

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO**

PATRÍCIA DITTRICH FERREIRA DINIZ

**SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: O
PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NAS AÇÕES COLETIVAS DE
TRABALHO**

CURITIBA

2022

PATRÍCIA DITTRICH FERREIRA DINIZ

**SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: O
PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NAS AÇÕES COLETIVAS DE
TRABALHO**

Tese apresentada ao curso de Doutorado em Direito do Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito.

Área de concentração: Direito Econômico e Desenvolvimento.

Orientadora: Prof^a. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro.

CURITIBA

2022

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Sônia Maria Magalhães da Silva – CRB 9/1191

D585s
2022
Diniz, Patricia Dittrich Ferreira
Sociedade de economia mista de prestação de serviço público : o princípio da reserva do possível nas ações coletivas de trabalho / Patrícia Dittrich Ferreira Diniz ; orientadora: Marcia Carla Pereira Ribeiro. – 2022.
185 f. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2022
Bibliografia: f. 171-185

1. Sociedades de economia mista. 2. Serviço público. 3. Direito do trabalho. I. Ribeiro, Marcia Carla Pereira, 1964-. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDD 20. ed. – 341.6

PATRÍCIA DITTRICH FERREIRA DINIZ

**SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: O
PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NAS AÇÕES COLETIVAS DE
TRABALHO**

Tese apresentada ao curso de Doutorado em Direito do Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito.

Área de concentração: Direito Econômico e Desenvolvimento.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^a. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro – Orientadora
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR)

Prof. Dr. Alexandre Ferreira Assumpção Alves
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

Prof. Dr. Ricardo Lupion Garcia
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

Prof. Dr. Emerson Gabardo
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR)

Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR)

Curitiba, 24 de março de 2022.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora Professora Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro que acreditou no meu potencial acadêmico, estimulando-me a buscar mais conhecimentos e alcançar novos espaços, sempre com a palavra certa nos momentos mais difíceis, enfim, um verdadeiro presente de Deus.

Aos meus familiares, principalmente minha mãe, Rosemeri Vieira Dittrich, meu pai, Elizeu Santos Ferreira, meu marido, Flávio Laredo Diniz, e, meu irmão, Felipe Dittrich Ferreira que além de incentivarem-me nesta jornada, sempre souberam compreender meus momentos de reclusão.

Ao meu amado filho João Pedro Ferreira Diniz que acompanhou desde os seus cinco anos de idade a sua mãe nesta trajetória do doutorado, e que sempre foi um filho exemplar, entendendo os meus momentos de estudo e concentração.

Aos meus líderes e colegas da Copel, agradeço o incentivo nesta trajetória.

À Eva e à Nerissa que sempre me auxiliaram nos procedimentos formais do doutorado, tornando-se verdadeiras amigas neste momento intenso de estudos.

À PUCPR pela concessão do benefício de bolsa decorrente de projeto de pesquisa de produtividade de minha orientadora junto à Fundação Araucária.

E, por fim, a Deus que me acompanha em todos os passos, em especial os mais difíceis.

“Acredito que uma jurisprudência clara e coerente sobre escassez de recursos, reserva do possível e custos dos direitos pode trazer grandes contribuições, seja para a administração pública, que terá maior previsibilidade para fazer melhor planejamento de políticas públicas, seja para o cidadão, que terá mais clara a dimensão do que pode exigir do Poder Judiciário, e seja para os próprios juízes, que terão parâmetros mais seguros e coerentes para suas decisões”.

Daniel Wei Liang Wang (2013, p. 370).

RESUMO

O objetivo desta tese é investigar a possibilidade de aplicação da reserva do possível nas demandas judiciais trabalhistas ajuizadas por empregados públicos e/ou sindicatos contra sociedades de economia mista de prestação de serviço público, a partir do caso das empresas de distribuição de energia elétrica e sua relação com as normas coletivas, normas internas e/ou direitos construídos por entendimento dos Tribunais Superiores. Para testar a hipótese, adotou-se o método dialético pela inserção dos conceitos no contexto social, político e econômico atual; aplicou-se, também, o método hipotético-dedutivo, eis que os conhecimentos disponíveis na doutrina sobre o assunto são insuficientes para explicar o tema da tese, e, por fim, foi aplicado o método indutivo a partir da análise de casos concretos. Iniciou-se o estudo com a análise da noção de sociedade de economia mista e da prestação do serviço público, bem como analisou-se o regime jurídico aplicável à tal sociedade. Discorreu-se acerca dos limites à sujeição ao direito privado, como a não sujeição ao regime falimentar, governança e controle do Tribunal de Contas, Ministério Público e poder concedente. Em continuidade, foram apresentados dois estudos de caso envolvendo sociedades de economia mista de prestação de serviço público de distribuição de energia elétrica, bem como avaliada a necessidade e quais seriam as mudanças de paradigmas a partir do reconhecimento de boas práticas. Ao final, analisou-se o surgimento do princípio da reserva do possível, seu conceito, fundamento jurídico para a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, possibilidade de aplicação na Justiça do Trabalho e na sociedade de economia mista, além da sua relação com o princípio da eficiência. Para tanto, enfrentou-se a necessidade de mudanças institucionais para aplicação da reserva do possível, com a indicação de possíveis critérios. Conclui-se que a hipótese da tese é confirmada, mas para que seja exitosa a sua aplicação há a necessidade de atendimento de objetivos específicos, no caso a alteração do papel do Direito do Trabalho, da aplicação do princípio da proteção, bem como a mentalidade dos atores envolvidos. Ou seja, é necessária a transformação da cultura de conflito existente entre empregado público, sindicato e sociedade de economia mista de prestação de serviço público, privilegiando-se um ambiente de cooperação. Conclui-se pela necessidade de alteração do papel das instituições relacionadas à aplicação do Direito do Trabalho e pela criação de estruturas de incentivo a fim de colaborar para a mudança do comportamento dos atores envolvidos, assim como pelo estabelecimento de critérios objetivos para a aplicação da reserva do possível.

Palavras-chave: Sociedade de economia mista. Reserva do possível. Análise econômica do direito. Eficiência. Empregado público. Direito do Trabalho.

ABSTRACT

The objective of the thesis is to investigate the possibility of applying the reserve of the possible in labor lawsuits filed by public employees and/or unions against mixed economy companies that provide public services, based on the case of electricity distribution companies and its relationship with collective norms, internal rules and/or rights built by the understanding of the Superior Courts. To test the hypothesis, the dialectic method is adopted by inserting the concepts in the current social, political and economic context; the hypothetical-deductive method is also applied, since the knowledge available in the doctrine on the subject is insufficient to explain the theme of the thesis, and, finally, the inductive method is applied from the analysis of concrete cases. The study began with an analysis of the concept of a mixed economy company and the provision of public services, as well as an analysis of the legal regime applicable to such a company. The limits to the subjection to Private Law were discussed, such as the non-subjection to the bankruptcy regime, governance and control of the Court of Auditors, Public Ministry and Granting Authority. In continuity, two case studies were presented involving mixed economy companies that provide public service of electricity distribution, as well as an evaluation of the need and what would be the paradigm changes from the recognition of good practices. At the end, the emergence of the principle of the reserve of the possible was analyzed, as well as its concept, legal basis for its application in the Brazilian legal system, possibility of application in the Labor Court and in the mixed economy company, in addition to its relationship with the principle of efficiency. For this, the need for institutional changes to apply the reserve of the possible was faced, with the indication of possible criteria. We conclude that the hypothesis of the thesis is confirmed, but for its successful application there is the need for specific objectives to be met, namely, changing the role of Labor Law, the application of the principle of protection, as well as the mentality of the actors involved, that is, it is necessary to transform the culture of conflict existing between public employees, unions and mixed economy companies that provide public services, favoring an environment of cooperation. The conclusion is that it is necessary to change the role of the institutions related to the application of Labor Law and to create incentive structures in order to collaborate with the change in the behavior of the actors involved, as well as to establish objective criteria for the application of the reserve of the possible.

Keywords: Mixed economy society. Reserve of the possible. Economic analysis of law. Efficiency. Public employee. Labor law.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Dez maiores litigantes da Justiça do Trabalho da 1ª Região	139
Figura 2 - Dez maiores litigantes do TRT 4ª Região em 2021.....	139
Figura 3 - Número de processos envolvendo a discussão de normas coletivas em 2020	140

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AED	Análise Econômica do Direito
AICPA	Instituto Americano de Contadores Públicos Certificados
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CEJUSC	Centro Judiciário de Solução de Conflito e Cidadania
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
IBCG	Instituto Brasileiro de Governança Corporativa
LINDB	Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro
MAE	Mercado Atacadista de Energia
MPT	Ministério Público do Trabalho
NEI	Nova Economia Institucional
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ONS	Operador Nacional do Sistema Elétrico
RTOrd	Ação Trabalhista – Rito Ordinário
SEM	Sociedade de Economia Mista
Sindel	Sindicato dos Eletricistas de Londrina e Região
Stem	Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas de Energia Elétrica de Maringá e Região Noroeste do Paraná
Senge	Sindicato dos Engenheiros no Estado do Paraná
Stiecp	Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Energia Hidro e Termo Elétrica de Cornélio Procópio e Região
SINEL	Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas Concessionárias de Energia Elétrica de Fontes Hidráulicas ou Alternativas de Ponta Grossa
SOX	Lei Sarbanes-Oxley
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho
TRT	Tribunal Regional do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO	15
2.1 NOÇÃO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA.....	15
2.2 SERVIÇO PÚBLICO	26
2.3 REGIME JURÍDICO APLICÁVEL ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA	31
3 LIMITES À SUJEIÇÃO AO DIREITO PRIVADO	45
3.1 A NÃO SUJEIÇÃO AO REGIME FALIMENTAR.....	45
3.2 GOVERNANÇA NA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA	51
3.2.1 Sobre o ambiente institucional e os comportamentos	56
3.3 CONTROLE DO TRIBUNAL DE CONTAS, MINISTÉRIO PÚBLICO E PODER CONCEDENTE	59
4 ATIVISMO JUDICIAL E AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA NO BRASIL	66
4.1 PRIMEIRO ESTUDO DE CASO: NORMA COLETIVA DE AUXÍLIO-CRECHE – COPEL DISTRIBUIÇÃO S/A	76
4.1.1 Ação Coletiva 0000589-80.2015.5.09.0651 – SINDEL (Sindicato dos Eletricitários de Londrina e Região)	81
4.1.2 Ação Coletiva 0000486-23.2015.5.09.0021 – STEEM (Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas de Energia Elétrica de Maringá e Região Noroeste do Paraná).....	82
4.1.3 Ação Coletiva 0000838-69.2015.5.09.0024 – SINEL (Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas Concessionárias de Energia Elétrica de Fontes Hidráulicas ou Alternativas de Ponta Grossa).....	83
4.1.4 Ação Coletiva 0000687-90.2015.5.09.0093 – STIECP (Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Energia Hidro e Termo Elétrica de Cornélio Procópio e Região)	85
4.1.5 Ação Coletiva 0010103-06.2016.5.09.0010 - SENGE (Sindicato dos Engenheiros no Estado do Paraná)	86
4.1.6 Conclusão parcial sobre os julgamentos e seus efeitos.....	88
4.2 SEGUNDO ESTUDO DE CASO: NORMA COLETIVA DE COMPENSAÇÃO DE HORAS – COPEL DISTRIBUIÇÃO S/A	89
4.2.1 Metodologia.....	89
4.2.2 Fundamentos dos julgados.....	90
4.2.3 A condição das normas coletivas.....	92
4.3 UMA MUDANÇA DE PARADIGMA A PARTIR DO RECONHECIMENTO DAS BOAS PRÁTICAS	95

5 CRITÉRIOS PARA (NÃO) APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL E SEUS RISCOS	114
5.1 RESERVA DO POSSÍVEL	114
5.2 MUDANÇAS INSTITUCIONAIS. DIREITOS ENVOLVIDOS. CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	141
5.3 NEGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA	151
6 CONCLUSÃO.....	160
REFERÊNCIAS	171

1 INTRODUÇÃO

O objetivo desta tese é investigar a possibilidade de aplicação da reserva do possível nas demandas judiciais trabalhistas ajuizadas por empregados públicos e/ou sindicatos contra sociedades de economia mista de prestação de serviço público, a partir do caso das empresas de distribuição de energia elétrica e sua relação com as normas coletivas, normas internas e/ou direitos construídos por entendimento dos Tribunais Superiores.

