Assim, o que se pretende é algo um pouco menos usual, e em alguma medida até mesmo controverso, conjugar os três institutos e pô-los em dinâmica visando evidenciar os contributos de tal entrelaçamento para a dimensão negocial coletiva e, em alguma medida, para o próprio fenômeno econômico daí derivado.

A *justificativa* da eleição do tema proposto reside na importância da investigação de soluções eficientes para resolução de problemas no âmbito das negociações coletivas de trabalho. De tal modo, ao evidenciar que a observância de determinadas condutas tem efeito de potencializar e otimizar o processo negocial em alguma medida, por vias indiretas, pode auxiliar um processo de retomada da autocomposição (tal qual se deu na origem do ramo juslaboral) como mecanismo de salvaguarda primário dos direitos mínimos ao trabalhador, especialmente em tempos de desconstrução normativa que se avizinham.

O *objetivo geral* do presente trabalho, portanto, é analisar, se a boa-fé objetiva, compreendida como um standard de conduta a ser observado pelas partes - no caso em exame no curso da relação negocial coletiva - pode ser entendida como mecanismo de eficiência em tais dinâmicas sob o ponto de vista da teoria da

AED aplicada a esse ramo do Direito. São *objetivos específicos* do estudo (1) verificar se o ferramental oferecido pela AED encontra espaço de aplicação no Direito Coletivo do Trabalho, bem assim se é possível extrair um modelo preditivo da conduta dos atores envolvidos no processo negocial coletivo, pela ótica da eficiência; (2) contextualizar a negociação coletiva do trabalho e a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva em tal dinâmica, visando, com a conjugação de ambos os esforços, investigar se a adoção de um standard de conduta no processo negocial pode agregar maior eficiência ao resultado das negociações e cumprimento das obrigações dela decorrentes, notadamente a partir da inserção dos elementos de AED.

A concepção metodológica da pesquisa, quanto à abordagem, irá pautar-se pelo método indutivo, sem desconsiderar, quando isso se fizer necessário, a utilização do método dialético. O método procedimental predominante será o monográfico, podendo ocorrer, em menor medida, a utilização do método histórico e comparativo. Já a técnica de pesquisa que se pretendeu adotar será essencialmente a documentação indireta, via pesquisa documental e bibliográfica, mediante um intercâmbio entre as fontes primárias e secundárias.

Por fim, cumpre traçar um breve panorama do plano de exposição e estrutura do texto que segue. Pretendendo conformar a indagação posta na problematização do estudo em tela com algo próximo a uma resposta, ainda que digna de complementação, o âmbito de investigação irá perpassar, em um primeiro capítulo, pela delimitação do enquadramento dogmático acerca da dimensão coletiva do direito laboral, visando situar o objeto em exame na referida disciplina jurídica, seguida de uma análise dos institutos da autonomia privada e, em especial, da liberdade associativa – que servirão de substrato básico para o exame subsequente, já que não se pode pensar a negociação coletiva dissociada destes. A segunda seção, por sua vez, será dedicada à análise da negociação coletiva, desde suas concepções doutrinárias clássicas, perpassando seus princípios básicos, até explorar as funcionalidades e contornos atuais que vem apresentado em sua evolução.

Em um terceiro momento, ainda que sem ambição de responder a todas as implicações jurídicas do fenômeno, se tentará investigar a boa-fé por um rápido vislumbre de sua gênese, passando a alguns fundamentos basilares do instituto, tanto sob seu prisma subjetivo quanto objetivo, até chegar ao caminho da aproximação com o Direito do Trabalho, seja no plano individual, seja no plano coletivo e, em especial, na esfera negocial coletiva de trabalho.

Na quarta e última parte do presente estudo, pretende-se importar o ferramental da AED, visando verificar se a boa-fé objetiva comporta a incidência do exame econômico, e, se assim considerada, caso aplicável às relações laborais na esfera coletiva, pode atuar como mecanismo de concreção de eficiência nas negociações entre as partes. Tal intento, cumpre esclarecer, não visa romper com os postulados clássicos, mas apenas ampliar o horizonte de aplicação dos fundamentos do Direito do Trabalho nas relações laborais contemporâneas. O último Capítulo, assim, restará dividido em uma primeira abordagem geral acerca da AED e alguns conceitos fundamentais, para então aproximá-la do Direito do Trabalho. Além disso, ainda que a verificação pretendida se conjugue em um plano abstrato, parte da última etapa da pesquisa intenta demonstrar o panorama do Judiciário trabalhista sob a ótica da eficiência, além de ponderar algumas outras medidas de potencialização do cumprimento normativo. Esforço este que permite compreensão do problema subjacente ao insucesso de negociações coletivas ou descumprimento do pactuado, demandando a judicialização e heterocomposição dos conflitos, conferindo ainda mais importância ao standard de conduta emanado do princípio da boa-fé objetiva. Finalmente, pretende-se um exame crítico acerca da eficiência da observância de tal princípio nas negociações coletivas de trabalho à luz da AED.



## 2. LIBERDADE SINDICAL E AUTONOMIA COLETIVA

Na busca pelo estabelecimento de algumas categorias básicas e conceitos operacionais no presente estudo, o esforço a seguir consistirá na exposição de notas gerais acerca da dimensão coletiva do direito laboral, e, considerando que a negociação coletiva do trabalho - a qual será melhor abordada no capítulo subsequente - é corolário da liberdade associativa e da autonomia das vontades coletivas, importa, antemão, perpassar o exame de tais institutos.

### 2.1 – A DIMENSÃO COLETIVA DO DIREITO DO TRABALHO

Partindo da premissa de que o Direito do Trabalho é um ramo especial autônomo da Ciência Jurídica, que goza de autonomia sistemática e dogmática - tema que pode ser muito melhor examinado em obras referenciais<sup>8</sup>, mas que transborda o objeto do exame proposto no presente trabalho - importa referir que tal ramificação é marcada por uma visível tripartição, conforme sintetizam Cíntia Machado de Oliveira e Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles, ao evidenciarem a existência de um “direito das condições mínimas de trabalho”, “direito individual do trabalho” e “direito coletivo do trabalho”<sup>9</sup>, sendo à dimensão coletiva do Direito do Trabalho<sup>10</sup> dedicada a abordagem a seguir.

Segundo magistério de Carmen Camino, o Direito do Trabalho é o único ramo da Ciência Jurídica no qual a relação tutelada estabelece-se, simultaneamente, em

<sup>8</sup> A respeito do tema vide: RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho**. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

<sup>9</sup> DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de, OLIVEIRA, Cíntia Machado de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 24-25.

<sup>10</sup> Os autores adotam um conceito extremamente didático acerca da dimensão coletiva do Direito do Trabalho, preceituando que se trata de: “parte do direito do trabalho (1) formada pelo conjunto de princípios e regras (2) voltados à regulação dos sindicatos e demais sujeitos de direito coletivo assim reconhecidos em razão de seus interesses (3), da negociação coletiva e demais estratégias de ação utilizadas (4), além dos possíveis conflitos coletivos estabelecidos a partir dessas ações (5)”. Idem, p. 386.

dois planos distintos – individual e coletivo -, mas interdependentes entre si<sup>11</sup>. No plano coletivo, ainda segundo a sobredita doutrinadora, a combinação orgânica entre o Público e o Privado, que marca a autonomia da ciência juslaboral como ramo jurídico, manifesta-se de modo ainda mais evidente, pois o direito emanado da autodeterminação coletiva surge na esfera plural, mas afeta igualmente as relações no plano individual<sup>12</sup>.

Mario de La Cueva preceitua que o Direito Coletivo do Trabalho é fruto da própria noção de justiça social, transmutando-se em mecanismo jurídico que traduz a atividade da classe social trabalhadora ante a inatividade normativa Estatal em um contexto capitalista liberal, visando à proteção da pessoa humana enquanto trabalhador<sup>13</sup>. Ainda, segundo o autor, o Direito Coletivo do Trabalho não é apenas fonte normativa que informa o Direito Individual do Trabalho, mas mecanismo de controle da aplicação de tais normas, atuando, a um só tempo, como invólucro criativo e assegurador do Direito do Trabalho<sup>14</sup>. É, ademais, o ramo do Direito do Trabalho que regula a formação e funções das associações profissionais de trabalhadores e patrões, suas relações, sua posição frente ao Estado e os conflitos coletivos de trabalho<sup>15</sup>, permitindo concluir com isso, que ao contrário dos autores corporativistas – que preconizavam a autonomia do Direito Coletivo em relação ao Direito do Trabalho – La Cueva defende a dupla dimensão do Direito Laboral (individual e coletiva) como partes integrantes de uma unidade com mesma finalidade essencial, *o trabalho humano*<sup>16</sup>.

Na mesma linha, Adrián Goldin define o Direito Coletivo do Trabalho como esfera jurídica que determina e regula a *organização sindical e a representação dos sujeitos coletivos, o conflito laboral e seus mecanismos de ação direta e composição e, finalmente, a negociação coletiva e seus produtos*, denotando um caráter

<sup>11</sup> CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 63.

<sup>12</sup> Idem, p. 64.

<sup>13</sup> LA CUEVA, Mario de. **Derecho Mexicano del Trabajo**. 10. ed. V. 2. México: Editorial Porrúa, 1970, p. 215-216.

<sup>14</sup> Idem, p. 217

<sup>15</sup> Idem p. 226.

<sup>16</sup> Idem, p. 221.

manifestamente instrumental dessa esfera jurídica, que serve de palco para o diálogo dos interesses coletivos e plurindividuais<sup>17</sup>. Ao fazê-lo, o referido autor avança na extensão da representatividade dos atores coletivos, demonstrando que sua atuação não se restringe aos interesses coletivos, mas demonstra sua aptidão para reagir às demandas individuais e transindividuais da classe trabalhadora, além de interações com o Estado na criação e manutenção de políticas públicas, demonstrando sua ampla funcionalidade dessa dimensão do Direito do Trabalho<sup>18</sup>.

Vislumbrando essa funcionalidade mais ampla do Direito Coletivo do Trabalho, que se afeta não só aos interesses coletivos, e reconhecendo a possibilidade representação dos interesses individuais, bem como a atuação plural dos trabalhadores e empresas sem perpassar pelos sujeitos coletivos clássicos, como no caso de comissões paritárias, Maria do Rosário Palma Ramalho destaca a importância da concepção unitária do Direito do Trabalho representado em duas dimensões inter-relacionadas – plano coletivo e plano individual – dando origem ao conceito de dimensão coletiva integral do Direito do Trabalho<sup>19</sup>. A autora defende que o Direito Coletivo perpassa por todo Direito do Trabalho, inclusive no plano individual, pelo que se pode sustentar seu caráter omnipresente no ramo jurídico em tela, reforçando a percepção unitária do Direito Laboral, marcadamente contrária às correntes doutrinárias que percebem o Direito Coletivo do Trabalho como uma esfera autônoma<sup>20</sup>.

A visão de um Direito do Trabalho unitário, mas constituído de uma dimensão individual e outra coletiva, essa última através da qual são reguladas as relações coletivas estabelecidas entre *organizações de trabalhadores [...] e empregadores, organizados ou não*, é igualmente acompanhada por António Monteiro Fernandes ao estudar o objeto e âmbito do Direito do Trabalho<sup>21</sup>. Percebe-

<sup>17</sup> GOLDIN, Adrián *et al.* **Curso de Derecho Del Trabajo Y La Seguridad Social**. 1. ed. Argentina: La Ley, 2009, p. 627-628.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 628-629.

<sup>19</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho**. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 911.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 912.

<sup>21</sup> FERNANDES, António Monteiro. **Direito do Trabalho**. 16. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 23.

se, de forma cristalina, que o sobredito autor, em uma sintética definição, apanha os módulos individuais, coletivos e transindividuais do direito laboral.

Leandro do Amaral Dorneles igualmente comunga da dupla dimensão do Direito do Trabalho (individual e coletiva), percebendo o Direito Coletivo com uma disciplina desprovida de autonomia plena em relação ao seu tronco central, atribuindo-lhe, contudo, uma relativa independência em razão das peculiaridades de seu objeto, sujeitos, interesses e conflitos<sup>22</sup>. Além disso, partindo da premissa de que os princípios da proteção e da melhoria da condição social dos trabalhadores são corolários da esfera individual do Direito do Trabalho, em virtude do desequilíbrio de forças dos atores envolvidos em tal plano, identifica que na esfera coletiva tais princípios - em vista de uma presumida igualdade de condições entre os sujeitos coletivos - desdobram-se na autodeterminação das vontades coletivas e liberdade sindical<sup>23</sup>, os quais serão analisados adiante.

Não se descure, por fim, a existência de debates residuais acerca da expressão que melhor define a “dimensão coletiva do Direito do Trabalho”<sup>24</sup>, mantida no presente estudo como referência adotada apenas para designar a órbita na qual o exame restará circunscrito, já que parece passar a margem de uma definição terminológica, sem a necessidade de encerrar a questão, além de delimitar claramente a predileção pela visão unitária, ainda que multidimensional, do Direito Laboral. De qualquer modo, importante frisar que a dimensão coletiva do Direito do Trabalho, além de designações mais contemporâneas, como “direito das situações laborais coletivas”<sup>25</sup>, ou “direito das relações coletivas do trabalho”<sup>26</sup>, encontra uma bifurcação doutrinária entre as expressões “direito coletivo do trabalho” e “direito

<sup>22</sup> DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **O Direito das Relações Coletivas de Trabalho e seus Princípios Fundamentais: A Liberdade Associativa Laboral**. in Revista do Tribunal Superior do Trabalho. 76 v., n. 2, São Paulo: Magister, abril/junho 2010, p. 85-86.

<sup>23</sup> Idem, p. 90-91.

<sup>24</sup> A expressão “As Dimensões Coletivas do Direito do Trabalho” é atribuída por António Monteiro Fernandes no título do Capítulo I da III Parte de a obra: FERNANDES, António Monteiro. **Direito do Trabalho**. 16. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 23

<sup>25</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do Trabalho**. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 33.

<sup>26</sup> DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de, OLIVEIRA, Cíntia Machado de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 386.

sindical”. Embora Mozart Victor Russomano, igualmente filiado ao unitarismo do Direito do Trabalho (subdividido internamente, segundo o autor, em dois hemisférios – individual e coletivo) esclareça que o debate carece de relevância, porquanto as duas expressões pretendem traduzir idêntico conceito, acrescentando, ainda, que a primeira confere maior precisão jurídica<sup>27</sup>, há autores que defendem o contrário.

Amauri Mascaro Nascimento, apesar de reconhecer que a expressão “direito coletivo trabalho” é justificável pelo argumento de que existem esferas da dimensão coletiva do trabalho que prescindem da atividade sindical, prefere adotar o termo “direito sindical”, como definidor do ramo do Direito do Trabalho que se ocupa *das normas e relações jurídicas que dão forma ao modelo sindical*, em razão da prevalência que as relações sindicais ostentam na órbita coletiva do direito laboral<sup>28</sup>. Inobstante a isso, o autor enquadra o Direito Sindical como parte integrante do Direito do Trabalho, tendo em vista a inexistência de autonomia legislativa, doutrinária, didática e jurisdicional do primeiro em relação ao segundo, evidenciando, assim, a noção de unidade, inclusive quanto à sua natureza jurídica<sup>29</sup>.

Em linha semelhante, Mario Deveali sustenta a impropriedade do termo “Direito Coletivo do Trabalho”, tendo em vista que a parte contraposta teria de ser designada como “Direito Individual”, podendo confundir-se com o conceito de “Direito Subjetivo”, além de defender que todo o direito é coletivo, por emanar e dirigir-se a uma coletividade, o que não garantiria a melhor delimitação do termo. Assim, propõe a expressão “Direito Sindical” como forma de melhor designar - em especial pelo alcance geral da expressão a praticamente todos os idiomas – a esfera do Direito do Trabalho que se debruça sobre *as associações profissionais e sua atuação no campo do trabalho*<sup>30</sup>. Em relação à autonomia do Direito Sindical em face do Direito do Trabalho, apesar de demonstrar-se contrário ao excesso de especialização, por comprometer a unidade do direito, o autor defende o exame

<sup>27</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios Gerais de Direito Sindical**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 47-48.

<sup>28</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Sindical**. 1ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.3.

<sup>29</sup> Idem, p. 19-20.

<sup>30</sup> DEVEALI, Mario L., **Curso de Derecho Sindical y de La Prevision Social**. Buenos Aires : Victor P. de Zavalía, 1952, p. 10.

conforme cada ordenamento jurídico, expondo que em relação à Argentina, no momento em que escrevia sua obra, não se justificaria a separação entre ambos<sup>31</sup>.

Barassi, que defende a nomenclatura “Direito Sindical e Corporativo”<sup>32</sup> como expressão apta designar o feixe normativo que regula a criação, funcionamento e atividade das associações profissionais, e a tutela de determinada atividade profissional sob a ótica unitária de uma Nação<sup>33</sup>, ao mesmo tempo assevera não tratar-se de um ramo autônomo do Direito. O autor adverte, ainda, ser prudente cada vez mais afirmar-se a unidade do sistema jurídico trabalhista, o qual somente poderia ser pensado fracionado se houvesse efetiva autonomia técnica e normativa entre as fronteiras jurídicas dos ramos que se pretende dissociar, o que incorre no presente caso<sup>34</sup>.

Perfilhando-se à concepção unitária da dimensão coletiva do trabalho, porquanto não vislumbra autonomia considerável em relação ao Direito do Trabalho<sup>35</sup>, José Martins Catharino também demonstra predileção pelo termo “Direito Sindical”. Em sua lição, aduz que tal denominação se desvela *muito próxima da perfeição*, eis que justificável, inclusive, do ponto de vista legislativo – dada a preferência do legislador ao termo à época. O autor defende, ainda, que o ente sindical se relaciona à dimensão coletiva do Direito do Trabalho, como a relação de emprego se coloca ante ao seu análogo individual<sup>36</sup>.

Outro adepto da terminologia “Direito Sindical”, Perez Botija estabelece alguns critérios para definir o que considera a *parte do direito do trabalho* que, pelo

<sup>31</sup> Idem, p. 11.

<sup>32</sup> Justifica-se a adoção do termo “Corporativo” por Barassi em razão do contexto histórico no qual escreveu sua obra, fortemente influenciada pelo corporativismo, sistema político que vigorou na Itália Fascista no final do século XIX até meados do século XX, e que delineou o Direito do Trabalho local à época, marcado pela influência política Estatal, tendo como um de seus maiores expoentes na da *Carta del Lavoro*, em 1927.

<sup>33</sup> BARASSI, Lodovico. **Diritto Sindacale e Corporativo**. 2 ed. Milão: Dott. A Giuffrè, 1934, p. 97.

<sup>34</sup> Idem, p. 99.

<sup>35</sup> CATHARINO, José Martins. **Tratado Elementar de Direito Sindical**. São Paulo: LTr, 1977, p. 70.

<sup>36</sup> Idem, p. 65.

sentido subjetivo, confere o direito de associação profissional, enquanto de seu prisma adjetivo manifesta-se como o *ordenamento estrutural dos sindicatos*, e, por fim, em seu prisma dinâmico, caracteriza-se como um *complexo de normas substantivas que emanam destes grupos sociais*<sup>37</sup>. Desse modo, Botija desfecha o rol de autores que, apesar de defenderem nomenclatura diversa, reconhecem a existência de um plano coletivo como parte de uma dimensão maior, que é o Direito do Trabalho.

Percebe-se, pois, que a maior parte dos doutrinadores clássicos e contemporâneos em matéria laboral, independentemente da nomenclatura que adotem, abstraídas as limitações do estado da arte da doutrina trabalhista correspondente à época de suas respectivas lições, admitem que a dimensão coletiva é uma das manifestações do Direito do Trabalho. Além disso, apesar de distinta da dimensão individual, a ela se conecta, perpassa e retroalimenta constantemente, razão pela qual uma não pode ser pensada de forma absolutamente apartada da outra. Bem distante disso, as dimensões do Direito do Trabalho podem ser facilmente compreendidas em seu conjunto, porquanto emanam de um tronco comum, imbuídas da mesma gênese principiológica<sup>38</sup>. Como sustentáculo de tal conclusão impende recordar a lição de Américo Plá Rodríguez, que responde afirmativamente à possibilidade de utilização dos princípios do Direito do Trabalho individual no plano coletivo, considerando ser o segundo parte do Direito Laboral *substancialmente ligada ao primeiro*<sup>39</sup>.

## 2.2 - AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA

A negociação coletiva encontra na autonomia ou autodeterminação privada coletiva um alicerce teórico que justifica seu exame preliminar visando à

<sup>37</sup> BOTIJA, Eugênio Perez. **Curso de Derecho del Trabajo**. Madri: Editora Tecnos, 1948, p. 358.

<sup>38</sup> DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **O Direito das Relações Coletivas de Trabalho e seus Princípios Fundamentais: A Liberdade Associativa Laboral**. in Revista do Tribunal Superior do Trabalho. v. 76. n. 2, São Paulo: Magister, abril/junho 2010, p. 86.

<sup>39</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 65-66.

compreensão integral do instituto a partir de seus fundamentos principiológicos. Consoante anteriormente referido, apesar de ser parte integrante do Direito do Trabalho, a dimensão coletiva desse ramo jurídico, porquanto inserida em um espaço de maior equilíbrio de forças, demanda, além dos princípios gerais do Direito e do Direito do Trabalho, princípios específicos que lhe informem, integrem e normatizem<sup>40</sup>.

Conforme referido no item precedente, a partir da lição de Leandro Dorneles, o princípio da autonomia privada coletiva, ou autodeterminação das vontades coletivas advém do princípio da melhoria da condição social do trabalhador, transmutando o avanço em matéria de direitos laborais, ainda que ao custo de sacrifícios estratégicos, em sua *lógica operacional*<sup>41</sup>. De outra banda, o autor, decantando as diferenças doutrinárias (embora indissociáveis no plano normativo) entre a autodeterminação das vontades coletivas e a liberdade sindical, percebe o segundo como fruto de um desdobramento do princípio da proteção ao trabalhador<sup>42</sup>, que receberá especial atenção mais adiante.

Interessante notar que a aparente interpolação de ambos os princípios referidos - autonomia privada coletiva e liberdade sindical - com seus paradigmas individuais (proteção do trabalhador e melhoria das condições sociais do trabalhador), acarreta em perceptíveis distinções didáticas, evidenciada, por exemplo, da leitura da obra de Herinque Hinz, o qual preconiza, ao revés, que o princípio da proteção, na esfera coletiva, é substituído pela autonomia privada das vontades coletivas<sup>43</sup>. Tal se justifica pela evidente aglutinação dos sobreditos institutos, tornando o esforço de decantá-los em unidades autônomas um exercício extremamente subjetivo, pelo que não causa espécie a constatação de uma aparente imprecisão ou divergência doutrinária no aspecto.

<sup>40</sup> HINZ, Henrique Macedo. **Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 23.

<sup>41</sup> DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **O Direito das Relações Coletivas de Trabalho e seus Princípios Fundamentais: A Liberdade Associativa Laboral**. in Revista do Tribunal Superior do Trabalho. 76 v., n. 2, São Paulo: Magister, abril/junho 2010, p. 91.

<sup>42</sup> Idem, p. 91-92.

<sup>43</sup> Idem, p. 23.



Antes de avançar no plano coletivo da autonomia privada, porém, cabe apanhar na doutrina o conceito de autonomia privada em geral. Em uma perspectiva mais ampla, a autonomia privada é definida por Karl Larenz como a garantia da regulação mútua dos próprios interesses conferida, dentro de certos limites, aos particulares no âmbito do negócio jurídico <sup>44</sup>.

Tal lição é bem sintetizada por Ronaldo Lima dos Santos, ao esclarecer que a autonomia privada no plano jurídico é sempre expressada pela faculdade de estipulação de regras destinadas à regulação de interesses específicos próprios, porém, exercitada em estado de alteridade, porquanto *não é exercida por e para si, mas “em”, isto é, numa relação com outrem ou outros*<sup>45</sup>. Importa destacar, ainda na lição do autor, que a autonomia privada, apesar de expressar um conceito muito próximo de autonomia da vontade, não traduz a rigor o mesmo fenômeno, sendo a primeira mais vinculada ao processo objetivo de criação de regras que regulam a vontade dos particulares, enquanto a segunda reflete mais manifestação da vontade propriamente<sup>46</sup>.

Enquanto a autonomia privada representa a autodeterminação regulatória das vontades entre indivíduos em prol de sua relação autocontida, na esfera coletiva, traduz a autodeterminação dos interesses de grupos sociais na tutela dos interesses de uma coletividade. Os interesses coletivos, por seu turno, não se confundem com *a mera soma de interesses individuais dos membros da coletividade nem com os interesses pertinentes a toda sociedade*, situando-se, por conseguinte, no intermeio dessas duas esferas<sup>47</sup>. Segundo Dorothee Susanne Rüdiger, a

<sup>44</sup> LARENZ, Karl. **Derecho Civil**: Parte Geral. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 54-55.

<sup>45</sup> SANTOS, Ronaldo Lima. **Teoria das Normas Coletivas**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 115-116.

<sup>46</sup> Idem, p. 118.

<sup>47</sup> Idem, p. 125.

autonomia privada coletiva deriva da uma *concepção política pluralista* tonando-se efetiva fonte normativa em paralelo ao Estado<sup>48</sup>.

António Monteiro Fernandes segue igualmente a linha de que a autonomia coletiva traduz-se em um fenómeno de descentralização normativa, pelo qual o Estado confere a determinados grupos sociais a capacidade de produção normativa, através de *um processo próprio de expressão do confronto de seus interesses coletivos*, destinada aos membros de tais grupos, harmonizando e equilibrando as relações existentes, seja no plano coletivo, seja no plano individual<sup>49</sup>. Na concepção do autor, portanto, a autonomia privada coletiva pode acarretar limites à autonomia privada dos sujeitos pertencentes ao respectivo grupo social, contrapondo-se, assim, à autonomia privada individual<sup>50</sup>.

Importa restar esclarecido que no plano coletivo, da mesma forma que se distinguem no plano individual a autonomia da vontade e a autonomia privada, diferem conceitualmente a autonomia da vontade coletiva e a autonomia privada coletiva, sendo a primeira igualmente o interesse volitivo de uma determinada coletividade, enquanto o segundo a efetiva instrumentalização da capacidade normativa própria conferida aos grupos sociais<sup>51</sup>. Ademais, António Monteiro Fernandes alerta muito apropriadamente para importância de tal diferenciação, eis que as vontades individuais dos sujeitos inseridos em um determinado grupo nem sempre traduzem os *interesses coletivos*, pois enquanto o interesse do primeiro é a particularização de suas necessidades, o segundo visa o nivelamento de condições da respectiva categoria representada<sup>52</sup>.

O interesse coletivo - que justifica a relação entre autonomia da vontade no plano coletivo em face do plano individual - pode ser determinado, consoante leciona

<sup>48</sup> RÜDIGER, Dorothee Susanne. **Autonomia Privada Coletiva e Crise Paradigmática do Direito do Trabalho**. in Revista do TRT – 9ª R. ano 29, n. 53, jul/dez. 2004, p. 74-75.

<sup>49</sup> FERNANDES, António Monteiro. **Direito do Trabalho**. 16. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 562.

<sup>50</sup> Idem, p. 562-563.

<sup>51</sup> Idem, p. 565.

<sup>52</sup> Idem, p. 565.

Roberto Seninse Lisboa, *em função de título jurídico comum (relação jurídica-base)* que une as pessoas integrantes do grupo ou categoria representada<sup>53</sup>. Para o autor, os interesses coletivos *tem objeto indivisível*, não se confundido com os interesses individuais, embora, *por vezes, o interesse da pessoa acaba correspondendo ao do grupo*, e, em última análise, considera que *o indivíduo é o destinatário último da tutela desses interesses metaindividuais, pois o direito deve servir ao bem-estar do homem [...] e não o homem ao direito*<sup>54</sup>.

Na órbita dos interesses coletivos representados pelas entidades sindicais, estes são usualmente determinados coletivamente, através das assembleias de trabalhadores, visando conformar as necessidades da coletividade representada. Os interesses coletivos, portanto, exercem sobre os interesses individuais determinado grau de heteronomia, embora deva ser considerado que as entidades coletivas, por vezes, são legitimadas a representar os interesses individuais homogêneos de um determinado grupo representado, e, especialmente em nível assistencial, podem pretender atender o interesse de um único indivíduo, mas tais circunstâncias residuais transbordam o objeto da investigação pretendida no presente exame.

Dadas essas percepções acerca da autonomia privada coletiva em sua acepção ampla, importa observá-la no contexto da dimensão coletiva do Direito do Trabalho. Sob tal prisma, Ronaldo Lima dos Santos alerta para importância de observar o fenômeno guardando as devidas peculiaridades do momento histórico em que inserido, apesar da linearidade da evolução do ordenamento juslaboral, sempre dotado de manifesto pluralismo de fontes, em maior ou menor grau<sup>55</sup>. Nessa toada, o autor acrescenta que a autonomia privada coletiva trabalhista se expressa pela capacidade de auto-regulamentação das relações laborais na esfera individual

<sup>53</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Contratos Difusos Coletivos: A Função Social do Contrato**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 306

<sup>54</sup> Idem, p. 306-307.

<sup>55</sup> SANTOS, Ronaldo Lima. **Teoria das Normas Coletivas**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 132.

ou coletiva, tendo a negociação coletiva com *instrumento* e as normas coletivas como *produto*<sup>56</sup>.

Amauri Mascaro Nascimento igualmente aborda o tema a partir da noção de pluralismo jurídico, assim compreendido como o concurso de fontes normativas para além da competência exclusiva do Estado, percebendo a auto-regulamentação dos interesses coletivos como uma consequência da liberdade sindical<sup>57</sup>. Na definição do autor, a autonomia privada coletiva traduz-se na capacidade de organização espontânea dos entes coletivos, bem assim na possibilidade de emanarem normas via negociação de condições de trabalho<sup>58</sup>. Nascimento introduz, ainda, três espécies de autonomia, a organizativa (relacionada à forma de organização dos entes coletivos)<sup>59</sup>, perante o Estado (no que diz respeito ao grau de autonomia normativa, marcada por uma graduação entre dois modelos antagônicos, os abertos - no qual a autonomia é plena – e os fechados – no qual ela é inexistente)<sup>60</sup> e administrativa (que diz respeito ao modo de funcionamento dos entes coletivos)<sup>61</sup>.

Tais desdobramentos da autonomia privada coletiva são catalogados por Alexandre Teixeira Cunha e Edson Souza como liberdade sindical externa ou exógena (manifestando-se na capacidade dos entes coletivos regularem as condições de trabalho pela via negocial), e outra endógena ou interna (perfectibilizada na capacidade de organização interna da estrutura do ente sindical e na elaboração de estratégias de atuação)<sup>62</sup>. Embora não se trate de uma crítica à classificação proposta, é de se ter presente a distinção do ponto de vista teórico entre os princípios da liberdade sindical e a autodeterminação privada coletiva,

<sup>56</sup> Idem, p. 131-132.

<sup>57</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Sindical**. 1ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 110-111.

<sup>58</sup> Idem, p. 111.

<sup>59</sup> Idem, p. 166-167.

<sup>60</sup> Idem, p. 187-188.

<sup>61</sup> Idem, p. 195-197.

<sup>62</sup> CUNHA, Alexandre Teixeira de Freitas Bastos, SOUZA, Edson Dias de. **Liberdade Sindical e Sindicato Único: o Paradoxo do Modelo Brasileiro**. Disponível em: [http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=4099&Itemid=319](http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=4099&Itemid=319). Acesso em 28.10.2014.

sendo que sua interpolação pode acarretar certa dificuldade de compreensão quanto à individualização dos conceitos.

Na percepção de Evaristo de Moraes Filho, a *autodeterminação sindical* é a prerrogativa *reconhecida ao sindicato para alcanças suas finalidades, dentro dos meios não contrários à lei*, variando o limite da autonomia na mesma medida em que varia o raio da esfera de liberdade em que circunscrito<sup>63</sup>. Em que pesem as delimitações doutrinárias à atividade sindical – não compreendendo assim os organismos coletivos trabalhistas como um todo, embora não explicitamente excludente – a lição apanha em um só tempo o conceito e a natureza (pré-estatal como adiante se retomará) da autonomia privada coletiva. O autor acrescenta, ainda, que o Estado, ao legislar sobre o tema, acaba por limitar tal autonomia em maior ou menor escala, conforme o grau de democracia percebido no respectivo contexto<sup>64</sup>.

A esse respeito, como elemento delineador da natureza jurídica da autonomia privada coletiva, Ronaldo Lima dos Santos recorda que essa não decorreu do Estado, mas foi reconhecida por este após um momento histórico de negação-proibição, dando conta de que ostenta caráter de *poder originário*, remontando às sociedades *pré-estatais*<sup>65</sup>. Por tal razão, inobstante as variações adotadas na doutrina, ora considerando a outorga de poderes, ora referindo-se ao reconhecimento de tais prerrogativas, cuja variabilidade marca inclusive o presente exame, a segunda via desvela-se efetivamente a mais apropriada para a apreensão da natureza jurídica reconhecida da autonomia privada coletiva trabalhista.

Em outras palavras, é possível inferir que a autonomia privada coletiva tem natureza essencialmente material, e não meramente formal, porquanto não demanda outorga por parte do Estado. O reconhecimento da autonomia coletiva

<sup>63</sup> FILHO, Evaristo de Moraes. **O Problema do Sindicato Único no Brasil**. 1 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1952, p. 137.

<sup>64</sup> Idem, p. 137-138.

<sup>65</sup> SANTOS, Ronaldo Lima. **Teoria das Normas Coletivas**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 144.

após períodos de repreensão-vedação de seu exercício, decorrente de circunstâncias históricas, por tal razão, não desfaz seu caráter material, apenas lhe confere um atributo adicional, de ordem formal.

Enoque Ribeiro dos Santos acrescenta que *discorrer sobre a autonomia privada coletiva significa partilhar da concepção de que o direito não emerge apenas do Estado, admitindo-se a existência de outros centros de produção normativa*<sup>66</sup>. O autor conceitua o fenômeno como a prerrogativa reconhecida pelo Estado - ao abdicar de parte de sua jurisdição - em face de determinados grupos sociais de auto-regularem suas relações e atuarem em independência ao ordenamento jurídico posto<sup>67</sup>. Ao assim proceder, o Enoque dos Santos também enaltece o reconhecimento estatal em lugar da mera delegação, permitindo afirmar, com certa margem de segurança, que a abdicação promovida pelo Estado traduz, em última análise, a devolução de tais prerrogativas aos seus detentores originários.

Tal percepção é compartilhada por Américo Plá Rodriguez, o qual reconhece, a partir do advento das associações profissionais como fenômeno natural de resposta às pressões sociais, uma *nova forma de criação do Direito do Trabalho: a de origem profissional e extra-estatal*. Essa nova forma de criação normativa autônoma é conformada pelo princípio da *autonomia coletiva*, o qual abrange a auto-regulamentação das condições laborais pelos próprios interessados, além da interferência das referidas entidades no curso a *administração do trabalho e justiça trabalhista*<sup>68</sup>. Apesar de não explicitar o caráter de precedência da autonomia coletiva ao Estado, o contexto da abordagem do autor permite concluir que comunga de tal noção ao referir que a *legislação foi reconhecendo a realidade social e sindical*<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva**. São Paulo: LTr, 2004, p. 73.

<sup>67</sup> Idem, p. 71-72

<sup>68</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 60-61.

<sup>69</sup> Idem, p. 59.

Finalmente, a importância do princípio da autonomia privada coletiva é enaltecida na lição de Carmen Camino, a qual, ao reconhecer a vinculação da vontade individual à vontade coletiva, distingue o protagonismo de tal princípio e sua tendência em tornar-se, *ao lado do princípio protetivo*, a maior referência do Direito do Trabalho. Porém, a autora esclarece que tal princípio não deve ser *erigido a princípio fundamental*, deixando esse papel ao princípio da proteção, ao menos enquanto a intervenção do Estado se fizer necessária como mecanismo de pacificação social, demandando o direito tutelar como garantia de um padrão civilizatório mínimo em matéria laboral<sup>70</sup>.

### 2.3 - LIBERDADE SINDICAL

A liberdade associativa, ou liberdade sindical (cujos conceitos nem sempre são conexos, podendo a doutrina considerar o primeiro mais abrangente – dando conta de qualquer aglutinação associativa – enquanto o segundo mais restrito – relativo tão somente ao universo do sindicalismo, embora para os propósitos do presente exame serão abordadas de forma aglutinada) aspira ao mais irrestrito direito de associação ou sindicalização possível<sup>71</sup>. Assim como a autonomia privada coletiva, a liberdade associativa inspira estudos mais aprofundados que o exame aqui proposto, dada sua relevância à dimensão coletiva do Direito do Trabalho.

Antes de pretender uma conceituação de liberdade associativa, importa recordar o conceito de sua partícula mais fundamental, a liberdade em sentido amplo, embora sem pretensões definitivas, posto que tal exercício seria absolutamente impertinente e demasiadamente ousado, consoante alerta Martins Catharino<sup>72</sup>. Montesquieu, em acréscimo, adverte justamente para complexidade de

<sup>70</sup> CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 64-65.

<sup>71</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1215-1216.

<sup>72</sup> CATHARINO, José Martins. **Tratado Elementar de Direito Sindical**. São Paulo: LTr, 1977, p. 79.

tal intendo, ao obtemperar que *não existe palavra que tenha recebido tantos significados e tenha marcado os espíritos de tantas maneiras quanto a palavra liberdade*<sup>73</sup>. Porém, a própria lição de Montesquieu permite uma conceituação inicial de liberdade, assim compreendida como o direito do homem de exercitar sua vontade. Contudo, em um estado de direito, tal vontade deve estar atrelada a tudo aquilo que é legalmente permitido, porquanto a possibilidade de almejar aquilo que é proibido suprime a condição de liberdade, já que garantiria aos demais indivíduos idêntica prerrogativa<sup>74</sup>.

Kant preceitua que *o direito é a limitação da liberdade da liberdade de cada um a condição de que esta liberdade concorde com a liberdade de todos*, reputando que tal concordância somente é possível a partir de uma lei universal, enquanto o direito público *é o conjunto de lei externas que torna possível tal concordância universal*, cujo princípio para constituição de uma comunidade é expressado pela seguinte fórmula<sup>75</sup>:

Nada pode me obrigar a ser feliz a sua maneira (tal como se revela o bem-estar dos demais), senão que cada um tem direito a buscar sua felicidade pelo caminho que lhe parece adequado, contanto que ao aspira tal finalidade não prejudique a liberdade dos demais que pode coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal possível (isto é, contanto que não prejudique o direito do outro)<sup>76</sup>.

Gilberto Stürmer, ao examinar em profundidade o tema da liberdade sindical, verificou as diversas perspectivas de liberdade encontradas nas obras de Montesquieu, Norberto Bobbio, John Locke, Immanuel Kant, Gerog Wilhelm, Friedrich Hegel e Thomas Hobbes. Conquanto já se tenha abordado anteriormente as visões de Montesquieu e Kant acerca da liberdade, a partir do esforço empregado

<sup>73</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O Espírito das Leis**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 165.

<sup>74</sup> Idem, p. 166.

<sup>75</sup> KANT, Immanuel. **Teoría y Praxis**. 3 ed. Buenos Aires: Leviatán, 2008, p. 41-42.

<sup>76</sup> Idem, 42-43.



pelo autor, parece digno de especial destaque o enfrentamento da questão por Bobbio<sup>77</sup>.

Conforme observa Stürmer, Bobbio percebe duas principais dimensões da liberdade, a *liberdade positiva e a liberdade negativa*<sup>78</sup>. Essa abordagem aproxima-se daquela proposta por Isaiah Berlin, que igualmente vislumbra dois sentidos na liberdade política, um *negativo* e outro *positivo*<sup>79</sup>. Para Berlin, a liberdade, em seu aspecto político, deve ser compreendida como *a área em que um homem pode agir sem sofrer a obstrução de outros*, sendo positiva quando atrelada à concepção de *autodomínio* (no qual o próprio ser determina suas ações), enquanto sua faceta negativa está relacionada com a liberdade de agir sem a interferência de outras pessoas, em outras palavras, a liberdade positiva é uma *liberdade para* (liberdade para fazer algo), já a liberdade negativa é *uma liberdade em face de* (liberdade em face de qualquer aspecto que vede tal ação)<sup>80</sup>.