São objetivos específicos da tese a avaliação da necessidade de alteração do papel do Direito do Trabalho, a aplicação do princípio da proteção, bem como da mentalidade dos atores envolvidos, a fim de manter resguardado o direito ao trabalho, os direitos conquistados e a serem conquistados a partir de normas internas e normas coletivas. Também a aferição da necessidade da transformação da cultura de conflito existente entre empregado público, sindicatos e sociedade de economia mista, para um ambiente de cooperação, com a consciência de que o conflito é inerente à referida relação, mas que é possível que sejam atenuados.

Busca-se propor a alteração do papel das instituições relacionadas à aplicação do Direito do Trabalho e a criação de estruturas de incentivo a fim de contribuir para a mudança do comportamento dos atores envolvidos. Analisar a possibilidade de aplicação do princípio da reserva do possível nas demandas judiciais trabalhistas envolvendo as sociedades de economia mista.

Por fim, apresentar critérios objetivos para a aplicação da reserva do possível nas demandas judiciais trabalhistas envolvendo as sociedades de economia mista, tomando o caso da prestação de serviço público de distribuição de energia elétrica, com o intuito de resguardar a manutenção da prestação de serviço público eficiente, com qualidade e economicidade, além da manutenção dos postos de trabalho, bem como dos direitos conquistados e a serem conquistados a partir de normas internas e normas coletivas.

Para alcançar os objetivos, a tese foi construída em quatro capítulos, apresentando-se, após a introdução, um capítulo segundo referente à sociedade de economia mista prestadora de serviço público sob a ótica da legislação brasileira.

Com relação ao ambiente concorrencial, a presente tese parte da premissa de que há uma concorrência simulada, ou seja, no que se refere ao setor de distribuição de energia elétrica, seja, no período *ex-ante* da renovação do contrato de concessão, bem como no momento das revisões tarifárias, não há uma concorrência perfeita, muito embora não esteja configurada ausência total de concorrência.

Destaca-se que o objetivo da presente tese não é discutir a necessidade ou pertinência da existência da sociedade de economia mista, mas sim, uma vez considerada a sua existência e todas as questões que a envolvem, qual seria o modelo ideal em relação às questões trabalhistas envolvidas e a aplicação do princípio da reserva do possível.

No capítulo terceiro denominado “Limites à sujeição ao direito privado” será analisado a não sujeição ao regime recuperacional e falimentar, assim como serão abordadas questões relacionadas à governança, ao controle do Tribunal de Contas, do Ministério Público e do poder concedente, por meio da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), uma vez que os estudos de caso apresentados se referem à sociedade de economia mista que presta serviço público de distribuição de energia elétrica.

No quarto capítulo é abordado o ativismo judicial e as sociedades de economia mista no Brasil no âmbito da Justiça do Trabalho.

São analisados dois estudos de caso envolvendo a Copel Distribuição S/A, sociedade de economia mista do setor de distribuição de energia elétrica do Estado do Paraná, Brasil. O primeiro caso apresenta a discussão judicial sobre a extensão da norma coletiva de auxílio-creche aos empregados do sexo masculino; e, o segundo caso, a discussão judicial sobre a nulidade da norma coletiva de compensação de horas.

Nesse capítulo é abordada a natureza das normas coletivas, bem como a necessidade da mudança de paradigma a partir do reconhecimento das boas práticas, as quais são sugeridas no decorrer do capítulo.

Por fim, no quinto capítulo é realizada uma abordagem sobre o surgimento, o conceito, o fundamento jurídico e a aplicação atual do princípio da reserva do possível no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sobre sua aplicação no âmbito da Justiça do Trabalho em processos judiciais envolvendo uma sociedade de economia mista e os riscos que acompanham essa possibilidade.

Nesse tópico é abordada a necessidade de aplicação da reserva do possível, e, indicadas quais seriam as mudanças institucionais necessárias para tal aplicação, os direitos envolvidos e a concretização da sua aplicação com as boas práticas.

No último tema do quinto capítulo é realizada a apreciação do princípio da eficiência e a sua relação com a aplicação da reserva do possível.

Com base na construção dos capítulos apresentados anteriormente, enfrentou-se a possibilidade de restrição ao período e ao valor da condenação de demandas trabalhistas quando não estão em jogo direitos essenciais, mas sim direitos construídos decorrentes da criação de normas internas ou normas coletivas, a partir da aplicação da reserva do possível.

Foram identificadas as instituições a serem envolvidas neste processo e quais as estruturas de incentivo necessárias; além dos critérios a serem aplicados pelo julgador para alcançar um equilíbrio entre o atendimento do direito social do trabalhador, a manutenção dos postos de trabalho, dos direitos já construídos, bem como dos direitos a construir; além do direito da sociedade à manutenção da prestação de serviços públicos eficientes, com qualidade e com economicidade.

A importância do estudo associa-se primordialmente ao comprometimento de recursos públicos nas sociedades de economia mista para pagamento de condenações em ações judiciais trabalhistas envolvendo normas coletivas, normas internas e/ou direitos construídos a partir da mudança de entendimento do Tribunal Superior do Trabalho e/ou Supremo Tribunal Federal. Os recursos poderiam ser repassados à Administração Pública direta pela via da distribuição dos dividendos ou utilizados para investimento e consequente aumento da qualidade da prestação do serviço público. Há de se considerar ainda que as condenações reiteradas estão na base dos repasses deste custo para a tarifa de energia elétrica, fator que atinge diretamente os consumidores e todo o setor produtivo em efeito cascata.

Também é relevante o estudo sob a ótica de que o excesso de condenações impacta nos direitos dos próprios empregados públicos, a partir da extinção de direitos, bem como pelo desestímulo à incorporação de novos direitos, além de atingir postos de trabalho, seja em razão da sua extinção ou opção pela não criação de novas oportunidades de emprego.

A metodologia aplicada na presente tese partiu da pesquisa bibliográfica e documental, especialmente para a compreensão do conceito e da dinâmica do Direito do Trabalho, das relações entre empregado público, sindicatos e sociedade de economia mista, do princípio da proteção, das instituições, das possíveis estruturas de incentivo, da reserva do possível, da análise econômica do direito, do impacto das decisões judiciais trabalhistas na manutenção dos postos de trabalho e dos direitos, nos princípios da eficiência e da economicidade, da sociedade de economia mista, bem como a inter-relação entre todos estes elementos.

Por outro lado, realizou-se uma análise de caso concreto a partir de decisões judiciais trabalhistas envolvendo sociedades de economia mista com o intuito de confirmar a suposição de que a maioria destas decisões são decorrentes de construção de direitos, em especial de normas coletivas, e não de direitos essenciais.

Analisou-se dispositivos legais, princípios, orientações jurisprudenciais e súmulas acerca dos assuntos propostos na tese.

Após a pesquisa bibliográfica e legislativa, utilizou-se o método dialético, inserindo os conceitos anteriormente mencionados no contexto social, político e econômico atual; aplicou-se também o método hipotético-dedutivo, eis que os conhecimentos disponíveis na doutrina sobre o assunto são insuficientes para explicar o tema da tese; e, por fim, foi aplicado o método indutivo na análise de casos concretos.

2 A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO

Este capítulo foca na análise da sociedade de economia mista prestadora de serviço público, perpassando pela noção de sociedade de economia mista, bem como pelo conceito de serviço público, além de detalhar o regime jurídico aplicável.

2.1 NOÇÃO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

É importante citar que a primeira sociedade de economia mista no Brasil foi o Banco do Brasil, sendo criado em 1808:

Em 29 de outubro de 1799, o Conde Linhares, em suas “Reflexões Políticas” sobre o meio de restabelecer o crédito público e assegurar recursos para as grandes despesas do Reino, aconselhou o estabelecimento de um banco público. Segundo Afonso Arinos, O Banco foi fundado para fornecer papel-moeda, e foi sobre esse papel desvalorizado que se fez a independência, impulsionou-se o progresso material, consolidou-se a unidade nacional – em uma palavra – constituiu-se politicamente o Brasil. A finalidade que se pensava conferir ao Banco sempre foi a execução de *serviço público*. Assim, foi o Banco do Brasil criado pelo Alvará de 12 de outubro de 1808, no qual o Príncipe Regente ordenava o estabelecimento de um banco público.¹

Entretanto, para que se possa compreender com exatidão o conceito de sociedade de economia mista, será apresentado um breve histórico a partir da Era Vargas até o início mais intenso de implantação de diversas empresas de sociedade de economia mista no Brasil, iniciando com a criação do Instituto de Resseguros do Brasil pelo Decreto-lei nº 1.186 de 3 de abril de 1939.²

Em meados de 1930 as questões estatais antes intermediadas pelas oligarquias locais, passaram a ser assumidas pelo Estado, através da Administração Pública, a qual contou com os seus primeiros artigos constitucionais a partir da Constituição de 1934, a qual se dedicou ao regime dos funcionários públicos.³

¹ LACOMBE, Américo L. Masset. A imunidade tributária das sociedades de economia mista. **Revista de Administração de Empresas** [s. l.], 6 (21). Dez. 1966. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rae/a/3qszs3sys3xwbxszzcyg7p/#:~:text=no%20brasil%2c%20a%20primeira%20sociedade%20de%20economia%20mista,aconselhou%20o%20estabelecimento%20de%20um%20banco%20p%2c%20ba%20blico.%2017>. Acesso em: 10 maio 2021.

² SCHWIND, Rafael Wallbach. **O Estado acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 90.

³ FERRO, Marluca Lopes. **Sociedade de economia mista & despedida imotivada**. São Paulo: Ltr, 2007, p. 15 e 16.