Tais observações são indispensáveis para compreensão da liberdade associativa, porquanto *não é possível pensar na liberdade sindical* (que a seguir será abordada) *sem prévia liberdade política* (acima retratada), concretizada em suas duas dimensões, negativa – compreendida como *a liberdade de realizar uma determinada ação* quando *há o fato negativo de não ser determinado algum limite* – e positiva – consubstanciado na *autodeterminação para realização da ação*, segundo o qual *obedecer à norma, é obedecer à própria vontade*<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> STÜRMER, Gilberto. **A Liberdade Sindical**: na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 34-41.

<sup>78</sup> Idem, p. 35.

<sup>79</sup> BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios Sobre a Liberdade**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 136.

<sup>80</sup> Idem, p. 136-142.

<sup>81</sup> STÜRMER, Gilberto. **A Liberdade Sindical**: na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37.

Na mesma senda, cumpre pontuar a noção de associação a partir da definição de Guillermo Cabanellas, que a considera a *mola propulsora do dinamismo dos seres humanos em seu caminho incessante até o progresso* pela via da *união de indivíduos para a realização de um fim comum*. O autor ressalta que tal necessidade associativa desvela-se mais evidente quando a coalização é promovida por indivíduos de um mesmo grupo ou classe profissional<sup>82</sup>. Conjugando os dois termos, sem maiores dificuldades, pode se concluir que a liberdade associativa é a inexistência de vedação para reunião de pessoas visando atingir um mesmo propósito.

Partindo da premissa geral de que liberdade é uma condição humana por excelência, mas em um Estado comporta a observância ao legalmente viável, Maurício Godinho Delgado, avança da liberdade *latu sensu*, e progride na conceituação da liberdade estrita em exame. Além disso, o autor trilha sua análise concentrado em um esforço de decantar as espécies de liberdade associativas, reconhecendo que a liberdade de associar-se emana da liberdade de reunião, e ambas não se restringem à sua paradigma profissional, apesar de compartilharem preceitos fundamentais, tais como a garantia de livre vinculação ou desvinculação, livre organização e estruturação interna e externa, livre criação e livre extinção<sup>83</sup>. Relevante destacar que em alguns cenários nem todas as garantias de liberdade associativa necessariamente se farão presentes, oscilando em diversos espaços intermediários entre sua aplicação ou negação completa, tanto quanto mais próximo ou distante estiver de seu ideal jurídico. É seguro afirmar, porém, que a ampliação e concretização dessas garantias será o impulso natural do princípio em comento, razão pela qual a análise de sua amplitude demandará invariavelmente uma perspectiva a partir do contexto histórico em que inserida<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> CABANELLAS, Guillermo. **Derecho Sindical y Corporativo**. Buenos Aires: Lavallo, 1959, p. 139.

<sup>83</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1215-1216.

<sup>84</sup> GOMES, Orlando, GOTTSCALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 543.

Tal complexidade de análise atrelada à variação cronológica e territorial em que inserida a noção de liberdade associativa decorre, em última análise, da influência marcante que sofrem os fenômenos coletivos laborais em relação ao meio. Isso por se situarem na parte mais exposta do Direito do Trabalho às oscilações político-econômicas de cada país, e em cada época, justificando a *dificuldade operatória praticamente insanável* do Direito Coletivo ante as constantes variações do plano fático<sup>85</sup>.

Incrementando a discussão acerca da adequação de determinadas expressões para designar o tema, Krotoschin crítica o emprego do termo “associações profissionais”, dando conta de que o faria igualmente em face da liberdade de associação profissional. Tal se justifica pelo fato de a expressão “profissional” limitar demasiadamente o instituto à noção de que a aglutinação em exame diz respeito apenas à reunião de indivíduos pertencentes ao mesmo grupo profissional, enquanto tal pode ocorrer a partir da articulação de indivíduos de profissões afins. Além disso, a expressão demanda, ainda, uma distinção dependendo da origem do grupo, se derivada de empregadores ou trabalhadores, atribuindo ao primeiro a pecha de organização sindical horizontal, enquanto ao segundo organização sindical vertical<sup>86</sup>.

Embora alguns doutrinadores passem diretamente da liberdade associativa para o subgrupo da liberdade sindical, assim entendido como *o direito de os trabalhadores e empregadores se organizarem e constituírem livremente as agremiações que desejarem [...] sem que sofram qualquer interferência*<sup>87</sup>, Leandro do Amaral Dorneles identifica um plano intermediário, denominado “liberdade de associação laboral”. Esse *tertium genus* permite perceber tratar-se de algo mais específico que a liberdade associativa, porém menos restrito que a liberdade sindical, admitindo outras formas de associação profissional que não a exclusivamente sindical, ao mesmo tempo em que abrange igualmente esse

<sup>85</sup>FERNANDES, António Monteiro. **Direito do Trabalho**. 16. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 546-547.

<sup>86</sup>KROTOSCHIN, Ernesto. **Manual de Derecho del Trabajo**. Buenos Aires: Depalma, 1972, p.123.

<sup>87</sup>MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 682.

último<sup>88</sup>. Ademais, para o autor, a liberdade associativa laboral é um princípio de tamanha relevância para dimensão coletiva do Direito do Trabalho, que passou a gozar de reconhecimento universal, através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, preconizando não apenas a livre prerrogativa criativa de associações laborais, mas ao direito de livre afiliação visando à defesa de interesses em comum<sup>89</sup>.

Comungando de tal reflexão, Adrián Goldin expõe sua preocupação acerca da tentativa de conceituação de liberdade associativa, dada a complexidade do intento, eis que sua definição se torna cada vez mais intrincada com o transcurso do tempo. É que, na visão do autor, o instituto evoluiu de uma mera garantia de associação, para uma complexa trama de disposições acerca de seu *funcionamento interno, atuação externa, direitos de participação e proteção da atividade sindical e de quem a efetua*, e se enraizou tão profundamente na *consciência jurídica universal*, que restou elevado ao status de direito humano fundamental, visando, ao lado da autonomia privada coletiva, concretizar a incolumidade dos interesses coletivos<sup>90</sup>.

Na guisa dos autores que posicionam a liberdade associativa em patamar elevado dentro da ordem jurídica das Nações contemporâneas, novamente cabe referir Krotoschin, ao afirmar que a maior parte das constituições da atualidade elevam o direito de associar-se ao rol dos denominados *direitos e liberdades fundamentais*. Em sua lição, Krotoschin aponta que as consequências desse reconhecimento em nível constitucional acarretam dupla proteção normativa, a primeira no sentido de que tal direito não será suplantado pela legislação ordinária, ou infra-constitucional, enquanto a segunda confere proteção das organizações daí derivadas contra a interferência do Executivo<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **O Direito das Relações Coletivas de Trabalho e seus Princípios Fundamentais: A Liberdade Associativa Laboral**. in Revista do Tribunal Superior do Trabalho. v. 76. n. 2, São Paulo: Magister, abril/junho 2010, p. 92.

<sup>89</sup> Idem, p.

<sup>90</sup> GOLDIN, Adrián *et al.* **Curso de Derecho Del Trabajo Y La Seguridad Social**. 1. ed. Argentina: La Ley, 2009, p. 633-634.

<sup>91</sup> KROTOSCHIN, Ernesto. **Instituciones de Derecho del Trabajo**, 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1968, p. 193

Estabelecendo que a liberdade para o trabalho antecedeu sua paradigma sindical, Martins Catharino reconhece duas liberdades sindicais interconectadas, a primeira revelada na liberdade sindical individual (extraída da possibilidade do indivíduo associar-se ou não<sup>92</sup>) e a coletiva, derivada do exercício da primeira a partir da criação da associação sindical<sup>93</sup>. Além disso, ao reconhecer a coexistência das duas espécies de liberdade sindical, leciona que são igualmente essenciais, porém distintas, já que não se resumem a meras licenciosidades, acomodando, em um só plano, *liberdade, responsabilidade e segurança jurídicas*<sup>94</sup>.

A questão atinente à múltipla dimensão da liberdade associativa foi igualmente identificada por Amauri Mascaro Nascimento, o qual, a partir de uma compilação doutrinária acerca do tema, apontou seus cinco aspectos dimensionais: *liberdade de associação, liberdade de organização, liberdade de administração, liberdade de exercício das funções, e liberdade de filiação sindical*<sup>95</sup>. Importante salientar que as cinco dimensões apontadas pelo autor são, em verdade, desdobramentos das múltiplas funções da dualidade apontada por Catharino, pelo que se pode admitir que a divisão da liberdade associativa por sua abrangência será tão ampla ou limitada quanto às garantias inerentes que se pretender fracionar.

A complexidade do princípio da liberdade associativa é identificada igualmente por Georges Spyropoulos, a partir da lição de Paul Durant, que reconhece ser essa um direito natural do homem. Spyropoulos acrescenta que *como toda liberdade, a liberdade sindical tem, de fato, uma essência individualista*, complementando a liberdade individual, e se revela complexa, pois ao mesmo tempo

<sup>92</sup> A liberdade plena de associação presume o direito de livre vinculação e de não vincular-se, conforme defendido por diversos doutrinadores, dentre os quais se destaca Eugênio Perez Botija, o qual adverte para o risco à própria democracia na hipótese de negação da liberdade sindical individual positiva ou negativa (representando a primeira a liberdade de associar-se e a segunda o contrário), tal qual ocorre exemplificativamente *técnica jurídico-social que se denomina na cláusula “closed shop”* (BOTIJA, Eugênio Perez. **Curso de Derecho del Trabajo**. Madri: Tecnos, 1948, p. 375-376).

<sup>93</sup> CATHARINO, José Martins. **Tratado Elementar de Direito Sindical**. São Paulo: LTr, 1977, p. 80.

<sup>94</sup> Idem, p. 81.

<sup>95</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Sindical**. 1ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 115.

em que confere a possibilidade dos indivíduos criarem associações para fins comuns (os sindicatos, no prisma sob seu exame), dá origem a uma personalidade *distinta dos indivíduos que contribuíram para sua criação*<sup>96</sup>. Cumpre destacar, entretanto, que a aquisição de uma nova personalidade coletiva distinta dos indivíduos que a originaram não é um fenômeno exclusivo aos Sindicatos. Além disso, na visão do autor, a liberdade sindical pressupõe a liberdade individual, da qual é indissociável, em que pese o contrário não seja verdadeiro, e pode ser concebida de forma diversa dependendo da natureza do estado democrático em que estive inserida<sup>97</sup>.

Em complemento, Cesarino Júnior explica que a expressão “liberdade sindical” comporta mais de uma interpretação. Segundo o autor, a liberdade sindical ora pode designar a liberdade de organizar entidades sindicais (cuja gradação pode levar ao tema da pluralidade ou unicidade sindical, adiante referido em linhas gerais), ora se presta a representar a liberdade de filiação ou não a tais entidades (flutuando dentre os cenários de sindicalização compulsória ou plenamente livre), ou mesmo, serve para apontar a noção de reconhecimento da capacidade de autodeterminação dos sindicatos<sup>98</sup>. Não é demasiado advertir que a sistematização conjunta da autonomia privada coletiva e da liberdade associativa longe de prejudicar a compreensão do tema, reforça, em alguns casos - tal qual o da referência em exame – a natureza simbiótica de ambos os princípios, em especial quando reforça a liberdade de autodeterminação entre os próprios sindicatos<sup>99</sup>.

<sup>96</sup> SYROPOULOS, Georges. **La Liberté Syndicale**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1956, p. 6-7.

<sup>97</sup> Idem, p. 7-9.

<sup>98</sup> CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. **Direito Social Brasileiro**. São Paulo: Livraria Martins, 1940, p. 217-218.

<sup>99</sup> No particular, vide o conceito de liberdade associativa inserido por Alonso Olea, ao prescrever que o agrupamento de trabalhadores não desvela apenas sua independência em relação à empresa, ao passo que proporciona *mecanismos de atuação inconcebíveis para o trabalhador isolado*, denotando igualmente que a associação deve ser *livre e independente com relação à contraparte*, sem qualquer *intervenção, estabelecimento, dominação ou financiamento pela empresa ou associação patronal* (OLEA, Manuel Alonso. **Pactos Coletivos y Contratos de Grupo**. Madri: Instituto Del Estudios Politicos, 1955, p. 42-43).

Uma abordagem adicional acerca da extensão da liberdade sindical diz quanto aos seus titulares. Se originalmente concebida para viabilizar a aglutinação de trabalhadores na busca de melhores condições para defesa de interesse, após a edição da Convenção 87 da OIT, em especial em seu artigo 2º, passou-se a considerar, conforme observa Ermida Uriarte, que tanto *trabalhadores como empregadores seriam titulares* do direito à liberdade sindical, conferindo-lhe um caráter bilateral<sup>100</sup>. A bilateralidade da liberdade sindical, embora expresse um propósito de democratizar a liberdade associativa, segundo alerta Uriarte, ao menos sob o prisma estritamente dogmático, incorre em aparente contradição com o propósito original dos sindicatos e da liberdade sindical, que reside justamente na intenção de *compensar ou contrabalancear o poder econômico do empregador*, colocando em risco a *função protetiva do direito fundamental de sindicalização*<sup>101</sup>. Ao permitir que os empregadores se aglutinem para fortalecer as condições de negociação com os sindicatos profissionais, a bilateralidade desequilibra novamente, em alguma medida, a relação de forças entre o capital e o trabalho, porquanto se é válido afirmar que um empregador é presumidamente mais capaz que um trabalhador isolado, parece igualmente válido supor que a coletividade de empregadores é presumidamente mais capaz que uma coletividade de trabalhadores.

Mario de La Cueva complementa a noção de importância do instituto da liberdade sindical ao identificar o Direito Coletivo do Trabalho como uma garantia de liberdade perante o Estado, percebendo na liberdade associativa sindical e no seu poder criativo normativo a via de transição para uma economia *controlada pelo direito e livre frente ao Estado*<sup>102</sup>. O autor, todavia, alerta para a necessidade de compreender a associação como um meio de proteção ao homem e jamais como um fim em si própria, tendo em vista que a *realidade de um grupo social não é outra*

<sup>100</sup> URIARTE, Oscar Ermida. **Crítica de La Libertad Sindical**. in Revista de La Facultad de Derecho PUCP, Norteamérica, 0, setembro, 2012, disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2825>. Acesso em: 01 de março de 2015, p. 39.

<sup>101</sup> Idem, p. 39-40.

<sup>102</sup> LA CUEVA, Mario de. **Derecho Mexicano del Trabajo**. 10 ed., 2 v., México: Editorial Porrúa, 1970. p. 267.

*coisa senão a realidade das ações humanas, advertindo que nunca se poderá atribuir realidade social a um ente distinto dos homens*<sup>103</sup>.

Desfechando a defesa de sentidos diversos ao princípio da liberdade associativa, Wilson de Souza Campos observa um duplo sentido da liberdade sindical, sendo um deles o *sentido político*, no qual a liberdade consiste no reconhecimento do caráter privado da entidade sindical em relação ao Estado *sob todos os aspectos*, enquanto o *sentido individualístico* que pressupor a liberdade dos trabalhadores e das empresas afiliarem-se (ou não) *a qualquer entidade sindical*<sup>104</sup>. Entretanto, em razão de tal compreensão, o autor não consegue vislumbrar uma efetiva liberdade sindical em um regime que limite seu exercício, tal qual ocorre nos sistemas de unicidade sindical, problematização que será examinada a seguir.

### 2.3.1 – UNICIDADE E PLURALIDADE SINDICAL

Para atingir os ideais preconizados pelo princípio da liberdade associativa laboral, não se pode olvidar, entretanto, que sua máxima expressão pode compreender além da noção de pluralismo de fontes normativas, também a concepção de pluralismo representativo. Esse último percebido na lição de Leandro Dorneles como a ausência de entraves para representatividade e, via de consequência, para própria liberdade de associação, garantido a *coexistência de múltiplas organizações sindicais representativas, a diversidade representativa, e a cindibilidade dos interesses representados*<sup>105</sup>. Apesar de admitir que a pluralidade

<sup>103</sup> Idem, p. 312.

<sup>104</sup> CAMPOS, Wilson de Souza. **Sindicatos, Sindicalismo**. São Paulo: LTr, 1994, p. 82-82.

<sup>105</sup> Na visão do autor a “cindibilidade dos interesses representados” representa a faculdade de um determinado micro grupo representado por uma entidade sindical criar uma coalização própria para representar interesses ainda mais específicos dentro do grupo macro ao qual estavam inseridos. Já “diversidade representativa” traduz a ideia de inexistência de modelos pré-determinados (permitindo, assim, qualquer espécie de coalização entre grupos afins) em contraposição ao modelo único de representatividade. Finalmente, a “coexistência de múltiplas organizações sindicais representativas” viabiliza a mais de uma entidade representar o mesmo grupo (DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **O Direito das Relações Coletivas de Trabalho e seus Princípios Fundamentais: A Liberdade Associativa Laboral**. in Revista do Tribunal Superior do Trabalho. 76 v., n. 2, São Paulo: Magister, abril/junho 2010, p. 98-101).



representa um ideal jurídico da liberdade associativa, o autor reforça a necessidade da perspectiva de uma *unidade fundamental dos interesses representados*, viabilizando, desse modo, que mesmo a diversidade e especialização de interesses dos mais variados grupos emana de um organismo comum, pertencentes a mesma classe social, o que permite uma reunião no plano vertical independente de limites territoriais ou materiais (esse último aspecto envolvendo a possibilidade de aglutinação de diferentes categorias ou profissões).

Essa visão ampla da liberdade associativa laboral, conformada pela pluralidade de representação tanto no plano vertical quanto no plano horizontal, é apontada por diversos doutrinadores<sup>106</sup>. Todos eles identificam a percepção da ordem internacional em fomentar a livre associação irrestrita, reconhecendo, a exemplo da referência acima, a ocorrência de modelos diversos de acordo com as peculiaridades do ordenamento jurídico de cada país, prestigiados pela própria Assembleia Geral das Nações Unidas, através do artigo 8º, inciso I, alínea “c”, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>107</sup>, ao dispor acerca da observância às limitações associativas prescritas em lei. Inobstante a isso, importa esclarecer o aparente consenso pela inexistência de exigência normativa internacional para adoção de um modelo associativo concorrencial, mas, ao revés, de recomendação para que, visando atingir um modelo de *genuína liberdade sindical*<sup>108</sup>, a unidade ou a pluralidade associativa sejam opções de livre escolha<sup>109</sup>.

<sup>106</sup> Um aprofundamento do tema pode ser obtido, exemplificativamente, dentre tantos outros que se debruçaram acerca deste com propriedade, através das obras de: VIANA, Segadas. **O Sindicato no Brasil**. Rio de Janeiro: Gráfica Olímpica Editora, p. 33-41; e FILHO, Evaristo de Moraes. **O Problema do Sindicato Único no Brasil**. 1 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1952, p. 145-181.

<sup>107</sup> “O direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm). Acesso em: 28.10.2014).

<sup>108</sup> Não se pode deixar de fazer referência, ao abordar o tema da liberdade sindical e direito de associação no âmbito da norma internacional, as disposições da própria Constituição da OIT, em seu preâmbulo, que preceitua uma de suas finalidades *à afirmação do princípio da liberdade sindical*, em quanto na Declaração da Filadélfia proclama *a liberdade de expressão e de associação* um dos *princípios fundamentais sobre os quais repousa a organização*. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO TRABALHO (OIT). **Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu Anexo (Declaração da Filadélfia)**. Disponível em:

Russomano aponta que a unicidade e a pluralidade têm contra si argumentos desfavoráveis, mas vislumbra que a segunda opção confere, inegavelmente, liberdade mais ampla aos atores coletivos, conquanto o sindicato único por força de

[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent\\_work/doc/constituicao\\_oit\\_538.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf). Acesso em: 28.10.2014.

Outras referências igualmente relevantes, por ordem cronológica: - Convenção n. 84, de 1947, que visa estimular o direito de associação dos empregadores e trabalhadores como forma de estimular a resolução de conflitos (OIT. **Convenio sobre el derecho de asociación**. Disponível em: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312229:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312229:NO). Acesso em: 28.10.2014); - Convenção n. 87, de 1948, estimula a livre associação sindical de forma plena, sem entraves ou intervenção de qualquer natureza (OIT. **Convenção sobre Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/liberdade-sindical-e-prote%C3%A7%C3%A3o-ao-direito-de-sindicaliza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 28.10.2014); - Convenção n. 98, de 1949, estabelece a proteção do trabalhador *contra quaisquer atos atentatórios a liberdade sindical em matéria de emprego*. (OIT. **Convenção sobre Direito e Sindicalização e de Negociação Coletiva**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/465>. Acesso em: 28.10.2014); Convenção n. 135, de 1971, que busca fomentar a representação de trabalhadores no âmbito das empresas (OIT. **Conevio sobre los representantes de los trababjadores**. Disponível em: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312280:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312280:NO). Acesso em: 28.10.2014); - Convenção n. 151, de 1981, que avança em relação as duas convenções anteriormente referidas, visando estimular a garantia de tais liberdades na esfera da administração pública (**Convenção sobre Direito de Sindicalização e Relações de Trabalho na Administração Pública**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/501>. Acesso em: 28.10.2014); Convenção n. 154, de 1981, a qual reconhece indiretamente a legitimidade de organização associativa em todos os níveis, ao estimular a ampla negociação coletiva entre *um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores* (OIT. **Convenção sobre Fomento à Negociação Coletiva**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/503>. Acesso em: 28.10.2014); - Recomendação n. 163, de 1981, a qual reconhece a necessidade de fomentar o *estabelecimento e desenvolvimento, em base voluntária, de organizações livres, independentes e representativas de empregadores e trabalhadores* (OIT. **Recomendação sobre a Promoção da Negociação Coletiva**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/sobre-promo%C3%A7%C3%A3o-da-negocia%C3%A7%C3%A3o-coletiva>. Acesso em: 28.10.2014).

<sup>109</sup> CUNHA, Alexandre Teixeira de Freitas Bastos, SOUZA, Edson Dias de. **Liberdade Sindical e Sindicato Único: o Paradoxo do Modelo Brasileiro**. [http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=4099&Itemid=319](http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=4099&Itemid=319). Acesso em 28.10.2014.

lei confere mera liberdade artificial<sup>110</sup>. Ressalva, porém, que há casos em que a pluralidade sindical pode trazer riscos que não compensariam sua adoção, em especial nos cenários em que o sistema econômico não se afigura consolidado, e a classe trabalhadora não se percebe inserida em uma estrutura sindical madura e solidária<sup>111</sup>. Tal lição permite perceber, em acréscimo, que o tema da pluralidade sindical como expoente da liberdade associativa é demasiadamente complexo, e importaria um aprofundamento inviável através da análise pretendida no presente estudo, em que o esforço de perpassar tais conceitos é exercido com finalidade meramente operacional.

Complementando tal entendimento, Carlos Chiarelli observa que, na busca de uma solução para o problema da dualidade travada entre unicidade e pluralidade sindical, a doutrina chegou a sugerir um terceiro gênero, visando amenizar os efeitos da aplicação da pluralidade nos contextos em que o sistema sindical ainda não estivesse maduro o bastante para suportá-la em sua plenitude, mas que ao menos tempo não agrediria os *preceitos da liberdade* tão caros ao pluralismo, estampadas na concepção de *representação mais quantitativa*<sup>112</sup>. Entretanto, consoante explica o autor, a sistemática de sindicato *mais representativo* admite, *de forma implícita*, a existência de entidades menos representativas, circunstância que, a rigor, implica a *existência de um sindicalismo plurimo*<sup>113</sup>.

Indo além, Carlos Molero Manglano reputa que a liberdade sindical plena somente pode ser exercitada se houver efetiva liberdade de gestão das entidades sindicais, sem a interferência não apenas do Estado, mas dos empresários e suas organizações, além de não poder imaginar-se restrita apenas à órbita dos sindicatos individualmente considerados em seus planos locais, demandando seja observada

<sup>110</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios Gerais de Direito Sindical**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 90-91.

<sup>111</sup> Idem, p. 92.

<sup>112</sup> CHIARELLI, Carlos Alberto. **O Trabalho e o Sindicato: Evolução e Desafios**. São Paulo: LTr, 2005, p. 187.

<sup>113</sup> Idem, p. 191.

nas demais esferas associativas, inclusive federacional (*liberdade de federação*) e, por consequência, confederacional<sup>114</sup>.

Elaborando ainda mais tal perspectiva, Gilberto Stürmer considera que a liberdade sindical plena somente assim pode ser compreendida se for observada no *plano individual, no plano coletivo, e em face do Estado*<sup>115</sup>. O autor desfecha destacando que o Brasil não goza de liberdade sindical, inexistindo tal liberdade no plano individual, coletivo, ou mesmo em face do Estado<sup>116</sup>, prescrevendo, em outra obra, ser *imperioso que, diante das cada vez mais complexas relações sociais e trabalhistas que o Brasil ocupe o espaço que lhe cabe, a partir da abertura que a “plena” liberdade sindical certamente lhe dará*<sup>117</sup>.

Embora igualmente reconheça a emergência de um sistema pleno de liberdade sindical em âmbito pátrio, que atenda aos anseios das diretrizes internacionais acerca do tema, Laimer observa que a *ausência de unanimidade quanto à matéria no Brasil* demandará percorrer uma trajetória de debates acerca da implantação de um modelo conformador de tal liberdade, visando que sua *introdução siga um planejamento formulado entre o governo, Congresso Nacional e representações de empregados e dos empregadores*<sup>118</sup>. Além disso, o autor sugere que apenas um sistema verdadeiramente democrático que permita o pleno desenvolvimento da liberdade sindical viabilizará ao sindicalismo brasileiro reagir às

<sup>114</sup> MANGLANO, Carlos Molero. **Derecho Sindical**. Madrid: Editorial Dykinson, 1995. p. 272-277

<sup>115</sup> O autor leciona que a *liberdade sindical individual* pode ser percebida em seu aspecto positivo (*direito de constituição dos sindicatos, o direito de filiação e o direito de participação*) ou negativo (*direito de desfiliação ou abstenção sindical*); enquanto a *liberdade sindical coletiva* se manifesta pela *liberdade de constituição de sindicatos, a constituição de órgãos superiores, a filiação a organizações internacionais, a negociação coletiva e o exercício de greve*; já a *liberdade sindical em face do Estado* engloba a ausência imposição de limites para *constituição de sindicatos, enquadramento sindical, administração interna, constituições de órgãos superiores, filiação a organizações internacionais*, bem assim ausência de imposição da *unicidade sindical e contribuição sindical* e, por fim, *poder normativo da Justiça do Trabalho*, como limitador da liberdade sindical. STÜRMER, Gilberto. **A Liberdade Sindical**: na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62-64.

<sup>116</sup> Idem, p. 150.

<sup>117</sup> STÜRMER, Gilberto. **O Sistema Sindical Brasileiro da Constituição da República de 1988**. in Revista de Processo do Trabalho e Sindicalismo. Ano 1, n. 1. Porto Alegre: HS Editora, 2010, p. 18.

<sup>118</sup> LAIMER, Adriano Guedes. **O Novo Papel dos Sindicatos**. São Paulo: LTr, 2003, p. 62.

transformações flexibilizantes decorrentes do contexto da globalização e do neoliberalismo<sup>119</sup>.

Inobstante as preferências por um ou outro sistema sindical, Gino Giugni recorda que o pluralismo não confere, apenas por si, garantias de uma maior efetividade da eficiência da atuação sindical, mas reclama sua defesa como liberdade e, possivelmente, representaria o único caminho legítimo rumo a uma unidade sindical naturalmente verificável, sem decorrer de imposições legais, acrescentando que *a liberdade sindical – aqui compreendida em seu exercício pleno – apareceu como uma das condições essenciais dos regimes democráticos, e é necessário a um Estado democrático, mas não é suficiente, pois demanda não apenas ser reconhecida como tal, e sim que seja efetiva e real*<sup>120</sup>.

Importante destacar, sem a necessidade de perfilhar-se a qualquer corrente, que um sistema sindical limitado pela unicidade é, sem dúvida alguma, preferível à sistemática de total repreensão à liberdade associativa. Por outro lado, louvando-se de alguns fundamentos da análise econômica, um ambiente que permita determinado grau de concorrência entre os atores sindicais pode estimular melhores resultados que aqueles verificados em regimes de monopólio sindical, o que pode reforçar a conclusão de que um sistema de liberdade sindical plural tenha condições de alcançar resultados mais eficazes que sistemas restritos. Em tal linha de pensamento, o recurso à unidade sindical seria preferível apenas se, diante das circunstâncias, efetivamente parecesse mais adequado aos atores envolvidos, preservando-se a faculdade de aglutinarem-se ou desatrelarem-se (em maior ou menor escala) conforme sua própria conveniência.

Dando sequência ao estudo proposto, ainda cabe destacar dois relevantes aspectos instrumentais da liberdade associativa que são igualmente dignos de nota.

<sup>119</sup> Idem, p. 35.

<sup>120</sup> GIUGNI, Gino. **Liberdade Sindical**. in Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, v. 8, ano VI, Porto Alegre: Livraria Editora Acadêmica, 1984, p. 57-58.

Ambos os aspectos estão relacionados ao limite do direito de associação ou sindicalização em razão da qualidade e da capacidade, e foram evidenciados por Alejandro Goulart Folch, ao debruçar-se sobre o Direito do Trabalho Espanhol no primeiro terço do século passado, mas que ainda encontra aplicabilidade em muitos ordenamentos jurídicos atuais. O primeiro deles diz respeito à qualidade do indivíduo, exigindo que a adesão aos sindicatos ou associações de trabalhadores a estes fique restrita, enquanto no plano das entidades coletivas constituídas por empregadores, apenas aqueles que alcem tal condição possam afiliar-se<sup>121</sup>. Já o segundo prisma está relacionado à capacidade de associar-se, impondo a observância ao que cada sistema jurídico reputa capaz de praticar atos de tal natureza, em razão da idade (no caso de trabalhadores) e de alguns requisitos constitutivos (no caso de empresas). Em qualquer dos casos, tais limitações não ofendem a concepção de liberdade sindical plena, porquanto não afeta a disposição das entidades sindicais, mas apenas as prerrogativas dos indivíduos em face delas, amoldando-se a margem de prerrogativas tutelares de um ordenamento jurídico regulamentar questões atinentes a capacidade e personalidade das pessoas físicas e jurídicas.

Por fim, se a partir do prisma jurídico as definições acima traduzem as generalidades da liberdade associativa laboral, do ponto de vista político Deveali advoga a noção de que a liberdade sindical opera como um ideal pelo qual lutaram as gerações antepassadas de trabalhadores. Essa luta, segundo o autor, ocorreu inclusive nos períodos em que a lei vedava a livre associação, na busca de interesses comuns, em especial a igualdade nas relações de trabalho, ainda que tal igualdade não seja o objetivo final, mas apenas o ponto de virada em direção a meta principal da supremacia, *ou mais apropriadamente até a eliminação das classes sociais*<sup>122</sup>. O brilhantismo de tal constatação reside na ambição de uma sociedade justa e igualitária, desprovida de qualquer segregação por condições ou classes, capaz de conferir indistintamente a todos os seus componentes uma existência

<sup>121</sup> FOLCH, Alejandro Goulart. **Derecho Español del Trabajo**. Barcelona: Editorial Labor, 1936, p. 129.

<sup>122</sup> DEVEALI, Mario L. **Curso de Derecho Sindical y de la Prevision Social**. Buenos Aires: Victor P. de Zevalia Editor, 1952, p. 50-51.

digna e humana. Tal ideal visa transpor o conceito de antagonismo entre capital e trabalho, passando a observar uma colaboração equilibrada entre ambos na busca de um bem-estar social.

### 3. NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

Nessa segunda etapa do exame proposto, passa-se a buscar elementos doutrinários que permitam a compreensão da negociação coletiva de trabalho enquanto fenômeno jurídico a partir de múltiplas perspectivas, na medida em que a noção do instituto é fortemente marcada pelo contexto em que investigada, para posteriormente buscar compreender suas funcionalidades e princípios basilares, viabilizando a construção do plano de fundo em que será verificada, nas etapas finais, a eficiência da boa-fé objetiva nas relações negociais.

#### 3.1 - CONCEITO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

Nesse ínterim, conveniente salientar, de plano, que a negociação é uma manifestação verificável em diversas outras esferas do Direito, inclusive no plano individual, tal qual observado por Orlando Gomes, ao identificar nas *negociações preliminares* o ato preliminar germinal do vínculo contratual, passível, inclusive, de gerar determinados efeitos jurídicos, citando exemplificativamente o *pacto de contrahendo*<sup>123</sup>.

Mesmo na sua vertente plural, a negociação coletiva não é exclusividade do Direito do Trabalho, já que a coletivização das relações é percebida em esferas alheias ao cenário laboral, a exemplo do que ocorre nas relações de consumo, tal qual evidenciado por Dorothee Rüdiger<sup>124</sup>. Na percepção da autora, a negociação coletiva, como mecanismo de produção normativa inerente a uma *sociedade*

<sup>123</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997 p. 58-59.

<sup>124</sup> RÜDIGER, Dorothee Suzanne. **Contratos coletivos, Contratos de Direito Civil e Proteção do Consumidor**. in Revista do Direito do Consumidor. v. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro/março 1993, p. 138.



*pluralista*, notadamente em contextos neocorporativistas<sup>125</sup>, permite aos sujeitos coletivos deliberar acerca de condições gerais contratuais<sup>126</sup>. Tal raciocínio permite considerar que a autonomia privada coletiva gera centros normativos próprios não apenas na dimensão coletiva do Direito do Trabalho.

Voltando ao contexto juslaboral, a negociação coletiva inicialmente deve ser distinguida de um fenômeno negocial mais amplo, conhecido como concertação social. António Monteiro Fernandes define a concertação social como um processo de carácter participativo e tripartido, o qual permite ao Estado e aos órgãos de cúpula das entidades coletivas dos trabalhadores e dos empregadores, o debate conjunto em matéria de políticas económicas e sociais<sup>127</sup>. Interessante destacar, ainda, a constatação de que esse mecanismo de auto-regulação negocial e consultiva, na experiência de Portugal, encontra positividade inclusive na esfera constitucional, dando origem a um órgão Comissão Permanente de Concertação Social (CPCS), em contraponto a maioria dos ordenamentos jurídicos dos demais países<sup>128</sup>. A própria CPSC autodenomina seus integrantes de *parceiros sociais*, referindo-se ao Governo, às Confederações Patronais e Confederações Sindicais<sup>129</sup>.

Leandro Dorneles compreende a concertação social como um processo de democratização do poder capaz de conferir maior *legitimidade às políticas de administração pública das relações de trabalho*, a partir do diálogo social entre o

<sup>125</sup> Na definição da de Dorothee Rüdiger, o neocorporativismo consiste num neocentralismo contratual com câmbios trilaterais, entre as partes sociais e o poder público, entrelaçados por câmbios bilaterais, somente entre as partes sociais, abrindo espaço para criatividade normativa livre de interferência estatal, contribuindo para generalização do “collectiv bargaining” das condições de vida na sociedade. (Idem, p. 140).

<sup>126</sup> Idem, p. 139.

<sup>127</sup> FERNANDES, António Monteiro. **Direito do Trabalho**. 16. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 572-573.

<sup>128</sup> Idem, p. 573.

<sup>129</sup> Em nota, a CPCS reputa-se competente para: pronunciar-se sobre as políticas de reestruturação e de desenvolvimento socioeconómico, bem como sobre a execução das mesmas; propor soluções conducentes ao regular funcionamento da economia, tendo em conta, designadamente, as suas incidências no domínio sócio laboral; apreciar regularmente a evolução da situação económica e social do país; apreciar os projetos de legislação respeitantes a matérias de âmbito socio laboral, designadamente de legislação de trabalho. Disponível em: <http://www.ces.pt/9>. Acesso em: 28.10.2014.

Estado e as *legítimas representações sociais*<sup>130</sup>. Em tal perspectiva, a concertação social insere-se plenamente no contexto neocorporativista antes referido por Dorothée Rüdiger ao abordar a ampla difusão do esforço negocial tripardido como um espaço de debate em prol do avanço social<sup>131</sup>.

A proximidade entre a concertação social com o neocorporativismo é tão acentuada que, segundo leciona Ronaldo Lima dos Santos, chegam a ser traduzidos como sinônimos em determinados contextos. Na visão do autor, a concertação social representa uma manifestação da trilateralização (ou mesmo quadrilateralização, nas hipóteses em que envolve igualmente a participação de partidos políticos) relacional coletiva, representada por um processo de elaboração de pactos sociais, marcado pela *co-responsabilização dos interesses, organizados em derredor de objetivos comuns, e a capacidade de crescer mutuamente*<sup>132</sup>.

Apesar da similitude entre os fenômenos, Ronaldo Lima dos Santos adverte que não se pode confundir a concertação com a negociação coletiva laboral, embora sejam ambas manifestações de pacificação social, e instrumentos que se destinam a uma finalidade. Segundo o autor, nenhuma delas traduz um fim em si próprias, sendo ambos processos para obtenção de um fim, e não produtos. A negociação coletiva almeja a convenção ou acordo coletivo, enquanto a concertação pretende conduzir ao pacto social, cujo conteúdo, eficácia e sujeitos são mais amplos e distintos que as normas coletivas<sup>133</sup>. Importa, porém, reforçar que o presente exame ocupa-se do procedimento e não propriamente da finalidade, assim, não há

<sup>130</sup> DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **O Direito das Relações Coletivas de Trabalho e seus Princípios Fundamentais: A Liberdade Associativa Laboral**. in Revista do Tribunal Superior do Trabalho. 76 v., n. 2, São Paulo: Magister, abril/junho 2010, p. 92.

<sup>131</sup> Como nota final, o autor dá conta de que concertação social está inserida no ideal de ampla manifestação negocial proposta pela Organização Mundial do Trabalho (Idem, p. 92), podendo ser acrescentado que essa inspiração restou transportada indiretamente ao relevo constitucional interno pela via do artigo 10º da Carta Constitucional, que assegura a *participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão ou deliberação*.

<sup>132</sup> SANTOS, Ronaldo Lima. **Teoria das Normas Coletivas**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 185-186.

<sup>133</sup> Idem, p. 186-187.

efetivamente espaço para a análise do pacto social, assim como pouco se pretende aprofundar em relação às normas coletivas.

Promovida tal distinção, demonstrando-se o que não é negociação coletiva, reingressa-se na via rumo à demonstração do que efetivamente por ela se entende. Inaugurando o rol de referências doutrinárias nesse sentido, convém iniciar pela percepção sociológica do fenômeno, compreendido por António Fernandes como uma ferramenta de *mudança social e econômica, condicionando o ambiente de trabalho à satisfação de necessidades coletivas* visando estabilidade social e afetando, ainda que em grau mais rarefeito, a mecânica das instituições políticas<sup>134</sup>.

Ricardo Cornaglia defende que a negociação coletiva, em sua moderna acepção, é a forma mais elementar de democratização da economia, constituindo um processo pelo qual os trabalhadores se fortalecem na dinâmica das relações laborais<sup>135</sup>. Acrescenta, ainda, ao examinar a negociação coletiva em retrospectiva histórica na evolução do ordenamento laboral argentino, que a ampliação ou retração em sua esfera de interferência é determinada conforme maior ou menor o grau de liberdade experimentada.

Essa percepção de modulação da forma e intensidade do processo negocial, variando a partir de nuances políticas, sociais e econômicas, bem assim em razão das peculiaridades legislativas do meio em que analisadas, é compartilhada por Enoque Ribeiro dos Santos. O autor leciona que apesar de tais oscilações, a negociação guarda em seu âmago uma característica *virtualmente universal*, a de configurar-se como um mecanismo dialético dotado de *notável flexibilidade em seus métodos*, que a torna ideal para solução de conflitos entre a dualidade capital e

<sup>134</sup> FERNANDES, António Monteiro. **Direito do Trabalho**. 16. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 622.

<sup>135</sup> CORNÁGLIA, Ricardo J. **Derecho Colectivo Del Trabajo**: Derecho de La Negociación Colectiva. 1 ed. Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 17.

trabalho, e permite que seus efeitos protetivos e criativo-normativos transcendam os *interesses dos atores diretamente envolvidos*<sup>136</sup>.

No plano jurídico, Russomano demonstra que a gênese do processo normativo negocial não dependeu sequer de reconhecimento legal, nascendo *da prática popular e chegaram à lei, através do costume*, tal qual ocorreu, exemplificativamente, na Inglaterra, onde as disposições negociadas *têm eficácia, não por força de normas cogentes que as reconheçam [...] mas, apenas, porque constituem uma espécie de “gentlemen agreement”*, acrescentando que, não obstante a isso, *sempre foram fielmente cumpridas na prática da vida negocial*<sup>137</sup>.

Amauri Mascaro Nascimento sintetiza a negociação coletiva laboral como um processo destinado à *formação consensual de normas e condições de trabalho que serão aplicadas a um grupo de trabalhadores e empregadores*<sup>138</sup>, em outras palavras, define o fenômeno como uma espécie de diálogo entre os sujeitos coletivos visando obter consenso, perfectibilizado na forma de um acordo, contrato ou convenção coletiva de trabalho. Tais resoluções positivas do processo negocial (assim consideradas por produzirem efeitos, ao contrário do seu viés negativo, consubstanciado na hipótese de uma negociação frustrada), são tão intimamente ligados ao fenômeno da negociação coletiva, que muitos autores abordam como se fossem (negociação e norma coletiva) duas esferas de uma mesma manifestação jurígena, sendo a primeira um ato preparatório, enquanto a segunda seu desfecho.

Complementando tal ensinamento, Maurício Godinho Delgado preceitua que *a negociação coletiva é um dos mais importantes métodos de solução de conflitos*

<sup>136</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva**. São Paulo: LTr, 2004, p. 76.

<sup>137</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios Gerais de Direito Sindical**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 148-149.

<sup>138</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 483.

*existentes na sociedade contemporânea*<sup>139</sup>, tendo emergido como consequência espontânea das circunstâncias geradas pela industrialização, afigurando-se como um meio para *alcançar um maior equilíbrio no poder de negociação com o empregador e assim obter melhores condições de trabalho*<sup>140</sup>. Tal noção busca na origem do fenômeno – o conflito – sua própria conceituação, sendo a negociação um mecanismo por excelência da resolução autônoma de controvérsias, em oposição às formas externas de apaziguamento social, conhecidos como meios heterônomos de composição.

No plano internacional, conforme recorda Ernesto Krotoschin, a Conferência Internacional do Trabalho, de 1951, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), definiu, a exemplo do que faria novamente através da Convenção n. 154 (artigo 2º)<sup>141</sup>, que as negociações coletivas são meio para celebração de contratos coletivos relativos às *condições de trabalho e emprego, celebrados entre um empregador, um grupo de empregadores ou um ou várias organizações de empregadores, por uma parte, e, por outra, uma ou várias organizações representativas de trabalhadores*<sup>142</sup>. Ainda a tal respeito, a maior parte das normas internacionais emanadas pela OIT em relação à liberdade sindical referidas anteriormente, ainda que modo indireto, ao fomentarem a ampla organização associativa como forma de resolução de conflitos em matéria laboral, asseguram a negociação coletiva voluntária em múltiplos níveis, em especial a já referida Convenção n. 98.

<sup>139</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1275.

<sup>140</sup> ARIGÓN, Mario Garmendia. **Negociación Colectiva: Concepto, Funciones y Contenidos**. in Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. v. 24. n. 288, São Paulo: Síntese, Junho 2013, p. 214.

<sup>141</sup> Artigo 2º - Para efeito da presente Convenção, a expressão 'negociação coletiva' compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com fim de: a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 154 sobre Fomento à Negociação Coletiva**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/503>. Acesso em 14.11.2014).

<sup>142</sup> KROTOSCHIN, Ernesto. **Instituciones de Derecho del Trabajo**, 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1968, p. 263-264.

Corolário da liberdade associativa e da autodeterminação das vontades coletivas, a negociação coletiva é, em síntese, uma forma de *composição de conflitos [...] que busca o consenso através do diálogo social sem a intervenção de terceiros*<sup>143</sup>, devendo desenvolver-se em todos os níveis, a partir de um processo amplo, democrático, garantido a todas as organizações, consoante a Recomendação 163 da OIT, embora a Constituição da República de 1988 a restrinja, no Brasil, ao âmbito dos sindicatos<sup>144</sup>.

Arnaldo Süssekind estabelece, como condições de maximização do êxito das negociações coletivas, seja em que plano se estabelecerem, a presença de três fatores. O primeiro deles é a *garantia da liberdade e da autonomia sindical, razoável índice de sindicalização do grupo representado* – o qual pode ser generalizado na adesão forte ou na capacidade representativa da associação envolvia. O segundo é a necessidade de um *razoável índice de sindicalização do grupo representado*, o qual pode ser generalizado para necessidade de adesão expressiva como fator de representatividade. O terceiro e último fator é *espaço para complementação e suplementação do sistema legal de proteção ao trabalho*<sup>145</sup>, aqui compreendida não necessariamente a capacidade de flexibilização das normas estatais pela negociação coletiva, mas pelo potencial normativo complementar dos direitos dos trabalhadores. Quanto ao derradeiro aspecto, o autor antevê com preocupação os efeitos endêmicos do enfraquecimento das entidades sindicais na eficácia dos processos negociais a partir da globalização, em associação a preocupante utilização da via negocial como salvaguarda de flexibilização e retrocesso em matéria de direitos sociais, quando seu propósito original seria justamente o contrário<sup>146</sup>. O tema relativo à eficácia das negociações coletivas será aprofundado na terceira etapa do presente estudo, em comunhão com os elementos extraídos da análise econômica do Direito Coletivo do Trabalho.

<sup>143</sup> DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles/OLIVEIRA, Cíntia Machado de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 441.

<sup>144</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 488.

<sup>145</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 572.

<sup>146</sup> Idem, p. 573-574.

### 3.2 – FUNÇÕES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

A funcionalidade da negociação coletiva de trabalho é alvo de grande diversidade doutrinária, sendo múltiplas as formas de categorização e divisão das funções do fenômeno negocial. Eduardo Pragmácio Filho distingue *dois grandes eixos* doutrinários na classificação das funções negociais, *jurídico e não jurídico*<sup>147</sup>. O autor, diante de tamanha diversidade de classificação, acaba por propor afastar-se das divisões e apenas apontar as funções, visando simplificar a compreensão acerca do tema<sup>148</sup>. Compartilhando a metodologia proposta, no presente exame as funcionalidades serão apontadas sem decantá-las entre o plano jurídico e não jurídico, apenas iniciando pelas funções clássicas ou tradicionalmente imputadas ao processo negocial coletivo em ambas as esferas, para, ao final, examinar as novas funções da negociação coletiva do trabalho.

Antes de enumerar as funções da negociação coletiva, porém, ao menos para fins dogmáticos, importa esclarecer que a divisão entre o eixo jurídico e não jurídico das funções, em regra, inclui no primeiro as funcionalidades compositiva, normativa e obrigacional, enquanto no segundo observa seu papel econômico, social, político e, até mesmo, participativo e pedagógico<sup>149</sup>. Vólia Bomfim Cassar insere, ainda, dentre as funções jurídicas, ao lado da função normativa, ou como desdobramento dessa, a função flexibilizadora da negociação coletiva<sup>150</sup>.

Partindo do conceito de negociação coletiva anteriormente examinado, o qual usualmente se interconecta com sua funcionalidade básica clássica, é possível concluir que as funções clássicas da negociação coletiva reduzem-na à noção de

<sup>147</sup> PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. **A Boa-Fé nas Negociações Coletivas Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011, p. 53.

<sup>148</sup> Idem, p. 53-54.

<sup>149</sup> Tal catalogação é didaticamente evidenciada por Enoque Ribeiro dos Santos. SANTOS, Enoque Ribeiro. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva**. São Paulo: LTr, 2004, p. 128-132.

<sup>150</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008, p. 1272.

um mecanismo contemporizador do conflito subjacente às relações de trabalho, visando superar o confronto de vontades através da composição, em uma dimensão coletiva. Tal função confere ao processo negocial, quando bem sucedido, um papel normativo (embora em alguns ordenamentos jurídicos possa sofrer maior ou menor limitação), traduzindo-se, assim, em um processo de *participação e democratização do funcionamento da sociedade em geral e das instituições laborais em particular [...] ajudando a promover uma certa equiparação de poderes* entre trabalhadores e empregadores<sup>151</sup>. A principal das funções clássicas da negociação coletiva, portanto, é a denominada “compositiva”, visto que se desvela como instrumento por excelência de composição de conflitos, apesar de ostentar outras funcionalidades nesse plano, tais como normativa, obrigacional, econômica, social, e política. Já as funções mais atuais da negociação coletiva de trabalho são a equilibradora de custos sociais, gestão de empresa, flexibilizadora, e de aplicação de imperativo social<sup>152</sup>.

Segundo Mario Arigón, as negociações coletivas, em um novo contexto histórico e econômico, deixaram de ser apenas um mecanismo tradicional de melhoria das condições de trabalho, mas, em virtude de questões econômico-produtivas, especialmente em momento de crises, vêm sendo percebidas como um mecanismo de transação de condições – através do qual se verificam alguns retrocessos estratégicos em prol de um equilíbrio geral das condições laborais – visando adaptar-se a crescente complexidade das relações de trabalho, da produção e do cenário econômico em que estas são travadas<sup>153</sup>.

Gilberto Stürmer enumera, em adição às funcionalidades precedentes, ou como um desdobramento do papel compositivo, a função de estabelecer direitos aos

<sup>151</sup> ARIGÓN, Mario Garmendia. **Negociación Colectiva: Concepto, Funciones y Contenidos**. in Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. 24 v., n. 288, São Paulo: Síntese, Junho 2013, p. 218-220.

<sup>152</sup> PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. **A Boa-Fé nas Negociações Coletivas Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011, p. 53

<sup>153</sup> ARIGÓN, Mario Garmendia. **Negociación Colectiva: Concepto, Funciones y Contenidos**. in Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. 24 v., n. 288, São Paulo: Síntese, Junho 2013, p. 226-228.



trabalhadores através do processo negocial, cuja importância justifica a envergadura constitucional que recebe em nosso ordenamento jurídico, através do artigo 7º, inciso XXVI da Carta Política de 1988<sup>154</sup>. A norma constitucional, conjugada com a legislação federal, ainda estabelece a indispensabilidade do exercício da função em comento, através, respectivamente dos artigos 8º, incisos III e IV da CF/88 e do artigo 616 da CLT.

Não se pode deixar de mencionar, por fim, as funções pedagógicas e participativas identificadas por Enoque Ribeiro dos Santos, sendo a primeira fruto do processo de amadurecimento e aprendizado decorrente da natureza cíclica das negociações, em virtude do caráter usualmente transitórios das disposições normativas dela decorrentes<sup>155</sup>. Já a segunda – função participativa – vê na participação plural, em todas as esferas em que juridicamente viável, uma garantia de *coexistência não-conflituosa dos parceiros sociais*<sup>156</sup>.

### 3.3 - PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

Considerando que a negociação coletiva é um fenômeno jurídico que se insere na órbita do Direito do Trabalho, mais precisamente em sua dimensão coletiva, inerente a tal condição, sofre afetação dos princípios informadores desse ramo da ciência jurídica, em que pese contar igualmente com uma principiologia própria, conformadora de seus objetivos essenciais. Tais princípios próprios são dotados, ainda, de uma função informadora e instrumental, facilitando a orientação

<sup>154</sup> STÜRMER, Gilberto. **Negociação Coletiva:** (Novo) Paradigma do Direito do Trabalho. *in* Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da PUCRS, vol. 26, ano XXIV, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 45.

<sup>155</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva.** São Paulo: LTr, 2004, p. 132.

<sup>156</sup> *Idem*, p. 131.

dos atores envolvidos no processo negocial na busca de uma solução para seus impasses<sup>157</sup>.

Convém recordar que os princípios da liberdade sindical e da autonomia privada coletiva - por essenciais ao Direito Coletivo, e, em face disso, precederam ao exame da própria negociação coletiva no presente estudo. Tanto é assim, que tais princípios são inseridos por Maurício Godinho Delgado no grupo dos princípios *assecuratórios das condições de emergência e afirmação da figura do ser coletivo*<sup>158</sup> -, em por terem sido examinados anteriormente, não serão novamente abordados nessa seção, embora integrem, com destacada posição, o rol de princípios da dimensão coletiva do direito laboral. Os demais princípios, a seguir particularizados, são dimensionados pelo autor nos grupos dos *princípios que tratam das relações e efeitos perante o universo e comunidade jurídica das normas produzidas pelos contratantes coletivos* (grupo no qual se inserem o princípio da adequação e o princípio do limite da negociação coletiva, também designados por princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva e princípio da adequação setorial negociada) ou dos *princípios que tratam das relações entre os seres coletivos obreiros e empresariais, no contexto da negociação coletiva* (todos os demais não inseridos nos grupos antecedentes)<sup>159</sup>.

### 3.3.1 - PRINCÍPIO DA COMPULSORIEDADE NEGOCIAL OU DA OBRIGATORIEDADE DE PARTICIPAÇÃO

Enoque Ribeiro dos Santos leciona que o princípio da compulsoriedade negocial fundamenta-se na *necessidade imperativa, ou mesmo obrigatória, de que as partes no processo negocial não a rechacem de plano*, integrando tal explicação

<sup>157</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008, p. 1247.

<sup>158</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1213.

<sup>159</sup> Idem, p. 1213-1214.

com a necessidade de exaurimento do processo negocial, ainda que por imposição legal<sup>160</sup>.

Já Henrique Hinz refere a compulsoriedade negocial como *princípio da obrigatoriedade de participação das entidades sindicais na negociação coletiva*, conferindo-lhe, entretantes, contornos levemente distintos, pois não apenas se concentraria na disponibilidade em negociar dos entes coletivos, mas, calcado na legislação pátria, justificaria condicionar a validade dos instrumentos negociados à participação de entidades sindicais<sup>161</sup>.

Vólia Bomfim Cassar, por sua vez, compreende a compulsoriedade negocial como *princípio da intervenção obrigatória dos sindicatos*, partindo igualmente da disposição constitucional de nosso país, insculpida no artigo 8º, incisos III e VI da Constituição Federal<sup>162</sup> em vigor, para reconhecê-lo como um dever de negociar e de indispensabilidade da participação dos sindicatos representativos das categorias profissionais em tal processo<sup>163</sup>. Tal perspectiva aproxima-se do *princípio da interveniência sindical da normatização coletiva* identificado por Maurício Godinho Delgado, o qual acrescenta que tal princípio opera como garantia de que as normas jurídicas negociadas no plano coletivo – as quais no direito pátrio não se reduzem às cláusulas contratuais dispostas por particulares difusamente articulados – atendam e resguardem *interesses sociais mais amplos*<sup>164</sup>.

<sup>160</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva**. São Paulo: LTr, 2004, p. 109-110.

<sup>161</sup> HINZ, Henrique Macedo. **Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 89-90.

<sup>162</sup> Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

[...] III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

[...] VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 14.11.2014).

<sup>163</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008, p. 1252.

<sup>164</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1223.

A positivação de tal princípio pode ser encontrada em diversos ordenamentos jurídicos, sendo um dos mais remotos a Lei das Relações de Trabalho norte-americana (National Labor Relations Act [NLRA] – Wagner Act), de 1935. A NLRA já explicitava o dever de negociar (*duty to bargain collectively*), inclusive fazendo referência a obrigação de exercitá-lo de boa-fé<sup>165</sup>, manifestando-se como a obrigação de iniciar deliberações negociais, embora essa obrigação não se confunda com um dever de celebrar uma composição ou firmar uma contratação coletiva de qualquer espécie<sup>166</sup>.

### 3.3.2 - PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Em que pese se trate de um princípio geral de direito, sua aplicabilidade à dimensão coletiva do trabalho e, por sua vez, ao âmbito da negociação coletiva do trabalho, é usualmente aceita na doutrina. Além disso, a par de tal princípio - bem como sua aplicação nas mais variadas etapas da relação negocial entre os entes coletivos na esfera trabalhista, inclusive como elemento gerador de obrigações e deveres acessórios - ser objeto de um exame particularizado na segunda metade do estudo em exercício, impõe traçar alguns contornos básicos para compreensão do instituto na presente seção.

O princípio da boa-fé é simplificado por Enoque Ribeiro dos Santos como um imperativo de conduta a ser observado no processo negocial, exigindo dos envolvidos, nas mais diversas etapas da negociação, um agir probo que se traduz na obrigação recíproca de se colocar a disposição do adverso para negociar, bem assim de fazê-lo mediante um comportamento compatível com o dever de lealdade

<sup>165</sup> NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD. **National Labor Relations Act**. Disponível em: <http://www.nlr.gov/resources/national-labor-relations-act>. Acesso em: 28.10.2014.

<sup>166</sup> OJEDA AVILÉS, Antonio. **Los Deveres de Negociar y de Contratar**. in ERMIDA URIARTE, Óscar ed. *La negociación colectiva en América Latina*. Madri: Trotta, 1993, p. 52-53.

que sobre eles recai<sup>167</sup>. Embora trate separadamente, o autor elenca outro princípio, o qual bem se amoldaria como um subprincípio ou desdobramento da boa-fé, mas que na sua concepção se desvela como princípio independente, nominando-o de *princípio da razoabilidade*, e opera como elemento importante no processo negocial, porquanto impõe às partes a necessidade de agir com a razão, formulando propostas e reivindicações razoáveis, sob pena de comprometer a eficácia da negociação coletiva<sup>168</sup>.

Henrique Hinz designa o princípio da boa-fé como *princípio da lealdade e da transparência*, definindo-o como um dever de conduta garantidor do bom funcionamento do processo negocial, através da obrigação de negociar ou exaurir tal propósito, bem assim apresentar reivindicações razoáveis, e, por fim, evitar assimetria de informações e garantir o sigilo daquilo que é compartilhado<sup>169</sup>.

Em sentido semelhante, Maurício Godinho Delgado percebe a boa-fé inserida no *princípio da lealdade e transparência nas negociações coletivas*, vinculando-o igualmente ao princípio da equivalência, tendo em vista que a transparência assegura a real equivalência entre os entes coletivos, sendo as duas faces de tal princípio – lealdade e transparência – *premissas essenciais ao desenvolvimento democrático e eficaz do próprio processo negocial coletivo*<sup>170</sup>.

Vólia Bomfim Cassar aborda o *princípio da boa-fé ou da lealdade entre os negociantes* como requisito essencial para colaboração mútua nas tratativas, através de transparência nas proposições, mediante reivindicações calcadas na real necessidade e condição de cada uma das contrapartes, permitindo a cada um dos polos da relação compreender exatamente a dimensão da capacidade negocial do

<sup>167</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva**. São Paulo: LTr, 2004, p. 111-113.

<sup>168</sup> Idem, p. 118.

<sup>169</sup> HINZ, Henrique Macedo. **Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 89.

<sup>170</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1225-1226.

outro, permitindo conhecer as condições das empresas e dos trabalhadores, viabilizando, respectivamente, a formulação de propostas razoáveis<sup>171</sup>.

Amauri Mascaro Nascimento sintetiza a boa-fé como um *princípio básico da negociação*, o qual é fonte de inspiração de mútua confiança entre os atores negociais, instrumentalizada pelo dever de disponibilização facilitada de informações entre as partes, sem o qual não se pode almejar uma equivalência de condições entre os negociadores, o que se desdobra no princípio da igualdade entre os contratantes<sup>172</sup>.

Finalmente, há que reputar imprescindível a observância do princípio da boa-fé aplicado à negociação coletiva em dois planos distintos da atuação sindical, seja na qualidade de atores negociais em face da contraparte, seja como canalizadores das vontades coletivas em face de seus representados, atribuindo uma função ética à boa-fé voltada aos próprios integrantes da categoria. No primeiro prisma, se esta a falar da aplicação clássica do princípio como standard de conduta entre as partes negociantes, enquanto na segunda perspectiva obriga os organismos sindicais a negociarem sem perder de vista os interesses de seus representados, permitindo a emanção dos deveres acessórios da boa-fé objetiva tanto no plano horizontal quanto no plano vertical das relações.

### 3.3.3 - PRINCÍPIO DA IGUALDADE OU SIMETRIA DOS CONTRATANTES

Adepto à denominação *simetria entre os contratantes* para designar o princípio da igualdade, Henrique Hinz refere que a aglutinação de forças dos trabalhadores em prol de um objeto comum torna possível extinguir a assimetria de condições entre os polos da relação negocial. Para o autor, é em função de tal

<sup>171</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008, p. 1251.

<sup>172</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascar. **Direito Sindical**. 1ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.303-304.

princípio que as relações coletivas deixam de ser informadas pelo princípio da proteção e da norma mais favorável, para se conformarem sob a ótica do princípio da autonomia da vontade<sup>173</sup>.

Vólia Bomfim Cassar também identifica o que denomina de *princípio da equivalência entre os negociantes*, como uma expressão da igualdade de condições entre as partes na esfera da negociação coletiva do trabalho, sem espaço para que um dos lados subjugu o outro por sua capacidade econômica, bem assim inviabilizando eventual retaliação individual caso a negociação não se estabelecesse em uma esfera plural<sup>174</sup>.

A constatação do maior equilíbrio entre as partes inerentes ao âmbito coletivo do direito laboral, traz ao processo negocial uma indissociável noção de inexistência de hierarquia ou subordinação entre as partes envolvidas na negociação coletiva, consoante se extraí da lição de Enoque Ribeiro dos Santos<sup>175</sup>. Tal noção de equivalência entre os polos da negociação coletiva, somente pode ser alcançada em sua plenitude se presente a transparência e a lealdade entre as partes, sem as quais uma igualdade efetiva estaria comprometida.

Maurício Godinho Delgado justifica o princípio da *equivalência dos contratantes coletivos* no reconhecimento da similitude do *estatuto sociojurídico* dos entes coletivos, os quais ostentam mesma natureza jurídica e compartilham as mesmas diretrizes procedimentais, tendo sua atuação informada pelo mesmo feixe principiológico e, quando presente, normativo<sup>176</sup>. Além disso, o autor percebe a garantia da estabilidade aos indivíduos que integram os entes coletivos no plano operário um corolário dessa igualdade ou equivalência entre os contratantes

<sup>173</sup> HINZ, Henrique Macedo. **Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 88-89.

<sup>174</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008, p. 1252.

<sup>175</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva**. São Paulo: LTr, 2004, p. 114-115.

<sup>176</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1223-1224.

coletivos, afastando os entrelaçamentos de subordinação que poderiam poluir a livre atuação na esfera coletiva das relações laborais<sup>177</sup>.

#### 3.3.4 - PRINCÍPIO DA PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE COLETIVO SOBRE O INDIVIDUAL

Partindo da premissa de que o Direito Coletivo do Trabalho visa à *melhoria da condição social do trabalhador*, em que prevalece a solidariedade social coletiva sobre o interesse individual, Vólia Bomfim Cassar identifica a mecânica negocial voltada a satisfação de uma coletividade como manifestação do princípio da preponderância do interesses coletivo sobre o individual<sup>178</sup>. O primado do interesse coletivo sobre o interesse individual justificaria a preocupação com o todo e não com um indivíduo isoladamente considerado, e é essa lógica, na visão da referida autora, que permeia o processo negocial coletivo.

#### 3.3.5 - PRINCÍPIO DA BUSCA DO EQUILÍBRIO SOCIAL OU DA PAZ SOCIAL

Vólia Bomfim Cassar elenca o princípio da busca do equilíbrio social ou da paz social a partir de uma das funcionalidades da negociação coletiva que é ínsita a envergadura dos entes em conflito e dos interesses representados, o de obtenção de equilíbrio entre os antagonismos dos polos da relação. Segundo a autora, os agentes sociais envolvidos na negociação coletiva representam grupos que se antagonizam no primeiro momento do processo negocial, o capital e o trabalho,

<sup>177</sup> Idem, p. 1224-1125.

<sup>178</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008, p. 1248.



porém, inspirados por tal princípio, os interessados *restabelecem o equilíbrio social* ao solucionarem o conflito<sup>179</sup>.

### 3.3.6 - PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO OU DA ADAPTAÇÃO

Considerando que a negociação coletiva, por se tratar de um processo menos engessado e consideravelmente mais dinâmico que a produção normativa estatal, permite adaptar os contornos normativos à necessidade dos sujeitos envolvidos no processo negocial em atenção às peculiaridades de uma determinada categoria, ou de determinadas circunstâncias, Vólia Bonfim Cassar identifica no princípio da adequação a sua notável capacidade de adaptação normativa<sup>180</sup>. Tal capacidade se denota não apenas na particularização de direitos, mas até mesmo na flexibilidade que a negociação coletiva confere momentos de crises econômicas, preservando a sobrevivência do trabalho.

O princípio da adaptação é designado por Maurício Godinho Delgado como princípio da *criatividade jurídica da negociação coletiva*, considerado pelo autor a justificção da existência da própria dimensão coletiva do Direito do Trabalho, porquanto eleva o produto da força criativa das negociações coletivas ao plano da norma jurídica, embora preceitue que tal prerrogativa de emanção de normas deva harmonizar-se com o *conjunto da normatividade estatal trabalhista* pela influência de outro princípio, o da adequação ou limite setorial da negociação coletiva, abordado a seguir<sup>181</sup>.

<sup>179</sup> Idem, p. 1249.

<sup>180</sup> Idem, p. 1249-1250.

<sup>181</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1227-1228.

### 3.3.7 - PRINCÍPIO DO LIMITE DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Visto por Vólia Bomfim Cassar como uma consequência do princípio da adequação, o princípio do limite da negociação coletiva conforma, a um só tempo, a inexistência de limites para a capacidade de agregar direitos a partir do processo negocial, bem como a existência de limites para o esforço em sentido contrário. Os retrocessos estratégicos do processo negocial em matéria de direitos sociais deve, à luz de tal princípio, ser tomado por exceção, e impregnados por contornos delimitados e amparados em justificativas econômicas que demonstrem a imperiosidade de sua adoção<sup>182</sup>. Não parece equivocado concluir que tal princípio reforça a concepção que a autonomia negocial insere-se dentro campo intermediário entre os direitos mínimos e os deveres máximos estabelecidos pelo legislador, viabilizando incrementos, mas restringindo supressões na esfera dos direitos trabalhistas.

Maurício Godinho Delgado aglutina o princípio da adequação ao princípio do limite da negociação coletiva, identificando aquilo que denomina de *princípio da adequação setorial negociada*. Tal princípio, segundo o autor, opera como expressão das potencialidades do processo negocial, sem deixar de refletir os limites de tal potencial, visando harmonizar as normas oriundas da negociação coletiva com aquelas derivadas da criação normativa *heterônoma estatal*<sup>183</sup>. Godinho leciona, assim, que o horizonte do poder normativo negocial é amplo em face do direito imperativo estatal, notadamente quanto à *implementação de um padrão setorial de direitos superior* aquele advindo da norma posta pelo Estado em idêntica matéria. Sendo igualmente amplo quanto à transação de direitos relativamente indisponíveis, encontrando, porém, limites objetivos à tal criatividade, em especial no campo dos direitos absolutamente indisponíveis, que resguardam um padrão *civilizatório mínimo*, ou quando se traduzirem em mera renúncia de direitos, eis que se afasta da transação como mecanismo de *despojamento bilateral*

<sup>182</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008, p. 1250.

<sup>183</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1302.

*ou multilateral, com reciprocidade entre os agentes [...] hábil a gerar normas jurídicas*<sup>184</sup>.

Em síntese, os princípios acima elencados revelam-se essenciais para a compreensão da negociação coletiva - cujos contornos gerais para finalidade operacional no presente estudo foram vistos ao longo de toda essa seção - embora definitivamente não traduzam rol exaustivo em matéria principiológica da dimensão coletiva laboral. Não se descure, assim, da existência de outros princípios ou subprincípios informadores da dimensão coletiva do Direito do Trabalho, aqui omitidos por se reputar aglutinados aos ora examinados. Porém, o princípio da boa-fé, mormente para a finalidade pretendida no presente trabalho, ganha destaque tal que justifica um exame mais aprofundado, razão pela qual será alvo de reflexão em separado, no capítulo a seguir.

<sup>184</sup> Idem, p. 1302-1303.

#### 4. BOA-FÉ E SUA INTERAÇÃO COM O DIREITO DO TRABALHO

Ainda em atenção ao intento de perpassar aspectos propedêuticos dos conceitos operacionais necessários para solução do problema proposto no presente trabalho, a boa-fé, notadamente na sua projeção objetiva, será objeto de investigação nessa segunda parte, em especial quanto à sua aplicabilidade na negociação coletiva de trabalho. Visando melhor estruturar tal exame, uma primeira abordagem acerca do conceito geral de boa-fé, sua natureza jurídica, e seus desdobramentos (subjetivo e objetivo), ainda que através de notas gerais, parece indicada como elemento precedente à investigação de sua influência no Direito do Trabalho.

Tal compreensão multifacetada da boa-fé parece possível se considerarmos a ciência jurídica como um grande sistema no qual inserem-se diversos micro-sistemas. Em tal hipótese, o princípio da boa-fé poderia ser compreendido como um meta-princípio, passível de coexistir a um só tempo em vários planos distintos do Direito, alastrando-se de um de seus ramos para o outro, embora dotado de características próprias em cada um deles, sem deixar de ser, no entanto, boa-fé. Sob tal prisma, poder-se-ia compará-lo a uma mesma partícula que coexiste simultaneamente em vários multiversos<sup>185</sup>, sendo ao mesmo tempo uma e várias, igual e distinta, variando de acordo com as peculiaridades de cada meio em que inserida, mas dotada de um sentido geral que restaria preservado no plano macro, permitindo sempre divisá-la a partir de seu caráter essencial.

Consoante restou examinado anteriormente, a negociação é um mecanismo importante de solução de conflitos através da interação direta das partes interessadas. É que ao ser aplicada à dimensão coletiva do Direito do Trabalho, a negociação coletiva visa equilibrar as disparidades inerentes à realidade laboral,

<sup>185</sup> Para uma compreensão integral do tema dos múltiplos universos, aqui referido apenas como figura retórica, recomenda-se a leitura de GREENE, Brian. **The Hidden Reality: Parallel Universes and the Deep Laws of the Cosmos**. York: Vintage Books, 2011, p. 11-42.

bem assim atender a necessidade dinâmica de adaptação normativa que demanda esse meio, o qual não pode sujeitar-se apenas a regulação Estatal. Porém, as partes não podem buscar resguardar seus interesses no processo negocial a qualquer custo, procedendo sem observar critérios comportamentais mínimos, havendo, assim, espaço fértil para aplicação do princípio da boa-fé, consoante adiante se pretende demonstrar.

#### 4.1 – ASPECTOS DOUTRINÁRIOS GERAIS ACERCA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

É inegável que a importância e evolução dogmática da boa-fé, sua projeção nos mais diversos ordenamentos jurídicos, os contornos da ampla aplicação do instituto nas mais variadas relações jurídicas em suas diversas etapas, carecem de estudos bem mais aprofundados do que o proposto no presente exame. Diversos dos doutrinadores a seguir invocados para ilustrar as notas gerais que se pretende perpassar, por certo, são definitivamente mais indicados para uma compreensão efetiva do tema.

Parece apropriado destacar novamente, que se afasta do objeto do estudo ora proposto retroceder em minúcias aos primórdios da verificação da boa-fé como fenômeno jurídico, tampouco percorrer, senão por rápido vislumbre, o caminho trilhado pelo instituto desde suas primeiras concepções no Direito Romano aos avanços interpretativos da tradição jurídica germânica e suas manifestações na *common-law*. Da mesma forma, tampouco parece necessário pretender uma conceituação absoluta de boa-fé, eis que o próprio instituto não é dotado de uma definição perfeitamente exata, podendo ser percebida, em linhas gerais, como uma

limitação a conduta desonesta ou imposição de prestar aos demais o que exige o convívio em civilização<sup>186</sup>.

Porém, visando uma melhor compreensão doutrinária acerca do conceito e natureza jurídica da boa-fé, impõe-se preceder ao exame por uma breve passagem pelas origens remotas do instituto, até o estado atual da doutrina.

#### 4.2 – ORIGEM HISTÓRICA DA BOA-FÉ E DELINEAMENTO GERAL DE SUA EVOLUÇÃO ATÉ OS DIAS ATUAIS

Menezes Cordeiro, ao retroceder até os dias iniciais do instituto, evoca a ideia dessas três grandes raízes da boa-fé<sup>187</sup>, inicia seu exame em pormenores de como a *fides* evoluiu para *fides bona* até alcançar à *bona fides* no Direito Romano<sup>188</sup>. Relativamente à *fides*, o autor destaca a importância de seu estudo, porquanto fundamental à compreensão conceitual da boa-fé, mas reconhece que a dificuldade de sua investigação torna-a distante da problemática atual do instituto, resumindo-a, apesar de descrever todas suas manifestações e projeções, a partir de duas dimensões principais. A primeira dimensão da *fides* é a das relações internas, assim compreendida no fenômeno de estratificação social da clientela<sup>189</sup>, *que pressupunha uma graduação entre os escravos e cidadãos livres, relacionados por deveres de lealdade e obediência [...] em troca de proteção*<sup>190</sup>. A segunda dimensão é a das relações externas, traduzida na órbita da expressão internacional do Direito, em um primeiro momento designando a validade da vinculação de pactos igualitários entre

<sup>186</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal. **A Boa-Fé no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 1996, p. 21.

<sup>187</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984, 1 v., p. 201.

<sup>188</sup> Idem, p. 51-147.

<sup>189</sup> O termo clientela é empregado pelo autor no contexto histórico da antiguidade romana, traduzindo uma relação que originalmente se estabelecia entre plebeus e patrícios, em que o primeiro grupo se punha a serviço do segundo em troca de assistência, mas que restou transfigurada em uma forma mais branda de escravidão ao longo de sua evolução histórica, não devendo, pois, ser confundida com sua expressão mais moderna empregada para designar aquele que utiliza ou adquire bens e serviços.

<sup>190</sup> Idem, p. 59-64.

povos, para depois representar a submissão, em especial à ordem política, dos territórios conquistados e ocupados no processo de expansão romano<sup>191</sup>. Além disso, o autor finaliza o exame da *fides* expondo que sua evolução para *fides bona*, permitiu-lhe ficar *novamente disponível para traduzir, também, por incumbência, o sentido que lhe deu o Cristianismo nascente e que se mantem: fé*<sup>192</sup>.

Judith Martins-Costa, seguindo a mesma trilha, identificou aquilo que denominou de *tríplice raiz da boa-fé*, a partir da investigação de suas manifestações no direito romano, germânico e canônico<sup>193</sup>. Embora realmente não seja pretensão do presente trabalho empreender esforço semelhante, apenas a retomada *en passant* da evolução doutrinária da boa-fé já permite compreender o fascínio que provoca na maior parte dos doutrinadores que sobre ela se debruçam, justificado por se tratar de um fenômeno jurídico com raízes na antiguidade, mas que percorreu um longo trajeto até suas concepções contemporâneas, e ainda assim pode ser observado em plena dinâmica e aperfeiçoamento até os dias atuais.

Ainda à guisa da lição de Menezes Cordeiro, enquanto a *fides* representa uma *expressão da confiança recíproca extrajurídica*, a *fides bona* lhe confere um caráter obrigacional objetivo que impunha o dever de cumprir uma obrigação. Porém, o espectro de atuação da *fides bona* é ainda sensivelmente mais rudimentar que a *bona fides*, assim compreendida como uma norma de conduta objetiva preconizadora de um agir honesto e correto, ou, ao menos, como o estado de ignorância do potencial antijurídico do agir<sup>194</sup>. Tal evolução do conceito permitiu aos romanos chegarem aos *bonae fidei iudicia*, os quais o autor propõe tomar como uma *juridificação* da *fides*, através da qual o interprete poderia desapegar-se dos formalismos que permeavam a relação obrigacional analisando a situação a partir de circunstâncias concretas<sup>195</sup>.

<sup>191</sup> Idem, p. 64-67.

<sup>192</sup> Idem, p. 70.

<sup>193</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 110.

<sup>194</sup> Idem, 80-81.

<sup>195</sup> Idem, p. 89-91.

Entretanto, Menezes Cordeiro identifica, a partir daí, um processo de diluição do instituto, que embora tenha servido inicialmente para flexibilizar o excesso de formalismo que enrijecia o direito romano, acabou, em razão da proliferação de sua aplicação e da influência de outros institutos - em especial a *aequitas*<sup>196</sup> -, por reduzir-se a um *tópico formal*, desprovido de conteúdo, mas capaz de preservar seu sentido *técnico-jurídico*, ambivalência que conferiu, à *boa fé*, *uma capacidade de renovação persistente, até aos nossos dias*<sup>197</sup>.

Em prosseguimento ao perfunctório exame da evolução das matizes doutrinárias da boa-fé aqui pretendido, cumpre passar ao segundo afloramento da tríplice raiz observada por Judith Martins-Costa na formação da boa-fé. Esse segundo enfoque, ou segunda raiz, nasce através da concepção que lhe é dada pelo direito canônico, o qual se ocupa do tema por dois prismas, a *prescrição* e a *legitimação dos nuda pacta*. Embora a autora afirme que tenham se originado da *bona fides* romana, esclarece que os *nuda pacta* se mostram diversos e, até mesmo, opostos àquela<sup>198</sup>. Em relação ao primeiro enfoque, a *boa-fé subjetiva-se*, transmutando-se no estado de plena ciência de *estar agindo corretamente, de não estar lesando regra jurídica ou direito de outrem*, ao contrário do estado de ignorância do agir ilícito expressado no direito romano<sup>199</sup>. Quanto ao segundo enfoque, o de legitimação do conteúdo compromissório do pacto, a autora leciona que o *jus canonicum* introduz à boa-fé o *estado contraposto à má-fé*, o qual, na esfera obrigacional, implica observar o acordado e cumprir a *palavra dada, sob pena de agir em má-fé*, ou seja, *em pecado*<sup>200</sup>. Segundo a autora, a conjugação de tais enfoques cria uma unidade do instituto – que abandona a dualidade romanescas

<sup>196</sup> A *aequitas* é sintetizada pelo autor como uma fórmula ou modo de decidir não pelo direito, mas pelo sentimento do próprio juiz, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, derivado da Grécia Antiga. Idem, p. 122.

<sup>197</sup> Idem, p. 146-147.

<sup>198</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 128.

<sup>199</sup> Idem, p. 130-131.

<sup>200</sup> Idem, p. 129-130.



entre a *garantia e ignorância escusável* – que posteriormente auxiliariam na formação da convicção de seu papel como *princípio geral de direito*<sup>201</sup>.

A terceira projeção que compõe a *tríplice raiz* da boa-fé emana da tradição germânica, cujas distinções com o direito romano são explicadas pela inexistência de correspondência linguística entre *bona fides* e a designação alemã do *Treu und Glauben*, que transcrita a partir da decomposição do tempo significa lealdade (*Treu*) e crença (*Glauben*), consoante observado por Menezes Cordeiro<sup>202</sup>. Conforme leciona o autor, a boa-fé germânica assim concebida propugnava, a partir do instituto medieval do juramento de honra (*Treuhelöbnis*) – o qual, por sua vez consistiria na estrutura de uma relação obrigacional fundada em um empenhamento de lealdade que se traduz no cumprimento daquilo que é prometido – um comportamento de correção não a partir de um ponto de vista subjetivo e racional, mas ao revés, impregnado pela *objetividade e o irracionalismo*<sup>203</sup>. A objetividade decorria do fato de a boa-fé germânica não se ocupar com a perspectiva ou estado de consciência do indivíduo, mas com a noção de comportamento adequado sob a ótica e julgamento da *opinião pública* de uma comunidade. Já o irracionalismo, para Menezes Cordeiro, seria uma decorrência, e marcaria o distanciamento do instituto como ferramenta de dialética ou convencimento no plano jurisdicional, mas como um modelo norteador de comportamento consoante os padrões de atuação vigentes<sup>204</sup>.