Em razão do aumento das reivindicações da época, no período de 1930 a 1945 o setor público foi ampliado a partir da criação de órgãos, adotando-se o modelo burocrático ou modelo racional de Max Weber, o qual possuía como principais requisitos a busca da eficiência, além do combate à corrupção e ao nepotismo.⁴

O fato é que o ano de 1930 ficou caracterizado como de situação financeira difícil para o Brasil, fator que acabou gerando um grande impulso intervencionista, bem como o início mais intenso da implantação das sociedades de economia mista, com o intuito de acelerar o processo de industrialização.⁵

Entretanto, a reforma de 1930, apesar de atingir amplas transformações no Brasil, não teve êxito na implantação da burocracia weberiana, a qual foi impactada pela continuidade do papel do patrimonialismo, coronelismo e clientelismo.⁶

Em razão de questões ligadas à segurança nacional decorrente da ocorrência da Segunda Guerra Mundial, no ano de 1940, pode-se observar o início da adoção do Estado de bem-estar, bem como destacar a criação de várias empresas estatais, quais sejam, o Instituto de Resseguros do Brasil (1939); a Companhia Siderúrgica Nacional (1941); a Companhia Vale do Rio Doce (1942); a Companhia Nacional de Alcalis (1943); a Companhia Hidroelétrica do São Francisco (1945); a Fábrica Nacional de Motores (1946); e esta criação se expandiu, em especial com o apoio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, citando ainda a criação da Rede Ferroviária Federal (1957); Petrobras (1953) e Eletrobras (1961).⁷

Após a queda de Vargas, entre 1945 e 1964, iniciou-se um novo período de transformações, o qual focou em reformas descentralizadas, inclusive com a criação da Comissão de Simplificação Burocrática e a Comissão de Estudos e Projetos Administrativos.⁸

O papel assumido pelo Estado no período de 1930 a 1970 estava desalinhado com o processo célere existente na área de tecnologia, tanto que os países em desenvolvimento já estavam apostando na reforma desenvolvimentista, entretanto, no mesmo íterim, em março de 1964, o Brasil sofreu um golpe militar com a implantação de uma ditadura, fato que deu ensejo a uma nova fase administrativa no Brasil.⁹

⁴ FERRO, Marlúcia Lopes. **Sociedade de economia mista & despedida imotivada**. São Paulo: Ltr, 2007, p. 16.

⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 82.

⁶ FERRO, op. cit., p. 16 e 17.

⁷ RIBEIRO, op. cit., p. 82 e 83.

⁸ FERRO, op. cit., p. 17.

⁹ FERRO, op. cit., p. 18.

No ano de 1967, em pleno regime militar, surgiu uma nova reforma baseada na publicação do Decreto nº 200 de 25 de fevereiro de 1967,¹⁰ a qual entre diversos objetivos, pregou a necessidade de descentralização através da criação de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, em substituição à Administração Pública burocrática, uma vez que se entendia que os seus rigorosos princípios versavam como obstáculo ao desenvolvimento.¹¹

Além da agilidade decorrente da desburocratização, a reforma também pretendia, através da aliança entre o Estado e o particular, “atrair investimentos de capitais particulares para suprir necessidades coletivas exacerbadas pela primeira guerra mundial”.¹²

Entretanto, a reforma pretendida não se concretizou como planejado, em especial pela existência de dois movimentos opostos, quais sejam, o centralismo e a descentralização, sendo que tal embate acabou por criar a tecnoburocracia, conhecida como um quadro burocrático qualificado.¹³

Com base no conceito da reforma, a ideia da implantação de forma mais intensa da sociedade de economia mista no Brasil tomou corpo, uma vez que o legislador pretendia utilizar no Estado as formas de direito privado, “na busca de maior eficiência gerencial, ao mesmo tempo em que mantém participação majoritária capaz de assegurar proteção adequada aos interesses públicos”.¹⁴

Neste momento vale citar o entendimento de Bresser Pereira que defende a administração pública gerencial não somente em decorrência “de problemas de crescimento e da consequente diferenciação de estruturas burocráticas e da complexidade crescente da agenda governamental, mas também da necessidade de legitimação da burocracia perante as demandas da cidadania”.¹⁵

A sociedade de economia mista foi desenvolvida em face da deficiência do aparelho burocrático, visando à participação conjunta do público e do privado, em especial, quanto aos

¹⁰ “O Projeto de Lei Orgânica do Sistema Administrativo Federal, de 1963, considerava a sociedade de economia mista e a empresa pública como componentes da administração paraestatal”. Fonte: ARANHA, Márcio Iorio. O objeto do estatuto jurídico das estatais e os regimes jurídicos da empresa pública e da sociedade de economia mista. *In*: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais**: análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 44.

¹¹ FERRO, Marlúcia Lopes. **Sociedade de economia mista & despedida imotivada**. São Paulo: Ltr, 2007, p. 18 e 19.

¹² VAL, Pedro. **Manual da sociedade de economia mista**. São Paulo: Editora Pillares, 2014, p. 15.

¹³ FERRO, op. cit., p. 19 e 20.

¹⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 92.

¹⁵ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Ed. 34, 1998, p. 50.

dividendos, direção e deliberações, com atenção voltada à orientação no interesse público, e, na busca da concretização dos fins de interesse social.¹⁶

Desta forma, a sociedade de economia mista:

não só serviu de instrumento de intervenção na produção, mas também possibilitou a entrada de investimentos estrangeiros, pois, muitas delas, como a PETROBRAS e a CSN, tornaram possível o estabelecimento de empresas e fomentaram a pesquisa e produção em vários setores da economia.¹⁷

Podem-se citar ainda outras justificativas para a sua criação, como a questão ideológica a partir de uma concepção anticapitalista; a melhoria das condições de emprego dos empregados públicos,¹⁸ bem como dos assalariados do setor privado que passaram a reivindicar os mesmos direitos; auxílio na construção e viabilidade dos planos e metas econômicas; surgimento de polos industriais; obtenção de novos mercados; oferecimento de bens e serviços essenciais à comunidade a partir de preços subsidiados ou tarefas especiais; a manutenção de empresa em dificuldade cuja necessidade social da sua manutenção seja relevante.¹⁹

Desta forma, as sociedades de economia mista possuem um papel essencial para o desenvolvimento do sistema capitalista, seja para corrigir falhas de mercado, seja para implementar políticas públicas, mas mantendo a sua natureza privada em busca de lucro, numa conciliação complicada entre a sua face estatal e empresarial, numa mistura de interesses políticos, particulares e econômicos.²⁰

É fato que quando o Estado opta pela criação de uma sociedade de economia mista, o faz também pela atratividade da racionalidade empresarial, em busca da eficiência, uma vez que “é notório que a forma de organização empresarial é mais flexível e maleável do que a

¹⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 83.

¹⁷ PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer. **A licitação na sociedade de economia mista**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003, p. 24.

¹⁸ “No exemplo brasileiro a criação de sociedades estatais também esteve vinculada à melhoria das condições de emprego. Buscou-se uma nova concepção de relação de emprego por meio da oferta, aos seus contratados, de planos de carreira incentivadores, planos de assistência pessoal e familiar, além de salários mais elevados do que aqueles vivenciados pela realidade econômica brasileira. Em face do inevitável conflito entre as vantagens oferecidas aos trabalhadores em sociedades estatais e no mercado de trabalho, tais vantagens acabaram por ser consideradas abusivas e incompatíveis com a manutenção do estado de solvência da empresa, tendo sido em sua maior parte afastadas em períodos recentes.” *In*: RIBEIRO, op. cit., p. 98.

¹⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. op. cit., p. 98.

²⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DALLEONE, Rodrigo Fernandes Lima. A Lei nº 13.303/2016 e as sociedades de economia mista: aspectos societários, controle e eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, maio/agosto 2019, p. 154.

dos entes estatais e pode responder mais facilmente às necessidades de mudança do que as entidades burocráticas de direito público”.²¹

Na experiência brasileira, o Decreto-lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967 regulamentou a sociedade de economia mista, e estabeleceu-lhe um conceito,²² o qual foi alterado pelo Decreto-lei nº 900 de 1969 e permanece em vigência até os dias atuais.²³

O decreto ainda determina que a Administração Federal compreenda a administração direta e a indireta, a qual abrange atualmente as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.

Ainda, o Decreto-lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967, no seu artigo 5º, III, considera a sociedade de economia mista: “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta”.

A sociedade de economia mista é um instrumento do poder público para explorar uma atividade econômica, mas somente quando esta for imprescindível para a segurança nacional ou quando estiver caracterizado relevante interesse coletivo, nos termos do artigo 173 da Constituição da República Federativa do Brasil.²⁴

As sociedades de economia mista somente podem ser criadas e extintas por lei, possuem personalidade jurídica de direito privado, sujeitam-se ao controle estatal, suportam a derrogação parcial do regime de direito privado por normas de direito público, têm vinculação aos fins definidos na lei instituidora, bem como exercem atividade de natureza econômica, sendo-lhe aplicada, em especial, o Decreto-lei nº 200/67, a Lei nº 6.404/1976, a Lei nº 13.303/2016 e os artigos 37, XIX e 173, §1º, II da Constituição da República Federativa do Brasil.

²¹ TONIN, Mayara Gasparoto. **Sociedades de economia mista e acionistas minoritários**: de acordo com a Lei das S/A e com a nova lei das estatais. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2018, p. 33.

²² O conceito inicial da sociedade de economia mista inserido no Decreto-lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967 era: “Sociedade de Economia Mista – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para o exercício de atividade de natureza mercantil, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou à entidade da Administração Indireta.”

²³ “As sociedades de economia mista eram formalmente regidas pela legislação das sociedades anônimas em geral. A própria ausência de uma definição legal, que só viria a existir a partir de 1967, quando o Decreto-lei nº 200 passou a caracterizar essas empresas como uma categoria jurídica específica, demonstrava que elas não deveriam ser essencialmente diversas de qualquer outra sociedade por ações. Pelo contrário. Adotava-se o regime das sociedades mercantis justamente porque se tratava do figurino mais apropriado a uma intervenção direta do Estado no setor econômico.” *In*: SCHWIND, Rafael Wallbach. **O Estado acionista**: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal. São Paulo: Almedina, 2017, p. 105.

²⁴ VAL, Pedro. **Manual da sociedade de economia mista**. São Paulo: Editora Pillares, 2014, p. 14.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro explana acerca de cada característica da sociedade de economia mista, entretanto, as explicações mais relevantes da referida autora, para o nosso objeto de estudo são que em razão da sua personalidade de direito privado, será sempre esta modalidade de direito a ser aplicado, salvo quando houver a exigência expressa da aplicação do direito público.²⁵

Outra característica refere-se à sua menção de que a atividade de natureza econômica pode ser desempenhada a título de intervenção do Estado no domínio econômico, quando se aplica o artigo 173 da Constituição da República Federativa do Brasil.²⁶

E, a última característica é de que pode ser exercida como serviço público asseverado pelo Estado, hipótese em que será aposto o artigo 175 da Constituição da República Federativa do Brasil.²⁷

A sociedade de economia mista faz parte da Administração Pública indireta, pois a descentralização possui como objetivo “utilizar o modelo empresarial privado, seja para dar um melhor atendimento aos usuários do serviço público, seja para maior rendimento na exploração da atividade econômica”,²⁸ uma vez que pode exercer a exploração de atividade econômica ou então a prestação de serviço público.