Estabelecidas as raízes tripartidas da boa-fé, é possível perceber que, apesar de marcado por um processo de subjetivação, o instituto consegue sobreviver até a idade moderna através da recepção da tradição romanística pelas mãos do humanismo, restando preservada na primeira sistemática<sup>205</sup>. A partir do jusracionalismo, e da segunda sistemática, as três raízes da boa-fé são sintetizadas, dando ao fenômeno uma profusão de potencialidades, extraídas cada qual de um

<sup>201</sup> Idem, p. 133.

<sup>202</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984, 1 v., p. 166-167.

<sup>203</sup> Idem, p. 170-172.

<sup>204</sup> Idem, p. 176.

<sup>205</sup> Idem, p. 189-200.

dos ramos embrionários, que apesar de reforça-los os enfraquece na mesma medida<sup>206</sup>, fazendo a boa-fé chegar às *vésperas da primeira codificação, sem força, diluída, misturada com a equidade, e com papel de mero reforço à adstringibilidade do pactuado*<sup>207</sup>.

O advento do Código de Napoleão, em 1804, como primeira expressão da codificação provocada pela segunda sistemática, que em nada se relaciona com compilações desordenadas e não unitárias do direito antigo, fundou uma *formulação sistematizada de leis*. Tal sistematização restou marcada por uma natureza abrogativa do direito que o precedeu, razão pela qual, além de sua importância histórica, representa a primeira expressão positiva da boa-fé na modernidade<sup>208</sup>. O texto napoleônico faz menção à boa-fé em múltiplas dimensões, uma subjetiva, relacionada à boa-fé possessória e ao possuidor de boa-fé; e outra objetiva, com esteio na execução dos contratos *de boa-fé*, a qual, porém, encontrou limitações na tendência da escola exegética em restringir o horizonte de interpretação ao texto da lei, impedindo *o desabrochar das potencialidades contidas na boa-fé objetiva*<sup>209</sup>.

Judith Martins Costa observa que apesar de sempre ter estado lá, apenas no final do século passado o tema da boa-fé foi enfim retomado na perspectiva da norma napoleônica, com contornos de novidade, a partir da *afirmação de seu próprio conteúdo jurídico*, a doutrina francesa conseguiu perceber o potencial do artigo 1.134 do *Code*<sup>210</sup>, em sua alínea terceira, como *princípio limitativo da autonomia da*

<sup>206</sup> Idem, 202.

<sup>207</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 128.

<sup>208</sup> Idem, p. 176-180.

<sup>209</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984, 1 v., p. 252-261.

<sup>210</sup> 1134 - Agreements legally formed have the force of law over those who are the makers of them. They cannot be revoked except with their mutual consent, or for causes which the law authorizes. They must be executed with good faith. [Acordos legalmente estabelecidos tem força de lei sobre aqueles que o entabularam. Eles não podem ser revogados exceto por mutuo consentimento, ou por causas legalmente previstas. Eles devem ser executados de boa-fé]. (FRANÇA. **Código Civil**, de 07 de fevereiro de 1804. Disponível em: [http://www.napoleon-series.org/research/government/c\\_code.html#book1](http://www.napoleon-series.org/research/government/c_code.html#book1). Acesso em: 14.11.2014).

*vontade*, dotado de expressão criativa de deveres contratuais de caráter positivo e negativo<sup>211</sup>.

Em 1896, como produto da terceira sistemática inaugurada pela pandectística<sup>212</sup>, o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB - Código Civil Alemão), refere de forma exemplar, no *sentido juscultural de uma codificação*, a boa-fé, expressando-a em duas formas contrapostas, a primeira em sua dimensão objetiva, denominada *Treu und Glauben*, que *traduz o reforço material do contrato*, e a segunda subjetiva, referida por *guter Glauben*, que *exprime elementos atinentes ao sujeito*. Essa pujança do ponto de vista normativo da boa-fé objetiva emanada pelo BGB, em especial por seu § 242<sup>213</sup>, marcou sua expressão como paradigma da cláusula geral da boa-fé, assim entendida não como um limite imposto pela lei, mas por um marco inicial para a *gênese e desenvolvimento do direito*, que aproxima – por conta de seu potencial de flexibilidade - a *civil law*, acentuadamente rígida, da maleabilidade da *common law*, permitindo ao primeiro sistema atingir resultados práticos semelhantes aos obtidos no segundo, em que pese a distinção estrutural de ambos<sup>214</sup>.

Na atualidade, a boa-fé vem sofrendo um crescente processo de expansão para além dos limites do Direito Civil, estendendo-se para outros ramos do Direito Privado, em especial ao Direito Empresarial e Direito do Trabalho. No primeiro dos casos, a boa-fé vem sendo percebida em duas expressões distintas, a primeira próxima às aplicações civilistas no quanto à função geral da boa-fé, enquanto a

<sup>211</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 207.

<sup>212</sup> Menezes Cordeiro identifica o desenvolvimento da boa-fé em termos periféricos na jurisprudência comercial alemã do tribunal superior de apelação comercial (*Oberappellationsgericht*), precedente à segunda codificação encabeçada pela terceira sistemática pandectista, como responsável pela compreensão e evolução da noção de boa-fé, em especial objetiva, que marcaria o futuro código civil, ainda que na ocasião se apresentasse desprovida de um rigorismo científico-jurídico, permitindo explicar, ainda, a proliferação de aplicações judiciais da boa-fé objetiva verificada logo após a entrada em vigor do BGB. *Idem*, p. 315-319.

<sup>213</sup> Section 242 - Performance in good faith - An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration. [O devedor tem o dever de cumprir a obrigação de acordo com os requisitos da boa-fé, levando em conta a prática costumeira]. (ALEMANHA. **Código Civil**, versão promulgada em 02 de janeiro de 2002. Disponível *in* [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p0723](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0723). Acesso em: 28.10.2014).

<sup>214</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 290-292.

segunda dotada de contornos próprios, como o dever de lealdade entre sócios e destes para com *o ente societário colectivo*. Já no segundo caso, *desde sua autonomização sistemática do Direito das obrigações*, permite uma aplicação *renovada da boa-fé na situação de trabalho*, expressada em especial nos deveres de lealdade e de assistência recíprocas entre trabalhador e empregador, os quais serão pormenorizadamente abordados mais adiante<sup>215</sup>. Dentro do próprio Direito Civil, as *zonas de crescimento* da boa-fé são expressadas nas vertentes doutrinárias da *confiança*, no *controle judicial dos conteúdos contratuais nos deveres de proteção*<sup>216</sup>.

O dinamismo e a complexidade com que se desenvolvem as relações justificas parece justificar a expansão interna (no Direito Civil) e externa (nos demais ramos da ciência jurídica) da boa-fé como expoente da inovação jurídica, mas o fato das *construções jusfilosóficas* não lograrem explicar esse expansionismo é uma expressão da influência do *irrealismo metodológico*, segundo Menezes Cordeiro<sup>217</sup>. O autor vislumbra com certo pessimismo até que ponto a concepção atual da Ciência do Direito represou os juristas no plano funcional, restritos às situações concretas, permitindo ao irrealismo metodológico retirar da Teoria do Direito a *eficácia que, desde o jusracionalismo, ela não parou de perder*<sup>218</sup>.

Ademais, a utilização alargada da boa-fé e sua evocação como princípio *todo poderoso* elevado à condição de norma fundamental *que a tudo domina* esvaziou seu sentido, derivando da própria *ilimitação* do instituto sua descaracterização a tal ponto que *impossibilita o retirar de quaisquer soluções reais*, criando uma mitificação da boa-fé<sup>219</sup>. Mas Menezes Cordeiro vislumbra uma esperança, ao constatar que através do divórcio entre a dogmática jurídica e os discursos metodológicos, que se verifica em especial na progressão das decisões

<sup>215</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984, 1 v., p. 371-373.

<sup>216</sup> Idem, p. 397.

<sup>217</sup> Idem, p. 400-401.

<sup>218</sup> Idem, p. 402.

<sup>219</sup> Idem, p. 403.

judiciais que solucionam problemas encontrando soluções reais através da boa-fé, pode ser viável *transcender* o irrealismo metodológico e superar o *anacronismo da mitificação da boa-fé*<sup>220</sup>.

#### 4.3 – NOTAS GERAIS ACERCA DO CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Após um rápido vislumbre da progressão doutrinária da boa-fé a partir de suas origens até sua concepção mais moderna como cláusula geral, parece possível passar ao exame de sua compreensão como princípio geral de direito. Importante, contudo, preceder a investigação a partir de uma rápida distinção entre cláusulas gerais e princípios. Enquanto as cláusulas gerais costumam ser definidas como *normas orientadoras sob a forma de diretrizes [...] contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato*<sup>221</sup> - embora muitas vezes contenham princípios em seu enunciado, *ou permitam a sua formulação*<sup>222</sup> -, os princípios não necessariamente demandam positividade.

Ronald Dworkin propõe, ainda, distinguir princípios de regras a partir de suas naturezas lógicas, pois enquanto as regras operam no plano do *tudo-ou-nada*, aplicando-se aos fatos ou não, e a partir de sua aplicabilidade propondo uma consequência jurídica; os princípios funcionam de modo distinto, não apresentando *consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas*<sup>223</sup>. Além disso, os princípios se distinguem das regras por sua dimensão de ponderação, a *dimensão do peso ou importância*, a qual permite vislumbrar - na hipótese de uma interpolação de princípios ao mesmo caso concreto - qual deles

<sup>220</sup> Idem, p. 403.

<sup>221</sup> NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**. São Paulo: RT, 2002, p. 6

<sup>222</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 316.

<sup>223</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes: 2002, p. 39-40.

melhor se aplica a partir da ponderação da *força relativa de cada um*, enquanto para as regras apenas uma pode ser tomada como válida diante de uma situação concreta<sup>224</sup>.

Em didática e definitiva síntese, Humberto Ávila conclui que os princípios são *normas imediatamente finalísticas*, que buscam alcançar um determinado fim, cuja aplicação demanda uma ponderação da *correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção*<sup>225</sup>. Já as regras se revestem de caráter normativo *imediatamente descritivo, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade a abrangência*, as quais devem ser aplicadas a partir da avaliação da *correspondência entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos*<sup>226</sup>.

Apesar de tais distinções, eventualmente, porém, pode *uma norma que configure cláusula geral conter um princípio, reenviando ao valor que este exprime*, situação que se evidencia justamente no caso da boa-fé, em especial a partir do já referido § 242 do BGB<sup>227</sup>. O referido texto normativo inscreve a um só tempo o *princípio da boa-fé, a cláusula geral da boa-fé, e o conceito juridicamente indeterminado revelado na expressão linguística “boa-fé”*<sup>228</sup>.

Retomando o exame em tela, cumpre apreender alguns contornos gerais acerca de uma possível definição do princípio da boa-fé, ou ao menos uma compreensão geral para fins operacionais, tendo em vista que *uma definição lapidar do instituto se revelaria incompetente face ao alcance e riqueza reais da noção*<sup>229</sup>.

<sup>224</sup> Idem, p. 42-43.

<sup>225</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85-86.

<sup>226</sup> Idem, p. 87.

<sup>227</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 323.

<sup>228</sup> Idem, p. 324.

<sup>229</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984, 1 v., p. 18.

Menezes Cordeiro lança luzes importantes ao instituto ao propor que *a boa-fé informa previsões normativas e nomina vetores importantes da ordem privada*, acrescentando que sua cientificidade, a partir da Ciência do Direito, *corresponde à possibilidade efetiva de, com ela, resolver questões concretas*<sup>230</sup>.

Karl Larenz define o princípio da boa-fé como um elemento ético-social que permite elevar o respeito à dignidade pessoal de cada ser humano como um imperativo moral supremo capaz de fundamentar a ordem jurídica<sup>231</sup>. Larenz enaltece a importância da confiança recíproca - que pode ser considerada uma das expressões da boa-fé – como elemento essencial para manutenção da ordem social, sem a qual a sociedade padeceria de um perene estado de conflito iminente, em que todos desconfiariam de todos, e *em lugar da paz reinaria a discórdia*<sup>232</sup>. Além disso, o autor leciona que a aplicação de tal princípio não se restringe à execução de um contrato, mas permeia igualmente a fase negocial, reputando ilícito o exercício de um direito em desacordo com tal princípio, mormente quando acarreta a quebra da *legítima expectativa da parte contrária*<sup>233</sup>.

Acrescentando algumas notas ao conceito, Joaquim de Souza Ribeiro identifica que o princípio da boa-fé, dotado de natureza suprapositiva, não se restringe a suas expressões normatizadas, podendo justificar soluções para além dos preceitos que informa, operando, a um só tempo, como um *princípio regulador do sentido das declarações negociais e como meio de integração do conteúdo vinculativo da relação obrigacional*<sup>234</sup>. Para o autor, a funcionalidade do princípio da boa-fé como mecanismo de *controle da eficácia das estipulações negociais*, opera não apenas como princípio de integração e informação, mas atua *diretamente como norma de limitação da liberdade contratual*<sup>235</sup>.

<sup>230</sup> Idem, p. 18-19.

<sup>231</sup> LARENZ, Karl. **Derecho Civil**: Parte Geral. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 58.

<sup>232</sup> Idem, p. 58-59.

<sup>233</sup> Idem, p. 59.

<sup>234</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O Problema do Contrato**: As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 542-548.

<sup>235</sup> Idem, p. 562.

Clóvis do Couto e Silva também observa que o princípio da boa-fé - assim entendido como um princípio de *múltiplas significações*, que no campo obrigacional *manifesta-se como máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui* – marca sua influência na autonomia da vontade, verificando que na relação obrigacional nem todos os deveres serão estabelecidos apenas pela vontade das partes, havendo hipóteses em que o *conteúdo do negócio jurídico é formado imediatamente pelos deveres da boa-fé*<sup>236</sup>.

Daniel Ustárroz identifica a incorporação do princípio da boa-fé nos ordenamentos jurídicos positivados como um mecanismo que viabiliza não apenas alcançar a *responsabilidade pré-negocial*, mas que igualmente permitiu reconhecer a *pós-eficácia das obrigações* na proteção das partes por fatos supervenientes ao término do liame que os conectava<sup>237</sup>. Em outra obra, o autor chama a atenção para a *multifuncionalidade da boa-fé*, inclusive no Direito Contratual brasileiro, em especial a partir da entrada em vigor do atual Código Civil, não apenas através de seu artigo 422<sup>238</sup>, que obriga aos contratantes a observar, na formação, conclusão e execução contratual, o princípio da boa-fé, mas em diversos outros dispositivos, atuando como fonte de interpretação e integração do Direito, bem assim na emanção de deveres acessórios, independentes da autonomia da vontade, tais como *a proteção, lealdade, correção, proibidade, esclarecimento*, que podem perdurar até mesmo após a extinção da relação contratual<sup>239</sup>.

<sup>236</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 29-36.

<sup>237</sup> USTÁRROZ, Daniel. **O Solidarismo no Direito Contratual Brasileiro**. in MARQUES, Cláudia Lima (Coord.) *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 244-245.

<sup>238</sup> Art. 422 - Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 14.11.2014).

<sup>239</sup> USTÁRROZ, Daniel. **Direito dos Contratos: Temas Atuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 32-35.



Ruy Rosado de Aguiar Júnior observa o sobredito dispositivo legal pátrio como uma cláusula geral, que ao mesmo tempo contém um princípio, dando margem para incorporação em nosso ordenamento jurídico do princípio e da cláusula geral da boa-fé<sup>240</sup>. Da mesma forma, o autor reconhece mais de uma funcionalidade ao princípio da boa-fé, bem assim a viabilidade de sua verificação em diversas etapas da relação obrigacional, mas destaca dois de seus papéis principais, *criar deveres secundários de conduta (anexos ou acessórios) e impor limites ao exercício de direitos*<sup>241</sup>.

As funcionalidades da boa-fé, bem assim seu próprio conceito e natureza podem ser evidenciados de forma mais precisa a partir da compreensão das duas dimensões do princípio. Conforme leciona Judith Martins-Costa, a boa-fé ostenta uma esfera subjetiva – em que o interprete necessita *considerar a intenção do sujeito da relação jurídica em oposição a má-fé, também vista subjetivamente como intenção de lesar a outrem* – e a objetiva – que denota *um standard jurídico, o qual qualifica, pois, uma norma de comportamento legal*<sup>242</sup>. Tais dimensões serão abordadas a seguir.

#### 4.4 – AS DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DA BOA-FÉ

Como visto anteriormente, um dos desdobramentos da boa-fé, presente em praticamente todas as etapas da evolução do instituto, é sua dimensão subjetiva, a qual se distingue notadamente de sua esfera objetiva, porquanto, diferentemente dessa última, *denota estado de consciência, ou convencimento individual de obrar [...] em conformidade ao direito*, o que para a faceta objetiva, como adiante se verá,

<sup>240</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. 2 ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 246-247.

<sup>241</sup> Idem, p. 249.

<sup>242</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 410-412.

não é propriamente relevante<sup>243</sup>. Judith Martins-Costa acrescenta, ainda, que a subjetividade está relacionada à necessidade de consideração da *intenção do sujeito da relação jurídica*, bem assim *de seu estado psicológico ou íntima convicção*, contrapondo-se à má-fé, a qual pode ser compreendida igualmente do ponto de vista subjetivo como *a intenção de lesar a outrem*<sup>244</sup>. Em síntese, segundo a autora, primariamente, a boa-fé subjetiva exprime a ideia de *crença errônea ou ignorância escusável*, enquanto secundariamente denota *a ideia de vinculação ao pactuado, no campo específico do direito contratual, nada mais aí significando que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado*<sup>245</sup>.

Menezes Cordeiro leciona que a esfera subjetiva da boa-fé *é uma qualidade reportada ao sujeito* (cuja *loução inversa* é a má-fé), opondo-se, assim, à boa-fé objetiva, que se resume a uma regra de comportamento<sup>246</sup>. O autor reconhece, no entanto, que a multiplicidade de manifestações da boa-fé subjetiva no Direito acarreta em igual medida a diversificação de sua definição, que torna desafiador formular um conceito amplo a seu respeito<sup>247</sup>. Um de seus entrelaçamentos primários diz respeito à boa-fé possessória, traduzido na ignorância do possuidor da circunstância lesiva do direito de terceiro quando da constituição da posse ou aquisição<sup>248</sup>, evoluindo para uma percepção mais ampla, que a percebe em *duas linhas: ora se protege a pessoa de boa-fé [...] ora se penaliza a má-fé*<sup>249</sup>. O núcleo conceitual da boa-fé subjetiva, para o autor, pode ser traduzido no *estado de ignorância desculpável, no sentido de que, o sujeito, tendo cumprido com os deveres de cuidado impostos pelo caso, ignora determinadas eventualidades*<sup>250</sup>.

Em que pese inexistir um espectro definitivo das potencialidades de operação da boa-fé subjetiva em uma ordem jurídica, importa considerar que *sua*

<sup>243</sup> Idem, p. 410-411.

<sup>244</sup> Idem, p. 411.

<sup>245</sup> Idem, 411-412.

<sup>246</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984, 1 v., p. 407.

<sup>247</sup> Idem, p. 411.

<sup>248</sup> Idem, p. 415.

<sup>249</sup> Idem, p. 510-511.

<sup>250</sup> Idem, p. 516-517.

*generalização é duvidosa*, cuja resposta pode ser encontrada através dos *vetores e esquemas de concretização* do princípio da boa-fé, campo de atuação que pertence à boa-fé objetiva<sup>251</sup>.

Se do ponto de vista subjetivo a boa-fé demanda investigar a circunstância psicológica e as intenções individuais, ao ser transportado para o domínio das obrigações contratuais, o princípio adquire contornos distintos, passando ao plano objetivo, no qual atua como *critério de qualificação comportamental* e fonte de deveres anexos<sup>252</sup>.

Diferentemente do seu escopo subjetivo, a boa-fé objetiva é vislumbrada como uma espécie de norma de conduta que representa o ideal de retidão de agir, de lealdade e de honestidade a ser observado pelos indivíduos em um determinado contexto e relação, razão pela qual, impõe a adoção de determinados comportamentos, *atuando como fonte de integração do conteúdo contratual*, criando determinados deveres e obrigações recíprocas, que conferem *otimização, independentemente da regulação voluntaristicamente estabelecida*<sup>253</sup>. Para Judith Martins-Costa, por boa-fé objetiva *se quer significar o modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico*, em face do qual as condutas devem ser ajustadas, visando agir como atuaria o *homem reto: com honestidade, lealdade, probidade*, sem admitir-se, entretanto, uma *aplicação mecânica do standard*, levando-se em consideração o *status pessoal e cultural dos envolvidos*<sup>254</sup>.

Emílio Betti qualifica o a boa-fé objetiva como boa-fé contratual, em contraponto ao viés subjetivo, designando-a como uma norma preconizadora de um agir cooperativo que impulsiona uma das partes a cumprir de modo positivo a

<sup>251</sup> Idem, p. 526.

<sup>252</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120.

<sup>253</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 440.

<sup>254</sup> Idem. p. 411.

expectativa da outra<sup>255</sup>. Em que pese a distinção quanto a denominação, o autor acaba por identificar um dos três feixes de atuação do princípio, o de nortear a cooperação intersubjetiva das partes em uma relação obrigacional.

Em outra obra, a Judith Martins-Costa sintetiza a funcionalidade da boa-fé objetiva em três direções centrais de emanção do princípio: *atuar como critério ou norte indicador do teor geral da cooperação intersubjetiva existente em toda e qualquer relação obrigacional; operar como cânone hermenêutico e integrativo da atividade negocial; e figurar como baliza ao exercício de direitos subjetivos e posições jurídicas subjetivas, caracterizando, assim, uma renovada noção de ilicitude civil*<sup>256</sup>.

Após a edição do atual Código Civil, passamos a contar com expressa positivação do princípio da boa-fé objetiva, consagrado nas disposições do artigo 422, ao prescrever que *os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*. Tal disposição normativa explícita, a um só tempo, tanto a aplicabilidade da boa-fé em nosso ordenamento jurídico, como sua vocação para ser observada nas diversas etapas da formação e execução dos contratos.

#### 4.5 – ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS ENTRE BOA-FÉ OBJETIVA E LEALDADE

Visando evitar incorrer em um efeito circular no exame da boa-fé, consistente em retratá-la como um comportamento leal dos contratantes, enquanto emprega-se o comportamento leal como o agir de boa-fé, parece importante traçar

<sup>255</sup> BETTI, Emílio. **Teoria General de las Obligaciones**. Madri: Revista de Derecho Privado, 1969, v. 1, p. 101-102.

<sup>256</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Os Campos Normativos da Boa-fé Objetiva: As Três Perspectivas do Direito Privado Brasileiro**. in JUNQUEIRA DE AVEEDO, Antônio; TORRÊS, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). **Princípios no Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas – Homenagem a Tullio Ascarelli**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 399.

algumas distinções entre ambos os institutos a fim de evitar equívocos na assimilação de tais conceitos, apesar da marcante similitude e complementaridade entre ambos.

Roberto Lisboa leciona que a lealdade era remotamente empregada pelas expressões *treu* ou *treue*, guardando raízes próximas da boa-fé e da confiança, respectivamente derivadas das expressões *glauben* e *fides*, todas as quais experimentaram variações emanadas do mesmo tronco comum, evoluindo durante o período compreendido entre os séculos VIII e XVI<sup>257</sup>. Embora seja um tanto arriscado afirmar qual de tais expressões fora empregada por primeiro e em qual sentido esse emprego se deu, é bem menos complexo chegar a conclusão de que lealdade e confiança surgiram como conceitos mais próximos de sua definição atual, enquanto que a boa-fé objetiva restou moldada através dos processos de codificações apontados nos itens precedentes, tardando um pouco mais a atingir a compreensão que lhe é própria nos dias atuais.

Enquanto a boa-fé objetiva representa um arquétipo de conduta com três funções bem definidas – hermenêutica, limitadora do exercício de direitos subjetivos e criadora de deveres jurídicos – a confiança e lealdade, enquanto princípios negociais, ostentam caráter de *complementariedade com o princípio da boa-fé objetiva e demais princípios gerais do negócio jurídico*, permitindo *analisar se a expectativa legítima do confiante não foi correspondida, bem como viabilizar a reparação dos danos por violação dos direitos decorrentes da expectativa gerada*<sup>258</sup>. Cumpre notar, assim, que lealdade, confiança e boa-fé, por sua proximidade, podem ser violadas a partir de uma mesma conduta antijurídica em uma relação negocial. Porém, fora da orbita do negócio jurídico, lealdade e confiança ainda poderão ser valores analisados isoladamente, passíveis de ruptura em outras esferas da vida humana, enquanto à boa-fé objetiva, bem mais poderosa nas relações negociais, encontraria menos espaço de interferência fora dessa orbita.

<sup>257</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Confiança Contratual**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 143-144.

<sup>258</sup> Idem, p. 155.

#### 4.6 – O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E O DIREITO DO TRABALHO

Já restou referido anteriormente que as maiores autoridades em matéria de boa-fé percebem a expansão do fenômeno para outros ramos da ciência jurídica para além do Direito Civil, processo que já alcançou e se difundiu na órbita trabalhista, consoante pontuado por Menezes Cordeiro<sup>259</sup>. Assim, parece apropriado partir da aceitação de seu efeito expansionista e admitir a influência do princípio da boa-fé, inclusive em sua face objetiva, no Direito Laboral, reforçando-se tal construção através da evocação de importante doutrina especializada.

Dentre os diversos autores que enumeram o feixe de princípios informadores do Direito do Trabalho nem sempre há consenso acerca de sua denominação ou funcionalidade, mas geralmente o campo de abrangência da tutela emanada de tais fundamentos é semelhante. A boa-fé, assim concebida como princípio informador geral do Direito, nem sempre figura no rol principiológico elencado pela doutrina em matéria trabalhista, alguns a enumeram diretamente, outros integram suas funcionalidades, parcial ou totalmente, a princípios diversos.

Começando pelos autores que não elencam a boa-fé como princípio informador do Direito do Trabalho, Eugênio Perez Botija desenvolve o *princípio do rendimento*, destacando-o como um dos *pilares do novo Direito Laboral*, que implica na *integração do trabalhador na ordem econômica nacional*, prescrevendo um dever de atuação eficaz e produtiva ao trabalhador em prol do meio social em que se encontra inserido, exigindo-lhe *um mínimo de diligência*, bem como *outras disposições éticas*, ao passo que obriga o empregador a retribuí-lo de forma que o *trabalho do indivíduo lhe renda o suficiente*<sup>260</sup>.

<sup>259</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984, 1 v., p. 400-401.

<sup>260</sup> BOTIJA, Eugênio Perez. **Curso de Derecho del Trabajo**. Madri: Editora Tecnos, 1948, p. 90-91.

Já Cabanellas identifica ambos os princípios, o da boa-fé, cuja interpretação dada pelo autor será revisitada a seguir, e o princípio do rendimento, traduzido em sua lição como meio de interpretação das normas trabalhistas. Tal interpretação, segundo o autor, se dá em razão de sua finalidade, que é maximizar a distribuição de bens, realizada em razão de uma maior produção em benefício a toda comunidade. A concepção de que o essencial para o Direito do Trabalho é a maior produtividade do trabalhador, assim entendida não pela sua perspectiva quantitativa - dado que o trabalho humano não pode ser considerado uma mercadoria e, portanto, não se destina a uma apreensão quantitativa -, mas qualitativa, incorporando tal elemento produtor a toda mecânica que movimenta a engrenagem da economia nacional<sup>261</sup>.

Interpretando o princípio em tela, não apenas a partir da leitura de Perez Botija, mas em comparação a outros doutrinadores, Américo Plá Rodriguez o sintetiza como um dever de ambas as partes da relação laboral realizarem o maior esforço possível para ampliar e impulsionar a produção nacional a partir da contribuição que lhe é dada por cada unidade produtiva<sup>262</sup>. Todavia, o autor adverte que tal princípio, assim concebido, traz consequências, em especial ao trabalhador, apesar de eventual contrapartida ao empregador, podendo servir, ainda, de obstáculo da *luta operária, ou de ação sindical*, sendo ainda permeado de uma motivação patriótica e fundamentalmente limitado às atividades de produção<sup>263</sup>.

Atento ao problema, Plá Rodriguez, além expressar sua objeção ao princípio do rendimento, aponta uma solução mais eficiente, a partir da adoção de um princípio mais amplo, o princípio da boa-fé. Segundo leciona, ao ser transportado para o ramo juslaboral, o princípio da boa-fé opera como o dever do trabalhador em *cumprir seu contrato de boa-fé e entre as exigências da mesma se encontra a de colocar o empenho normal no cumprimento de uma tarefa determinada*. De outra

<sup>261</sup> CABANELLAS, Guillermo. **Introducción al Derecho Laboral**. Buenos Aires: Lavallo, 1960, 1 v., p. 564-565.

<sup>262</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 416.

<sup>263</sup> Idem, p. 418-419.

banda, tal princípio imputa ao empregador o *dever de cumprir lealmente suas obrigações*<sup>264</sup>. Prosseguindo, o autor estabelece que, como todo princípio, a boa-fé resguarda o papel de *integrar o direito, interpretar as normas, mas também [...] inspirá-las*<sup>265</sup>. Além disso, define a boa-fé, em seu prisma objetivo, como *cumprimento honesto e escrupuloso das obrigações contratuais*, igualmente a considerando como um *standard jurídico orientador do comportamento das partes, as quais se veem obrigadas por uma lealdade recíproca de conduta*<sup>266</sup>. Já o viés subjetivo de boa-fé, também referido pelo citado autor como boa-fé-crença, distinta da boa-fé-lealdade acima conceituada, representa um estado de consciência de *quem ignora determinados fatos e pensa, portanto, que sua conduta é perfeitamente legítima e não causa prejuízos a ninguém*, abarcando, assim, *o erro ou a falsa crença*<sup>267</sup>.

Retornando a lição de Cabanellas, agora visando sua compreensão acerca da aplicabilidade do princípio da boa-fé ao direito laboral, importa destacar que o autor o percebe como *elemento essencial no contrato de trabalho*, porquanto as relações laborais dependem essencialmente da *confiança mútua entre patrões e trabalhadores*. Cabanellas acrescenta, ainda, que tal princípio, compreendido dentro de um ideal de constituição de uma sociedade justa, ganha contornos de ordem pública, e implica a necessidade de levar em conta, no processo de interpretação das normas, um critério social, antes de uma perspectiva unilateral ou individualista<sup>268</sup>.

Interpretando as lições anteriores, Carmen Camino desfecha o princípio da boa-fé, em matéria trabalhista, como um catalizador dos demais princípios e, *de certa forma, funciona como anteparo de eventuais tentativas de hipertrofiar a ideia da proteção*, embora, de outra banda, não autorize ao trabalhador a utilizar tal

<sup>264</sup> Idem. p. 420.

<sup>265</sup> Idem, p. 33.

<sup>266</sup> Idem, p. 422.

<sup>267</sup> Idem. p. 425.

<sup>268</sup> CABANELLAS, Guillermo. **Introducción al Derecho Laboral**. Buenos Aires: Lavallo, 1960, V. 1, p. 563-564.



princípio como *pretexto para se furtar às consequências de seu comportamento desleal ou desidioso*<sup>269</sup>.

Juan Carlos Madrid vislumbra a boa-fé – e a *confiança entre as partes* - como condição sem a qual a relação não se desenvolve harmonicamente, ainda que ausente no ordenamento jurídico em que se desenrola tal relação uma positivação expressa de tal princípio. Segundo o autor, mesmo nos cenários em que não positivada, a boa-fé consistirá no *dever de atuar de acordo com princípios impostos por uma recíproca lealdade de conduta* (no plano objetivo) e *com a crença de que se respeitam tais princípios* (no plano subjetivo)<sup>270</sup>. Em sequência, o autor reconhece a existência de cláusulas contratuais implícitas derivadas de tal princípio - que podem ser condensados em deveres anexos da boa-fé. Consoante leciona, tais deveres são: dever de evitar o abuso de direito e de não frustrar a legítima expectativa dos valores protegidos legalmente; dever de informar - traduzido em um agir com transparência -; dever de permitir a outra parte que corrija eventuais desajustes frutos de um agir manifestamente equivocado ou que repare danos causados involuntariamente; dever de garantir que a outra parte desfrute do resultado útil de sua prestação; dentre outros; os quais devem ser observados em todas as etapas da relação laboral<sup>271</sup>.

Compartilhando de achados semelhantes a Juan Carlos Madrid em matéria de direitos acessórios da boa-fé, Adrián Goldin acrescenta para definição do princípio uma ideia que se traduz na prescrição das partes se obrigarem a atuar em observância à boa-fé, *ajustando sua conduta ao que é próprio para um bom empregador e um bom trabalhador*, transportando tal conceito do agir probo de um *bom pai de família* no direito comum<sup>272</sup>. Da mesma forma, leciona que a *recíproca*

<sup>269</sup> CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 63.

<sup>270</sup> FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos. **Tratado Prático de Derecho del Trabajo**. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 1133-1134.

<sup>271</sup> Idem, p. 1138-1143.

<sup>272</sup> GOLDIN, Adrián *et al.* **Curso de Derecho Del Trabajo Y La Seguridad Social**. 1. ed. Argentina: La Ley, 2009, p. 395-396.

*de lealdade* deve nortear o comportamento por todas *as instâncias da relação, desde seu começo, durante seu desenvolvimento e até sua conclusão*<sup>273</sup>.

Francisco Rossal de Araújo estabelece que ao lado da lei, da moral e dos bons costumes, a boa-fé assoma-se ao campo normativo do Direito do Trabalho em matéria de limitação da autonomia da vontade, em que pese tal ramo já se perceba dotado de princípios próprios com semelhante finalidade, tal qual o princípio da proteção<sup>274</sup>. Embora assuma que a boa-fé não goze de positivação direta na norma trabalhista, o autor reconhece manifestações não expressas em inúmeras normas legais, circunstância que desvela sua *dimensão legislativa* indireta nesse ramo do Direito<sup>275</sup>. Apesar de sofrer adaptações em sua transposição para o universo laboral, por manifesta influência do princípio da proteção e da compreensão de disparidade entre os polos da relação contratual – de mesma forma como sói ocorrer na sua projeção em outros microsistemas protetivos, tal qual o Direito do Consumidor, no qual recebe envergadura de princípio *máximo orientador* da norma consumerista<sup>276</sup> - o princípio da boa-fé incide na dinâmica contratual *em toda sua plenitude, desde as tratativas preliminares passando pelas alterações contratuais, até o término do contrato*<sup>277</sup>.

Em síntese, percebe-se que a boa-fé subjetiva, a qual será menos importante aos propósitos do presente estudo, embora relevante para o Direito Coletivo no âmbito das proibições das práticas desleais, pode ser definida como uma condição psicológica do agente que se vislumbra agindo (ainda que a partir de uma errônea perspectiva) de modo a não prejudicar terceiros, *que permite purificar condutas impróprias que, de outra forma, seriam consideradas ilícitas*<sup>278</sup>, facilmente compreendida quando em oposição a sua antítese, a má-fé. Já a boa-fé objetiva, na

<sup>273</sup> Idem, p. 395.

<sup>274</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal. **A Boa-Fé no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 1996, p. 191.

<sup>275</sup> Idem, p. 235.

<sup>276</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 869.

<sup>277</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal. **A Boa-Fé no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 1996, p. 235-236.

<sup>278</sup> URIARTE, Pedro Irureta. **Vigencia del Principio de La Buena Fe en el Derecho del Trabajo Chileno**. In Revista Ius et Praxis, ano 17, n. 2., 2011, p.140.

visão de Pedro Uriarte, tem seu foco deslocado para um elemento externo, demandando um comportamento *leal e honrado* - a partir de um standard de conduta da norma jurídica - do contratante, constituindo-a, assim, como uma regra comportamental, que encontra largo espectro de atuação no âmbito laboral<sup>279</sup>. Para o autor, a compreensão da aplicabilidade da boa-fé, enquanto princípio fundamental de direito, em seu desdobramento juslaboral, é facilitada, uma vez que se reconheça a integração dessa disciplina a um sistema jurídico mais amplo, embora não se possa descurar das particularidades próprias desse ramo do Direito<sup>280</sup>.

Ainda, além de evitar que as partes de esquivem de suas obrigações contratuais, o princípio da boa-fé gera obrigações ou deveres acessórios, também direitos secundários às partes, os quais, em que pese enumeráveis apenas no caso concreto, podem ser exemplificados nos deveres de cooperação, informação ou auxílio recíproco<sup>281</sup>. Em resumo, a funcionalidade do princípio da boa-fé revela-se perfeitamente aplicável ao Direito do Trabalho, consoante preconizados pelos doutrinadores supra citados, inclusive e especialmente no plano coletivo, consoante se pretende abordar a seguir.

#### 4.7 – APLICABILIDADE DA BOA-FÉ OBJETIVA NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Como visto na primeira parte do presente trabalho, e detalhado ao longo de toda essa segunda seção, o princípio da boa-fé transita com notável facilidade até o plano laboral, adaptando-se obviamente no plano individual, mas alinhando-se confortavelmente na dimensão coletiva desse ramo da ciência juslaboral. Há, portanto, vasto espaço para sua aplicação no campo das negociações coletivas,

<sup>279</sup> Idem, p. 141-143.

<sup>280</sup> Idem, p.149-150.

<sup>281</sup> DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles; OLIVEIRA, Cíntia Machado de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 443.

sendo considerado, atualmente, como um *dos principais vetores da negociação coletiva impondo-se que tanto os empregadores como os sindicatos participem nas negociações de boa-fé*<sup>282</sup>.

Diversos ordenamentos jurídicos, seguindo preceitos da OIT, com especial destaque para as Ementas 934 e 935 do seu Comitê de Liberdade Sindical, contam com positividade expressa acerca do dever de observar o princípio da boa-fé nas relações contratuais, inclusive nas negociações coletivas. Entretanto, inexistente norma interna no mesmo sentido, sendo possível aplicar as disposições gerais inseridas nos artigos 113<sup>283</sup>, 187<sup>284</sup> e 422<sup>285</sup> do Código Civil pela brecha do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)<sup>286</sup>. Tal circunstância apenas reforça a conclusão de aplicabilidade de tal princípio nas negociações coletivas travadas em âmbito local, esfera em que passa a atuar como *imperativo de valorização e desenvolvimento da negociação coletiva*<sup>287</sup>.

Ademais, sendo a negociação coletiva um fenômeno comumente caracterizado como um processo de tratativas, cuja finalidade é a resolução de conflitos mediante um ajuste contratual, permite reconduzir ao seu plano os efeitos

<sup>282</sup> Idem., p. 444.

<sup>283</sup> Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. (BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 14.11.2014).

<sup>284</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 14.11.2014).

<sup>285</sup> Art. 422 - Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 14.11.2014).

<sup>286</sup> Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. (BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 14.11.2014).

<sup>287</sup> DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **O Princípio da Boa-Fé e a Negociação Coletiva**. in *Justiça do Trabalho*. 31 v., n. 364, Porto Alegre: HS Editora, abril/2014, p. 34-35.

semelhantes ao experimentado pelo princípio da boa-fé na etapa pré-contratual das relações negociais no âmbito do Direito Civil<sup>288</sup>.

Importa considerar que - inobstante a possibilidade de aplicação subsidiária - a ausência de norma ou cláusula geral expressa em nosso ordenamento jurídico pode acarretar efeitos indesejáveis, pois caso estivesse presente, permitiria que a solução de conflitos baseados na violação da boa-fé fosse a ela reconduzida visando uma *sistematização judicial e desenvolvimento dos institutos jurídicos*<sup>289</sup>, circunstância que, independentemente das conclusões a que se pretende chegar no presente estudo, otimizariam a aplicação do princípio em exame.