Poderia se defender que a prestação de serviço público pela sociedade de economia mista seria uma forma de descentralização, com a criação de um novo sujeito de direito a compor a Administração Pública indireta, detendo o ente público o controle desta sociedade.²⁹ Partindo desta linha de raciocínio, poderia se propor que as sociedades de economia mista prestadoras de serviço público pudessem ter os mesmos benefícios e privilégios fiscais que a Administração Pública direta, sendo que somente não poderia se defender a extensão no caso de exercer a atividade econômica própria.³⁰ Entretanto, a lei não desenhou o modelo neste formato.

Na Carta de 1967, com relação às sociedades estatais era mencionado expressamente o princípio da subsidiariedade, o qual deixou de ser expresso na Constituição da República

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 440 e 441.

²⁶ *Ibid.*, p. 440 e 441.

²⁷ *Ibid.*, p. 440 e 441.

²⁸ FERRO, Marlúcia Lopes. **Sociedade de economia mista & despedida imotivada**. São Paulo: LTr, 2007, p. 27.

²⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 133.

³⁰ *Ibid.*, p. 135.

Federativa do Brasil de 1988. Questiona-se qual é o real impacto decorrente da exclusão do princípio, o que será explicitado a seguir.³¹

O princípio da subsidiariedade pode ser associado à ideia de ação secundária ou como supletividade. Na primeira hipótese a iniciativa privada possui um papel predominante, e, na segunda hipótese, o Estado possui a possibilidade de atuar quando a favor do desenvolvimento e da melhoria da qualidade de vida.³²

Apesar do referido princípio da subsidiariedade não mais constar expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Marcia Carla Pereira Ribeiro defende que o mesmo permanece vigente conforme se pode extrair da redação do artigo constitucional 173. Tal artigo restringe a exploração da atividade econômica pelo Estado quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou em face da existência do relevante interesse coletivo.³³

Emerson Gabardo, ao tratar do tema da subsidiariedade, assim apresenta o seu entendimento:

A presença da subsidiariedade pode ocorrer como princípio filosófico do direito político moderno (ou seja, tipicamente um princípio filosófico do direito político moderno (ou seja, tipicamente um princípio da teoria do Estado) ou como princípio constitucional (ou seja, tipicamente jurídico); sendo razoável a controvérsia da existência ou não da subsidiariedade no sistema da Constituição Federal de 1988 tanto num como noutro caso. [...] O artigo 170 da Constituição brasileira de 1967 previa expressamente que às empresas privadas competia, “preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar as atividades econômicas”. Já no parágrafo primeiro deste artigo dispunha que “apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica”. Aqui sim, neste dispositivo da redação precedente à atual, estava consagrado o princípio da subsidiariedade. O legislador constituinte, entretanto, resolveu alterar propositalmente a norma, com vista a fazer desaparecer a ideia de subsidiariedade (no que fez bem, pois tal ideia, pouco tem a ver com um Estado de modelo social). Equivocadamente, a doutrina brasileira parece não ter atentado para esta decisão do constituinte, em razão do que vem reconhecendo o caráter implícito do princípio (mesmo contrariando-se a regra expressa da atual Constituição, cuja racionalidade é bastante diversa da sua atual antecessora). O artigo 173 da Constituição Federal brasileira estabelece uma expressa proibição ao Estado, impedindo que as empresas estatais explorem diretamente a atividade econômica. A norma é de caráter eminentemente capitalista e liberal, típica de uma Constituição que embora reconheça um forte caráter social, também valoriza de forma significativa os princípios da livre iniciativa e livre concorrência.³⁴

³¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 112.

³² *Ibid.*, p. 113.

³³ *Ibid.*, p. 113.

³⁴ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 211 e 225-226.

A sociedade de economia mista possui um modelo estrutural complexo, o que alude inclusive à dificuldade de delimitar o seu conceito doutrinário, uma vez que possui uma vasta legislação acerca do tema, uma diferença entre modelos legais e teóricos, além, da realidade das suas características no caso concreto.³⁵

Celso Antônio Bandeira de Melo retrata a sociedade de economia mista como um instrumento de ação do Estado, como auxiliar do poder público, a partir da conjugação de recursos públicos e particulares, “com prevalência acionária votante da esfera governamental”, com a formação de sociedade anônima de forma obrigatória nos termos do artigo 5º do Decreto-lei nº 200, as suas ações judiciais são apreciadas pela Justiça Estadual, sendo essencial essa diferenciação para resguardar os objetivos e funções da referida sociedade.³⁶

Para Eliana Donatelli de Moura há uma certa uniformidade quanto ao conceito da sociedade de economia mista, a qual possui as seguintes características: “(a) sociedade por ações, (b) criada pelo Estado (em sentido amplo), (c) mediante autorização legal específica e (d) submetida a controle acionário majoritário e permanente da entidade que lhe tenha dado origem”.³⁷ Entretanto, destaca-se o seguinte conceito doutrinário:

Trata-se de organização societária situada na confluência das estruturas típicas de sociedade comercial e da administração indireta. Sua forma é comercial e a atividade que desenvolve econômica. No entanto, sua peculiar estrutura envolve a junção do patrimônio público e privado, conferindo à sociedade de economia mista feição ímpar de sujeito de direito privado, submetido, em face do poder de controle, às diretrizes impostas pelos representantes do Estado.³⁸

A sociedade de economia mista, sendo uma empresa estatal, caracteriza-se por ser *sui generis*, “dotada de natureza institucional e estrutura de controle em que digladiam necessidades governamentais e da sociedade em geral, convivendo com expectativas de retorno financeiro dos sócios privados”.³⁹

A estrutura societária da sociedade de economia mista enquadra-se como uma espécie de sociedade anônima, ou seja, uma sociedade de capital que depende do capital dos sócios, e

³⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 16.

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007, p. 186-188.

³⁷ MOURA, Eliana Donatelli de. **Sociedades de economia mista na nova lei das sociedades anônimas: o acionariado do Estado**. Porto Alegre, Atrium, 1978, p. 23.

³⁸ RIBEIRO, op. cit., p. 80.

³⁹ ARANHA, Marcio Iorio. O objeto do estatuto jurídico das estatais e os regimes jurídicos da empresa pública e da sociedade de economia mista. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 47.

necessariamente de contribuições particulares e públicas, sendo esta última com capital suficiente para que o poder público tenha controle. É importante destacar que a sociedade anônima pode assumir um quadro social instável se possuir negociação dos títulos mobiliários em bolsa de valores, mas a transferência do capital público depende de autorização legislativa.^{40;41}

Destaca-se que para evitar a confusão entre a personalidade jurídica do acionista e da sociedade, esta é entidade privada, e, portanto, não possui o direito de aplicação do ato de império, característico de seu acionista, sob pena de caracterizar concorrência desleal com os particulares.⁴²

Apesar da sociedade de economia mista ser enquadrada como entidade privada, faz parte da Administração Pública indireta, ou seja, possui normas especiais que a regulam, e, portanto, na ausência destas leis, aplica-se o direito comum.⁴³ Nos termos do artigo 173, II⁴⁴ da Constituição da República Federativa do Brasil, a sociedade de economia mista deve observar o regime jurídico próprio das empresas privadas, sendo considerada uma sociedade empresarial dependendo de lei autorizadora de participação do poder público no capital

⁴⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 17 e 18.

⁴¹ Importante citar decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a exigência de autorização de venda de subsidiária de estatais: “Na sessão desta quinta-feira (6), o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) referendou, em parte, medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5624 para afirmar que a exigência de autorização legislativa não se aplica à venda do controle das subsidiárias e controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista. Na hipótese, segundo decidiu a Corte, a operação pode ser realizada sem necessidade de licitação, desde que siga procedimento que observe os princípios da administração pública, previstos no artigo 37 da Constituição Federal (CF), respeitada sempre a exigência de competitividade. A Corte firmou, contudo, a necessidade de autorização legislativa e processo licitatório para alienação das empresas-matrizes. O resultado, por maioria, foi alcançando a partir do voto médio, entendimento que representa um meio termo entre os votos apresentados no julgamento. A ADI 5624 foi ajuizada pela Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal (Fenaec) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (Contraf/CUT) para questionar a Lei das Estatais (Lei 13.303/2016). Também foram julgadas, em conjunto, as liminares nas ADIs 5846, 5924 e 6029, todas de relatoria do ministro Lewandowski. O julgamento teve início no dia 30 de maio, com a leitura do relatório e as sustentações orais das partes. Na sessão de ontem (5), votaram o relator, ministro Ricardo Lewandowski, e o ministro Edson Fachin, no sentido de referendar integralmente a liminar. Os ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso não referendaram a liminar.” Fonte: PORTAL STF NOTÍCIAS. **STF decide que venda de subsidiárias de estatais não exige autorização legislativa**. Publicado em: 06/06/2019 no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=413384> Acesso em: 15 out. 2021.

⁴² VAL, Pedro. **Manual da sociedade de economia mista**. São Paulo: Editora Pillares, 2014, p. 14.

⁴³ *Ibid.*, p. 14.

⁴⁴ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º: A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários [...]”

social, pois possui como maior objetivo atender o interesse social com a agilidade própria do setor privado.⁴⁵

É necessário especificar que a criação pode atingir as três esferas de poder público e a atuação deve se ater ao objeto previsto na lei criadora.^{46;47} A criação pressupõe a participação do Poder Legislativo e Executivo, exatamente para que a vontade popular, através dos seus representantes eleitos, reconheça a necessidade de intervenção do Estado em determinada atividade, e, por consequência a implantação da sociedade de economia mista.⁴⁸

Nos termos do artigo 237 da Lei das Sociedades Anônimas, “a companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição”, além de buscar um fim de natureza coletiva.

Um fato interessante é que para a implantação da sociedade de economia mista, no ano de 1967, não havia previsão de necessidade de observância dos princípios da licitação nas suas contratações, exatamente para agilizar a sua atuação e escapar da burocracia.⁴⁹ Entretanto, com o passar do tempo, demonstrou-se primordial proteger o erário público aplicado pelo Estado nas sociedades de economia mista, com o advento de diversas legislações voltadas para este escopo.⁵⁰

As formas de proteção legal são a exigência da observância da licitação, acréscimo da responsabilidade dos administradores e a vigilância sobre os seus atos, entre outros, mas sem descaracterizar a sua natureza jurídica de sociedade anônima, bem como, as suas relações civis, trabalhistas e tributárias próprias das entidades privadas.⁵¹

⁴⁵ VAL, Pedro. **Manual da sociedade de economia mista**. São Paulo: Editora Pillares, 2014, p. 15 e 16.

⁴⁶ Anteriormente existia uma controvérsia acerca da possibilidade de criação da sociedade de economia mista nos estados e municípios, mas tal entendimento foi superado, sob o fundamento de que o tema é de matéria econômica, e, não comercial, tratando-se, portanto, de interesse local e competência concorrente. Sobre o tema, ver: MUKAI, Toshio. A sociedade de economia mista na Lei das S.A. **Revista de Direito Administrativo**, n. 136, p. 297-303, abr./jun. 1979.