Partindo de tais premissas, a primeira providência no plano da compreensão dogmática é importar a máxima da intervenção da boa-fé no processo de integração negocial extraída do direito comum, que preconiza tal princípio como uma ferramenta de controle das condições contratuais objeto de negociação, operando como *bitola de um certo equilíbrio material entre as vantagens auferidas, pelas partes graças ao contrato inadmitindo prejuízos desproporcionais*<sup>290</sup>. Assim, o dever de atuar no processo negocial segundo a boa-fé *implica, seguramente, o de não prejudicar, mediante condições negociais gerais, de modo desproporcionado, a contraparte*<sup>291</sup>. Sob tal prisma, a boa-fé, vista no plano negocial e obrigacional como regra de conduta a ser observada pelas partes, *não admite prejuízos graves, razão pela qual a culpa in contrahendo vocaciona-se para regular as hipóteses em que a parte que aceitar um contrato desfavorável sem que lhe seja dado esclarecer tal consequência nas preliminares*<sup>292</sup>.

<sup>288</sup> MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos. **O Princípio da Boa-fé Objetiva na Negociação Coletiva**. São Paulo: LTr, 2012, p. 202.

<sup>289</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 425.

<sup>290</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984, 1 v., p. 657-658.

<sup>291</sup> Idem, p. 659.

<sup>292</sup> Idem, p. 660.

Da esfera protetiva consumerista é possível extrair, como já foi visto, por se tratar de um sistema jurídico autônomo igualmente protetivo, alguns postulados da regulação das partes na etapa pré-contratual (embora a norma do Código de Defesa do Consumidor, em matéria de responsabilidade pré-contratual, careça de sistematização). Lecionando acerca do alcance dos deveres anexos naquele ramo do direito, Antônio Junqueira Azevedo extraí da boa-fé *três deveres principais: o de lealdade* (instrumentalizado pelo dever de confidencialidade das informações obtidas), *de colaboração* (instrumentalizado no dever de informação), e o *dever de proteção* (consistente em *não abusar ou, até mesmo, de se preocupar com a outra parte*), complementados pela noção de *ruptura abusiva das negociações* (este último que novamente remete à ideia de quebra de justas expectativas)<sup>293</sup>.

Enquanto a carência da legislação pátria em relação ao tema demanda ao princípio da boa-fé uma operacionalização na esfera da negociação coletiva de trabalho por vias indiretas, Vólia Bomfim Cassar vislumbra na proposta de reforma sindical encaminhada em 2005, pelo então Ministro de Estado do Trabalho e do Emprego, o Sr. Ricardo Berzoini, mais precisamente em seu artigo 99<sup>294</sup>, positivação expressa ao princípio da boa-fé, demandando sua observância na conduta negocial, inclusive mediante exposição de deveres acessórios, notadamente de informação,

<sup>293</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor**. in MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 4 v., p. 32-34.

<sup>294</sup> Art. 99 – A conduta de boa-fé constitui princípio da negociação coletiva. § 1º Para os fins desta Lei, considera-se boa-fé o dever de:

- I – participar da negociação coletiva quando regularmente requerida, salvo justificativa razoável;
- II – formular e responder as propostas e contrapropostas que visem promover o diálogo entre os atores coletivos;
- III – prestar informações, definidas de comum acordo, no prazo e com o detalhamento necessário à negociação;
- IV – preservar o sigilo das informações recebidas com esse caráter;
- V – obter autorização da assembleia para propor negociação coletiva, celebrar contrato coletivo de trabalho e provocar a atuação da Justiça do Trabalho, de árbitro ou de órgão bilateral para a solução do conflito coletivo de interesses.

§2º A violação ao dever de boa-fé equipara-se à conduta anti-sindical. (BRASIL. **Projeto de Emenda Constitucional n. 369**, de 14 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=277153>. Acesso em: 14.11.2014).

preservação de sigilo das informações prestadas, e imputação do dever de negociar<sup>295</sup>.

Eduardo Pragmácio Filho evidencia que uma *das facetas da boa-fé na negociação coletiva é o dever de negociar*, o que se expressa desde o NLRA abordado no capítulo precedente, com o estabelecimento do *duty to bargain collectively*, apontando a recusa da negociação coletiva como uma prática desleal, portanto, atentatória à boa-fé, por dissociar-se o standard de conduta esperado dos atores coletivos<sup>296</sup>. O autor, que já identifica o dever de negociar (embora desprovido de uma referência expressa ao dever de negociar de boa-fé) no ordenamento jurídico local a partir do artigo 616 da CLT<sup>297</sup>, observa que o Projeto de Lei n. 4.430/2008<sup>298</sup>, pretende alterar o artigo 615 da norma consolidada visando incluir expressa sujeição dos atores coletivos ao princípio da boa-fé objetiva no curso da negociação coletiva, imputando-lhes diversos deveres anexos, e considerando sua inobservância conduta antissindical<sup>299</sup>.

<sup>295</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008, p. 1251.

<sup>296</sup> PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. **A Boa-Fé nas Negociações Coletivas Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011, p. 83.

<sup>297</sup> Art. 616 - Os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva. (BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 14.11.2014).

<sup>298</sup> Art. 615 – É obrigatória a participação dos atores coletivos na negociação coletiva sempre que convocada pela outra parte, devendo ser observado o princípio da boa-fé objetiva.

§1º Considera-se boa-fé objetiva, entre outros:

I – participar da negociação coletiva quando regularmente requerida, salvo justificativa razoável;

II – formular e responder as propostas e contrapropostas que visem a promover o diálogo entre os atores coletivos;

III – prestar informações, definidas de comum acordo, no prazo e com o detalhamento necessário à negociação de forma leal e com honestidade;

IV – preservar o sigilo das informações recebidas com esse caráter;

V – obter autorização da assembleia para propor negociação coletiva, celebrar contrato coletivo de trabalho e provocar a atuação da Justiça do Trabalho, de árbitro ou de órgão bilateral para a solução do conflito coletivo de interesses.

VI – cumprir o acordado na mesa de negociação.

§2º A violação ao dever de boa-fé configura conduta anti-sindical. (BRASIL. **Projeto de Lei n. 4430**, de 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=418907>. Acesso em: 14.11.2014).

<sup>299</sup> Idem, p. 88.

O dever de negociar em observância a boa-fé na fase negocial implica igualmente deveres acessórios típicos da influência de tal princípio, sendo eles o dever de informação, de lealdade, de segurança, e de cooperação entre os pactuantes, estejam eles negociando interesses individuais, difusos ou coletivos, demonstrando a aptidão da boa-fé para informar a conduta das partes em quaisquer dos planos que opere<sup>300</sup>.

Dentre tais deveres pré-contratuais extraídos da boa-fé, Sara Costa Apostolides enaltece o dever de informação, o qual será alvo das notas finais desse exame acerca da boa-fé na negociação coletiva<sup>301</sup>. Embora a autora concentre especial atenção de tal dever na formação do contrato individual de trabalho, não parece impertinente importar, guardadas as devidas proporções, sua lição para o plano coletivo laboral. E suas contribuições são imprescindíveis ao plano da aplicação do dever de informar nos processos negociais do direito laboral (sejam eles individuais ou coletivos), porquanto em sua minuciosa análise do instituto, identifica o dever de informar em duas dimensões. A primeira dimensão abrange a *resposta a questões*, na qual o dever de informação de uma parte corresponde em igual medida ao direito de informação da outra. Já a segunda dimensão implica a *comunicação espontânea de dados*, reputando que, em um segundo aspecto, traduz o *dever de informar por iniciativa própria quando se verifique a impossibilidade de auto-informação* pela contraparte<sup>302</sup>. Além disso, mesmo nas negociações entabuladas por partes com equivalência de condições o dever de informação extraído da boa-fé parece reforçar-se, ainda, do próprio caráter cooperativo inerente às partes no processo negocial<sup>303</sup>.

A correlação umbilical entre o dever de negociar de boa-fé, o dever de informar e o direito de informação no plano do interesse coletivo na esfera das

<sup>300</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Contratos Difusos e Coletivos: a Função Social do Contrato**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 236-237.

<sup>301</sup> APOSTOLIDES, Sara Costa. **Do Dever Pré-Contratual de Informação e da sua Aplicabilidade na Formação do Contrato de Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 102-103.

<sup>302</sup> Idem, p. 136.

<sup>303</sup> Idem, p. 139.



negociações coletivas de trabalho é marcante. Atentos a isso, alguns autores defendem não apenas que sua inobservância seja considerada prática antissindical, mas proclamam igualmente a necessidade de consagração do instituto através de proteção especial pelo viés principiológico, e, ainda, pela adoção, em especial nos momentos de crise, de medidas normativas reconhecidas pelo direito positivado, permitindo alçar reparações concretas a partir de sua violação<sup>304</sup>.

Leandro do Amaral Dorneles, define a questão transportando para o plano coletivo os deveres instrumentais apontados por Irueta Uiriarte na esfera individual das relações de trabalho. Importante destacar que tais deveres já foram referidos ao longo da presente seção a partir da lição de outros doutrinadores, ora de forma aglutinada, ora de modo ainda mais fracionado, sendo igualmente percebidos nos projetos de lei ou emenda constitucional anteriormente citados. Porém, do ponto de vista da sistematização dogmática, o elenco a seguir parece melhor traduzir os deveres anexos extraídos da boa-fé no plano da negociação coletiva para fins de apreensão de conceitos operacionais no estudo ora proposto.

Os dois primeiros deveres assessórios apontados por Leandro Dorneles é o dever de *informação e transparência*, enaltecidos pela lição de Sara Costa Apostólides anteriormente mencionada, e que se aproximam do dever de esclarecimento apontado por Daniel Ustarróz e Juan Carlos Madrid, bem como do dever de colaboração identificado por Roberto Senise Lisboa e Antonio Junqueira Azevedo. Segundo Dorneles, ambos os deveres – informação e transparência – acarretam um terceiro dever, o de *confidencialidade e segredo das informações* recebidas em virtude do dever precedente<sup>305</sup>. Um quarto dever referido pelo autor é do *respeito ao interesse da parte contrária*, introduzindo em lugar do dever de segurança, e complementado pelo dever de *respeito e salvaguarda ao interesse da base representada* (que se expressa a partir da autonomia privada coletiva,

<sup>304</sup> CAUBET, Amanda B. **El Derecho de Información en Épocas de Crisis y las Prácticas Antisindicales**. In Madrid, Juan Carlos Fernández. *Derecho Laboral: Doctrinas Esenciales*. Buenos Aires: La Ley, 2010, 3 v., p. 1245-1249.

<sup>305</sup> DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **O Princípio da Boa-Fé e a Negociação Coletiva**. In *Justiça do Trabalho*. 31 v., n. 364, Porto Alegre: HS Editora, abril/2014, p. 40-41.

implicando a consideração das demandas da categoria, exigindo realização de consultas e assembleias)<sup>306</sup>.

Finalmente, conjugando todas as expressões do instituto na esfera coletiva do Direito do Trabalho, o Leandro Dorneles observa o surgimento de obrigações instrumentais a partir do reconhecimento da boa-fé e seus deveres acessórios, dentre os quais destaca os seguintes: *obrigação de negociar, ou de não ser abster ao desenvolvimento regular da negociação coletiva, ou de não interromper o processo negocial, salvo justificativa razoável*; obrigação de elaboração e apresentação de propostas justificadas e contrapropostas em tempo razoável; *obrigação de apresentar pleitos oportunos fundados nas reais necessidades da categoria ou grupo representado*; e, por fim, *obrigação de prestar esclarecimentos e informações necessários para o regular desenvolvimento da negociação coletiva*<sup>307</sup>.

Traçados os contornos gerais da boa-fé e suas projeções na negociação coletiva de trabalho, impõe-se o exame do terceiro e último dos conceitos operacionais cuja definição foi inicialmente pretendida, visando permitir colocá-los em dinâmica, e, em tal fluxo, pretender responder ao questionamento que permeia o presente trabalho, no sentido de observar se tal princípio efetivamente se traduz em elemento de eficiência nas relações negociais coletivas laborais sob a perspectiva da análise econômica do direito, a seguir exposta.

<sup>306</sup> Idem, p. 40-41.

<sup>307</sup> Idem, p. 42-45.

## 5. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO FERRAMENTA DE VERIFICAÇÃO DA EFICÁCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS COLETIVAS

Antes de adentrar ao exame da Análise Econômica do Direito, bem assim em sua transposição para o Direito do Trabalho como forma de compreensão da eficiência da boa-fé objetiva nas relações negociais coletivas, importa tecer algumas considerações adicionais acerca da interconexão entre o Direito Laboral e a Economia, visando reforçar e justificar a importância do tema. Assim, necessário percorrer, em rápido retrospecto, a trajetória dos fenômenos históricos que permitiram as primeiras manifestações interconectadas das ciências economia e juslaboral desde a modernidade até o cenário atual, para então apontar as vantagens do diálogo entre ambas.

### 5.1 – BREVE RETROSPECTO ACERCA DA INTERCONEXÃO HISTÓRICA ENTRE ECONOMIA E DIREITO DO TRABALHO

Consoante alhures referido, essa primeira subdivisão do presente capítulo pretende percorrer, em rápido exame, o entrelaçamento da ciência econômica e seu fenômeno subjacente com o direito juslaboral, desde suas raízes históricas até os desafios enfrentados pela atual conjuntura econômica e jurídica do trabalho. Tal esforço será realizado sem a ambição de qualquer determinismo histórico, levando em conta a perspectiva descritiva das circunstâncias histórico-econômicas a partir da lição de diversos autores, independentemente de suas inclinações políticas ou filosóficas, as quais desimportam para o presente estudo, o qual se inclina apenas em demonstrar a correlação entre as sobreditas ciências a partir de bases históricas.

Não há praticamente dissenso quanto ao fato de a disciplina econômica como modernamente concebida nasceu - ou teve como fonte primária - das profundas alterações trazidas pelo desenvolvimento industrial experimentado a partir

do século XVIII. A Revolução Industrial marcou, portanto, a gênese da economia moderna, transmutando-se em um fenômeno tão marcante que provocou alterações não apenas nas relações econômicas, mas no sistema produtivo e nas condições de vida da comunidade mundial, ao ponto de inaugurar uma *nova sociedade, uma nova era histórica e seus contemporâneos tinham consciência disso, quase desde o começo*<sup>308</sup>, dentre os quais o autor escocês Adam Smith, que em 1776 fundou as bases do pensamento econômico científico que floresceria a partir daí.

Os impactos dessa nova realidade no trabalho foram tão expressivos, que para uma melhor compreensão demandam a comparação entre o estilo de vida que o precedeu e as condições do trabalho posteriores à eclosão da Revolução Industrial. Segundo as observações de Engels, ao analisar a realidade da classe trabalhadora na Inglaterra, o contexto pré-industrial era absolutamente distinto daquele vivenciado após o advento da industrialização, no qual os trabalhadores *não precisavam matar-se de trabalhar, não faziam mais do que desejavam e, no entanto, ganhavam para cobrir suas necessidades, observando, ainda, que dispunham de tempo para um trabalho sadio em seu jardim ou em seu campo, trabalho que para eles era uma forma de descanso [...] jamais numa jornada de trabalho de oito ou doze horas*<sup>309</sup>.

Eric Hobsbawm descreve que *o trabalhador pré-industrial reagia a incentivos materiais, na medida em que desejava ganhar o suficiente para gozar aquilo que era tido como o conforto pertinente ao nível social que a Deus aprovera situá-lo*<sup>310</sup>. Além disso, a nova realidade estabeleceu um *conflito entre a “economia moral” do passado e a racionalidade econômica do presente capitalista*<sup>311</sup>, cujos contornos mais marcantes evidenciaram-se na concepção de previdência social. Originalmente o ideal de previdência, compreendido na consciência de que a todo homem tem o

<sup>308</sup> HOBBSAWN, Eric J. **Da Revolução Industrial Inglesa ao Imperialismo**. 6. ed, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 55.

<sup>309</sup> ENGELS, Friedrich. **A Situação da Classe Trabalhadora na Inglaterra**: Segundo as Observações do Autor e Fontes autênticas. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 46.

<sup>310</sup> HOBBSAWN, Eric J. **Da Revolução Industrial Inglesa ao Imperialismo**. 6. ed, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 78.

<sup>311</sup> Idem, p. 78-79.

*direito de ganhar a vida e que, se incapaz disso, o direito de ser mantido vivo por sua comunidade, foi substituído pela concepção dos economistas liberais de que os homens tinham obrigação de aceitar os empregos que o mercado oferecesse, qualquer que fosse o lugar ou a remuneração, acrescentando que através da poupança e do seguro, individual ou coletivo, o homem racional se protegeria contra infortúnios, a velhice ou a doença*<sup>312</sup>.

O choque cultural acima explicitado demandou uma nova concepção moral sobre o trabalho humano. Zygmunt Bauman observa que, até então, *uma vez atendidas as necessidades básicas, os trabalhadores tradicionais não encontravam sentido em seguir trabalhando ou em ganhar mais dinheiro, na concepção de tais trabalhadores havia outras coisas mais interessantes e dignas a se fazer, que não se podiam comprar, porém desapareciam, eram ignoradas ou se perdiam se passassem o dia trabalhando atrás do dinheiro*<sup>313</sup>. O sistema capitalista industrial que se inaugurava, porém, demandava outra perspectiva – ante a expansão do consumo advinda a partir da descoberta de novos mercados e das novas formas de produção – na qual a força de trabalho deveria ser colocada em sua máxima disponibilidade.

Iniciou-se, assim, uma agenda visando introduzir e propagar a nova ética do trabalho<sup>314</sup> na sociedade, segundo a qual - para atingir o mundo ideal prometido pelos precursores da modernização - era necessário compelir os trabalhadores (que até então estavam acostumados a *dar sentido ao seu trabalho através de suas*

<sup>312</sup> Idem, p. 79.

<sup>313</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Trabajo, consumismo e novos pobres**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999, p. 18.

<sup>314</sup> Bauman define a “ética do trabalho” como *uma norma de vida com duas premissas explícitas e duas presunções tácitas*, sendo a primeira premissa a de que *não se consegue o necessário para viver e ser feliz sem fazer algo que os demais considerem valioso e digno de pagamento*; enquanto a segunda premissa afirma que é nocivo e moralmente danoso conformar-se com aquilo que já conquistou e parar ao invés de conquistar mais, denotando que *trabalhar é um valor em si mesmo, uma atividade nobre e hierquizadora [...] trabalhar é bom, não fazê-lo é mau*; já a primeira presunção tácita nos informa que o trabalho é *o estado normal dos seres humanos; não trabalhar é anormal*; enquanto a segunda presunção sustenta que *só é trabalho aquele que é reconhecido pelos demais*, que é digno de contraprestação. BAUMAN, Zygmunt. **Trabajo, consumismo e novos pobres**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999, p. 17-18.

*próprias metas retendo o controle das tarefas necessárias para fazê-lo) a abnegarem-se do sentido de suas atividades laborais, sujeitando-os ao cumprimento de tarefas impostas por terceiros, que controlariam o regime produtivo<sup>315</sup>. O novo mercado produtivo demandaria apenas partes dos seres humanos, como pequenas engrenagens sem alma integradas a um mecanismo mais complexo, travando uma verdadeira batalha com as demais “partes humanas”, já inúteis, porquanto interesses e ambições careiam de importância para o esforço produtivo<sup>316</sup>. Assim, a imposição da ética do trabalho implicava na renúncia à liberdade, criando um binômio entre o capital e o trabalho, no qual a liberdade do segundo era empregada em favor do primeiro para atender uma nova lógica de produção, que afastou o esforço produtivo das necessidades humanas, anteriormente sua única finalidade, substituindo-o pelo paradoxo do trabalho pelo trabalho e do crescimento pelo crescimento<sup>317</sup>.*

À medida que os trabalhadores foram sendo transportados do campo para cidade, e que a revolução do crescimento produtivo continuava em ininterrupta expansão, todos foram sendo absorvidos pela lógica do mercado, que deixou de operar em nível local de produção para, assim como o consumo, atingir um caráter global. Entretanto, menos de cem anos depois de seu alvorecer, alguns autores já identificavam problemas nesse novo sistema econômico. Ao analisar as bases históricas para os fundamentos de seu manifesto comunista, Karl Marx e Friedrich Engels apontaram os efeitos do crescimento produtivo e do capital em face da classe de trabalhadores, que *só podem viver se encontrarem trabalho, e que só encontram trabalho na medida em que este aumenta o capital<sup>318</sup>*. Em tal esforço, evidenciaram, ainda, que *a quantidade de trabalho cresce com o desenvolvimento do maquinismo e da divisão do trabalho* e que o quanto mais automatizada a atividade, mais *decrecem os salários*, sinalando que ao diminuir a necessidade de

<sup>315</sup> Idem, p. 20.

<sup>316</sup> Idem, p. 20-21.

<sup>317</sup> Idem, p. 21.

<sup>318</sup> MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista** [1848]. Porto Alegre: L&PM Editores, 2001, p. 18.

*habilidade e força para execução do trabalho em face da automação tanto mais o trabalho de homens é suplantado pelo das mulheres e crianças*<sup>319</sup>.

Se inicialmente a dificuldade inicial dos trabalhadores foi assimilar a nova racionalidade do trabalho, após sua introdução no meio industrial, em uma segunda etapa começaram a experimentar os efeitos de uma racionalidade menos evidente, a de que os lucros ampliariam na proporção em que os salários e as condições de trabalho diminuiriam, gerando cada vez mais desigualdade na relação polarizada estabelecida entre o capital e o trabalho. O contexto econômico provocou, então, uma reação social inversa, porém, de desigual proporção. Engels identificou que as primeiras revoltas da *classe dos operários*, ainda proibidos por lei de associarem-se, teve como destinatário o maquinário, em manifestações violentas e desordenadas, isoladas e limitadas à determinadas localidades, produzindo efeitos singelos, os quais eram logo suplantados pela introdução de mais automação. Tal cenário reclamava, assim, uma solução mais efetiva<sup>320</sup>. Somente com o advento da liberdade associativa através da já mencionada *Reform Bill*, é que as associações de trabalhadores se fortaleceram e proliferaram em todos os ramos do trabalho na defesa de seus interesses em face da *tiranía e descaso da burguesia*, dando origem às *trade unions*, que passariam a *negociar “en masse”, com força, com os patrões, regular os salários em relação aos lucros patronais, aumenta-los no momento propício e mantê-los em tempos menos favoráveis*<sup>321</sup>. As associações cresceram ao ponto de negociar com os patrões e, na ausência de atendimento aos seus pleitos, observaram na greve – e nas consequências destas sobre os negócios das empresas – uma importante ferramenta de pressão na busca de melhores condições de trabalho, incrementando a força do movimento operário, o que permitiu ao autor debruçar-se nos potenciais políticos de tais organismos<sup>322</sup>.

<sup>319</sup> Idem, p. 18-19.

<sup>320</sup> ENGELS, Friedrich. **A Situação da Classe Trabalhadora na Inglaterra**: Segundo as Observações do Autor e Fontes autênticas. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 249.

<sup>321</sup> Idem, p. 250.

<sup>322</sup> Idem, p. 251-252.

Depreende-se, de tal retrospecto, que as alterações econômicas que permitiram o surgimento da ciência econômica moderna também forneceram a base para o advento de uma disciplina jurídica laboral. As primeiras manifestações juslaborais se deram com (e a partir do) o reconhecimento da liberdade associativa no plano legislativo, nada mais sendo que uma resposta aos anseios sociais derivados de uma problematização econômica. Essa conexão genética entre a ciência econômica a esfera juslaboral justifica o interesse recíproco que ambas as disciplinas parecem ter nutrido a partir de então, mas que por vezes recaí ignorado ou pouco explorado por seus operadores.

Apenas para exemplificar a importância dessa relação, cumpre recordar que a própria expressão “negociação coletiva”, muito examinada pelo direito trabalhista, deve mais à investigação econômica que ao estudo jurídico, eis que se atribui à Beatrice Webb a responsabilidade por cunhá-la, ao desenvolver uma profunda análise econômica dos efeitos da união de trabalhadores (Sindicatos) em sua obra “*The History of Trade Unionism*”, publicada em 1919, na qual assim definiu tais entidades e seu papel negocial:

O Sindicato, se pretendermos entender o termo, é uma associação permanente de assalariados com o objetivo de manter ou melhorar as suas condições de trabalho. Essa forma de associação tem, como veremos, existido na Inglaterra pelos últimos dois séculos, e não se pode supor que tenha surgido totalmente desenvolvida<sup>323</sup>.

Além disso, os fenômenos econômicos que propiciaram ou demandaram o nascimento (ou reconfiguração) da ciência econômica e juslaboral modernas não foram os únicos a propiciar essa inter-relação. As modificações econômicas subsequentes permaneceram importando ao Direito do Trabalho tanto ou mais quanto esse importou à economia. Embora as negociações coletivas e normas trabalhistas tenham evoluído visando propiciar um padrão civilizatório mínimo na

<sup>323</sup> WEBB, Beatrice; WEBB, Sidney. **The History of Trade Unionism**, Gloucestershire, 1919: p. 1-2.



relação capital-trabalho, os caminhos percorridos pelo cenário econômico dificultam a trajetória rumo a um maior equilíbrio de forças.

Thomas Piketty observa com propriedade que, desde o processo de industrialização até o último terço do século XIX, o mundo experimentou uma crescente ampliação da desigualdade social, com a estagnação da renda dos trabalhadores em comparação com o crescimento e acumulação do capital, que só entrou em declínio a partir daí<sup>324</sup>. Porém, o autor adverte que, apesar de um período de ampliação da força aquisitiva do salário, desde a década de 1970 *a desigualdade voltou a aumentar* e a concentração de renda em alguns países *voltou a atingir e até excedeu* os níveis recordes que havia experimentado nas crises de 1910-1920, acrescentando que *de certa maneira, estamos, neste início de século XXI, na mesma situação que os observadores do século XIX: somos testemunhas de transformações impressionantes, e é muito difícil saber até onde elas podem ir e qual rumo a distribuição de riqueza tomará nas próximas décadas*<sup>325</sup>.

Apenas para estabelecer um contraponto doutrinário acerca da origem da desigualdade verificada por Piketty, importante referir a conclusões de Acemoglu e Robinson quanto ao tema, os quais apontam que tal fenômeno não decorre apenas da transferência de investimentos no crescimento econômico produtivo para à especulação de capital, mas apresenta correlação estreita com a deficiência das instituições econômicas e políticas de cada país. Tal teoria está calcada na relação entre tais instituições e prosperidade, apontando que as nações dotadas de instituições *econômicas inclusivas, que asseguram os direitos de propriedade, criam condições igualitárias para todos e incentivam os investimentos em novas tecnologias [...] têm maiores chances de conduzir ao crescimento econômico do que as extrativistas*, as quais, segundo os autores, são *estruturadas de modo que poucos possam extrair recursos de muitos e mostram-se incapazes de proteger*

<sup>324</sup> PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca Ltda., 2014, p. 18.

<sup>325</sup> Idem, p. 21-23.

*direitos de propriedade ou fornecer incentivos para atividade econômica*<sup>326</sup>. Em outras palavras, os autores em tela retroagem às bases estruturantes da sociedade presente em cada país, as quais determinam, muitas vezes, o destino das instituições políticas e econômicas a partir daí, como uma constante para verificação da prosperidade econômica de cada nação, evidenciando que a alteração de tais instituições é determinante para modificação das condições econômicas nos países ainda atrelados às perversidades do sistema institucional extrativista.

Prosseguindo, Bauman defende que *a sociedade moderna que viu nascer a indústria*, a qual atribui-se o nome de “*sociedade de produtores*”, cujos membros de dedicaram principalmente a produção, em sua etapa subsequente, *a modernidade tardia – esta segunda modernidade – ou posmodernidade*, transformou-se em uma sociedade de consumidores, e aquilo que na *sociedade industrial era um conflito de poderes, uma luta por autonomia e liberdade, se transformou na luta por uma porção maior do excedente*, quanto mais avançava o progresso tecnológico, menos demanda da força de trabalho originalmente tão cara ao processo de crescimento, *ao ponto em que a produtividade cresce em forma inversamente proporcional a diminuição de empregos*<sup>327</sup>. Em tal contexto, ainda segundo o autor, *a ética do trabalho que foi o meio mais efetivo para preencher as fábricas, sedentas por mão-de-obra*, poderá cumprir outro papel nessa nova sociedade (na qual a *mão-de-obra passou a ser um obstáculo para aumentar a produtividade*), tal papel é de permitir e até mesmo justificar a extratificação social daqueles que não encontram mais espaço no contexto produtivo ou de consumo<sup>328</sup>.

Essa nação gerada a partir da desigualdade extrema e exclusão dos direitos mais basilares é denominada, por Guy Standing, de “preariado”, moldada na

<sup>326</sup> ACEMOLGU, Daron. ROBISON, James A. **Por que as nações fracassam**: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 332.

<sup>327</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Trabajo, consumismo e novos pobres**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999, p. 44-45.

<sup>328</sup> Idem, p. 112-113.

*flexibilização salarial* que, por sua vez, é um *imperativo da globalização*<sup>329</sup>. Tal parcela da população está alheia dos benefícios comuns a outros trabalhadores assalariados, como férias pagas, transporte subsidiado e outros benefícios corporativos ou legalmente impostos, porquanto se inserem apenas em uma camada terciária da produção, geralmente relegados a empregos temporários, aos quais usualmente são negados ou mitigados os direitos a tais benefícios, acarretando uma *remercadorização do trabalho*<sup>330</sup>. Na perspectiva do autor, tal classe *experimenta a totalidade da força da flexibilidade salarial, sendo que seus salários são mais baixos, mais variáveis e mais imprevisíveis*<sup>331</sup>. Soma-se a isso o fato de que a desigualdade social vem crescendo exponencialmente, ao contrário da mobilidade social ascendente, fazendo com que cada vez mais pessoas agreguem ao exército de precarizados, que quanto maior fica, mais disfuncional e debilitado se torna<sup>332</sup>.

Em um ensaio mais recente, Bauman retoma a perspectiva de que a lógica do trabalho abraçou como slogan a “flexibilidade” e o emprego como conhecemos dá lugar ao *trabalho por contratos de curto prazo, ou sem contratos, posições sem cobertura previdenciária, permeando a vida de trabalho [...] de incertezas*<sup>333</sup>. As novas formas de utilização do trabalho, marcadas pela desregulamentação, fragmentam a classe trabalhadora, inviabilizando o sentimento de lealdade entre os trabalhadores, o qual originalmente havia permitido sua união através dos mecanismos de associação tradicionais<sup>334</sup>. Em outras palavras, o enfraquecimento dos laços que outrora conectaram o capital ao trabalho, por via indireta, fragilizam as ligações existentes entre os próprios trabalhadores, e os fundamentos da solidariedade passada se esvaecem, não mais permitindo aos sindicatos como tradicionalmente concebidos promoverem uma resposta à altura<sup>335</sup>.

<sup>329</sup> STANDING, Guy. **O Precariado**: A nova classe perigosa. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013, p. 71.

<sup>330</sup> Idem, p. 72.

<sup>331</sup> Idem, p. 75.

<sup>332</sup> Idem, p. 95-96.

<sup>333</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 183.

<sup>334</sup> Idem, p. 184.

<sup>335</sup> Idem, p. 186-187.

Além disso, a transformação do capital na era global, o tornou *extraterritorial* dotado de um *nível de mobilidade* que impede os trabalhadores de se articularem em igual grau, e, ainda submete os regimes políticos a se *submeterem as suas demandas* na busca por *baixos impostos, menos regras e, acima de tudo, um “mercado de trabalho flexível”*<sup>336</sup>. Para Bauman, os trabalhadores em sua concepção original se tornaram *as partes mais dispensáveis, disponíveis* e, por consequência, substituíveis *do sistema econômico*, e por se saberem como tais não veem incentivo algum em se articularem coletivamente, pois em reação à flexibilização da realidade laboral vislumbram na *segurança de longo prazo [...] a última coisa que se aprende a associar ao trabalho que se realiza*, dando origem a uma verdadeira classe social em condição de *precariedade*, notadamente marcada pela *incerteza e insegurança*, desprovidas de forças para reagir<sup>337</sup>.

Em uma busca para solução de tais problemas, o economista Guy Standing propõe que o *trabalho precisa ser resgatado dos empregos e da tarefa* e que *todas das formas de trabalho deveriam ser tratadas como igual respeito*, recordando que o *trabalho é necessário; os empregos são necessários [...] mas não são a essência e a finalidade da vida. Outras formas de trabalho e de usos do tempo são igualmente importantes*<sup>338</sup>. Ao fazê-lo, o autor não está propondo apenas uma revisão da ética do trabalho, como forma de encarar o “trabalho” e o “não trabalho” de um modo mais consciente, mas apregoa também soluções do ponto de vista jurídico para o problema, ao evidenciar a necessidade de uma transição dos direitos empregatícios (aplicáveis apenas às relações tradicionalmente tuteladas pelo direito laboral) para *meios de promover e defender direitos relacionados ao trabalho*, os quais abarcariam as *pessoas que realizam trabalhos e não são empregadas*<sup>339</sup>. Defende, ademais, a ampliação da negociação coletiva (usualmente travada na órbita do trabalho formal) para uma *negociação colaborativa*, visando atingir os setores

<sup>336</sup> Idem, p. 188-189.

<sup>337</sup> Idem, p. 191-201.

<sup>338</sup> STANDING, Guy. O Precariado: A nova classe perigosa. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013, p. 240-241.

<sup>339</sup> Idem, p. 246.

informais, inclusive em âmbitos internacionais, através de uma revisão do papel da OIT<sup>340</sup>. Guy, finalmente, aponta a necessidade de uma liberdade associativa efetivamente plena, viabilizando a criação de entidades sindicais para defesa do precariado, cenário que demanda *um novo tipo de corporação colegiada que terá de assumir o desafio da “negociação colaborativa”* e representar o precariado na defesa de seus interesses em face dos empregadores e também nas relações com *outros grupos de trabalhadores, porque seus interesses não são os mesmos dos assalariados ou da parte mais importante dos funcionários, que podem ter sindicatos para falar por eles*<sup>341</sup>.

Novamente aqui o fenômeno econômico, pormenorizadamente analisado por economistas e sociólogos, reclama do direito laboral uma reação com igual grau de profundidade e compreensão do problema posto. Consoante abordado no início do presente estudo, as alterações da realidade contextual em que inseridos os trabalhadores anseia por respostas alternativas, pois o direito do trabalho não poderá louvar-se das antigas soluções jurídicas para os atuais problemas decorrentes do cenário econômico globalizado e flexibilizante. Apesar de alguns níveis da problemática atual demandarem soluções que refogem ao direito do trabalho clássico, recaindo na esfera da concertação social macro-setorial e no engajamento de organismos internacionais do trabalho como forma de fazer frente à força e a mobilidade supra nacional do capital, no âmbito das relações que ainda se ajustam as suas concepções tradicionais, o Direito Coletivo do Trabalho parece uma via interessante para conformação e manutenção de um padrão civilizatório mínimo ante os fenômenos deletérios que se avizinham em sua órbita de incidência, e a ciência econômica, em maior ou menos intensidade, pode fornecer alguns contributos para o direito nesse sentido.

Essa *vocação da Economia para o Direito* foi percebida igualmente por Washington de Souza, o qual, embora lecione acerca de disciplina jurídica diversa, o

<sup>340</sup> Idem, p. 247.

<sup>341</sup> Idem, p. 252.

Direito Econômico – que não se confunde com a Análise Econômica do Direito - adverte para necessidade de uma melhor determinação de tal intercâmbio, a fim de evitar sejam eivadas pelo *vício das paixões políticas ou das deficiências técnicas*, identifica intensa vocação para harmonização dos postulados de ambas as ciências, não apenas no plano legislativo, em que o fato econômico opera como elemento de *grandeza na produção do direito*, mas igualmente na aplicação normativa, mediante a utilização de um ferramental analítico para compreensão da utilidade, interesse e do valor da ação humana a partir de uma dupla perspectiva<sup>342</sup>. Ao reconhecer a influência em duas vias da economia para o direito e vice-versa, o autor enaltece que *essa recíproca vocação é o que há de preocupar juristas e economistas, na mútua colaboração em uma pesquisa da maior importância para a cultura de nossos dias*<sup>343</sup>.

Quanto a essa lição, Ricardo Camargo acrescenta que, embora à ciência econômica importe a explicação de fenômenos econômicos - sem ocupar-se de aspectos éticos - enquanto à ciência jurídica *compete dar o adequado tratamento normativo aos fatos econômicos* - conformando-os a *determinadas consequências jurídicas* - a interação entre ambos dá origem à uma *disciplina limítrofe entre os dois campos do conhecimento, votada ao esclarecimento do jurista tocante aos aspectos teóricos das instituições econômicas: a economia aplicada ao Direito*<sup>344</sup>. Ao fazê-lo, o autor impulsiona o presente estudo ao tópico subsequente, acerca da Análise Econômica do Direito.

<sup>342</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de Direito Econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 28-29.

<sup>343</sup> Idem, p. 31.

<sup>344</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito Econômico: Aplicação e Eficácia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 93.

## 5.2 - A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O DIREITO DO TRABALHO

A Análise Econômica do Direito (AED)<sup>345</sup> consiste, basicamente, *na aplicação do instrumental analítico e empírico da economia [...] para tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico*<sup>346</sup>, e, através de modelos, se propõem a explicar o comportamento humano, suas escolhas e a eficiência destas em uma determinada relação jurídica. Além disso, Ivo Gico demonstra que os postulados econômicos, em alguma medida, justificam o próprio Direito, eis que partem de uma noção de que os conflitos tem sua gênese a partir da escassez dos recursos, fossem inesgotáveis, *não haveria conflito, sem conflito, não haveria necessidade do direito*<sup>347</sup>.

Robert Cooter e Thomas Ulen acrescentam que a AED, que se encontra em franca expansão de suas aplicações desde 1960, é um tema *interdisciplinar que reúne dois grandes campos de estudo e facilita a compreensão de ambos*<sup>348</sup>. Para os autores, enquanto a economia abastece o direito de uma forma inusitada, fornecendo ferramentas úteis para avaliação da norma e seus efeitos comportamentais nos indivíduos, as manifestações jurídicas igualmente influenciam a economia, dado que *uma parte importante dos planos de desenvolvimento econômico pode ser facilitada pela instituição de regimes jurídicos previsíveis e estáveis*<sup>349</sup>.

Fernando Araújo, ao elaborar em profundidade uma Teoria Econômica do Contrato, capta o potencial e as dificuldades da análise econômica no direito, em especial na sua vertente continental, ao perceber que sua utilização pode causar espécie aos apegados à *solidez secular da dogmática* jurídica, mas seu potencial

<sup>345</sup> A abordagem da *Law and Economics*, cuja tradução transposição mais literal costuma ser “Direito e Economia”, empregada por vários doutrinadores pátrios, também é designada por Análise Econômica do Direito, a qual, em que pese não ser fruto de mera transcrição, parece, para os propósitos do presente trabalho, exprimir de forma mais evidente a aptidão da *Law and Economics*.

<sup>346</sup> GICO, Ivo Júnior. **Introdução ao Direito e Economia**. in TIMM, Luciano Benetti (Coord). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14-15.

<sup>347</sup> Idem, p. 19.

<sup>348</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**, 6. ed. Boston: Pearson, 2012, p. 25-30.

<sup>349</sup> Idem, p. 33.

renovador como orientação teórica é campo *suficientemente fértil para reclamar um exame extenso*.<sup>350</sup> O autor sintetiza a abordagem da AED como um mecanismo analítico alternativo, que sugere a *apreciação, ou reapreciação, de todas as soluções jurídicas – incluindo as contratuais – numa base de custo-benefício*<sup>351</sup>.