⁴⁷ “Foi ainda no período de vigência da constituição anterior que se estabeleceu a discussão acerca da possibilidade de criação de sociedades de economia mista pelos entes jurídicos de direito público municipal e estadual. A recusa à aceitação das sociedades de economia mista estaduais e municipais esteve atrelada à competência federal para elaboração de normas de direito comercial, vale dizer, de normas derogatórias do direito societário que inevitavelmente acompanhariam a criação de sociedades estatais. Sem que se possa negar a distribuição de competências trazida pela Constituição, ela não impede a criação das empresas mistas estaduais e municipais. Nestas as derivações do direito comum precisam estar fundamentadas na própria Constituição ou em lei federal de âmbito nacional, como o Decreto-lei 2.300/86 e a Lei das Sociedades Anônimas. Respeitadas tais limitações, poderão as empresas mistas ser criadas e mantidas pelos Estados e Municípios.” *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 108 e 109.

⁴⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 138.

⁴⁹ VAL, Pedro. **Manual da sociedade de economia mista**. São Paulo: Editora Pillares, 2014, p. 16.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 19 e 20.

⁵¹ *Ibid.*, p. 19 e 20.

É importante reiterar que a sociedade de economia mista deve observar o regime de direito privado, entretanto, “não resta dúvida de que, por utilizar-se de verbas públicas na constituição de seu patrimônio ou na subvenção de suas atividades, respeitará as proteções conferidas aos bens públicos”.⁵²

Desse modo, a criação que inicialmente pretendia a agilidade da sociedade de economia mista, a partir da aplicação do regime jurídico de direito privado, acabou sendo alterada pelo “sistema constitucional atual, ao estender às sociedades de economia mista o regime jurídico de direito público quanto à licitação e fiscalização, acabou impondo-lhe uma situação de direito muito próxima a dos entes jurídicos de direito público”.⁵³

Desta forma, a partir de 1988, com a Constituição da República Federativa do Brasil, os artigos 173 e 175 tratam das atividades possíveis de serem exercidas pela sociedade de economia mista e trazem alguns critérios para a sua execução.

O artigo 173 da Constituição da República Federativa do Brasil determina que o Estado somente poderá explorar atividade econômica, quando esta for “necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”⁵⁴, ressalvados os casos previstos na própria Constituição e nos termos definidos em lei. O referido artigo também prevê que “a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”.⁵⁵

Na referida lei deverá ser estabelecida a função social e formas de fiscalização; a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, em especial no que se refere aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, nos termos dos princípios observados na Administração Pública; a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal; bem como dos mandatos, da avaliação de desempenho e da responsabilidade dos administradores.⁵⁶

⁵² VAL, Pedro. **Manual da sociedade de economia mista**. São Paulo: Editora Pillares, 2014, p. 23.

⁵³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 118.

⁵⁴ Artigo 173 da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁵⁵ Artigo 173, §1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁵⁶ A atual redação do parágrafo primeiro do artigo 173 decorre da Emenda Constitucional nº 19 de 1998., sendo que antes o texto assim estava redigido: “§ 1º: A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.”

Com relação à função social da sociedade de economia mista a legislação impõe que o seja a partir da realização do “interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação”,⁵⁷ sendo importante destacar que a função social não é novidade legislativa, estando prevista no artigo 5º, XXIII da Constituição da República Federativa do Brasil e artigo 421 do Código Civil Brasileiro.

O mesmo artigo 173 da Constituição da República Federativa do Brasil, no seu parágrafo segundo, estabelece que as sociedades de economia mista “não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”,⁵⁸ pois do contrário ocorreria uma concorrência desleal, o que não é o objetivo da lei, a qual na verdade pretende muitas vezes estimular o mercado e, sempre, atender um fim social, mas dentro de um ambiente de concorrência leal.

O artigo 175 da Constituição da República Federativa do Brasil determina que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”,⁵⁹ abrindo também aqui espaço para a atuação da sociedade de economia mista.

Reitera-se que o presente trabalho possui o objetivo de analisar as sociedades de economia constituídas para a prestação de serviço público de distribuição de energia elétrica, e é exatamente por adotar esta linha que, no próximo capítulo, serão abordadas a análise da natureza e características do conceito de serviço público.

2.2 SERVIÇO PÚBLICO

Antes de adentrar ao tema propriamente indicado neste subtítulo, é importante resgatar quais atividades podem ser desempenhadas pela sociedade de economia mista, quais sejam, as típicas ou essenciais, que são exercidas a partir de um monopólio; as que possuem como objetivo “oferecer serviços e bens necessários à coletividade, que não estejam ou não possam ser ofertados pela iniciativa privada”;⁶⁰ e, por fim, a realização de uma atividade já realizada

⁵⁷ GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 36.

⁵⁸ Artigo 173, §2º da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁵⁹ Artigo 175 da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁶⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 127.

pelo setor privado, a partir de um sistema de concorrência, entretanto, esta última atividade deve ser apenas realizada de forma excepcional.⁶¹

Em resumo, a Constituição da República Federativa do Brasil autoriza que a sociedade de economia mista atue na atividade econômica em sentido estrito, bem como através da prestação do serviço público, sendo que na primeira modalidade atua na esfera do particular, e, na segunda, “oferta à sociedade bens ou serviços escassos, apresentados exclusivamente pelo Estado ou pelo particular no sistema de concessão”.⁶²

No caso da concessão de serviços públicos, por um lado, desonera-se os cofres da Administração Pública e transfere-se o risco com relação à lucratividade, uma vez que é assumido pela iniciativa privada, mas não de forma plena. De outro lado, como o particular está no exercício de competência estatal e que a maior parte do capital é público, “continua o ente público respondendo objetivamente pelos atos praticados pelo concessionário e que o tenham sido, no exercício do serviço público em que houve dano a terceiros”,⁶³ sendo ainda responsável pelo desempenho satisfatório do prestador de serviço e pela sua continuidade. Também se caracteriza por permitir aos “administrados disporem de serviços que deverão ser prestados de acordo, com a melhor técnica, buscando-se os melhores resultados em termos de benefícios sociais, considerando-se que o Estado não dispõe da especialidade que o particular pode dispor relativamente à área de atuação”.⁶⁴

Diante destas últimas considerações, Eros Grau sugere que não se trata de concessão, mas sim de verdadeira modalidade de delegação, uma vez que as sociedades de economia mista são criadas para tal fim. Ou seja, não decorre de contrato, mas sim de imposição legal; quanto à caducidade ou rescisão, estas dependem da extinção legal e não possuem caráter temporário necessariamente; não há garantia de retribuição lucrativa, mas pelo contrário, pode até ser deficitária; na situação retratada a satisfação do interesse público prevalece sobre a busca do lucro.⁶⁵

⁶¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 127.

⁶² *Ibid.*, p. 128.

⁶³ *Ibid.*, p. 130.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 130.

⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 157-160.

Retornando ao conceito do serviço público, passa-se ao defendido pelo Celso Antônio de Bandeira de Mello:

O serviço público constitui-se em uma das mais importantes noções do direito administrativo brasileiro, porque tem assento constitucional especificador de um vasto campo de deveres do Estado brasileiro em relação à Sociedade, sobre se constituir em fundamento da cobrança de relevante variedade de taxas. Diante da orquestrada zoeira da privatização, em diferentes partes do mundo, mas sobre-posse entre os sub ou semidesenvolvidos (como é natural) e até mesmo no Brasil – em despeito dos dizeres da Constituição –, chegou-se a apregoar o fim da noção de serviço público e uma suposta superação do Direito Administrativo até então existente, substituídos um e outro pelas maravilhas da livre iniciativa e da auto-regulação do mercado, tudo no melhor estilo e sotaque norte-americano.⁶⁶

Celso Antônio Bandeira de Melo, no corpo do texto da sua obra de *Direito Administrativo*, apresenta mais um conceito de serviço público:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.⁶⁷

Para Marcia Carla Pereira Ribeiro o conceito de serviço público não é estático:

Admitindo variações pela aceitação e novas modalidades ou pela retirada de antigas, de acordo com o grau de essencialidade ou de oferta dos bens e serviços, num determinado local, num determinado período. [...] Os serviços públicos podem ser compreendidos como uma projeção no campo fático do que o legislador constitucional resolveu indicar como situação teórica de relevante interesse coletivo, senão imperativos da segurança nacional, como na hipótese das atividades estratégicas.⁶⁸

Luiz Gustavo Kaercher Loureiro conceitua o serviço público como:

A atividade de produção e/ou circulação de bens e serviços referentes a uma determinada área econômica, atribuída pela Constituição ao Poder Público, dotada, por opção do legislador ordinário, de um regime jurídico específico estampado no art. 175 – caracterizado fundamentalmente pela existência de uma “política tarifária”, pela obrigação de um “serviço adequado” e pela responsabilidade civil objetiva –, cuja execução pode ser delegável a privados, por meio de específicos instrumentos que assegurem o pleno exercício da competência pública e o oferecimento do “serviço adequado” ao usuário.⁶⁹

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 652, nota de rodapé 5.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 650.

⁶⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 135 e 136.

⁶⁹ LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Premissas para uma leitura integrada da indústria de energia na Constituição e para a identificação de uma política energética constitucional – a propósito dos arts. 173 e 175 da

Floriano de Azevedo Marques Neto defende uma construção doutrinária do serviço público:

A própria Constituição não trata do termo serviço público com uma única acepção. Por isso é no mínimo muito difícil extrair do texto constitucional uma concepção única de serviço público, como procura fazer parte da doutrina do Direito administrativo brasileiro. Ainda que sejam úteis e até necessárias as interpretações do texto constitucional, a verdade é que o texto não favorece muito as apartações dicotômicas. Por isso não se pode afirmar que a noção de serviço público entre nós seja uma construção constitucional, mas sim doutrinária.⁷⁰

André Luiz dos Santos Nakamura também apresenta um conceito de serviço público:

A Constituição Federal nos deu uma noção de serviço público que abrange: i) os elencados na Constituição Federal que somente podem ser objeto de prestação direta pelo Estado ou de forma indireta por este, mediante a concessão e permissão de serviço público; ii) abrange também as prestações de utilidade pública que podem ser realizadas, de forma complementar, pela iniciativa privada, como saúde e educação; iii) os não expressamente elencados na Constituição Federal, mas que se tornem um dever do Estado, em razão da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais. O rol dos serviços públicos não é fixo, sendo alterado de acordo com as necessidades coletivas, sempre por uma escolha política, amparada em lei. Uma atividade que hoje não é serviço público pode ser transformada em serviço público, desde que necessária ao atendimento do interesse público e efetividade dos direitos fundamentais. Da mesma forma, uma atividade que hoje é considerada um serviço público pode deixar de sê-lo, desde que desnecessária a atuação estatal. Os serviços públicos podem ser instituídos por lei, sem necessidade de emenda constitucional. O Estado não é livre para declarar qualquer atividade como serviço público. Porém, havendo a necessidade de fomentar a efetividade de qualquer direito fundamental, pode e deve o Estado, por lei, declarar qualquer atividade como serviço público, inclusive as atividades de natureza econômica, conforme previsto no art. 173 da Constituição Federal.⁷¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro além de expor um conceito, ainda enumera exemplos de serviços públicos expressos na Constituição da República Federativa do Brasil:

Serviço público é toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público. Abrange atividades que, por sua essencialidade ou relevância para a coletividade, foram assumidas pelo Estado, com ou sem exclusividade. A própria Constituição Federal é farta em exemplos de serviços públicos, em especial os previstos no artigo 21 com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 8/95; serviço postal e correio aéreo nacional (inciso X), serviços de telecomunicações (inciso XI), serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético, radiofusão, navegação aérea, aeroespacial, transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros em fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou Território, transporte rodoviário interestadual e

Carta. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito do petróleo e de outras fontes de energia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 303-325.

⁷⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Evolução do Serviço Público. *In*: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado** (Vol. 4). Coordenação: Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 89-113.

⁷¹ NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Revisitando o conceito de serviço público. *In*: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 1, abr./2019, p. 301-302.

internacional de passageiros, serviços de portos marítimos, fluviais e lacustres (inciso XII); serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional (inciso XV); serviços nucleares (inciso XXIII).⁷²

Pode-se observar que não há uniformidade na doutrina e nem mesmo um conceito expresso na Constituição de serviço público, e tal se deve muito à própria redação constitucional, que acaba utilizando o termo para situações diversas. É o que ocorre, por exemplo no artigo 175 da Constituição da República Federativa do Brasil e dispositivos relacionados à saúde e educação, sendo que naquele artigo coloca como exigência a existência de concessão e permissão pelo Estado para a prestação do serviço público, e, nas duas últimas hipóteses, pode ser exercida livremente pela iniciativa privada sem qualquer exigência adicional.⁷³

É importante ressaltar que o não interesse de determinada atividade pelo setor privado, não o transforma em serviço público. Na verdade, sequer as diretivas indicadas no artigo 173 da Constituição da República Federativa do Brasil, quais sejam, no caso de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, daria a uma determinada atividade o título de serviço público, mesmo porque tais diretivas se aplicam para as atividades econômicas efetivadas pelo Estado em concorrência com a iniciativa privada. Por outro lado, também não se pode afirmar que somente o Estado pode realizar o serviço público, pois este também pode ser prestado pela iniciativa privada, conforme se pode extrair da leitura do artigo 199 da Constituição.⁷⁴

Este também é o entendimento de Fernando Herren Aguillar que afirma que o atendimento das diretrizes do artigo 173 da Constituição da República Federativa do Brasil não pode servir de subsídio para enquadrar uma determinada atividade como serviço público, e, portanto, somente poderia ser enquadrado o que expressamente foi determinado pela Constituição como tal.⁷⁵

É fato que a sociedade de economia mista prestadora de serviço público, apesar de lhe ser aplicado o regime jurídico de direito privado, não possui o mesmo tratamento e liberdade das empresas privadas, ou seja, não há paridade entre elas, pelo contrário, sendo que as

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19ª. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 446 e 74.

⁷³ NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Revisitando o conceito de serviço público. *In: Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 1, abr./2019, p. 297.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 295.

⁷⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do Direito Nacional ao Direito Supranacional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 346-347.

limitações são significativas, como a exigência da licitação, bem como a fiscalização constante do Tribunal de Contas.⁷⁶

Inclusive as ações fiscalizadoras existem em razão da utilização do capital público e da necessidade de comprovar como foi aplicado eventual lucro, pois se trata de um acréscimo ao erário.⁷⁷

2.3 REGIME JURÍDICO APLICÁVEL ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Analisada sob o viés do sistema capitalista, a intervenção estatal somente seria justificada quando tivesse como intuito atender a satisfação dos interesses da coletividade, sendo que a sociedade de economia mista seria um instrumento para a realização destes interesses por meio da atuação do Estado.⁷⁸

A sociedade de economia mista possui como papel principal o atendimento do aspecto social, e, sendo mista, é constituída por parcela do patrimônio público, ou seja, da coletividade, mas também, possui patrimônio privado, o que lhe submete ao regime jurídico ora de direito privado e ora de direito público, no mesmo íterim, e, portanto, em alguns aspectos lhe aplica o regime jurídico de direito privado e em outros aspectos, as normas de direito público.⁷⁹

A Constituição da República Federativa do Brasil enumera diversas características marcantes da sociedade de economia mista, mantendo-a na Administração Pública indireta e determinando a sua obediência aos princípios do artigo 37, *caput*, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A investidura em emprego público depende de aprovação prévia em concurso público ou de provas e títulos,⁸⁰ bem como proíbe a acumulação de empregos e funções no âmbito da Administração Pública direta e indireta,⁸¹ tema a ser tratado de forma mais detalhada no final deste capítulo.

Aplica-se ainda à sociedade de economia mista as normas de direito público relativas ao procedimento licitatório.⁸²

⁷⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 137.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 137.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 23 e 30.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 35.

⁸⁰ Artigo 37, II da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁸¹ Artigo 37, XVII da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁸² Artigo 37, XXI da Constituição da República Federativa do Brasil.

A sociedade de economia mista padece da incidência das normas constitucionais, direito administrativo e societário, sendo que é deste último que “retira a sua estrutura organizacional e a conformação da sua atividade”.⁸³ Sendo uma sociedade comercial, sua atividade tem caráter econômico, mesmo quando possui por objeto a prestação do serviço público.⁸⁴

Com relação à implantação da sociedade de economia mista, a mesma é regulada pelo Decreto-lei nº 200/67, sendo que a sua organização e estrutura se rege pela Lei das Sociedades Anônimas e pela Comissão de Valores Mobiliários quando se tratar de companhia aberta, bem como por disposições especiais impostas pelo poder público, as quais são aplicáveis também para as sociedades de que faz parte.⁸⁵

No artigo 173 da Constituição da República Federativa do Brasil fica determinado que a sociedade de economia mista se sujeita “ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”, sendo que o presente trabalho dará foco nas obrigações trabalhistas.⁸⁶

É importante destacar que a distinção entre serviços públicos e atividades econômicas, bem como a aplicação respectiva dos artigos 175 e 173, ambas da Constituição da República Federativa do Brasil, está sendo repensada, por não ser atualmente tão adequada para definir o regime de gestão de uma empresa estatal, e, pelo fundamento de que não há relação entre a natureza da atividade e a ausência ou presença da competição:⁸⁷

Assim, é plenamente possível que uma empresa estatal preste um serviço público em regime de competição com empresas privadas, do que se extrai a absoluta impossibilidade de sua gestão ser integralmente submetida ao paradigma burocrático de atuação somente por se rotular a sua atividade como sendo um serviço público, e não uma atividade econômica em sentido estrito. [...] Diante disso, o pensamento doutrinário atualmente caminha no sentido de se admitir com maior naturalidade à sujeição das empresas estatais ao regime próprio das empresas privadas. Entende-se que o dado relevante consiste em identificar se a empresa estatal atua em competição com outras empresas.⁸⁸

Mayara Gasparoto Tonin também segue esta linha, uma vez que entende ser insuficiente para descrever a realidade, em razão da introdução da concorrência em setores que anteriormente eram considerados monopólios, “isso porque o regime de competição exige

⁸³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 118.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 118.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 119.

⁸⁶ Artigo 173 da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁸⁷ SCHWIND, Rafael Wallbach. **O Estado acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 77.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 78 e 79.

das sociedades empresárias padrões de eficiência e qualidade compatíveis com as outras empresas do setor, por uma questão de sobrevivência no mercado”.⁸⁹

De qualquer forma, é importante ponderar que uma interpretação literal deste dispositivo constitucional não é suficiente para revelar o regime jurídico aplicável à sociedade de economia mista.⁹⁰

Tal se deve a sua atuação complexa, assim como a diversidade de objetos econômicos explorados, o que tem levado a jurisprudência em algumas situações a derrogar o princípio da igualdade da sociedade de economia mista com empresas privadas em face da aplicação de normas de direito público.⁹¹

Isto decorre principalmente em razão da natureza das atividades que exerce, ou seja, quando na prestação dos serviços públicos aproxima-se mais do regime jurídico do direito público, e, quando na execução das atividades econômicas em sentido estrito, deverá ser mais próximo ao regime jurídico de direito privado.⁹²

É relevante mencionar que a aplicação de uma dicotomia entre o regime jurídico de direito privado e público já não consegue mais solucionar a complexidade da sociedade de economia prestadora de serviço público, eis que apesar da sua atividade principal ser a prestação de serviço público, acaba exercendo outras atividades conexas que ficam numa linha tênue, sem nem sempre estar clara a aplicação de um regime ou outro.⁹³

Tal fato acarreta uma insegurança jurídica no que se refere à legalidade dos atos dos gestores, os quais, assim como os tribunais, nem sempre sabem qual o melhor caminho a escolher, pois não existem critérios claros e objetivos para tal escolha, e, portanto, esta deve ser pautada “por meio de uma interpretação dos preceitos constitucionais que se revele, cada vez mais, cognitivamente aberta à compreensão da complexidade econômica e social que permeia a atuação dessas empresas no cenário nacional”.⁹⁴

Desta forma, as obrigações entre a sociedade de economia mista e outra entidade privada serão assumidas por intermédio da utilização de contrato de direito privado e não de

⁸⁹ TONIN, Mayara Gasparoto. **Sociedades de economia mista e acionistas minoritários**: de acordo com a Lei das S/A e com a nova lei das estatais. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2018, p. 64.

⁹⁰ MENDES, Gilmar. Aspectos constitucionais da intervenção do Estado no domínio econômico. *In*: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais**: análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 28 e 29.

⁹¹ *Ibid.*, p. 28 e 29.

⁹² *Ibid.*, p. 28 e 29.

⁹³ *Ibid.*, p. 29, 30 e 41.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 29, 30 e 41.

direito público, não sendo, portanto, contratos administrativos, ou seja, sem a existência da supremacia do poder da Administração Pública e de cláusulas exorbitantes.⁹⁵

Entretanto, reitera-se que a legislação entendeu por bem consagrar a natureza privada da sociedade de economia mista, aplicando-se as regras de direito privado, leis civis ou comerciais, desde que se compatibilizem com esta estrutura peculiar, ou seja, aplica-se o regime comum das sociedades anônimas privadas, desde que não contrarie a legislação específica, nos termos do artigo 235 da Lei nº 6.404/1976.⁹⁶

Desta forma, a sociedade de economia mista ora se utiliza do direito comercial, ora do direito administrativo; ora observa os preceitos de direito privado, ora está ocupada com a execução do serviço público, sendo que neste momento deve seguir a legislação pertinente às concessões, mas sempre deve ser guiada pela sua função pública.⁹⁷

Pode-se concluir que, se inicialmente o objetivo da sua criação era escapar da burocracia e dos rigores da Administração Pública, o tempo e a experiência demonstraram que havendo o emprego de dinheiro público, há princípios basilares que devem ser respeitados, mas não necessariamente com as mesmas travas existentes na Administração Pública direta, o que faz da sociedade de economia mista um meio termo entre o público e o privado quanto às questões burocráticas.⁹⁸

É importante ressaltar que apesar da aplicação do regime jurídico de direito privado para a sociedade de economia mista, é fato que ela não possui o mesmo regramento das empresas privadas, “pois são destinadas à satisfação de objetivos de interesse geral de ordem econômica ou social, fazendo com que considerações sobre curso e rentabilidade financeira sejam colocadas como coadjuvantes”.⁹⁹

Ana Frazão apresenta entendimento interessante acerca da extensão da função social da sociedade de economia mista, delimitando esta exatamente pelo interesse público específico que justificou a sua criação. Deste modo, os seus gestores não podem atuar de forma totalmente discricionária ou em dissonância com a razoabilidade. Ou seja: não podem

⁹⁵ VAL, Pedro. **Manual da sociedade de economia mista**. São Paulo: Editora Pillares, 2014, p. 26 e 29.