Em uma abordagem mais voltada ao contexto da *civil law*, EjanMackaay e Stéphane Rousseau, lecionam que a AED propõe uma *releitura do direito sob esta óptica*, retomando a *razão de ser das instituições jurídicas*, razão pela qual, nos *sistemas civilistas*, contribui com o intento de *desvendar e exprimir a ordem subjacente nos textos de direito positivo visando a permitir sua melhor compreensão*<sup>352</sup>. Acrescentam, ainda, que a AED *parte da premissa de que os instrumentos de análise que podem ser utilizados para compreender o direito econômico são, igualmente, aplicáveis a outros ramos do direito*<sup>353</sup>. Por fim, explicam que a abordagem da AED se dá em três níveis distintos, o da *análise dos efeitos das normas* (auxiliando na verificação dos efeitos das regras quanto às consequências de sua aplicação), da *análise dos fundamentos da norma* (permitindo, a partir da análise de eficiência, demonstrar o fundamento de uma regra observada em dado sistema jurídico) e da *análise da regra desejável* (permite, a partir da conjugação das análises precedentes, *determinar qual seria a norma eficiente e compará-la com a regra existente ou à considerada*)<sup>354</sup>.

Se a AED preconiza um modo de compreensão do agir humano, de suas escolhas e pretende examiná-la sob o prisma da eficiência, ao menos do ponto de vista puramente teórico, o campo das relações de trabalho, inclusive em sua dimensão coletiva, não parece ser-lhe impermeável.

<sup>350</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 7-8.

<sup>351</sup> Idem, p. 25

<sup>352</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Económica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 6-8.

<sup>353</sup> Idem, p. 7.

<sup>354</sup> Idem, p. 665-668.



Mario Deveali enalteceu a importância da utilização, na esfera juslaboral, de *métodos de investigação próprios de outras ciências para chegar a resultados que tenham o caráter universal que é típico dos princípios daquelas*, referindo-se ao que denominou de *ciência da legislação laboral*, cuja investigação *desenvolve-se, pois, especialmente no campo econômico e social, utilizando principalmente os aportes da estatística e de suas fontes subsidiárias*, permitindo que no desenvolvimento das *relações laborais privadas* e da regulação Estatal incidente sobre tais relações, estas sejam conformadas ao objetivo de *conseguir o máximo de benefícios com o mínimo de sacrifícios*<sup>355</sup>. Para ilustrar a profundidade de suas observações acerca da relação da ciência econômica com os aspectos jurídicos das relações de trabalho, Deveali elaborou princípios próprios para sua ciência da legislação laboral – a qual em muitos aspectos se aproxima de uma abordagem de Análise Econômica do Direito do Trabalho - extraídos fundamentalmente de princípios básicos da economia<sup>356</sup>. A par da adoção de tais princípios, o autor destacou, com propriedade impar, a importância da compreensão dos efeitos da interação entre as normas trabalhistas instituidoras de benefícios sociais e a correspondente *reação do mundo econômico-laboral*, o que se ilustra a partir da seguinte transcrição:

Nossa tarefa se limita a estudar a reatividade da vida econômico-social que leva a eliminar qualquer trava que se ponha a alterar seu funcionamento espontâneo; assim como os tecidos do corpo humano tendem a eliminar qualquer corpo estranho que seja introduzido em seu interior e a água se esforça para eliminar qualquer dique que se oponha ao seu curso natural. Por efeito da reatividade, é dado notar que no campo das relações laborais, um fenômeno que poderia denominar-se *remoção*, restando entendido que

<sup>355</sup> DEVEALI, Mario L. **Lineamentos de Derecho del Trabajo**. 2. ed. Buenos Aires: Editora Argentina, 1953, p. 97-98.

<sup>356</sup> O primeiro princípio proposto pelo autor é o *princípio da generalidade e igualdade*, extraído da obra de Adam Smith, que embora considere o salário parte dos custos de produção, observa que as *medidas de amparo, a par de representarem um gravame direto ou indireto a cargo da produção, constituem uma condição essencial para sua existência*, ressaltando a necessidade de uma compreensão da relação entre os desenvolvimentos em matéria social e os efeitos na produção, porém, impedindo que ocorram distinções de qualquer espécie entre trabalhadores de igual condição. O segundo princípio apontado é o da *progressão racional*, que parte da compreensão de que os recursos são escassos e, em contrapartida, as necessidades dos trabalhadores são amplas, impondo que a realização de programas de melhoria na legislação laboral ou social prefiram o *necessário* ao *desejável* em circunstâncias em que ambos não possam ser atendidos, criando uma graduação ante o grau de necessidade, bem como almejando a *realização parcial ou integral* de satisfação das necessidades de amparo, *porém realizáveis*, observando-se, ainda, a real eficiência de tais medidas. O terceiro princípio extraído é o *princípio da economicidade*, o qual consiste em *obter determinado resultado, com o mínimo possível de gasto e outorgar determinados benefícios em favor de certos grupos de pessoas, com o menor sacrifício da coletividade*, aqui, Deveali chega a aproximar-se do conceito da eficiência de Vilfredo Pareto aplicada a lógica juslaboral. (Idem, p. 99-127).

usaremos essa palavra no mesmo sentido em que empregado no campo da ciência das finanças, já que em nosso caso não indica que o aumento de produção anula a carga do imposto, mas a tendência natural do organismo econômico-social, a eliminar ou reduzir as limitações impostas pelas leis laborais. A este fenômeno se acompanham outros dois estudados pelas ciências financeiras, sobre o nome de *translação ou evasão*.

[...]

O problema de nossa ciência consiste em estudar as formas que podem tomar os fenômenos indicados da remoção, translação ou evasão das leis trabalhistas que constituem as expressões típicas, senão exclusivas, da reatividade do mundo laboral, e indicar as regras que podem servir para eliminar tais fenômenos ou reduzir seu alcance, a fim de conseguir a máxima efetividade dos benefícios que as leis aludidas propõem<sup>357</sup>.

Importa destacar ser evidente que Deveali não tratou objetivamente da AED aplicada ao direito laboral, mas resta inegável que tenha promovido uma análise da interação entre economia e direito muito próxima disso, tendo o feito justamente em um período histórico marcado pelo distanciamento entre tais ciências, compreendido entre as décadas de 1940 e 1960, o qual somente viria a ser resgatado pela *escola ordoliberal de Fraiburg, na abordagem estruturalista de Harvard e, em especial, na escola de Chicago, onde, a partir da década de 1960, a análise econômica volta a ganhar projeção*<sup>358</sup>. Por outro lado, Deveali certamente contribuiu para justificativa da abordagem econômica em matéria juslaboral, reforçando as vantagens na utilização do instrumental analítico econômico na aplicação e elaboração do direito trabalhista.

Pietro Ichino igualmente considera viável um dialogo entre economia e Direito do Trabalho, apesar de destacar uma certa dificuldade em tal interação, aduz ser possível identificar *algumas utilidades do conhecimento do direito do trabalho para análise econômica e vice-versa*, podendo os resultados da pesquisa econômica contribuir para a *interpretação e aplicação do direito do trabalho*<sup>359</sup>. O autor italiano, que se debruçou sobre a viabilidade da introdução do ferramental da análise econômica no sistema jurídico juslaboral da Itália, em síntese, considera que nem tudo na AED se prestará ao direito laboral, dado ao caráter imperativo-protetivo

<sup>357</sup> Idem, p. 130-131.

<sup>358</sup> BATTESINI, Eugênio. **Direito e Economia**: Novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011, p. 276.

<sup>359</sup> ICHINO, Pietro. **Lezioni di Diritto del Lavoro**: Un Approccio di Labour Law and Economics. Milão: Dott A. Giuffrè, 2004, p. 1-2.

normalmente atribuído a tal ramo jurídico em especial nos países de direito continental, mas há fortes razões para crer numa importante contribuição bilateral entre tais ramos do conhecimento. Em conclusão, preleciona que *não é um duelo mortal, então, travado entre direito e economia, mas, pelo contrário, a economia provê uma contribuição essencial para o fortalecimento do direito, isto é de sua capacidade de produzir efetivamente um ser econômico correspondente ao dever ser posto pela norma*<sup>360</sup>.

Nuno Garoupa e Tom Ginsburg reforçam tal conclusão, reputando viável a interação entre a AED e a disciplina juslaboral, apesar de anteciparem a necessidade de alguma adaptação decorrência das discrepâncias entre o cenário laboral no direito anglo-americano – no qual as relações de trabalho se inserem na órbita do direito contratual, mais aberto às influências da análise econômica – e o contexto vivenciado nos países de tradição jurídica romano-germânica, nos quais o direito do trabalho, sensivelmente mais regulado, eleva-se a condição de disciplina própria informada por elementos do direito privado e público<sup>361</sup>, consoante já verificado anteriormente.

Porém, ante o interesse social atrelado a este ramo específico do Direito, a eficiência pode ser mensurada, mas há boas razões para considerar que ela não pode ser vista como um fim em si própria, apenas deve ser tomada como mais uma ferramenta à disposição para analisar determinadas situações ou conflitos envolvendo a alocação de recursos no plano da relação laboral. Desvirtuar-se desse ponto de vista poderia conduzir a tentadora conclusão de que a redução da pressão exercida pelas normas imperativas de direito laboral (as quais conferem garantias mínimas aos trabalhadores) na autonomia negocial poderia diminuir os custos de transação e otimizar os resultados das relações laborais, transformando a eficiência em um valor a ser atingido acima de todos os demais.

<sup>360</sup> Idem, p. 34.

<sup>361</sup> GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. **Análise Econômica e Direito Comparado**. in TIMM, Luciano Benetti (Coord). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 147-148.

É evidente que tal trajetória de raciocínio representaria um esforço muito menor do que tentar utilizar o ferramental da AED apenas como de avaliação, predição e, através desses dados, obter mais eficiência nas relações negociais sem passar pela supressão, redução ou enfraquecimento de normas protetivas, compatibilizando-se, desse outro modo, com o espírito fundamental do Direito do Trabalho, mormente na sua esfera coletiva. Nesse aspecto, convém recordar a advertência de Ronald Dworkin em face ao primado da eficiência e da maximização de resultados, bem assim dos riscos de uma abordagem da teoria econômica do direito com viés normativo, ao invés de meramente instrumental ou descritivo<sup>362</sup>. Uma possível solução proposta pelo referido autor ao problema em tela, por outro lado, repousaria na utilização da AED como uma espécie de receita, na qual a maximização da riqueza não é valorizada por si mesma, mas apenas um instrumental perante outro fator que seja um componente de valor<sup>363</sup>.

Voltando à lição de Ivo Gico, e a conjugando com alguns ensinamentos extraídos das impressões doutrinárias acima destacadas, em especial a partir da consideração do fato de à economia importar a eficiência, e a rigor não se ocupar da dimensão dos valores - mostrando-se incompetente para compreender conceitos como a ética ou justiça - podemos chegar a uma via alternativa. O autor soluciona eventuais dificuldades de justificativa da aplicação da AED, a partir da compreensão de que a primeira pode ser útil ao Direito como mecanismo de *compreensão (diagnóstico) e previsão (prognose)* acerca das consequências de determinadas escolhas na órbita social, permitindo, a partir de uma avaliação comportamental da reação dos indivíduos ante as alterações de sua *estrutura e incentivos*, sob o ponto de vista da eficiência, melhor aplicar o Direito – que ainda poderá se ocupar dos valores que lhe são familiares, a ética e a justiça - para *alcançar maior bem-estar social*<sup>364</sup>.

<sup>362</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 351.

<sup>363</sup> Idem. p. 400-402.

<sup>364</sup> GICO, Ivo Júnior. **Introdução ao Direito e Economia**. in TIMM, Luciano Benetti (coord). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 27-29.

Ricardo Lorenzetti, embora aborde a AED para propósitos de estabelecimento de seus paradigmas decisórios, assevera que sua aplicação praticamente desconhece limites, alastrando-se, como método de análise, a diversos campos do Direito<sup>365</sup>. Compreendendo o quão rico pode ser o intercâmbio entre as ciências econômica e jurídica, o autor reconhece, porém, uma provável limitação no horizonte de aplicação da AED, a qual interessa sobremaneira para presente análise e será melhor apreendida nos subitens a seguir. Tal limitação é evidenciada, segundo o autor, a partir das falhas da escolha racional como modelo preditivo - eis que nem todos os indivíduos irão reagir aos incentivos em conformidade com um modelo racional, dando margem para *o vazio de racionalidade do mundo real*<sup>366</sup>.

Transportando tais advertências e mecânicas de compatibilização para situação em análise, seria como justificar a aplicação da AED em matéria juslaboral não como um meio de maximizar a eficiência do ponto de vista dos resultados experimentados por uma ou ambas as partes, mas como uma ferramenta de potencialização da eficácia como forma de atingir os objetivos do próprio Direito do Trabalho. Atentando a isso, a próxima etapa subdivide-se em uma análise sintética de alguns conceitos de AED visando sua compatibilização com o Direito do Trabalho, para, então, verificar se a boa-fé objetiva pode ser considerada um mecanismo agregador de eficiência nas negociações coletivas de trabalho.

### 5.3 – CONCEITOS FUNDAMENTAIS DE AED E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Consoante anteriormente abordado, a análise econômica pode oferecer diversos contributos ao direito e, em determinado grau, ao Direito do Trabalho. A

<sup>365</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: Fundamentos de Direito. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 191-192.

<sup>366</sup> Idem, p. 204-207.

compreensão de alguns conceitos básicos de análise econômica é fundamental, portanto, à aplicação da AED no campo juslaboral.

### 5.3.1 – COOPERAÇÃO, CONFIANÇA, ESCASSEZ, EFICIÊNCIA, EXTERNALIDADES E CUSTOS DE TRANSAÇÃO

A economia parte de premissas básicas, como a escassez de recursos, a atuação dos agentes econômicos na busca pela satisfação de seus interesses em meios onde os recursos são escassos, e a existência de um determinado conjunto de preferências mais ou menos estáveis para cada um dos agentes envolvidos. A dificuldade a partir daí é compreender em que grau as relações desenvolvidas em tais cenários pode ser mais eficiente. Tais conceitos são fundamentais para compreensão daquilo que Cooter e Unlen denominam Teoria Econômica do Contrato (fundada na necessidade de oferecer uma teoria mais responsiva ao exame da formação e executabilidade contratual)<sup>367</sup>, a qual será bastante útil na abordagem aqui pretendida.

A escassez, segundo Thomas Sowell, é *a primeira lição da economia*, considerando que *nunca há o suficiente de qualquer coisa para satisfazer todos aqueles que a querem*<sup>368</sup>. Reconhecer que os recursos são escassos implica afirmar que *a escassez impõe escolhas*<sup>369</sup> e implica, por vezes, renúncias. Exemplificativamente, dado que inclusive o tempo é limitado, se um indivíduo escolhe viajar em suas férias para uma determinada localidade, automaticamente renuncia a todas as demais localidades que não fizerem parte de seu itinerário naquele interregno. Além disso, *à medida que o ambiente é modificado, o ser*

<sup>367</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*, 6. ed. Boston: Pearson, 2012, p. 200.

<sup>368</sup> SOWELL, Thomas. **Is Reality Optional?**: And Other Essays. Califórnia: Hoover Institution Press, 1993, p. 131.

<sup>369</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 30.

*humano adapta seu comportamento de forma a tirar partido das mudanças, ou seja, os indivíduos são sensíveis a incentivos ou provocações*<sup>370</sup>.

Para compreender o conceito de eficiência, assim entendida em termos elementares da análise econômica, podemos recorrer antes ao conceito de equilíbrio econômico, dado que as relações eficientes geralmente serão aquelas que se desenvolverão próximas de um ponto de equilíbrio na satisfação de interesses dos envolvidos. Consoante à lição de Vilfredo Pareto, *para que o equilíbrio seja estável para a coletividade, é preciso, evidentemente que ele o seja para todos os indivíduos que a compõe*, ou seja, um equilíbrio ótimo, na visão do autor, é o ponto de equilíbrio relacional em que nenhum dos atores da relação ficará em melhor situação sem prejudicar o outro<sup>371</sup>.

Conjugando as noções acima à AED, Hans-Bernd Schäfer e Claus Ott esclarecem que *uma sociedade é considerada eficiente se, e apenas se, sob as condições dadas não for possível melhorar o bem-estar de um indivíduo sem que o de outro piore*, ou sob perspectiva diversa, *dados os recursos iniciais disponíveis e sua alocação, os membros de uma sociedade tenham chegado ao nível máximo de utilidade possível*, além disso, advertem que o conceito de eficiência econômica nem sempre se preocupa com a equalização entre a alocação eficiente de recursos e a justiça, sendo *que a sociedade com instituições e sistema legal mais eficientes não será necessário justa*<sup>372</sup>.

Em termos de AED, o conceito de eficiência em uma relação pode ser extraído da lição de Ronald Coase, segundo o qual, quando os custos de transação são baixos, e o uso de recursos se dá em uma relação privada, a solução é

<sup>370</sup> Idem, p. 30-31.

<sup>371</sup> PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, p. 188.

<sup>372</sup> SCHÄFER, Hans-Berd; OTT, Claus. **The Economic Analysis of Civil Law**. Northampton: Edwar Elgar Publishing, 2004, p. 8.

eficiente<sup>373</sup>. Do contrário, podemos concluir que os custos elevados de uma transação implicam em redução da eficiência e, por consequência, dos ganhos. Ainda, seguindo tal raciocínio, um contrato será perfeito se os custos de transação forem iguais a zero. De acordo com a Teoria Econômica dos Contratos, notadamente influenciada pelo Teorema de Coase exposto acima, um contrato é perfeito quando:

Toda contingência é prevista; o risco associado a ela é alocado eficientemente entre as partes; todas as informações relevantes foram comunicadas; nada pode dar errado. Um contrato perfeito também é eficiente. Cada recurso é alocado à parte que mais o valoriza; cada risco é alocado à parte que pode arcar com ele ao menor custo; e as condições do contrato esgotam as possibilidades de ganho mútuo mediante a cooperação das partes<sup>374</sup>.

Outro conceito fundamental, inclusive para compreensão do Teorema de Coase, diz respeito às externalidades ou falhas de mercado. Para Mankiw, *uma externalidade é o impacto das ações de uma pessoa sobre o bem-estar de outras que não participa da ação, assim, se o impacto for adverso, é chamada de externalidade negativa, se for benéfico é chamada externalidade positiva*<sup>375</sup>. Ainda segundo o autor, *na presença de externalidades o interesse da sociedade em relação a um resultado de mercado vai além do bem-estar dos envolvidos em uma relação, inclui também o bem-estar das demais pessoas afetadas*<sup>376</sup>. É justamente atento a isso que Coase defende, em seu teorema, que numa relação privada, na qual os agentes negociam sem custos, poderão por si só resolver o problema das externalidades alocando de forma mais eficiente os recursos, e, por consequência, tornando a relação naturalmente mais equilibrada<sup>377</sup>.

<sup>373</sup> COASE, Ronald H. **O problema do Custo Social**. Disponível em: <http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>. Acesso em: 15.11.2014, p. 14.

<sup>374</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**, 6. ed. Boston: Pearson, 2012, p. 229.

<sup>375</sup> MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à Economia: Princípios de Micro e Macroeconomia**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 208-209.

<sup>376</sup> Idem, p. 209.

<sup>377</sup> Idem, p. 215.



Conforme visto anteriormente, as negociações coletivas visam à pacificação de um conflito de interesses, objetivando, em caso de avença, a geração de uma espécie de contrato coletivo. Assim, esse primeiro conceito acerca da eficiência dos contratos parece pertinente à análise dos resultados das negociações coletivas, visto que apesar de constituir-se como um processo, seu produto é notadamente uma relação obrigacional.

Ainda segundo Coter & Ullen, a cooperação dos indivíduos é produtiva, e a executabilidade dos contratos permite a cooperação entre as partes, sendo igualmente relevantes os conceitos de confiança (geralmente atrelada ao promissário, enquanto ao promitente cabe o cumprimento da obrigação pactuada), racionalidade dos agentes através de um sistema de preferências estável e intercâmbio ótimo de informações<sup>378</sup>. A interconexão entre confiança e compromisso, segundo os autores, permite estabelecer níveis ótimos de cumprimento e confiança, *quando o ganho esperado da confiança adicional é igual ao aumento do valor do cumprimento da promessa para o promissário multiplicado pela probabilidade de seu cumprimento*, tornando eficiente confiar mais, enquanto um nível ótimo de cumprimento está diretamente relacionado ao fato dos ganhos serem maiores com o adimplemento da obrigação contratada do que o contrário<sup>379</sup>.

Todos esses ingredientes reunidos, na visão da AED, acarretam uma minimização de custos de transação, uma maximização dos ganhos para às partes, e uma potencial redução da possibilidade de quebra contratual, revelando, ainda que sem considerar a eficiência como um valor em si próprio, um aparente incremento na possibilidade de satisfação das partes.

Interpretando tais conceitos, Luciana Yeung concluiu que em um nível excelente de eficiência, as relações de trabalho - seja no plano individual ou coletivo

<sup>378</sup> Idem. p. 208-223.

<sup>379</sup> Idem, p. 215-217.

- devem reunir condições para que os custos de transação sejam baixos, em um cenário com *poucas partes envolvidas na negociação, relação amigável entre si, comportamento razoável visando chegar a um resultado cooperativo, bem como mecanismos baratos de punição contra desrespeito às regras*<sup>380</sup>.

Embora seja extremamente difícil imaginar todas as circunstâncias acima reunidas em uma relação individual de trabalho, na esfera coletiva, em que a desigualdade de forças entre os atores é, ao menos em tese, reduzida ou inexistente, parece menos improvável considerá-las, embora o último fator seja absolutamente questionável em nível local.

De qualquer modo, o custo da judicialização de conflitos e a efetividade dos mecanismos de punição à violação normativa, em que pese abstraídos para fins de análise crítica do presente estudo, serão abordados no subitem a seguir visando verificá-los como fatores de impacto na análise da eficiência econômica das relações juslaborais no Brasil, em qualquer de suas esferas.

Se fosse possível abstrair o custo ou a ineficiência temporal dos mecanismos de punição contra o desrespeito às regras, poderíamos vislumbrar nas negociações coletivas, com certa facilidade, os demais elementos típicos de uma análise a partir da teoria microeconômica, porquanto se trata de uma relação travada entre agentes auto-interessados, cada qual visando maximizar seus objetivos (de um lado, os sindicatos representativos dos trabalhadores ambicionando o bem-estar social de sua categoria, enquanto os sindicatos patronais ou as empresas envolvidas na negociação almejando a redução dos custos de produção visando elevação dos lucros), tendem, em suas interações, chegar a um ponto de equilíbrio<sup>381</sup>.

<sup>380</sup> YEUNG, Luciana Luk-Tai. **Análise Econômica do Direito do Trabalho**. in TIMM, Luciano Benetti (Coord). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 231.

<sup>381</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**, 6. ed. Boston: Pearson, 2012, p. 37.

### 5.3.2 – RACIONALIDADE E ECONOMIA COMPORTAMENTAL

Considerando que os indivíduos reagem a incentivos e provocações, consoante evidenciando anteriormente, *tentando extrair aquilo que, a seus olhos, pareça melhor*, atuam justamente sob as diretrizes *do modelo da escolha racional*, segundo a qual, *diante de um caso que precisa ser resolvido, a decisão [...] faz a pessoa inventariar os resultados desejados [...] identificar as ações que podem ser tomadas [...] determinar em que medida cada ação contribui para o resultado desejado e a que custo, para, por fim, adotar aquela que contribuir mais*<sup>382</sup>.

O modelo da escolha racional permite presumir que as pessoas dotadas de racionalidade sempre irão tomar decisões segundo o sobredito sistema de cálculo racional, permitindo, nessa linha, predizer um determinado curso de atuação do comportamento humano, se conhecidas forem as preferências do indivíduo sob exame, bem assim todas as opções de escolhas ao seu dispor.

Entretanto, considerando que nem sempre os indivíduos dispõem de todas as informações disponíveis para perscrutar todos os resultados de todas as ações que podem ser adotadas, a escolha racional encontra limites ao ser transposta para realidade. Outro complicador, segundo observam Schäfer e Claus, é que mesmo diante de todas as informações disponíveis, o *tomador da decisão não teria como saber disso para chegar à decisão*, impondo-se, assim, a utilização de *esquemas simplificadores para delimitar as informações a serem consideradas na decisão*, o que nos leva à *racionalidade limitada*<sup>383</sup>.

Outra questão problemática que desvela limitações do próprio sistema alternativo proposto pela racionalidade limitada é o fato de que os indivíduos, por vezes, não reagem sempre baseados na probabilidade e conveniência, podendo

<sup>382</sup> SCHÄFER, Hans-Berd; OTT, Claus. *The Economic Analysis of Civil Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2004, p. 31.

<sup>383</sup> *Idem*, p. 33.

escolher irracionalmente, ou sofrer a interferência de alternativas irrelevantes, as vezes reagindo às influências da armadilha do senso comum. Um exemplo é como as pessoas reagem ao disparo do alarme de incêndio dentro de uma sala de cinema, mesmo sabendo que a melhor alternativa seria sair ordenadamente, ampliando a probabilidade de todos deixarem o recinto em segurança e em tempo hábil, aqueles que estão mais distantes da saída não a consideram, assim, empurram os demais ao invés de deixar o local no ritmo seguro, gerando desordem, circunstância que certamente gera um resultado geral bem menos eficaz. Isso ocorre em função do errôneo senso comum de que sair mais rápido é melhor, independente das consequências<sup>384</sup>.

Além disso, Herbert Ginitis acrescenta que o *agente racional é um indivíduo com preferências consistentes*, mas que nem sempre agirá de forma egoísta na busca da satisfação de suas necessidades, razão pela qual suas escolhas podem ser influenciadas por suas crenças, o que implica um modelo de atuação baseado não apenas em escolhas, mas influenciado por *crenças, preferenciais e restrições*, suscetível as intempéries não apenas da limitada racionalidade decorrente da limitação de informações, mas dos *erros de performance*, eventualmente desencadeados pelo meio ou estresse, como no exemplo acima<sup>385</sup>.

Segundo Shäfer e Ott, foi a partir dos estudos de Herbert Simon, que elaborou a teoria da racionalidade limitada, que a análise econômica passou a observar variáveis psicológicas em seus modelos, cabendo às heurísticas papel fundamental na simplificação das tomadas de decisões racionais em situações de limitação de informação ou incerteza<sup>386</sup>. Heurísticas, por sua vez, são *mecanismos*

<sup>384</sup> O sociólogo Duncan Watts, em sua obra “Tudo é óbvio desde que você saiba a resposta: como o senso comum nos engana” recria diversos modelos que demonstram como a racionalidade nem sempre é efetivamente racional, e como as teorias comportamentais podem conferir a falsa impressão de que se conhece o comportamento humano mais do que de fato se compreende acerca do tema. (WATTS, Duncan. **Tudo é Óbvio Desde que Você Saiba as Respostas: Como o Senso Comum nos Engana**. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

<sup>385</sup> GINITS, Herbert. **The Bounds of Reason: Game Theory and the Unification of the Behavioral Sciences**. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 1-2.

<sup>386</sup> SCHÄFER, Hans-Berd; OTT, Claus. **The Economic Analysis of Civil Law**. Northampton: Edwar Elgar Publishing, 2004, p. 34.

*cognitivos adaptativos que reduzem o temo e os esforços nos julgamentos* das melhores opções disponíveis em um modelo de racionalidade limitada, já que não seria viável esperar que para cada escolha de um indivíduo lhe fosse demandado investigar todas as alternativas e consequências possíveis<sup>387</sup>.

As três espécies de heurísticas utilizadas para demonstrar tais simplificações na tomada de decisão costumam ser a *ancoragem* (usualmente utilizada com base em um valor inicial de referência), *disponibilidade de instâncias* (quando se tem em mente a frequência ou plausibilidade de um determinado desenvolvimento) e *representatividade* (utilizado quando o agente necessita julgar a probabilidade de um evento pertencer à uma determinada classe ou processo), as quais, apesar de potencialmente estarem sujeitas a falhas, sugerem modelos mais próximos aos utilizados na prática pelos indivíduos diante de situações de escolha na via real<sup>388</sup>.

Colin Camerer enumera diversas variáveis metodológicas que podem influenciar a escolha dos indivíduos, as quais nem sempre são consideradas nos modelos tradicionais da teoria comportamental, destacando a repetição das situações, o anonimato ou a exposição do agente envolvido na tomada da decisão, seu gênero, raça, nível de escolaridade, idade, etc., além da qualidade da informação disponível<sup>389</sup>.

Em um aprofundado exame sobre as diversidades comportamentais, Fehr e Schimit demonstraram que nem todos os indivíduos estão exclusivamente engajados na busca da satisfação de seus interesses sem ocupar-se dos demais, sugerindo que muitos indivíduos atuam observando preferências sociais em lugar apenas das preferências individuais, tendo seu comportamento influenciado em

<sup>387</sup> TONETTO, Leandro Miletto et al . **O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza.** in Estudos de Psicologia (Campinas), Campinas , v. 23, n. 2, Junho, 2006. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-166X2006000200008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2006000200008&lng=en&nrm=iso)>. Acessado em: 01 de março de 2015, p. 187.

<sup>388</sup> GINITS, Herbert. **The Bounds of Reason: Game Theory and the Unification of the Behavioral Sciences.** Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 26-28.

<sup>389</sup> CAMERER, Colin F. **Behavioral Game Theory: Experiments in Strategic Interacion.** Nova York: Russel Sage Foundation, 2003, p. 59-69.

razão do senso de equidade, tendentes a cooperar tão logo percebam que os demais envolvidos estejam assim igualmente inclinados, gerando um processo de cooperação condicional<sup>390</sup>. Ao longo do restante de seu artigo, os autores identificam que os indivíduos induzidos à cooperação condicional deixam de observá-la se perceberem que os demais envolvidos não pretendem cooperar, identificando, ainda, situações em que um indivíduo sacrifica seus ganhos potenciais apenas para impedir que outro indivíduo receba uma recompensa superior, desvelando três matrizes comportamentais distintas:

1. Modelos de “preferências sociais” os quais assumem que a função de utilidade dos jogadores não depende apenas de suas recompensas materiais, mas se dão também em função da alocação de recursos com as preferências de seu grupo [...]
2. Modelos de “preferências interdependentes” os quais assumem que as pessoas se preocupam com “padrão” de seus oponentes. Supondo que cada jogador pode ser tanto de um “padrão” egoísta ou (condicionalmente) de um “padrão” colaborativo. Se um jogador colaborativo souber que interage com outro jogador colaborativo, suas preferências serão colaborativas e ele estará disposto a ser generoso. Se, contudo, ele souber que está lidando com um oponente egoísta, suas preferências se tornarão egoístas também. [...]
3. A terceira classe de modelos lida com “intenções baseadas em reciprocidade”. Essa abordagem assume que cada jogador se importa com as intenções do oponente. Se ele sente que o oponente seja tratá-lo gentilmente, ele desejará retornar o favor e ser gentil com seu oponente também. Se ele sentir que seu oponente nutre intenções hostis, desejará atingir seu oponente. Assim, a interpretação do jogador acerca do comportamento de seu oponente será crucial nessa abordagem. Note que não é o “padrão” de um jogador, mas muito mais sua intenção que definirá sua gentileza ou hostilidade. Assim, em dada situação pode haver um equilíbrio no qual o jogador tem boas intenções, mas haverá um segundo equilíbrio no qual tem más intenções. A Teoria dos Jogos tradicional não captura tal fenômeno; demandando a utilização do ferramental próprio da teoria dos jogos psicológica<sup>391</sup>.

Transportado para uma abordagem da AED, as aplicações dos modelos de racionalidade e heurísticas encontram esteio em uma *corrente de pesquisa denominada* “Behavioural Law and Economics”, que almeja compreender as anomalias do modelo tradicional da escolha racional visando uma abordagem mais

<sup>390</sup> FEHR, Ernest; SCHMIDT, Klaus M. **The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism: Experimental Evidence and New Theories.** in Munich Discussion Paper, Munique: University of Munich, n. 2, 2005, disponível em: [pub.un.uni-munich.de/726/1/Fehr-Schmidt\\_Handbook\\_2005-Munichcon.pdf](http://pub.un.uni-munich.de/726/1/Fehr-Schmidt_Handbook_2005-Munichcon.pdf) Acesso em: 01 de março de 2015, p. 1-5.

<sup>391</sup> Idem, p. 24.

realista<sup>392</sup>. As vantagens na adoção de uma abordagem comportamental da AED resultam na percepção de como as normas afetam o comportamento humano, permitindo evidenciar o grau de eficiência dos arranjos normativos mediante a verificação da reação comportamental em face destes.

Tais observações, apesar de evidenciarem as limitações da teoria comportamental e, por consequência, da teoria das interações estratégicas analisada a seguir, reforçam a importância das conclusões obtidas a partir dos resultados analíticos extraídos dos modelos comportamentais propostos, pois, mesmo suscetíveis a erros ou distorções, permitem avaliar no plano teórico as consequências de determinadas ações e sua eficiência.

### 5.3.3 – ASPECTOS BÁSICOS ACERCA DA TEORIA DOS JOGOS E SUA APLICAÇÃO AO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

O processo negocial abordado no item 4.3.1. à luz de elementos da análise econômica é visto por Fernando Araújo como um fenômeno que *se exprime na partilha de rendas, um corolário dos jogos de interação longa com aprendizagem e reciprocidade e por alguns constrangimentos das normas sociais*<sup>393</sup>. A questão da confiança e da cooperação é tão relevante em matéria de AED, que transportada para uma realidade negocial coletiva de trabalho, em uma extrema simplificação, permite adaptá-la ao modelo clássico de Teoria dos Jogos (jogo da confiança) visando observar os benefícios da cooperação<sup>394</sup>.

<sup>392</sup> SCHÄFER, Hans-Berd; OTT, Claus. **The Economic Analysis of Civil Law**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2004, p. 39.

<sup>393</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 986-987.

<sup>394</sup> HILBRECHT, Ronald O. **Uma Introdução à Teoria dos Jogos**. in TIMM, Luciano Benetti (Coord). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p.121.

Antes, porém, importa esclarecer que a Teoria dos Jogos *é o estudo do comportamento das pessoas em situações estratégicas*, enquanto por situações estratégicas quer se demonstrar uma *situação em que cada pessoa, ao decidir que ações empreender, tem que levar em consideração como os outros responderiam a tal situação*, mediante cálculos estratégicos<sup>395</sup>. Assim, podemos dizer que nas ocasiões em que *um conjunto de indivíduos, empresas, partidos políticos, etc., estiver envolvido em uma situação de interdependência recíproca, em que as decisões tomadas influenciam-se reciprocamente, pode-se dizer que eles se encontram em um “jogo”*<sup>396</sup>.

Jogos, portanto, constituem representações teóricas de *modelos formais*, que seguem determinadas regras de apresentação, visando analisar, compreender e prescrever a interação de *agentes* (qualquer indivíduo que acompanha a interação analisada) providos de *racionalidade* (estado que pressupõe que os agentes empreguem, em suas ações, os *meios mais adequados aos objetivos que almejam*), em situações inter-relacionais que demandem *comportamento estratégico* (ações que considerem, na tomada de decisões, as consequências que terão sobre os demais agentes e vice-versa)<sup>397</sup>.

Embora a Teoria dos Jogos seja dotada de modelos bem mais complexos na análise estratégica das interações humanas, para os propósitos do presente estudo, não é necessário ir além do exame de jogos de representação simples. Essas representações simplificadas debruçam-se sobre situações nos quais os agentes envolvidos possuem apenas duas opções de escolha, visando verificar as consequências da adoção de cada uma delas em todos os cenários possíveis resultantes dessa interação, e identificar as respectivas recompensas (*pay-offs*) de cada jogador e cada situação de escolha. Tal exercício permite prescrever qual a

<sup>395</sup> MANKIW, N. Gregory. Introdução à Economia: Princípios de Micro e Macroeconomia. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 358.

<sup>396</sup> FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos**: com Aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 2.

<sup>397</sup> Idem, p. 12-13.



melhor estratégia para um determinado agente independentemente da estratégia adotada pelos demais, resultado conhecido como *estratégia dominante*<sup>398</sup>.

Além disso, os jogos podem ser divididos de várias formas, seja quanto a intenção dos competidores (jogos individualistas ou de *puro conflito*, em que cada agente observa apenas seus interesses em oposição aos demais; jogos cooperativos ou *de simples coordenação*, nos quais os agentes cooperam uns com os outros visando ampliar ganhos e evitar conflitos; e jogos *mistos*, nos quais a cooperação pode ser vantajosa para ambos, mas, e houver quebra da confiança, aquele que assim agir pode obter uma posição mais favorável em prejuízo dos demais<sup>399</sup>); seja quanto ao resultado (jogos de soma zero, em que um jogador necessariamente ganha e o outro necessariamente perde; ou jogos que permitem ganhos e perdas para ambos os lados, sem excluïrem-se mutuamente); ou, ainda, quanto número de interações (jogos de única rodada ou jogos sequencias).

Outro conceito relevante para Teoria dos Jogos é o *equilíbrio de Nash*, que é atingido quando *cada estratégia é a melhor resposta possível às estratégias dos demais jogadores, e isso, é verdade para todos os jogadores*<sup>400</sup>, em outras palavras, há equilíbrio de Nash quando a estratégia de cada jogador for ótima em relação a dos outros. Embora em uma primeira leitura o equilíbrio de Nash pareça se assemelhar a um cenário de eficiência de Pareto (examinado anteriormente), Fiani esclarece que *nada tem a ver com a noção de ótimo de Pareto: o fato de que os jogadores estão adotando as melhores respostas às escolhas dos demais não significa, necessariamente, que suas decisões, quando tomadas em conjunto, resultam na melhor situação possível*<sup>401</sup>.

<sup>398</sup> Idem, p. 82.

<sup>399</sup> SCHÄFER, Hans-Berd; OTT, Claus. **The Economic Analysis of Civil Law**. Northampton: Edwar Elgar Publishing, 2004, p. 45.

<sup>400</sup> FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos: com Aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 93.

<sup>401</sup> Idem, p. 103.

Entretanto, conforme observa Douglas Baird, o *ferramental da Teoria dos Jogos*, assim como as demais ferramentas econômicas em geral, não são poderosas o suficiente para esclarecer os precisos efeitos de normas em particulares, assim a AED não encontra em tal teoria uma resposta definitiva para prever o comportamento humano em relações negociais, contratuais ou no curso de processos judiciais, mas tal teoria *oferece um ponto de partida para compreensão das forças atuantes nas situações em que as partes se comportam estrategicamente*<sup>402</sup>.

Assim, as vantagens da aplicação da Teoria dos Jogos em face do Direito residem no incremento da capacidade preditiva, e, apesar de eventualmente previsões fracassarem, inegavelmente auxiliam a esclarecer determinados aspectos da ciência jurídica, razão pela qual *entender o Direito e entender a Teoria dos Jogos são desafios que andam de mãos dadas*<sup>403</sup>.

Feitas tais considerações, é possível elaborar alguns exemplos de jogos que permitem demonstrar as melhores estratégias possíveis para os envolvidos em negociações coletivas de trabalho, a partir de jogos mistos (em que os atores podem cooperar ou agir individualmente) de longa duração, com distintas possibilidades de *pay-offs*. Adverte-se, porém, para o fato de tais modelos não retratarem variáveis decorrente da aplicação de modelos que envolvam assimetria de informações, seleção adversa, e racionalidade limitada.

Tomando por base um Sindicato (Primeiro Jogador) e uma Empresa (Segundo Jogador), que através de negociação podem entabular um acordo coletivo com uma cláusula x, a qual, se aceita e cumprida, pode gerar um ganho de 0,5 (unidade de valor hipotético) a cada uma das partes, mas, em não sendo cumprida, gera prejuízo de -0,5 ao aceitante enquanto alavancaria lucro de 1,0 ao proponente,

<sup>402</sup> BAIRD, Douglas G. **Game Theory and the Law**. 6 ed. Massachusetts: Harvard University Press, 2003, p. 268-269,

<sup>403</sup> Idem, p. 271.

sendo que não vindo a ser aceita, não gera qualquer ganho ou perda para nenhuma das partes, mas gera a manutenção de um benefício de 0,5 ao segundo jogador.

		Empresa	
		Cumprir	Não Cumprir
Sindicato	Aceitar	0,5 0,5	-0,5 1
	Não Aceitar	0 0	0 0,5

É evidente que em uma relação na qual inexista confiança entre as partes, bem assim haja algum nível de assimetria de informações e não se disponha de mecanismos de punição ou execução da cláusula visando garantir sua eficiência, o segundo jogador teria como estratégia dominante não cumprir o acordo e maximizar seus resultados em caso de aceite ou não, enquanto o primeiro jogador não teria uma estratégia dominante e as negociações seriam ineficientes, tendendo a não ocorrer o aceite<sup>404</sup>.

Por outro lado, se fosse possível pensar em um cenário onde, em face do descumprimento da obrigação, houvesse a imposição de um dever indenitário garantido por um organismo coercitivo eficiente, ambos os jogadores passariam a ter uma estratégia dominante, sendo que o Sindicato teria esse resultado em qualquer

<sup>404</sup> Estratégia dominante ocorre quando os resultados são maiores do que os obtidos nas estratégias alternativas. Idem. p. 118.

das hipótese (cumprimento ou descumprimento) em caso de aceite, enquanto para Empresa a estratégia dominante seria o cumprimento, já que nesse cenário não haveria qualquer vantagem em não aceitar a avença, conforme poder ser percebido a seguir<sup>405</sup>:

		Empresa	
		Cumprir	Não Cumprir
Sindicato	Aceitar	0,5 0,5	0,5 -0,5
	Não Aceitar	0 0	0 0

Porém, as negociações coletivas tendem a gerar uma espécie de contrato relacional<sup>406</sup>, fazendo com que os modelos anteriores tenham que ponderar variáveis, seja por retratarem relações subjacentes que podem acarretar situações não previstas inicialmente, seja pela necessidade contínua de interação dos agentes coletivos de revisarem determinadas cláusulas de seus ajustes em vista da mudança de condições ao longo da relação, um exemplo disso é a negociação periódica de reajustes salariais visando, ao menos, a manutenção do respectivo poder aquisitivo.

<sup>405</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6. ed. Boston: Pearson, 2012, p. 216.

<sup>406</sup> Embora a aplicação da teoria dos contratos relacionais no direito laboral demande um maior aprofundamento doutrinário, tanto na esfera individual quanto na dimensão coletiva do Direito do Trabalho, o que refoge ao objeto do presente estudo, importa destacar que suas bases advêm da obra de Ian Macneil, que percebeu a insuficiência das concepções contratuais clássicas ante às peculiaridades de relações contratuais duradouras, que por sua complexidade podem demandar adaptações, mormente se considerado o horizonte de incertezas no campo da alteração das condições da relação fática subjacente, dando ao contrato não apenas um contorno de instrumento jurídico estanque, mas de efetivo processo, que se desenvolveria em muitas unidades ao longo da relação. Para um maior aprofundamento dogmático da teoria relacional dos contratos, vide MACNEIL. Ian, **The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations**. Haven: Yale University Press, 1980.

Relações de longo prazo geram muitas rodadas de interação e negociação, fazendo com que nem sempre as partes recorram a regras executáveis, visando assegurar cooperação, podendo lançar mão de outros mecanismos, que não uma ação judicial, para corrigir uma atitude lesiva da contraparte, ou seja, em relações de longo prazo pode-se atingir um nível mais eficiente de cooperação sem intervenção estatal, reduzindo custos e ampliando resultados<sup>407</sup>.

Além disso, mesmo as partes inicialmente inclinadas a não cooperar, em dado momento, possivelmente irão se demonstrar mais cooperativas se isso gerar resultados mais satisfatórios e a medida que as rodadas de interações seguirem seu curso, enquanto a retomada do comportamento desleal possivelmente acarretará uma reação da parte contrária na rodada seguinte. Os jogos de interação na esfera das negociações coletivas continuadas se aproximam, desse modo, aos modelos de racionalidade propostos por Fehr e Schmidt expostos no item precedente. A partir de tais considerações, o item subsequente se desdobrará na análise da Teoria Econômica do Processo, explicitando as vantagens da relação negocial, as desvantagens da judicialização e as possíveis alternativas para os problemas decorrentes das imperfeições do sistema processual através de incentivos negativos aos litigantes.

#### 5.4 – O CUSTO DA JUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL E A INFLUÊNCIA DA AED NA MAXIMIZAÇÃO DA PUNIÇÃO À VIOLAÇÃO NORMATIVA

Antes de uma concluir a análise crítica efetiva do tema proposto, porém, importa traçar alguns aspectos gerais do custo da judicialização de conflitos laborais no Brasil, como forma de evidenciar o problema do custo social de tais situações sob

<sup>407</sup> Idem. p. 237-239.

a ótica da AED. Da mesma forma, pretende-se verificar, ainda sob a influência da Teoria Econômica, alguns mecanismos de potencialização do sistema punitivo aplicável em casos de violação normativa, como forma de desestímulo ao descumprimento por parte dos atores em uma negociação ou relação laboral.

Necessário destacar que a avaliação ora proposta deve reforçar a conclusão de que a negociação de acordos é preferível à judicialização de conflitos, seja pelo viés temporal (negociações de acordos, inclusive de acordos coletivos de trabalho, tendem a ser muito mais céleres que processos judiciais, inclusive dissídios coletivos), pelo aspecto financeiro (processos tendem a custar bem mais que a negociação entre as partes), quanto pela satisfação com o resultado (ao contrário das composições, decisões judiciais tendem a atender o pleito de apenas uma das partes, enquanto na barganha, vantagens e concessões recíprocas costumam favorecer ambos os lados). Segundo Cooter e Ulen, o ajuste entre as partes *é mais importante que os julgamentos para resolução da maior parte das disputas, mas elas ocorrem à sombra da lei, assim as expectativas sobre o que aconteceria em um julgamento determinam os resultados das barganhas*<sup>408</sup>. Os autores observam, ainda, que:

Em situações de negociação, as partes podem cooperar, ou cada parte pode agir independentemente e sem a cooperação da outra. O retorno conjunto da cooperação é maior do que a soma dos retornos individuais sem cooperação. Para induzir uma das partes a cooperar, é preciso receber pelo menos tanto quanto seria obtido sem cooperação, o chamado *valor da ameaça*. A soma dos valores de ameaça é igual o valor não cooperativo do jogo. A diferença entre o retorno conjunto da cooperação e o valor não cooperativo do jogo é igual ao *excedente cooperativo*. Para que haja cooperação, ambas as partes devem concordar em dividir o excedente cooperativo. Uma divisão igual do excedente é considerada *razoável*. Apesar disso, a busca racional do interesse próprio estrito não garante que as partes serão razoáveis. Assim, pode acontecer das partes não chegarem a um acordo ou chegarem a um que não é razoável.

[...]

Um acordo extrajudicial é uma solução cooperativa, enquanto o julgamento é uma solução não cooperativa. A diferença entre o retorno conjunto de um acordo e a soma dos retornos individuais de um julgamento é igual ao excedente cooperativo. Um acordo razoável divide o excedente cooperativo igualmente<sup>409</sup>.

<sup>408</sup> Idem, p. 428-429.

<sup>409</sup> Idem, p. 429.

Dessa lição depreende-se que as partes envolvidas em uma negociação podem ou não ser suscetíveis a ameaça da judicialização do conflito em caso de não cooperação, assim, quanto mais otimistas estiverem em relação ao processo judicial, menos incentivos tem para negociar, e vice-versa. Além disso, em determinadas situações, mesmo que o processo tenha chances idênticas de prejudicar e beneficiar qualquer das partes na mesma medida, circunstância que deveria compeli-los a acordar uma divisão equilibrada do excedente cooperativo, as partes podem simplesmente não chegar a um consenso, e a judicialização, por pior que seja, será a única alternativa remanescente.

A demanda judicial implica, como visto, algumas consequências indesejáveis, demora, custos, e incertezas. Mesmo assim, considerando ser frequente a judicialização de conflitos no Brasil, especialmente se comparado à países de *common law*, importa investigar alguns aspectos econômicos do processo judicial trabalhista brasileiro.

Desde sua instituição, a Justiça do Trabalho, a qual completou 70 anos em maio de 2013, vem sendo palco preferencial de solução de conflitos decorrentes das relações (individuais ou coletivas) de trabalho, tal predileção, somente no curso do ano de 2011, segundo estimativas oficiais do Tribunal Superior do Trabalho, divulgadas através do último Relatório Analítico de Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho, revelam que 88 (oitenta e oito) habitantes em cada grupo de 100.000 (cem mil), ingressaram com novas ações ou recursos nos perante o Judiciário Trabalhista<sup>410</sup>.

A intensidade de judicialização envolvendo conflitos trabalhistas culminou, no mesmo ano anteriormente referido, com um resíduo de 5.982.132 processos em

<sup>410</sup> TST - **Relatório Analítico Geral da Justiça do Trabalho**. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/24960>. Acesso em 07.08.2013.

tramitação, seja na etapa de conhecimento ou execução, na Justiça do Trabalho, ainda segundo dados do sobredito Relatório.

Embora o número de ações trabalhistas por grupo de habitantes, a cada ano, no Brasil, seja relativamente baixo, menos de 1% da população economicamente ativa (considerando-se dados totais do IBGE acerca do número de habitantes no País em tal condição<sup>411</sup>), os números do Judiciário Trabalhista são expressivos e a judiciliazação de conflitos vem crescendo, algo em torno de 4% entre 2010 e 2011.

Conforme verificado, há algo próximo a seis milhões de processos em tramitação na Justiça do Trabalho, os quais levam em torno de 1400 dias até serem solucionados, segundo estimativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Nesse período, cada processo gera um custo médio de R\$ 3,5 mil, por ano, para os cofres do Poder Público, considerando dados do mesmo Órgão em 2007<sup>412</sup>.

Atenta à crescente demanda que vem lhe sendo submetida, a Justiça do Trabalho vem ampliando e potencializando sua estrutura, o que representa um custo anual de R\$ 12.276.156.000,00, tomando como base dados do CNJ referentes ao ano de 2011. O pouco que recolhe em termos de custas, multas e taxas não é expressivo, totalizando no referido período, ainda segundo o referido Órgão, R\$ 219.520.880,00 em arrecadação.

Considerando-se que as custas correspondem, em regra, a 2% do valor das condenações, podemos estimar que os trabalhadores e Sindicatos atendidos pela Justiça do Trabalho, no mesmo período, conseguiram obter algo em torno de R\$ 10.976.044.000,00 em reparação de créditos trabalhistas sonogados, permitindo

<sup>411</sup> IBGE - **Estatística Populacional**. Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/contagem2007/contagem\\_final/tabela1\\_1.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/contagem2007/contagem_final/tabela1_1.pdf). Acesso em 05.08.2013.

<sup>412</sup> CNJ - **Relatório da Justiça em Números**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>. Acesso em 05.08.2013.



afirmar, ainda que com bases inexatas, que devolveu à Sociedade menos de R\$ 1,00 para cada R\$ 1,00 investido.

Importa considerar, ademais, que a razão de processos por Magistrado no âmbito da Justiça do Trabalho é igualmente insatisfatória, sendo em média de 2.452 processos por Juiz, 1.924 por Desembargador, e 15.857 processos por Ministro, conforme o já mencionado Relatório Analítico de Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho, o que gera uma taxa de erro expressiva, se atrelado o equívoco na aplicação do Direito ao índice de reforma próximo aos 50%, dependendo da instância e da Região, fruto da elevada taxa de recorribilidade.

Em resumo, apesar da crescente judicialização, o processo trabalhista custa caro, tem tramitação relativamente lenta - seja pela sobrecarga de ações por julgadores, seja pelo grau expressivo de recursos interpostos, o que causa um índice de congestionamento processual médio de 35% (vide Relatório Analítico de Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho), e, por fim, agrega um retorno social muito próximo ao valor de manutenção da estrutura Institucional.

Dentre os fatores que influenciaram a elevação de processos perante o Judiciário Trabalhista é possível especular o importante papel representado pela desestruturação do movimento Sindical pós 1988, o qual, ao desatrelar-se do Estado, experimentou uma crescente fragmentação, justamente quando o cenário econômico da década seguinte desvelou-se extremamente nocivo aos Direitos Sociais conquistados na Era Vargas, em especial com a abertura dos mercados e remercantilização das relações laborais.

Assim, em uma relação diametralmente oposta, ao mesmo tempo em que aumentava a confiança dos trabalhadores em relação à Justiça do Trabalho, diminuía a intensidade da atividade Sindical. Soma-se a isso uma crescente

predileção pela judicialização de conflitos laborais em face de outros meios de composição de conflitos. Segundo pesquisa da Fundação Getúlio Vargas<sup>413</sup>, 87% das pessoas entrevistadas para o estabelecimento do Índice de Confiança no Judiciário optariam pela Justiça do Trabalho buscando a solução de conflitos decorrentes da relação laboral, ficando em quarto lugar na lista de demandas com potencial de judicialização.

Desse modo, não apenas trata-se de um fenômeno social crescente, mas com potencial de ser ainda mais ampliado, pois o enfraquecimento de instituições paralelas – não apenas dos Sindicatos, mas dos Órgãos de Fiscalização do Trabalho – potencializam o ingresso de ações. Com o Judiciário trabalhista levado ao limite estrutural, obviamente as soluções de conflitos por essa via tornam-se tão menos eficientes quanto caras, mormente em comparação com os mecanismos tradicionais de negociação extrajudicial.

Além disso, o Brasil sofre com o desaparecimento dos Órgãos de fiscalização preventiva, os quais poderiam evitar ou desestimular ações antijurídicas dos atores das relações trabalhistas, tanto em nível individual quanto em sua esfera coletiva. Consoante dados do Ministério do Trabalho e Emprego<sup>414</sup>, uma série de dificuldades estruturais impedem a efetiva fiscalização das empresas, como a falta de auditores fiscais, demandas excessivas do Ministério Público do Trabalho e da Procuradoria da República e, até mesmo, a carência de motoristas, culminam em um efetivo de ação substancialmente baixo.

De outra banda, a potencial lesão aos direitos trabalhistas decorre não apenas do cenário econômico desfavorável, onde os retrocessos sociais mediante involução legislativa, ou negocial (segundo o DIEESE o índice de sucesso das

<sup>413</sup> ICJ Brasil. **Relatório ICJ-Brasil – Índice de Confiança do Judiciário**. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10754/Relatorio\\_ICJBrasil\\_4TRI\\_2012.pdf?sequence=1](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10754/Relatorio_ICJBrasil_4TRI_2012.pdf?sequence=1). Acesso em 05.08.2013.

<sup>414</sup> MTE. **Relatório de Gestão do Ministério do Trabalho e Emprego Vol. 2012**. Disponível em: [http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D3DCADFC3013F62BC41D51A68/Relatório%20de%20Gestão%20SRTE\\_RR%202012.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D3DCADFC3013F62BC41D51A68/Relatório%20de%20Gestão%20SRTE_RR%202012.pdf). Acesso em 06.08.2013.

negociações coletivas vem decrescendo<sup>415</sup>) tornam-se frequentes, mas também em razão do custo dos encargos sociais com os trabalhadores.

Nesse último aspecto, porém, os dados divergem, enquanto o Professor José Pastore<sup>416</sup> conclui que o percentual de encargos sobre a remuneração é de 102%, trazendo para ótica de encargos parcelas salariais, o DIEESE, que excluiu do conceito de encargos os repousos semanais remunerados, o décimo terceiro salário e remuneração de férias, estima em 25,1% o peso dos encargos incidentes sobre a remuneração do trabalhador<sup>417</sup>. Essa segunda perspectiva parece melhor separar encargos fiscais e previdenciários da própria remuneração, enquanto a primeira visão os confunde, provavelmente pela prática de fracionar nacional de fracionar o salário em parcelas, enquanto em outros países a remuneração é geralmente compreendida pelo somatório dos valores anuais.

Inobstante a qual ponderação que se filie, embora digno de nota que a estimativa do DIEESE considera remuneração global, é inegável que há, nas relações formais de trabalho, um impacto previdenciário considerável, além de outros encargos visando constituir uma malha de proteção ao universo de trabalhadores submetidos a tal regime. Mas é extremamente lúcida ao se afastar do lugar comum de atribuir às normas trabalhistas o peso dos encargos suportados pela livre iniciativa, quando a tributação em geral, o preço dos insumos e diversos outros fatores representam parcela bem mais expressiva dessa conta.

Tal circunstância faz com que o trabalho informal (muitas vezes gerador de conflitos trabalhistas potencialmente judicializáveis visando a obtenção dos encargos

<sup>415</sup> DIEESE. **Balço dos Pisos Salariais Negociados**. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/sitio/buscaDirigida?tipoBusca=eixo&valorBusca=NEGOCIA%C7%C3O>. Acesso em 05.08.2013.

<sup>416</sup> PASTORE, José. **A Tributação do Trabalho no Brasil**. Disponível em: [http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt\\_159.htm](http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_159.htm). Acesso em 04.08.2013.

<sup>417</sup> DIEESE. **Encargos Sociais e Desoneração da Folha de Pagamentos – Revisitando uma antiga polêmica**. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A31B027B80131BA6B168E543E/notatec101Desoneracao.pdf>. Acesso em 05.08.2013.

sonogados) forme uma nação paralela de 44,2 milhões pessoas, cerca de 56% da população economicamente ativa no Brasil<sup>418</sup>. Essa parcela da população sequer consegue alçar o campo do Direito Coletivo do Trabalho, tendo em vista a inviabilidade de organização Sindical nessas condições, circunstância que não apenas fragmenta o espectro de direitos, mas inviabiliza a melhoria de condições e a exclui sumariamente a possibilidade de heterocomposição.

Dois últimos fatores que parecem pertinentes para desfechar o panorama judicial trabalhista brasileiro são, respectivamente, a incidência da prescrição quinquenal para cobrança de créditos trabalhistas em contratos vigentes (fator que pode tornar atrativa a sonegação de longo prazo, considerando que 27,2% dos contratos de trabalho perduram por mais de 60 meses<sup>419</sup>), e o baixo custo de manutenção de processos judiciais, considerando custas, honorários advocatícios e demais despesas processuais.

Neste último aspecto, cumpre salientar, que os dois lados da relação encontram certas vantagens no sistema processual trabalhista pátrio. Os trabalhadores ou os Sindicatos de Trabalhadores conseguem facilmente isenção de custas judiciais, bem como, no plano individual, os trabalhadores podem almejar a condenação da parte contrária ao pagamento de honorários advocatícios assistenciais se optarem pela assistência de advogado credenciado ao Sindicato da categoria profissional ao qual pertencem, caso contrário, segundo a Resolução n. 07/2009 da OAB/RS, por exemplo, arcariam com 20% do valor bruto obtido na condenação. Além disso, em caso de insucesso na demanda, não dispendem qualquer valor com os honorários do advogado da parte adversa.

<sup>418</sup> IBGE. **Pesquisa Mensal de Emprego**. Disponível em: [ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho\\_e\\_Rendimento/Pesquisa Mensal de Emprego/fasciculo indicadores ibge/2013/pme\\_201306pubCompleta.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Mensal_de_Emprego/fasciculo_indicadores_ibge/2013/pme_201306pubCompleta.pdf). Acesso em 07.08.2013.

<sup>419</sup> DIEESE. **Anuário do Sistema Público de Emprego, Trabalho e Renda**. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A333FE61F013341780DBB382F/mercado.pdf>. Acesso em 05.08.2013.

Para a empresa ou Sindicatos patronais, além dos gastos com advogados, arcam com 2% sobre o valor de eventual condenação a título de custas, podendo ser acrescidos de honorários periciais, depósitos recursais (os quais são abatidos de eventual condenação ou restituídos), bem como honorários assistenciais caso a parte adversa esteja assistida por advogado credenciado ao respectivo Sindicato profissional e o desfecho do processo lhes seja desfavorável.

Diante de tal quadro, fica fácil concluir que há poucos incentivos para o cumprimento da legislação protetiva do trabalhador, ou mesmo de Cláusulas e condições advindas de negociações coletivas, eis que os estímulos para o descumprimento são diversos, a saber: fiscalização ineficaz, defasagem da legislação, proliferação normativa que dificulta sua aplicação por parte dos empregadores, custos dos encargos sociais e, em caso de judicialização, tempo de tramitação processual elevado, taxa de juros e correção monetária não muito superior à inflação do período, despesas judiciais singelas, prescrição incidente sobre os créditos que superem o quinquênio antecedente ao ajuizamento da ação, índice de erro judicial, etc.

Resta evidenciado, portanto, que as relações de trabalho são marcadas por custos consideráveis quando formalizadas de acordo com as normas trabalhistas vigentes, bem assim que há uma série de pactos laborais sobre os quais tais normas são aplicadas parcialmente (violadas) ou integralmente inobservadas (relações informais). O mesmo pode se dizer de muitas cláusulas normativas entabuladas no calor de paralisações de trabalhadores, as quais muitas vezes estimulam negociações coletivas temerárias, cujo destino geralmente é o descumprimento ao longo do período de sua vigência.

Ainda que fosse possível considerar as Comissões de Conciliação Prévia ou interferência arbitral, instituídas no âmbito das vontades coletivas, como ferramenta alternativa eficiente na solução de conflitos, importa recordar, mesmo à mingua de dados estatísticos relevantes, que os números disponíveis demonstram a irrelevância de tais mecanismos - mesmo com uma elevada taxa de eficácia de

acordos (75% em um grupo de 80.000 casos sujeitados à CCP em 2002<sup>420</sup>), dos custos baixos e da enorme celeridade, em torno de quinze dias de tramitação - quando comparados à quantidade de demandas sujeitadas ao Judiciário Trabalhista, cuja taxa de composição, no mesmo período, mas debruçada sobre uma base de conflitos muito maior, foi de 46%<sup>421</sup>.

Além disso, muitas demandas que são submetidas às Comissões de Conciliação Prévia são posteriormente judicializadas, seja sob a alegação de vício de vontade, seja por não quitarem a integralidade dos créditos inadimplidos. Tal fator de incerteza torna os meios de solução extrajudicial de conflitos nessa esfera jurídica menos preferíveis pela falta de garantia efetiva na solução definitiva do problema. Cabe destacar, ainda, que do ponto de vista da Teoria Econômica do Processo Judicial, muitas vezes, as tentativas extrajudiciais de composição não logram êxito, e os conflitos são judicializados, indo a julgamento em razão das expectativas distintas que cada uma das partes têm sobre o valor e o resultado do julgamento<sup>422</sup>.

De acordo com Cooter e Ulen, em geral, o polo ativo da demanda cria expectativa de um resultado mais favorável com a sentença, enquanto o réu almeja um resultado menos favorável, razão pela qual *suas chances de composição, nessa perspectiva relativamente otimista, diminui*<sup>423</sup>, razão pela qual, em muitos casos, não apenas a judicialização do conflito é inevitável, como igualmente o é a perpetuação do processo até seu estágio final.

Com base na Teoria Econômica do Processo, portanto, se uma relação contratual não for perfeita do ponto de vista da eficiência, a judicialização do conflito visa a minimização dos custos sociais, os quais devem combinados com os custos

<sup>420</sup> PASTORE, José. **Comissões de Conciliação Prévia**. Disponível em: [http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt\\_161.htm](http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_161.htm). Acesso em 05.08.2013.

<sup>421</sup> TST. **Relatório Analítico Geral da Justiça do Trabalho**. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/24960>. Acesso em 07.08.2013.

<sup>422</sup> COOTER, Robert ; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6 ed. Boston: Pearson, 2012, p. 421.

<sup>423</sup> Idem, p. 421/422.

administrativos da instituição e os custos de erros que eventualmente podem ocorrer na aplicação do direito substantivo, sendo que esses últimos podem gerar distorção dos incentivos e reversão do custo para sociedade<sup>424</sup>.

Considerando os dados alinhados até o presente momento, é possível concluir previamente que os custos administrativos da Justiça do Trabalho são elevados, bem assim como índice de erro, embora o sistema recursal presumidamente corrija tais equívocos, minimizando as chances de um direito ser alocado a quem não deveria ou ser alocado em quantidade menor do que a devida.

Torna-se muito difícil, desse modo, simplificar todos os dados em uma equação de eficiência, mas há um exemplo que pode demonstrar o quanto nosso sistema acaba atraindo o descumprimento normativo. Embora tal exemplo seja extraído de uma relação contratual no plano individual, não parece muito complexo transportar sua estrutura lógica para alguma violação normativa no plano coletivo, o que poderia ser elaborado utilizando, inclusive, os atores coletivos da mesma categoria profissional e econômica a seguir apontada.

Os Bancos estão entre os maiores devedores de créditos trabalhistas no País<sup>425</sup>, sendo que muitas demandas judiciais envolvendo tais empresas e seus empregados, dentre outras matérias, trata do enquadramento legal dos empregados na exceção prevista no artigo 224, §2º, da CLT em relação à jornada laboral aplicável, sendo inúmeras as decisões de nossos pretórios a respeito do tema.

Consabido que muitas agências bancárias tem, atualmente, mais funcionários inseridos em tais exceções legais pela perspectiva de seus empregadores, do que na regra geral do caput, do referido artigo. Assim, considerando que a média de duração de um contrato de trabalho é de 60 a 120 meses (DIEESE), considerando a

<sup>424</sup> Idem, p. 405/406.

<sup>425</sup> TST. **Banco Nacional de Devedores Trabalhistas**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/estatistica-do-cndt>. Acesso em 07.08.2013.

judicialização de um contrato com 90 meses de duração a respeito do tema teríamos a seguinte equação:

Se o trabalhador cobrar as duas horas excedentes à sexta diária como extra em tal contato perante à Justiça do Trabalho, caso as entidades sindicais não tenham lançado mão de um protesto interruptivo de prescrição, poderá reaver apenas os 60 meses imprescritos, assim, em face aos demais 30 meses, o Banco, independente do resultado do processo, terá se beneficiado.

Continuando, imaginemos que o referido trabalhador sujeitado ao enquadramento na referida exceção legal ao longo dos 90 meses, percebia R\$ 1.939,77, por mês (considerando o piso nacional e a gratificação de função pelo suposto exercício do cargo em comento)<sup>426</sup>, a título de remuneração, e tenha reconhecido o enquadramento no artigo 224, *caput*, da CLT por decisão judicial. Observado o divisor 150 e o acréscimo normativo de 50% sobre a hora normal, o número de dias úteis do ano, sem contar os reflexos, faria jus a um ressarcimento de R\$ 47.520,00 pelos últimos 60 meses (nesse cenário, o Banco já deixou de pagar R\$ 21.060).

Mesmo considerando o acréscimo de juros legais pela tramitação normal de um processo pelo prazo médio de quatro anos estimado pelo CNJ, o referido valor seria acrescido em 48%, totalizando R\$ 69.030,00, para o Banco, acrescido de R\$ 1.398,60 de custas. Ainda que considerássemos uma despesa média de R\$ 100,00/mês com advogado, o total pago pelo Banco seria de R\$ 75.228,69.

Se considerarmos que, durante o mesmo período (duração do contrato + duração do processo), o Banco tenha emprestado esse montante a uma taxa de juros média de 2% (não capitalizáveis) a um de seus clientes, teria obtido um lucro,

<sup>426</sup> CONTRAF. **Convenção Coletiva de Trabalho dos Trabalhadores Bancários - 2012/2013**. Disponível em: <http://www2.sindbancarios.org.br/site2011/acordos-e-convencoes/todos-os-acordos-e-convencoes/4412-fenaban-convencao-coletiva-do-trabalho-20122013->. Acesso em 06.08.2013.



já deduzido o quanto pago ao referido funcionário na reclamatória, de R\$ 132.402,50, situação potencialmente mais vantajosa do que adimplir corretamente as horas extras excedentes à sexta diária no período contratual.

Nesse exemplo, apesar de grosseiro, fica visível que a legislação trabalhista não torna a relação contratual menos eficiente, mas a ausência de fiscalização efetiva, a incidência de prescrição no contrato em curso, a demora do Judiciário, a ausência de penalidade acessórias, dentre outros fatores já elencados anteriormente, acabam por incentivar o descumprimento normativo.

Assim, entende-se justificado vislumbrar um modelo teórico de AED mais eficiente na prevenção ou desestímulo de violação normativa no âmbito da relação laboral, no caso a Teoria Econômica do Delito parece dispor de ferramental bastante promissor nesse sentido. Nesse sentido, as primeiras delineações sobre o tema podem ser extraídas da lição de Richard Posner, quando propôs medidas para reduzir os índices de criminalidade nos Estados Unidos, indicando que o grau de violação normativa em um determinado meio se dá em função de quatro causas ou fatores: *o alcance das leis* (isso é, quanta conduta é considerada antijurídica); *os índices de registro* (as estatísticas que permitem apontar o grau de irregularidades praticadas); *a inclinação ou propensão* dos indivíduos para prática do ato ilícito; *o custo (peso) da punição esperada* pelo infrator; sugerindo que a *punição efetivamente reduz a taxa* de violações normativas, operando *como fator inibidor*<sup>427</sup>.

Se a mera reparação de uma violação normativa não é incentivo suficiente para observância da legislação trabalhista e, nesse primeiro momento, descartássemos a possibilidade de um incremento na fiscalização visando coibir o desrespeito à lei, podemos dizer que o custo social da violação de uma norma trabalhista é igual à soma dano causado e do custo para prevenir e reparar tal violação.

<sup>427</sup> POSNER, Richard. **The Most Punitive Nation**. *In Times Literary Supplement*, Sept. 1, 1995, p. 3-4.

Obviamente, a Teoria Econômica do Delito ou do Crime é concebida para conformar o Direito Penal, cuja distinção entre o direito privado leva em conta a intenção lesiva do agente (irrelevante no Direito laboral) e a transcendência do prejuízo em relação à vítima para afetar igualmente à esfera pública, tornando o Estado parte do processo (embora dotado de interesse social, o Estado não é, diretamente, parte de processos tendentes a solução de conflito individual decorrente das relações de trabalho).

Por outro lado, a Teoria Econômica do Delito considera que a execução ótima da lei é atingida quando o processo acarreta um nível eficiente de dissuasão lesiva a um custo mínimo<sup>428</sup>. Além disso, partindo de Teorias da finalidade da pena, Teoria da Prevenção Especial, Teoria da Prevenção Geral, dentre outras, a Teoria Econômica do Delito aponta a penalidade como um instrumento eficaz de dissuasão, não se conformando com a simples retribuição<sup>429</sup>.

Para além disso, a abordagem econômica do delito estabelece que os indivíduos reagem a incentivos, sendo que o número de violações é influenciado pela alocação de recursos visando garantir a efetividade da lei mediante prevenção da violação (fiscalização) ou dissuasão (penalização além da mera reparação)<sup>430</sup>.

Sem promover qualquer alteração utópica na sistemática processual atual, em que pese os avanços tecnológicos derivados da virtualização de processos seja promissora, a importação do conceito de punição acessória além da mera reparação, como mecanismo de dissuasão do agente violador da norma trabalhista

<sup>428</sup> GAROUPA, Nuno. **Criminal Law and Economics**. In Encyclopedia of Law and Economics, 2a ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 7.

<sup>429</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6a ed. Boston: Pearson, 2012, p. 490-492.

<sup>430</sup> BECKER, G. S. – **Crime and punishment: an economic approach**. in Journal of Political Economy. V 76, n. 1, 1968, p. 170-220.

pode ser um mecanismo eficaz na diminuição de descumprimentos contratuais e, por consequência, de futuras judicializações de demandas.

Uma forma de punição adicional recentemente utilizada em alguns julgados trabalhistas ocorre na forma de indenizações acessórias por dano social (ou dumping social) quando constatada uma ação deliberada de desrespeito à ordem jurídica visando obter lucros às custas da dignidade do trabalhador ou de uma coletividade de trabalhadores em um plano transindividual<sup>431</sup>.

Tal reparação se aproxima do conceito de *punitive damage*, sendo que essas indenizações acessórias podem, ainda, reverter ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) ou mesmo servir para aparelhar Órgãos de Fiscalização do Trabalho, fechando o ciclo de desestímulo à prática lesiva igualmente através de maximização da fiscalização. Partindo de tal premissa, retornando ao exemplo acima, bastaria, além da condenação do Banco ao pagamento do crédito sonegado, obrigá-lo ao pagamento de uma indenização acessória adicional, em valor não inferior ao quanto lucrou com a sonegação do crédito, a ser revertido, por exemplo, para um programa de qualificação ao trabalhador bancário desligado, ou como recursos para concretização ou ampliação de metas de fiscalização de Bancos junto ao Ministério do Trabalho.

Mackaay e Rousseau recordam que os danos exemplares ou punitivos em seu sentido estrito (diverso dos exemplos acima) não costumam encontrar previsão nos sistemas de *civil law*, tendo em vista que os regimes civilistas clássicos estabelecem que *o dano eventualmente causado é a medida pela qual se escolhe a prudência conveniente a ser adotado em relação à pessoa ou bem de outrem*, não havendo razão aparente para *instalar a prudência além desse nível*, sob pena de levar à

<sup>431</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O Dano Social e sua Reparação**. Disponível em: <http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/O%20Dano%20e%20sua%20Reparação%20-%20Jorge%20Luiz%20Souto%20Maior.pdf>. Acesso em 07.08.2013.

superprevenção<sup>432</sup>. Porém, lecionam que os danos exemplares exercem importante *função dissuasiva*, justificando sua adoção quando o sistema de responsabilidade não incentive a adoção da *prudência desejada*, visando, assim, *restaurar a pressão dissuasiva* desejável, viabilizando que a reparação *ultrapasse a soma a ser paga* apenas pela recomposição da lesão, gerando efetivo *lucro líquido derivado de seu ato repreensível*<sup>433</sup>. Embora tal abordagem esteja evidentemente voltada para às hipóteses de responsabilidade civil, não há razões para olvidar das vantagens de sua aplicação para as violações normativas havidas no seio do descumprimento contratual.

Uma última forma de potencializar os mecanismos de dissuasão da violação normativa é o estigma social do devedor, não apenas com a inclusão em bancos ou cadastros de devedores trabalhistas, mas com a criação de um selo social destinado à empresas que obtém lucros sem sonegar créditos trabalhistas. Fernando Araújo percebe nesse duplo processo, a saber, os *punitive damages* e nas sanções extrajudiciais uma *modificação na matriz dos custos esperados*, marcada por um processo de ampla reparação a recair pesadamente sobre os lesantes, *muito facilmente estigmatizados e ostracizados*<sup>434</sup>.

Todas essas medidas, sem prejuízo a outras que a elas possam ser associadas, contribuem para uma necessidade de reavaliação, por parte dos empregadores e Sindicatos de empregador, acerca das eventuais vantagens em sonegar créditos trabalhistas ou violar cláusulas normativas, minimizando a ocorrência de conflitos e, via de consequência, os índices de judicialização.

Assim, em que pese o objetivo do presente trabalho seja analisar apenas a quantidade de eficiência agregada pela boa-fé objetiva nas negociações coletivas, importa recordar que tal esforço será elaborado em um cenário de judicialização

<sup>432</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 394.

<sup>433</sup>

<sup>434</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 959-960.

menos estimulada que o contexto brasileiro. Desse modo, a análise do custo social da judicialização de conflitos no Brasil, conforme acima demonstrado, tem como propósito uma faceta menos relacionada ao problema central do estudo proposto, mas sem dúvida não menos importante para o Direito Laboral.

Por fim, o vislumbre de um sistema mais eficiente de prevenção da violação normativa acaba igualmente por demonstrar o quanto pode influenciar a conduta dos atores de uma relação laboral (em qualquer de seus planos), especialmente a longo prazo, considerando a avaliação de risco e dos prejuízos decorrentes não limitada a mera reparação de eventuais danos à contraparte. Assim, o esforço de analisar a boa-fé como mecanismo de eficiência, ainda que inserido em um sistema ideal, será melhor compreendido a partir da consciência do cenário real do problema da judicialização e fiscalização no País.

Tecidas tais considerações, parece viável passar à análise aplicada da boa-fé objetiva como mecanismo de potencialização da eficiência nas negociações coletivas de trabalho, conforme pormenorizadamente abordado na análise crítica ao final do presente item.

## 5.5 – ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA EFICIÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

O cenário jurídico e econômico do Brasil apresentado anteriormente, por certo, dificulta uma análise da eficiência da boa-fé objetiva nas negociações coletivas dirigida ao âmbito local, sendo mais prática anteceder-lhe de uma verificação da hipótese apenas em um plano abstrato. Oportuno, porém, anteceder tal análise de um exame acerca da relação entre o próprio princípio da boa-fé e a AED em um aspecto geral, para depois pretender transportá-la ao plano da negociação coletiva de trabalho.

Segundo Fernando Araújo, por um tempo considerável, a AED negligenciou o tema da boa-fé, inspirada na insensibilidade característica a tal instituto que lhe é destinada pela *common law*, somente sendo superada pelo paulatino encontro da AED pelos campos da *civil law*, e da introdução de algumas funções da boa-fé pelos meandros contratuais da *common law*<sup>435</sup>. O autor acresce, ainda, que a projeção da noção de eficácia na tradição continental pode florescer a partir da concepção da boa-fé, assim compreendida com base no conceito introduzido pela já analisada *Treu and Glauben*, que opera como um constructo comportamental que regula a atuação dos indivíduos e garante, a priori, um *ambiente de confiança entre as partes*. Por outro lado, identifica a inserção da boa-fé no direito anglo-americano é observada nos institutos do *excluder* (atuando como barreira ao agir de má-fé), da *implied covenant of good faith* (determinando o agir de boa-fé e respeitar os termos acordados), e das *funções de resguardo contra intervenções externas que pudessem pôr em causa benefícios legitimamente alcançados pelas partes*<sup>436</sup>.

Prosseguindo, Fernando Araújo destaca a importância de distinguir a eficiência econômica da boa-fé a partir de dois planos, o do *cumprimento do contrato* – fundado na justa expectativa da parte que cumpriu sua parte na avença receber aquilo de lhe cabe da contraparte – e da *tutela jurídica*, retratado nos meios jurídicos que dissuadem o *incumprimento, ou para compensador o credor* em virtude de sua ocorrência. Além disso, o autor percebe, pela distinção de tais planos, que efetivamente não se justificava a apatia da AED pelo fenômeno da boa-fé, dada sua vocação anti-formalista e marcadamente jurisprudencial, em especial a partir da pandectística e da terceira sistemática<sup>437</sup>. Além disso, leciona que essa predisposição da boa-fé ao mesmo tempo como princípio e cláusula geral extraída do § 242 do BGB, e as emanações desse processo flexibilizador e menos arraigado na *civil law*, permite a expansão da aplicabilidade da AED sobre o instituto mesmo que se preferisse restringir seu exame à sua matriz no *Common Law*<sup>438</sup>.

<sup>435</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 570.

<sup>436</sup> Idem, p. 570-571.

<sup>437</sup> Idem, p. 572.

<sup>438</sup> Idem, p. 572-573.

A vocação da boa-fé como balizador de eficiência parece facilmente perceptível quando seus efeitos periféricos são experimentados através da influência dos deveres anexos dela decorrentes, já examinados no capítulo antecedente, demonstrando sua aptidão para reduzir *custos de informação, de busca, de estipulação, de prevenção, ao mesmo tempo que autoriza o inacabamento contratual* quando verificada sua violação<sup>439</sup>. A problemática dessa aproximação, no entanto, é verificada por Fernando Araújo ao considerar a probabilidade das partes invocarem a boa-fé, em especial sob seu prisma objetivo, em sua máxima amplitude, abrindo margem para o *ativismo judicial* evocando a interferência do Judiciário, *em evidente detrimento da eficiência*, pelo que percebe na sua faceta subjetiva um espectro menor de conflituosidade na relação entre o princípio e a eficiência<sup>440</sup>.