⁹⁶ O próprio parágrafo 2º, inciso III, do artigo 173 da Constituição da República Federativa do Brasil, destaca que a sociedade de economia mista deve observar nas “licitações, e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”, os quais estão elencados no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, quais sejam, da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

⁹⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 88.

⁹⁸ É fato que a personalidade jurídica de direito privado da sociedade de economia mista não é suficiente para afastar a incidência do regime jurídico administrativo, uma vez que emprega capital público. Fonte: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 19.

⁹⁹ RIBEIRO, op. cit., p. 92 e 93.

perseguir qualquer interesse público, mas por outro lado, também não podem apenas buscar o melhor para os acionistas, reiterando que o seu foco é o objetivo da sua criação, e é este que deve ser perseguido.¹⁰⁰

Sob o aspecto societário, a sociedade de economia mista pode simplesmente “ter derogada a aplicação das normas do direito societário a ponto de desnaturar as características do tipo societário que teoricamente serviria de seu suporte”,¹⁰¹ e estas podem estar elencadas no próprio estatuto social destas sociedades, em especial no que concerne a escolha dos administradores. É importante destacar aqui, que enquanto na sociedade anônima há eleição e destituição de diretores pelo Conselho de Administração, é comum nas sociedades de economia mista que os diretores sejam nomeados pelo Poder Executivo, sendo tal diretiva amparada “no interesse público no exercício das atividades da sociedade de economia mista e na necessidade de compatibilização entre a direção do empreendimento e os objetivos políticos”.¹⁰²

Ciente de que nas sociedades de economia mista os diretores são nomeados e destituídos pelo Poder Executivo, o legislador definiu critérios para esta escolha na Lei nº 13.303/2016. Em seu artigo 23, a fim de buscar a profissionalização da diretoria e garantia de longevidade da organização, está previsto que a “profissionalização exigida destes diretores é essencial não só para um melhor controle interno sobre sua atuação, mas também para que a organização possa ser competitiva na economia atual em que vivemos”.¹⁰³

Com base na referida legislação, André Antunes Soares de Camargo enumera o que os diretores devem atender, a fim de atingir o objetivo da profissionalização:

- (a) assumir o cumprimento de metas e resultados específicos no ato de investidura;
- (b) planejar-se com antecedência, devendo apresentar um plano de negócios (*business plan*) para o exercício social seguinte e sua estratégia de longo prazo (mínimo de 5 anos) até a última reunião ordinária do conselho de administração do ano anterior; e (c) ser monitorados e fiscalizados diretamente pelo conselho de administração, que publicarão as suas conclusões e as informarão aos respectivos órgãos legislativos competentes e aos respectivos tribunais de contas, quando

¹⁰⁰ FRAZÃO, Ana. O abuso de poder de controle na lei das estatais. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 113.

¹⁰¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 123 e 124.

¹⁰² Ibid., p. 123 e 124.

¹⁰³ CAMARGO, André Antunes Soares de. A diretoria, o comitê de auditoria estatutário e o conselho fiscal na Lei nº 13.303/2016: primeiras reflexões. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 175.

houver, salvo as informações de natureza estratégica e de interesse da empresa em questão.¹⁰⁴

O artigo 17 da Lei nº 13.303/2016 também especifica requisitos que auxiliam na indicação de administradores profissionais, quais sejam: reputação ilibada; notório conhecimento; experiência profissional técnica, de direção/gestão, acadêmica ou como profissional liberal; formação acadêmica, ficha limpa, bem como uma lista de impedimentos a ser respeitada.

Com relação aos administradores da sociedade de economia mista, em regra são nomeados e destituídos, a qualquer tempo, pelo chefe do Poder Executivo, podendo ser escolhido externamente ou internamente nos quadros funcionais da empresa.

Destaca-se que não há óbice para que o diretor seja um empregado, embora de caráter especial, com fundamento na norma celetista e na Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976), caracterizada a sua subordinação ao conselho de administração da empresa, cujas determinações tais diretores devem observar. O Manual de Direito Disciplinar para estatais faz uma análise interessante acerca do tema:

Na hipótese de o diretor nomeado já possuir vínculo laboral com a empresa, a jurisprudência atual se manifesta no sentido de que o “empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego” (Súmula nº 269 do Tribunal Superior do Trabalho). Portanto, vigora o entendimento de que a relação empregatícia originária permanecerá suspensa durante o período em que o empregado exercer a incumbência do cargo de diretor. Conforme será abordado em ponto específico, a suspensão do contrato de trabalho provoca sua sustação, mas, no entanto, resta garantida a preservação do vínculo entre empregado e empregador, a teor do que dispõe o art. 471 da CLT, o que acarreta a manutenção de alguns efeitos contratuais, tais como os deveres de lealdade, de sigilo, entre outros.¹⁰⁵

Já com relação aos empregados públicos, o respectivo vínculo é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, não sendo estes considerados servidores públicos. Entretanto, tanto administradores, quanto empregados, em razão de tratarem com a coisa pública, possuem a responsabilidade como se agentes públicos fossem. Então, sobre este

¹⁰⁴ CAMARGO, André Antunes Soares de. A diretoria, o comitê de auditoria estatutário e o conselho fiscal na Lei nº 13.303/2016: primeiras reflexões. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 174.

¹⁰⁵ CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Manual de Direito Disciplinar para Estatais**. Brasília: Julho de 2020. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/46026/8/Manual_de_Estatais_2020.pdf. Acesso em: 03 fev. 2022.

aspecto, resta de lado a aplicação do direito privado, uma vez que utilizam “bens públicos para a consecução dos fins sociais da empresa à qual vinculados”.¹⁰⁶

Por outro lado, quando a atuação da sociedade de economia mista se destaca em determinado mercado competitivo, a competitividade surge como elemento basilar com impactos inclusive no que diz respeito à vocação lucrativa. Uma sociedade de economia mista deficitária ensejaria uma potencial situação de concorrência desleal, uma vez que não poderia concorrer de forma isonômica com as demais empresas do setor privado, sendo que o lucro não faria parte do seu custo. Isso ensejaria um repasse de custo menor ao consumidor, que o setor privado (o qual busca o lucro), não poderia fazer, desestimulando a própria concorrência no setor.

Por outro lado, se possuir lucros, consegue trazer equilíbrio ao mercado, uma vez que tende a evitar que outras entidades privadas busquem o lucro excessivo, em razão da necessidade de concorrência, portanto, mesmo sendo uma sociedade de economia mista pode e deve ter lucro.¹⁰⁷

Mayara Gasparoto Tonin também defende a lucratividade como elemento essencial da sociedade de economia mista, pois, “a partir do momento em que o Estado opta por desenvolver uma atividade em prol de determinado interesse público por meio da técnica empresarial, aceita as características desse modelo”, além do fim lucrativo ser objeto da Lei nº 6.404/1976 nos seus artigos 2º, 153 e 154, §2º, a”.¹⁰⁸

A autora ainda enumera os motivos que destacam a importância da defesa da lucratividade, bem como, apresenta em números, a seriedade do recebimento de dividendos pelo Estado controlador:

O lucro faz parte da essência das sociedades de economia mista. É de interesse da companhia, pois é meio para realizar o interesse público; é de interesse do acionista minoritário, que receberá sua parcela de dividendos como retorno ao investimento que realizou; e também de interesse do acionista controlador público, que receberá dividendos e poderá reinvesti-los nas atividades do Estado. Neste ponto, é interessante destacar o interesse do acionista controlador (público) em receber dividendos. Os recursos advindos da distribuição de dividendos das sociedades de economia mista fazem parte da receita do Estado controlador. Em 2017, por exemplo, o Governo Federal obteve quase R\$ 2 bilhões em dividendos oriundos de empresas estatais federais. Isso demonstra que a rentabilidade da exploração da atividade econômica também favorece o próprio Estado como acionista controlador.¹⁰⁹

¹⁰⁶ VAL, Pedro. **Manual da sociedade de economia mista**. São Paulo: Editora Pillares, 2014, p. 35 e 36.

¹⁰⁷ GRAU, Eros Roberto. Lucratividade e função social nas empresas sob o controle do Estado. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 55, p. 35-59, 1984, p. 49.

¹⁰⁸ TONIN, Mayara Gasparoto. **Sociedades de economia mista e acionistas minoritários**: de acordo com a Lei das S/A e com a nova lei das estatais. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2018, p. 79.

¹⁰⁹ Ibid., p. 83.

A questão da possibilidade de lucro na Sociedade de Economia Mista é bastante debatida, uma vez que a mesma possui como papel principal o atendimento do interesse público, portanto, poderia se pensar como censurável a existência de lucro em atividades de prestação de serviço público, entretanto, pode-se afirmar que o que é censurável não é a existência de lucro, mas sim, a não utilização deste em prol da coletividade e, por isso, poderia se alegar que qualquer condenação trabalhista que utilizasse estes lucros para a sua satisfação, estaria automaticamente acarretando uma retirada de benefício à própria população.¹¹⁰

Também é importante ressaltar que “o absoluto desprezo pelos interesses privados impacta a capacidade de financiamento privado subsequente das sociedades de economia mista nos mercados”.¹¹¹

Respeitando opiniões em sentido diverso,¹¹² não há como negar que “o lucro não configura interesse público secundário, mas sim um objetivo necessariamente eleito pelo Estado (ao lado daqueles de “políticas públicas”) quando optou por trilhar a via empresarial de economia mista”.¹¹³

Sobre o regime societário, a Lei nº 13.303/2016 traz diversos dispositivos que acabam por derogar parte da Lei das Sociedades Anônimas, passando a aplicar às empresas estatais um estatuto jurídico baseado “sobre regras de governança corporativa e de transparência, práticas de gestão de riscos e de controle interno, bem como nos mecanismos de proteção dos

¹¹⁰ “Mais uma vez se impõe o cotejo entre a noção de sociedade de economia mista/interesse social/lucro. Não há como fugir à conclusão expressa por Comparato quando assevera não poderem as sociedades estatais serem criadas, ao menos em nosso regime constitucional, para a satisfação dos interesses financeiros do poder público, e, acrescenta-se, do particular associado ou ainda, quando conclui pela configuração de desvio de poder ou de competência do Executivo a criação ou manutenção de empresas estatais com o objetivo de produção e partilha de lucro. No mínimo, seria de provocar desconfiança quanto às reais finalidades estatais a ideia de o Estado obter lucro em detrimento das finalidades sociais. Não há como justificar a existência de uma sociedade de economia mista senão para que sejam atingidos os fins indispensáveis ou socialmente desejáveis que devem ter pautado sua criação.” *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 40.

¹¹¹ WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. Legislador Frankenstein! – Não é possível transplantar governança das empresas privadas às empresas estatais. *In*: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 70.