No que diz respeito à eficiência dos deveres extraídos da boa-fé, notadamente no campo do *auxílio e cooperação* entre as partes, Fernando Araújo desfecha seus ensinamentos destacando que sua influência pode ser ainda mais marcante na etapa pré-negocial (circunstância que ganha maior destaque no exame que se pretende a seguir, já que é nesse plano que se situam as etapas negociais coletivas de trabalho). Nessa etapa, a ausência de *deveres específicos assumidos pela autonomia é compensada pela tutela das expectativas*, a qual impõe deveres positivos – visando evitar a retirada injustificada do processo negocial *que sejam frustrantes para um ambiente de confiança generalizada* – e negativos, como a não sabotagem (aqui poder-se-ia citar a greve ou o *lock-out* no plano coletivo) ou abstenção transitória de negociar com terceiros<sup>441</sup>.

Ao transportar o instituto da boa-fé para uma abordagem estritamente econômica, Macaay e Rousseau esclarecem que a melhor tradução do agir de boa-fé para a leitura econômica é abster-se de *tirar proveito das vulnerabilidades da outra parte*, enquanto *agirá de má-fé* aquele que pretende subtrair do outro *vantagens que*

<sup>439</sup> Idem, p. 573-574.

<sup>440</sup> Idem, p. 574-575.

<sup>441</sup> Idem, p. 583.

*não correspondam* ao que lhe é dado<sup>442</sup>. Dito de outro modo, a leitura econômica da boa-fé corresponde à *ausência de oportunismo*, permitindo a uma das partes, confiante no agir de boa-fé da outra, *reduzir o nível de autoproteção em relação ao que seria adequado se os interlocutores fossem desconhecidos*, circunstância que *permite reduzir os custos de transação* e, via de consequência, ampliar os benefícios da relação contratual<sup>443</sup>.

Shäfer e Ott, por sua vez, sugerem que a análise econômica da proteção à boa-fé pode ser reduzida ao exame dos custos da informação assimétrica, embora apenas tal verificação não possa justificar a proteção legal (ou não) da boa-fé<sup>444</sup>. Para os autores, o princípio da boa-fé, do ponto de vista da eficiência, porém, deveria encerrar alguns limites, na medida em que confere a *uma das partes o incentivo material para tornar a informação disponível à outra, de tal forma que ela somente não será responsabilizada por uma quebra de confiança se o custo da obtenção da informação foi menor do que o custo para fornecê-la*<sup>445</sup>. Concluem, assim, que a importância prática da abordagem econômica da proteção da boa-fé reside na necessidade de estimar sua eficiência, importando estabelecer, sob tal prisma, quando uma parte pode invocar em seu favor a responsabilidade da parte adversa por eventuais prejuízos ocasionados pela ruptura da boa-fé<sup>446</sup>.

Tal resposta pode, contudo, variar dependendo do sistema jurídico observado. Sendo a boa-fé meramente principiológica, sua aplicação demandaria ponderação, enquanto se fosse positiva sua aplicação, bem assim as consequências de sua ruptura poderiam ser mais rigidamente estabelecidas. Porém, sob o enfoque econômico estrito da eficiência, nem essas seriam justificativas suficientes para justificar a proteção da boa-fé de forma indistinta, recorrendo aqui à advertência

<sup>442</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 428.

<sup>443</sup> Idem, p. 429-431.

<sup>444</sup> SCHÄFER, Hans-Berd; OTT, Claus. **The Economic Analysis of Civil Law**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2004, p. 375-376.

<sup>445</sup> Idem, p. 382.

<sup>446</sup> Idem, p. 385.



promovida ao longo do presente estudo no sentido de não ser a eficiência um valor em si próprio, mas uma ferramenta de análise auxiliar na observação jurídica.

Transpondo a problemática para realidade local, tem-se, de um lado, o elevado custo de manutenção do Judiciário Trabalhista pátrio e a morosidade da resolução de conflitos por tal via, enquanto de outro um cenário econômico desfavorável à negociação coletiva em igualdade de condições, considerando a fragmentação de determinados sindicatos. Esses dois problemas geram, respectivamente, mecanismos ineficientes ou caros de punição e, portanto, fraca dissuasão contra o desrespeito às regras; bem assim assimetria de informações ante a disparidade de forças entre os agentes envolvidos na negociação.

Assim, considerando um plano ideal - em que os mecanismos de punição são eficientes e as partes relativamente equilibradas no processo negocial - os fatores que poderiam obstaculizar a ineficiência da negociação poderiam ser o comportamento não cooperativo e a ausência de confiabilidade entre as partes, os quais, como visto no item precedente, são pouco saudáveis para o processo de negociação. A primeira vista, parece, com base nos conceitos visitados no início do exame da questão, que a boa-fé objetiva, como um *standard* de conduta, pode exercer uma influência mais determinante nestes dois últimos pontos.

Além disso, os deveres acessórios emanados do princípio da boa-fé objetiva no plano negocial, de cooperação, informação e auxílio encaixam perfeitamente nas diretrizes que agregam eficiência à relação nos termos da Teoria Econômica dos Contratos. Em um sentido ainda mais conformador da conduta ideal do ponto de vista da AED, está o elenco de deveres secundários arrolados por Cíntia Oliveira e Leandro Dorneles, ora sintetizado:

- a) A obrigação de não se abster no desenvolvimento regular da negociação coletiva, salvo justificativa razoável [...]
- b) A obrigação de justificar as propostas e contrapropostas apresentadas [...]

- c) A obrigação de apresentar pleitos oportunos (quanto ao tempo), plausíveis (quanto à exigibilidade ou viabilidade), fundamentados nas reais necessidades da categoria ou grupo representado pelo sindicato ou sujeito negocial [...]
- d) A obrigação de prestar esclarecimentos e informações necessários para o regular desenvolvimento da negociação coletiva e para a convergência das vontades em confronto [...]
- e) A obrigação de guardar sigilo sobre as informações nesta condição apresentadas [...]<sup>447</sup>

Leandro Dorneles aprofunda o tema em outra obra, já referida no Capítulo anterior, ampliando a noção de obrigação de negociar, para incluir em seu escopo a obrigação de não ser abster ao desenvolvimento regular da negociação coletiva, ou de não interromper o processo negocial, salvo justificativa razoável; mantendo a obrigação de elaboração e apresentação de propostas justificadas e contrapropostas em tempo razoável; bem assim a obrigação de apresentar pleitos oportunos fundados nas reais necessidades da categoria ou grupo representado; e, por fim, obrigação de prestar esclarecimentos e informações necessários para o regular desenvolvimento da negociação coletiva, além de guardar o sigilo sobre tais informações<sup>448</sup>.

Resta evidente, desse modo, que a boa-fé objetiva, com princípio orientador do comportamento dos agentes envolvidos na negociação, cuja violação pode significar conduta antijurídica, é um mecanismo agregador de eficiência na relação negocial consoante postulados da AED, porquanto vincula os atores do processo a um arquétipo de atuação permeado de obrigações acessórias que conferem maior efetividade ao objeto da avença decorrente da negociação<sup>449</sup>.

<sup>447</sup> DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles; OLIVEIRA, Cíntia Machado de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 448-449.

<sup>448</sup> DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **O Princípio da Boa-Fé e a Negociação Coletiva**. *in* Justiça do Trabalho. 31 v., n. 364, Porto Alegre: HS Editora, abril/2014, p. 40-41

<sup>449</sup> Apenas com a finalidade de demonstração prática de tal raciocínio, a mingua da carência de dados disponíveis para exemplificação prática, com o devido rigor científico, dos modelos teóricos verificados no presente estudo, é possível apontar, diante dos inúmeros casos de judicialização de conflitos decorrentes do insucesso da autocomposição negocial coletiva, as inúmeras desvantagens da via judicial ante a negocial. Um exemplo prático de negociação coletiva frustrada pela violação ao princípio da boa-fé objetiva na esfera é encontrado no Dissídio Coletivo n. 462.2012.909.09, instaurado perante o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, em 2012, sem desfecho definitivo até a data em que realizada a última consulta (março/2015), no qual o Tribunal do Paraná

É indubitável que a boa-fé agrega elementos de conduta esperados pela Teoria Econômica em uma relação eficiente, eis que minimiza a assimetria de informações, amplia a disposição das partes em negociar e potencializada o cumprimento das obrigações contraídas de plena consciência e emanadas com tal propósito. Além disso, a forte disciplina dos deveres secundários envolvendo a cooperação entre as partes, a troca de informações, a exigência de um comportamento racional dos agentes, amplia o grau de confiabilidade das relações e reduz os custos da transação, minimizando as possibilidades de frustração do intento, ou mesmo de levar o conflito para o plano da heterocomposição, evidentemente mais oneroso, demorado e suscetível a erros na aplicação da melhor solução ao caso concreto.

Nesse diapasão, se a boa-fé objetiva não puder ser considerada, em si própria, um valor de eficiência suficientemente robusto a garantir o cumprimento de uma norma à luz da AED, mesmo em um cenário não ideal de judicialização de conflitos e fiscalização, parece não haver maior espaço para dúvidas acerca de seu valor como mecanismo facilitador do processo negocial, independente do cenário

---

reconheceu a legitimidade negocial da entidade sindical, tendo em vista que a empresa envolvida (CELEPAR) já havia celebrado acordos anteriores com a contraparte, reputando quebra de confiança a recusa posterior para negociar sob o argumento de ilegitimidade, atentando ao princípio da boa-fé objetiva, positivado no artigo 422 do Código Civil. As desvantagens da judicialização restam evidenciadas na entrega da capacidade negocial das partes ao arbítrio de um terceiro (no caso em tela o Tribunal), que resolverá as cláusulas a serem observadas a partir dali, bem assim nos custos de representação, e tempo despendido até o desfecho do processamento, os quais, presumidamente superam o gasto e tempo investidos em média na negociação extrajudicial. Disponível em: [http://www.trt9.jus.br/internet\\_base/publicacaoman.do?evento=Editar&chPlc=5202868&procR=AAAS5SABvAAHgFbAAO&ctl=462](http://www.trt9.jus.br/internet_base/publicacaoman.do?evento=Editar&chPlc=5202868&procR=AAAS5SABvAAHgFbAAO&ctl=462), acesso em 05.03.2015.

em que inserida, e em tal contexto ganha relevância para análise econômica porquanto maximiza o fator de confiança entre as partes.

É importante considerar que embora os esforços iniciais da conjugação dos postulados da AED em cada novo ramo que se pretende venha a interferir, em especial quando analisados sob o prisma da tradição romano-germânica, possam parecer dificultados, um vislumbre para o futuro aponta para redução de tais entraves, mormente ante a *paulatina mas nítida convergência entre as famílias de Common Law e de Civil Law, comandada pelos valores da globalização e usando como instrumento privilegiado a linguagem universal da economia*<sup>450</sup>.

<sup>450</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1059.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através dessa abordagem acerca de alguns elementos da Doutrina Clássica acerca da negociação coletiva de trabalho, bem assim acerca do princípio da boa-fé, em cotejo com uma perspectiva mais contemporânea do problema através da ótica AED, permite concluir que um dos fundamentos do Direito do Trabalho foi acertadamente escolhido, ainda que inconscientemente, como ferramenta de garantia da eficácia das relações laborais no plano coletivo. De se cogitar que o princípio da boa-fé poderia ter sido descartado desse ramo da ciência jurídica em vista dos riscos de seu “antecessor” – o princípio do rendimento – mas ao ser adequadamente aperfeiçoado em sua faceta mais ampla, respondeu como uma matriz de embasamento a todo sistema jurídico juslaboral.

Guardadas as devidas proporções, a AED, que em uma primeira vista distancia-se dos chamados Direitos Sociais, sendo muito mais perceptível como ferramenta em prol da eficiência econômica sobre todas as demais instituições, pode muito bem ser adaptada para contribuir com o Direito do Trabalho, visando estabelecer modelos preditivos de conduta a partir da constatação de mecanismos de incentivo à eficiência das relações. Nesse sentido, o incremento de eficiência não é o objetivo final, caso fosse, poderia se imaginar que a flexibilização de direitos trabalhistas seria um mecanismo de maximizar resultados econômicos. Bem distante disso, ao ser efetivamente adaptada para o Direito do Trabalho, a AED pode contribuir para agregar eficiência do ponto de vista da concretização de melhores condições de trabalho através de métodos mais eficazes de negociação no Brasil.

Evidentemente, entre a gama de dados necessários para traçar um panorama nacional do Judiciário Trabalhista e das próprias relações de trabalho, em um País com tantos contrastes, torna-se difícil e impreciso, mormente considerando a diversidade de fontes dos dados estatísticos. Porém, ainda que consideradas eventuais margens de erro, pode-se vislumbrar os problemas enfrentados por aqueles que necessitam resolver conflitos trabalhistas na via judicial.

Além disso, restou claro que outros mecanismos acessórios que poderiam evitar violações de normas trabalhistas, ou, em ocorrendo, resolvê-las mais rapidamente, estão longe de oferecer uma alternativa realmente eficaz. Desse modo, em uma perspectiva inicial, a Teoria Econômica dos Contratos torna-se uma ferramenta eficiente para demonstrar como surge o problema de ineficiência dos contratos de trabalho em tal cenário, seja pelo custo dos encargos decorrentes, pela inflexibilidade normativa, pela inexistência de efetiva fiscalização, e, em última análise, quando de tal contexto decorrer judicialização do conflito, pela deficiente concretização do direito pela via judicial.

Entrementes, de fácil constatação os riscos de transportar as ferramentas de análise da Teoria Econômica dos Contratos para o plano das medidas de solução em matéria trabalhista no Brasil, pois flexibilizar direitos trabalhistas visando uma diminuição dos encargos não trará, necessariamente, maiores vantagens do ponto de vista da violação normativa. Mais, ainda que estimulasse o cumprimento das normas, estaria basicamente transferindo o custo da violação para o trabalhador na mesma razão que ocorreria em caso de violação da norma, porém, retirando a chance de buscar uma reparação ao desrespeito de uma regra, pois esta simplesmente não mais existiria.

Tal raciocínio é muito semelhante à tentativa de minimizar o roubo de dinheiro retirando dos potenciais lesados o próprio dinheiro, ou estimular um decréscimo nos índices de atropelamento de pedestres nas ruas impedindo que estes saiam de casa. Mesmo que o cenário fosse menos extremado, é impossível dizer que o fenômeno da retirada ou flexibilização de direitos trabalhistas não acarretaria em um círculo infinito em tal direção. Essa solução fácil levaria a retirada de mais e mais direitos sempre que uma crise econômica surgisse.

John Maynard Keynes, em sua obra “Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda”, evidenciou que nenhuma boa solução para um crise econômica poderia

passar pela redução de salários como medida de estímulo a contratação de novos trabalhadores<sup>451</sup>. O mesmo raciocínio serve para indicar que a redução de direitos de trabalhadores não se presta a estimular o cumprimento de normas ou ampliar o número de trabalhadores formais, sob pena, de esvaziarmos completamente o arcabouço normativo para justificar sua observância ou a manutenção de postos de trabalho.

Equívoco semelhante ocorreu na exposição de motivos da Lei 9.601/98, a qual estabeleceu o Contrato Especial por Prazo Determinado, visando, através da flexibilização de normas trabalhistas, estimular a criação de novos empregos. Do ponto de vista empresarial, entretanto, não faz sentido contratar mais trabalhadores por um custo menor, mas, ao revés, faz todo sentido substituir os que estão contratados por um custo maior por esses novos contratos menos onerosos. Na ocasião, o legislador parece não ter percebido tal fato, acreditando que a solução para estagnação econômica viria com o suposto estímulo de contratação de novos postos de trabalho a custo menor (e não a provável substituição dos antigos postos por esses mais baratos), ao invés de evitar a política cambial artificial da época, os juros elevados, e a redução de investimentos estatais, desprezando a lição de Keynes dada sessenta anos antes.

Em resumo, o Brasil tem uma legislação trabalhista relativamente recente, embora demanda alguma inovação, especialmente no plano coletivo, bem como mecanismos de controle e reparação de violação normativas ainda em evolução, custosos e pouco céleres, pelo que parece realmente precipitado esperar que a possibilidade de auto-regulação das partes gere *per si* um contrato mais eficiente, permeado por uma relação amigável e com um comportamento razoável visando um resultado cooperativo, conforme preconizado por Yeung<sup>452</sup>.

<sup>451</sup> KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1996, p. 54.

<sup>452</sup> YEUNG, Luciana Luk-Tai. **Análise Econômica do Direito do Trabalho**. in TIMM, Luciano Benetti (Coord). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p.321.

Assim, um caminho alternativo na busca da utilização da AED como ferramenta de dissuasão da violação às normas, sem passar pela flexibilização destas, podemos encontrar na Teoria Econômica do Delito alguns mecanismos de desestímulo ao descumprimento de normas. Consoante ponderado na segunda parte do presente estudo, a Teoria Econômica do Delito constata que os agentes da violação normativa reagem a incentivos, ponderando as chances de penalização da conduta e as vantagens decorrentes do agir antijurídico.

É nesse momento que as punições acessórias, dentre as quais a indenização pelo dano social, para além da simples reparação, podem servir de contra-incentivo aos empregadores que pretendem obter vantagens da violação de direitos trabalhistas, pois, em alguma medida, não será viável internalizar o custo desse acréscimo de despesa no produto, mormente se estiverem competindo em um mercado onde os concorrentes percebam ser mais barato não violar direitos, ficando livres de tais despesas acessórias. Ademais, o fruto dessa potencialização punitiva pode reverter em investimento nos mecanismos de fiscalização, reduzindo, no fim do ciclo, a necessidade de novas judicializações.

Importante recordar que, em um País onde grandes instituições figuram no topo da lista dos devedores trabalhistas, recorrência de violações sutis, outras nem tanto, de direitos dos trabalhadores, parece tentador sonegar créditos trabalhistas ou violar condições negociadas no plano coletivo, porquanto o sistema de constatação é ineficiente, bem assim o são os mecanismos de reparação, pelo que resta evidenciada a importância da ponderação acerca da validade dos postulados da AED nesse ramo do Direito, em especial das ferramentas de dissuasão trazidas pela Teoria Econômica do Delito.

Por fim, alguns elementos da Teoria Econômica do Processo podem contribuir para uma maximização da eficiência processual, visando evitar o congestionamento do Judiciário, mediante adoção de mecanismos de desestímulo à propagação de recursos, a exemplo da pacificação de entendimentos visando evitar



recursos repetitivos, como ocorre na Justiça Comum, circunstância que poderia modificar a avaliação dos envolvidos nas tentativas de composição. A diminuição de processos por Juiz, seja através de medidas de otimização do fluxo processual, ou pelos incentivos ao cumprimento de normas com as punições acessórias e o incremento na fiscalização, diminuiriam, ainda, o índice de erros e a necessidade de propagação recursal.

Enfim, no campo do Direito do Trabalho, onde a eficiência não pode ser utilizada como um fim em si própria, tendo em vista a relevância social do trabalho, insculpido entre os fundamentos da República, os mecanismos de AED podem ser utilizados como ferramentas de otimização da relação, sem necessariamente, ao menos até obtermos um nível maior de maturação dos institutos juslaborais em nosso País, passar pela flexibilização de direitos e garantias ao trabalhador. Independentemente disso, se os atores da negociação coletiva efetivamente observarem os deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, atuando de forma leal e colaborativa entre si, problemas decorrentes da assimetria de informações, condutas negociais desprovidas de racionalidade, procrastinação indevida dos atos, seriam evitadas, tornando mais eficiente a negociação e, via de consequência, potencializando os resultados desta.

Além disso, uma negociação coletiva efetivamente conformadora da vontade das partes envolvidas evita a necessidade de judicialização do conflito, seja na fase negocial, seja na fase de cumprimento do avençado, o que torna ainda mais vantajosa a relação do ponto de vista da celeridade e dos custos de transação. Assim, é possível concluir, com alguma margem de acerto, que, da mesma forma que a AED pode contribuir no plano das relações de trabalho, em especial com alguns postulados da Teoria Econômica dos Contratos, bem como na otimização dos mecanismos processuais com as ferramentas da Teoria Econômica do Processo, tem largo campo para contribuição no plano das relações coletivas, sendo a verificação da eficiência da boa-fé objetiva apenas um de muitos dos desdobramentos possíveis dessa interação.

Na esfera juslaboral, com certa margem de acerto, pode-se afirmar que a influência da AED encontraria espaço bem mais amplo do que os aspectos abordados no presente trabalho. No âmbito das relações individuais poderia ser invocada para análise dos direitos de propriedade intelectual; na responsabilidade civil (tanto *ao lado da reparação*, quanto desempenhando uma *função preventiva* dotada de *características dissuasórias e de redução de custos sociais*<sup>453</sup>); na esfera coletiva, a economia poderia auxiliar a explicar modelos de escolha pública na tomada de decisões em negociações de direitos sociais no âmbito legislativo; bem assim ante as aplicações da teoria da rede de contratos sobre os contratos de trabalho de uma determinada empresa ou grupos de empresas; ou, ainda, em explicar como a atuação dos sindicatos na busca pela melhoria de condições de seus representados pode gerar efeitos adversos do ponto de vista econômico; dentre outras tantas abordagens que aqui foram negligenciadas por conta de uma delimitação temática.

As instigantes possibilidades da influência da análise econômica no fenômeno coletivo laboral, para além da simples negociação, mas em um campo ainda mais amplo, através sua transposição para o plano da concertação social e das lutas de macro setores articulados em causas muito mais amplas que aquelas circunscritas no âmbito de simples categorias profissionais, renovam a percepção da influência reversa que a economia sofre a partir do convulsionar das complexas relações jurídicas em constante transformação, permitindo um vasto campo para o aprofundamento de estudos dessa natureza. Porém, como profetizou Axel Honnet ao analisar as concepções que identificam *a divisão social do trabalho como finalidade coletiva, de que deve partir a força solidarizante por meio da qual todos os sujeitos podem saber-se estimados*, estes somente terão suas necessidades atendidas a longo prazo, remanescendo a resposta da indagação se serão conformadas por uma transformação *na realidade econômica e social* ou se

<sup>453</sup> SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Nexo de Causalidade e Prevenção na Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e Português**. In Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano 3, n. 10, 2014, disponível em: [http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2014\\_10\\_08441\\_08467.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2014_10_08441_08467.pdf). Acesso em: 01.03.2015., p. 8464.

permanecem *compatíveis com as condições de uma sociedade capitalista*, já não mais no campo da teoria, *mas sim do futuro das lutas sociais*<sup>454</sup>.

<sup>454</sup> HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento**: A Gramática Moral dos Conflitos Sociais. 2 ed. São Paulo: Ed. 34, 2003. Tradução Luiz Repa, p. 279-280.

## REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron. ROBISON, James A. **Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. 2 ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

ALEMANHA. **Código Civil**. BÜRGERLICHES GESETZBUCH (BGB). Versão promulgada em 02 de janeiro de 2002. - Disponível *in* [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p0723](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0723). Acesso em: 28.10.2014.

APOSTOLIDES, Sara Costa. **Do Dever Pré-Contratual de Informação e da sua Aplicabilidade na Formação do Contrato de Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2008.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ARAÚJO, Francisco Rossal. **A Boa-Fé no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 1996.

ARIGÓN, Mario Garmendia. **Negociación Colectiva: Concepto, Funciones y Contenidos**. *in* Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. 24 v., n. 288, São Paulo: Síntese, Junho 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor**. *in* MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 4 v.

BAIRD, Douglas G. **Game Theory and the Law**. 6 ed. Massachusetts: Harvard University Press, 2003.

BARASSI, Lodovico. **Diritto Sindacale e Corporativo**. 2 ed. Milão: Dott. A Giuffré, 1934.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Igualdade e Discriminação no Ambiente de Trabalho**. *in* BARZOTTO, Luciane Cardoso (Org.). Trabalho e Igualdade: Tipos de Discriminação no Ambiente de Trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BATTESINI, Eugênio. **Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Trabajo, consumismo e novos pobres**. Barcelona: Editoria Gedisa, 1999.

BECKER, G. S. – **Crime and punishment: an economic approach**. *in* Journal of Political Economy. V 76, n. 1, 1968.

BETTI, Emílio. **Teoria General de las Obligaciones**. Madri: Revista de Derecho Privado, 1969, 1 v.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 14.11.2014

\_\_\_\_\_. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 14.11.2014

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 14.11.2014.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Emenda Constitucional n. 369**, de 14 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=277153>. Acesso em: 14.11.2014.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei n. 4430**, de 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=418907>.

BIAVASCHI, Magda. **Direito do Trabalho e Prescrição: Fundamentos e Notas Sobre Imprescritibilidade**. *in* OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. (org.) **Temas de Direito e Processo do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios Sobre a Liberdade**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

BOTIJA, Eugênio Perez. **Curso de Derecho del Trabajo**. Madri: Editora Tecnos, 1948.

CABANELLAS, Guillermo. **Derecho Sindical y Corporativo**. Buenos Aires: Lavallo, 1959.

\_\_\_\_\_. **Introducción al Derecho Laboral**. Buenos Aires: Lavallo, 1960, 1 v.

CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito Econômico: Aplicação e Eficácia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

CAMERER, Colin F. **Behavioral Game Theory: Experiments in Strategic Interaction**. Nova York: Russel Sage Foundation, 2003.

CAMPOS, Wilson de Souza. **Sindicatos, Sindicalismo**. São Paulo: LTr, 1994.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008.

CATHARINO, José Martins. **Tratado Elementar de Direito Sindical**. São Paulo: LTr, 1977.

CAUBET, Amanda B. **El Derecho de Información en Épocas de Crisis y las Prácticas Antisindicales**. In Madrid, Juan Carlos Fernández. **Derecho Laboral: Doctrinas Esenciales**. Buenos Aires: La Ley, 2010, 3 v.

CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. **Direito Social Brasileiro**. São Paulo: Livraria Martins, 1940.

CHIARELLI, Carlos Alberto. **O Trabalho e o Sindicato: Evolução e Desafios**. São Paulo: LTr, 2005.

COASE, Ronald H. **O problema do Custo Social**, Disponível em: <http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>. Acesso em: 15.11.2014.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**, 6. ed. Boston: Pearson, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - **Relatório da Justiça em Números**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>. Acesso em 05.08.2013.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO. **Convenção Coletiva de Trabalho dos Trabalhadores Bancários - 2012/2013**. Disponível em: <http://www2.sindbancarios.org.br/site2011/acordos-e-convencoes/todos-os-acordos-e-convencoes/4412-fenaban-convencao-coletiva-do-trabalho-20122013->. Acesso em 06.08.2013.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984, 1 v.

CORNÁGLIA, Ricardo J. **Derecho Colectivo Del Trabajo**: Derecho de La Negociación Colectiva. 1 ed. Buenos Aires: La Ley, 2007.

CUNHA, Alexandre Teixeira de Freitas Bastos, SOUZA, Edson Dias de. **Liberdade Sindical e Sindicato Único**: o Paradoxo do Modelo Brasileiro. [http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=4099&Itemid=319](http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=4099&Itemid=319). Acesso em 28.10.2014.

DEVEALI, Mario L., **Curso de Derecho Sindical y de La Prevision Social**. Buenos Aires : Victor P. de Zavalía, 1952.

\_\_\_\_\_. **Lineamentos de Derecho del Trabajo**. 2. ed. Buenos Aires: Editora Argentina, 1953.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Anuário do Sistema Público de Emprego, Trabalho e Renda**. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A333FE61F013341780DBB382F/mercado.pdf>. Acesso em 05.08.2013.

\_\_\_\_\_. **Balço dos Pisos Salariais Negociados**. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/sitio/buscaDirigida?tipoBusca=eixo&valorBusca=NEGOCIA%C7%C3O>. Acesso em 05.08.2013

\_\_\_\_\_. **Encargos Sociais e Desoneração da Folha de Pagamentos – Revisitando uma antiga polêmica.** Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A31B027B80131BA6B168E543E/notatec101Desoneracao.pdf>. Acesso em 05.08.2013.

DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de, OLIVEIRA, Cínthia Machado de. **Direito do Trabalho.** 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

\_\_\_\_\_. **O Direito das Relações Coletivas de Trabalho e seus Princípios Fundamentais: A Liberdade Associativa Laboral.** *in* Revista do Tribunal Superior do Trabalho. 76 v., n. 2, São Paulo: Magister, abril/junho 2010.

\_\_\_\_\_. **O Princípio da Boa-Fé e a Negociação Coletiva.** *in* Justiça do Trabalho. 31 v., n. 364, Porto Alegre: HS Editora, abril/2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** São Paulo: Martins Fontes: 2002.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2005

ENGELS, Friedrich. **A Situação da Classe Trabalhadora na Inglaterra:** Segundo as Observações do Autor e Fontes Autênticas. São Paulo: Boitempo, 2008.

FEHR, Ernest; SCHMIDT, Klaus M. **The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism:** Experimental Evidence and New Theories. *in* Munich Discussion Paper, Munique: University of Munich, n. 2, 2005, disponível em: [pub.un.uni-munich.de/726/1/Fehr-Schmidt\\_Handbook\\_2005-Munichcon.pdf](http://pub.un.uni-munich.de/726/1/Fehr-Schmidt_Handbook_2005-Munichcon.pdf) Acesso em: 01 de março de 2015.

FERNANDES, António Monteiro. **Direito do Trabalho.** 16. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos. **Tratado Prático de Derecho del Trabajo.** 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 2007.

FILHO, Evaristo de Moraes. **O Problema do Sindicato Único no Brasil.** 1 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1952.



FRANÇA. **Código Civil**, de 07 de fevereiro de 1804. Disponível em: [http://www.napoleon-series.org/research/government/c\\_code.html#book1](http://www.napoleon-series.org/research/government/c_code.html#book1). Acesso em: 14.11.2014

FOLCH, Alejandro Goulart. **Derecho Español del Trabajo**. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. **Análise Econômica e Direito Comparado**. *in* TIMM, Luciano Benetti (Coord). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. **Criminal Law and Economics**. *In* Encyclopedia of Law and Economics, 2a ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009.

GICO, Ivo Júnior. **Introdução ao Direito e Economia**. *in* TIMM, Luciano Benetti (Coord). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012.

GIUGNI, Gino. **Liberdade Sindical**. *in* Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, v. 8, ano VI, Porto Alegre: Livraria Editora Acadêmica, 1984.

GOLDIN, Adrián *et al.* **Curso de Derecho Del Trabajo Y La Seguridad Social**. 1. ed. Argentina: La Ley, 2009.

GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. **Contratos**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GREENE, Brian. **The Hidden Reality: Parallel Universes and the Deep Laws of the Cosmos**. York: Vintage Books, 2011

HOBBSAWN, Eric J. **Da Revolução Industrial Inglesa ao Imperialismo**. 6 ed. Rio de Janeiro, 2014.

HILBRECHT, Ronald O. **Uma Introdução à Teoria dos Jogos**. *in* TIMM, Luciano Benetti (Coord.). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012.

HINZ, Henrique Macedo. **Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2005.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento: A Gramática Moral dos Conflitos Sociais**. 2 ed. São Paulo: Ed. 34, 2003.

ICHINO, PIETRO. **Lezione di Diritto del Lavoro**: Un Approccio di Labour Law and Economics. Milão: Dott A. Giuffè, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - **Estatística Populacional**. Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/contagem2007/contagem\\_final/ta\\_bela1\\_1.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/contagem2007/contagem_final/ta_bela1_1.pdf). Acesso em 05.08.2013.

\_\_\_\_\_. **Pesquisa Mensal de Emprego**. Disponível em: [ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho\\_e\\_Rendimento/Pesquisa\\_Mensal\\_de\\_Emprego/fasciculo\\_indicadores\\_ibge/2013/pme\\_201306pubCompleta.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Mensal_de_Emprego/fasciculo_indicadores_ibge/2013/pme_201306pubCompleta.pdf). Acesso em 07.08.2013.

DIREITO SP – FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório ICJ-Brasil – Índice de Confiança do Judiciário**. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10754/Relatorio\\_ICJBrazil\\_4TRI\\_2012.pdf?sequence=1](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10754/Relatorio_ICJBrazil_4TRI_2012.pdf?sequence=1). Acesso em 05.08.2013.

KANT, Immanuel. **Teoría y Praxis**. 3 ed. Buenos Aires: Leviatán, 2008.

KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1996.

KROTOSCHIN, Ernesto. **Manual de Derecho del Trabajo**. Bueno Aires: Depalma, 1972.

\_\_\_\_\_. **Instituciones de Derecho del Trabajo**, 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1968.

LA CUEVA, Mario de. **Derecho Mexicano del Trabajo**. 10 ed., México: Editorial Porrúa, 1970, 2 v.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil**: Parte Geral. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos Difusos e Coletivos**: a Função Social do Contrato. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Confiança Contratual**. São Paulo: Atlas, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: Fundamentos de Direito. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos. **O Princípio da Boa-fé Objetiva na Negociação Coletiva**. São Paulo: LTr, 2012.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2015.

MACNEIL. Ian, **The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations**. Haven: Yale University Press, 1980.

MANGLANO, MANGLANO, Carlos Molero. **Derecho Sindical**. Madrid: Editorial Dykinson, 1995.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia: Princípios de Micro e Macroeconomia**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Os Campos Normativos da Boa-fé Objetiva: As Três Perspectivas do Direito Privado Brasileiro**. in JUNQUEIRA DE AVEEDO, Antônio; TORRÊS, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). **Princípios no Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas – Homenagem a Tullio Ascarelli**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista [1848]**. Porto Alegre: L&PM Editores, 2001.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O Espírito das Leis**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Relatório de Gestão do Ministério do Trabalho e Emprego Vol. 2012**. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D3DCADFC3013F62BC41D51A68/Relatório%20de%20Gestão%20SRTE%20RR%202012.pdf>. Acesso em 06.08.2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Sindical**. 1ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011.

NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD. **National Labor Relations Act**. Disponível em: <http://www.nlr.gov/resources/national-labor-relations-act>. Acesso em: 28.10.2014.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**. São Paulo: RT, 2002.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLEA, Manuel Alonso. **Pactos Coletivos y Contratos de Grupo**. Madri: Instituto Del Estudios Politicos, 1955.

OJEDA AVILÉS, Antonio. **Los Deveres de Negociar y de Contratar**. *in* ERMIDA

URIARTE, Óscar ed. **La negociación colectiva en América Latina**. Madri: Trotta, 1993.

\_\_\_\_\_. **Crítica de La Libertad Sindical**. *in* Revista de La Faculdade de Derecho PUCP, Norteamérica, 0, setembro, 2012, disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2825>. Acesso em: 01 de março de 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm). Acesso em: 28.10.2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO TRABALHO. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu Anexo (Declaração da Filadélfia)**. Disponível em: [http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent\\_work/doc/constituicao\\_oit\\_538.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf). Acesso em: 28.10.2014.

\_\_\_\_\_. **Convenio sobre el derecho de asociación**. Disponível em: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312229:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312229:NO). Acesso em: 28.10.2014.

\_\_\_\_\_ . **Conevio sobre los representantes de los trababjadores.** Disponível em:

[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_I NSTRUMENT\\_ID:312280:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_I NSTRUMENT_ID:312280:NO). Acesso em: 28.10.2014.

\_\_\_\_\_ . **Convenção sobre Direito e Sindicalização e de Negociação Coletiva.** Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/465>. Acesso em: 28.10.2014.

\_\_\_\_\_ . **Convenção sobre Direito de Sindicalização e Relações de Trabalho na Administração Pública.** Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/501>. Acesso em: 28.10.2014.

\_\_\_\_\_ . **Convenção sobre Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização.** Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/liberdade-sindical-e-prote%C3%A7%C3%A3o-ao-direito-de-sindicaliza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 28.10.2014.

\_\_\_\_\_ . **Convenção sobre Fomento à Negociação Coletiva.** Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/503>. Acesso em: 28.10.2014.

\_\_\_\_\_ . **Recomendação sobre a Promoção da Negociação Coletiva.** Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/sobre-promo%C3%A7%C3%A3o-da-negocia%C3%A7%C3%A3o-coletiva>. Acesso em: 28.10.2014.

PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política.** São Paulo: Editora Nova Cultura, 1996.

PASTORE, José. **A Tributação do Trabalho no Brasil.** Disponível em: [http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt\\_159.htm](http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_159.htm). Acesso em 04.08.2013.

\_\_\_\_\_ . **Comissões de Conciliação Prévia.** Disponível em: [http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt\\_161.htm](http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_161.htm). Acesso em 05.08.2013.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI.** Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2014.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho.** 3 ed. São Paulo: LTr, 2002.

POSNER, Richard. **The Most Punitive Nation**. *In Times Literary Supplement*, Sept. 1, 1995.

PRAGMÁCIO FILHO, Eduardo. **A Boa-Fé nas Negociações Coletivas Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do Trabalho**. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. **Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho**. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O Problema do Contrato: As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual**. Coimbra: Almedina, 1999.

RÜDIGER, Dorothee Susanne. **Autonomia Privada Coletiva e Crise Paradigmática do Direito do Trabalho**. *in Revista do TRT – 9ª R. ano 29, n. 53, jul/dez. 2004.*

\_\_\_\_\_. **Contratos coletivos, Contratos de Direito Civil e Proteção do Consumidor**. *in Revista do Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro/março 1993, 5 v.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios Gerais de Direito Sindical**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Cesar Viterbo. **Nexo de Causalidade e Prevenção na Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e Português**. *In Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano 3, n. 10, 2014, disponível em: [http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2014\\_10\\_08441\\_08467.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2014_10_08441_08467.pdf). Acesso em: 01.03.2015

SANTOS, Enoque Ribeiro. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva**. São Paulo: LTr, 2004.

SANTOS, Ronaldo Lima. **Teoria das Normas Coletivas**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009.

SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. **The Economic Analysis of Civil Law**. Northampton: Edwar Elgar Publishing, 2004.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de Direito Econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O Dano Social e sua Reparação**. Disponível em: <http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/O%20Dano%20e%20sua%20Reparação%20-%20Jorge%20Luiz%20Souto%20Maior.pdf>. Acesso em 07.08.2013.

SOWELL, Thomas. **Is Reality Optional?: and Other Essays**. Califórnia: Hoover Institution Press, 1993.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STANDING, Guy. **O Precariado: A nova classe perigosa**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

STÜRMER, Gilberto. **A Liberdade Sindical: na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **O Sistema Sindical Brasileiro da Constituição da República de 1988**. *in* Revista de Processo do Trabalho e Sindicalismo. Ano 1, n. 1. Porto Alegre: HS Editora, 2010

\_\_\_\_\_. **Negociação Coletiva: (Novo) Paradigma do Direito do Trabalho**. *in* Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da PUCRS, vol. 26, ano XXIV, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002

SYROPOULOS, Georges. **La Liberté Syndicale**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1956.

TONETTO, Leandro Miletto et all. O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. *Estud. psicol. (Campinas)*, Campinas, v. 23, n. 2, Junho, 2006. Disponível em:

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-166X2006000200008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2006000200008&lng=en&nrm=iso)>. Acessado em: 01 de março de 2015.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Banco Nacional de Devedores Trabalhistas**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/estatistica-do-cndt>. Acesso em 07.08.2013.

\_\_\_\_\_. **Relatório Analítico Geral da Justiça do Trabalho**. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/24960>. Acesso em 07.08.2013.

URIARTE, Pedro Irureta. Vigencia del Principio de La Buena Fe en el Derecho del Trabajo Chileno. *In* Revista Ius et Praxis, ano 17, n. 2., 2011.

USTÁRROZ, Daniel. **O Solidarismo no Direito Contratual Brasileiro**. *in* MARQUES, Cláudia Lima (Coord.) Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos: Temas Atuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VIANA, Segadas. **O Sindicato no Brasil**. Rio de Janeiro: Gráfica Olímpica Editora, 1953.

WATTS, Duncan. **Tudo é Óbvio Desde que Você Saiba as Repostas: Como o Senso Comum nos Engana**. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

WEBB, Beatrice; WEBB, Sidney. **The History of Trade Unionism**. Gloucester: 1919.

YEUNG, Luciana Luk-Tai. **Análise Econômica do Direito do Trabalho**. *in* TIMM, Luciano Benetti (Coord). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012.