¹¹² Modesto Carvalhosa, na obra “Comentários à lei de sociedades anônimas”, argumenta em sentido contrário, ou seja, que o interesse público prevalece sobre a finalidade lucrativa. Fonte: CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. Vol. 4, tomo I, artigos 206 a 242, 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 375.

¹¹³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. A Lei nº 13.303/2016 e as sociedades de economia mista: aspectos societários, controle e eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, maio/agosto 2019, p. 170.

acionistas”, além da aplicação do Decreto nº 8.945/2016 e apenas subsidiariamente será aplicada a Lei das Sociedades Anônimas nº 6.404/1976 e a Lei nº 6.385/1976.^{114;115}

Entretanto, apesar deste esforço legislativo, defende-se que as sociedades de economia prestadoras de serviço público não se enquadram no artigo 173, § 1º e 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, pois não teriam atributos específicos da administração direta, nem da administração indireta, mas por outro lado, também há quem defenda que o fato de exercer o serviço público não alteraria a natureza de sociedade de economia mista. O fato é que, seja no aspecto doutrinário, ou seja no aspecto jurisprudencial, não foi possível até o momento encontrar uma uniformização quanto ao regime jurídico das estatais.¹¹⁶

A fim de tentar solucionar o impasse quanto ao melhor enquadramento acerca do regime jurídico aplicável, Marcio Iorio Aranha apresenta uma separação entre as empresas estatais antes e após a Lei nº 13.303/2016, sendo que no âmbito da precedência da legislação indicada, separou as referidas empresas sob o enfoque do recorte institucional, prestacional e organizacional e, mesmo que neste momento do trabalho haja uma breve e pontual repetição de alguns temas, é importante reiterar que tal é necessário, uma vez que este segue atrelado à enfoque diferente, qual seja, a dos recortes aqui intitulados.¹¹⁷

Sob o enfoque institucional a empresa estatal faz parte da Administração Pública indireta e deve respeitar os princípios gerais da Administração Pública, nos termos do artigo 4º, II, ‘b’ e ‘c’ do Decreto-lei nº 200/67 e artigo 37, caput da Constituição da República Federativa do Brasil. Em decorrência deste enfoque, a referida empresa exige aprovação em concurso público para ingressar nos seus quadros; possui personalidade de direito privado; depende de autorização legal para a sua criação; aplica-se o regime jurídico de direito privado; submetem-se ao controle judicial, inafastabilidade da jurisdição, controle financeiro,

¹¹⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. A Lei nº 13.303/2016 e as sociedades de economia mista: aspectos societários, controle e eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, maio/agosto 2019, p. 156.

¹¹⁵ O fato é que desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como, mesmo após a alteração do parágrafo primeiro do artigo 173 pela Emenda Constitucional nº 19/1998, permaneceu a discussão acerca da dicotomia entre a aplicação das normas de direito privado e de direito público, a qual pretende-se seja esclarecido a partir da publicação da Lei nº 13.303/2016, a qual dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como do seu Decreto-lei nº 8945/2016. Fonte: ARANHA, Marcio Iorio. O objeto do estatuto jurídico das estatais e os regimes jurídicos da empresa pública e da sociedade de economia mista. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais**: análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 46.

¹¹⁶ Ibid., p. 46 e 47.

¹¹⁷ Ibid., p. 49-61.

poder de tutela ou supervisão ministerial; e, apesar de ser de natureza privada é guiada pelo interesse público.¹¹⁸

Com relação ao enfoque do recorte prestacional, destaca-se que a empresa estatal pode explorar atividades econômicas em sentido estrito, e neste caso estará sujeita ao regime prestacional de natureza privada, nos termos do artigo 173, parágrafo 1º, II da Constituição da República Federativa do Brasil; e, também pode prestar serviço público, o que acarretaria a aplicação do artigo 175 da Constituição da República Federativa do Brasil e, por consequência o regime jurídico de direito público. Entretanto, atualmente, com a evolução do direito regulatório, bem como, do regime de concessão, permissão e autorização, tendem a deixar a adoção do regime jurídico nebuloso, podendo inclusive predominar o regime jurídico privado.¹¹⁹

No que se refere ao enfoque do recorte organizacional, a questão é a possibilidade de enquadramento do regime jurídico aplicável em face das atividades que exerce, podendo-se neste caso elencar três espécies:

a) prestação de serviço público em regime concorrencial com a aplicação do regime jurídico de direito privado na sua relação jurídica com terceiro não usuário e no mercado, bem como, também se aplica o regime jurídico do direito público, em especial quando se trata do patrimônio público e do princípio da impessoalidade;

b) exploração da atividade econômica em sentido estrito, no qual há a mesma aplicação do regime jurídico elencado no item anterior, sendo que se for acrescentado a esta espécie a existência do monopólio, aplica-se a impenhorabilidade dos bens afetados e do regime de preço público controlável; e,

c) prestação do serviço público em regime de privilégio constitucional ou de exclusividade, com ausência de distribuição de lucros aos particulares e sem atuação concorrencial no mercado, quando se aplica o regime jurídico de direito público aplicado às autarquias e fundações públicas conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, sendo denominada de regime de privilégio constitucional em face de empresas públicas especiais. Neste caso aplica-se um grau maior de questões advindas do regime jurídico de direito público do que as anteriores, podendo-se até as descrever como uma escada de amplitude do maior para a menor aplicação das normas de direito público. O fato é que sempre haverá a

¹¹⁸ ARANHA, Marcio Iorio. O objeto do estatuto jurídico das estatais e os regimes jurídicos da empresa pública e da sociedade de economia mista. *In*: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais**: análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 50-51.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 51-52.

aplicação das normas de direito privado e público, pois do contrário ou seria Administração Pública direta ou empresa privada, sendo exatamente o híbrido que representa a natureza da empresa estatal, e, por consequência da sociedade de economia mista.¹²⁰

Após a publicação da Lei nº 13.303/2016, há em um único diploma o tratamento de empresas estatais e suas respectivas subsidiárias; não há alteração quanto às relações administrativas externas à gestão societária da empresa; não trouxe dispositivo legal específico acerca das empresas públicas especiais e das sociais; também não houve a análise da aplicação da arbitragem; reitera a necessidade de autorização legal prévia para a sua criação, bem como a demonstração de relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, já previsto na Constituição da República Federativa do Brasil no seu artigo 173; disciplinou especificidades acerca do regime societário, licitatório e contratos; demonstrou a impossibilidade jurídica de uniformizar o regime jurídico a ser aplicável em face da diversidade de espécies de empresas estatais.¹²¹

O fato é que a partir da publicação da Lei nº 13.303/2016, conhecida também como Lei de Responsabilidade das Estatais, a Lei das Sociedades Anônimas agora se aplica subsidiariamente, entretanto, o dilema entre a aplicação das normas de direito privado e direito público permanece, pois são decorrentes da discussão acerca do papel do Estado através das empresas estatais e destas em face daquele.¹²²

Quanto ao regime trabalhista, destaca-se que aos empregados públicos das sociedades de economia mista aplica-se o artigo 173, §1º, II da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual impõe a estes a sujeição às normas trabalhistas aplicadas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, ou seja, a aplicação obrigatória da Consolidação das Leis do Trabalho e a competência da Justiça do Trabalho para a análise das ações judiciais trabalhistas.¹²³

Em conjunto com o artigo 37, II da Constituição da República Federativa do Brasil que determina a realização de concurso público para a investidura de emprego público na Administração Pública indireta:

¹²⁰ ARANHA, Marcio Iorio. O objeto do estatuto jurídico das estatais e os regimes jurídicos da empresa pública e da sociedade de economia mista. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 52-58 e 62.

¹²¹ Ibid., p. 58-61.

¹²² WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. Legislador Frankenstein! – Não é possível transplantar governança das empresas privadas às empresas estatais. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 70-71.

¹²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19ª. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 446 e 447.

Art. 37: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Todavia, não há nenhuma norma constitucional referente à dispensa do empregado público, mas por outro lado, há uma norma expressa, no artigo 41,¹²⁴ a qual regulamenta as formas que o servidor público estável perderá o cargo.

Pode-se inferir então que a norma constitucional com relação ao empregado público é fulgente quanto à necessidade de realização de concurso público, bem como quanto à sujeição do regime de direito privado no aspecto trabalhista, entretanto, não há nenhuma norma constitucional expressa acerca da dispensa do empregado público, devendo a ele se aplicar a Consolidação das Leis do Trabalho, inclusive a dispensa sem justa causa.

Tal conclusão inclusive se coaduna com o próprio motivo de implantação da sociedade de economia mista, que busca a desburocratização, como também possibilitar a concorrência de empresas privadas com empresas de participação estatal, que definitivamente não assenta com a dispensa mais intrincada do empregado público.

Celso Antônio Bandeira de Mello defende que a dispensa do empregado demanda a apuração regular de suas insuficiências ou faltas, com direito à defesa, e, caso seja imprescindível o enxugamento do quadro de empregados, resta necessária a “prévia divulgação dos critérios que presidirão as dispensas, a fim de que se possa conferir a impessoalidade das medidas concretamente tomadas”, tendo inclusive o empregado dispensado ilegalmente, o direito à reintegração e não apenas uma indenização

¹²⁴ “Art. 41: São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. § 1º: O servidor público estável só perderá o cargo: I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. § 2º: Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço. § 3º: Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo. § 4º: Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.”

compensatória, pois além dos direitos privados envolvidos, há também o direito de toda a sociedade a quem deve ser aplicado o princípio da legalidade.¹²⁵

Marlúcia Lopes Ferro entende que a sociedade de economia mista pratica ato administrativo na ocasião da dispensa do empregado público, dado que neste momento afasta-se do regime jurídico privado para conceder espaço ao regime jurídico administrativo, pois apesar de estarem sujeitas às regras trabalhistas, em razão da derrogação das normas privadas pelas públicas, “estão de igual forma obrigadas ao cumprimento dos princípios que regem o processo administrativo, devendo, por conseguinte, motivar o ato de despedida de empregado pertencente ao seu quadro de pessoal”.¹²⁶

Maurício Godinho, após o julgamento da primeira decisão de repercussão geral acerca do tema, afirmou que a princípio os empregados das sociedades de economia mista não estariam garantidos pela necessidade de motivação dos seus atos rescisórios, sendo válida a dispensa meramente arbitrária, em razão da aplicação do artigo 173, § 1º, II da Constituição da República Federativa do Brasil. Entretanto, especifica que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acabou direcionando tratamento especial a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, determinando a motivação dos seus atos de dispensa, passando então a entender que a sociedade de economia mista, deveria então ter o mesmo privilégio em razão da isonomia e equidade.¹²⁷

Por fim é importante trazer para conhecimento a Orientação Jurisprudencial nº 247 da SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho,¹²⁸ que trata da possibilidade de dispensa do empregado de sociedade de economia mista de forma imotivada, bem como a súmula nº 390 do mesmo tribunal, o que reconhece que o empregado público não é beneficiário da estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição da República Federativa do Brasil, mesmo que aprovado em concurso público.¹²⁹

¹²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 270 e 271.

¹²⁶ FERRO, Marlúcia Lopes. **Sociedade de economia mista & despedida imotivada**. São Paulo: LTr, 2007, p. 169.

¹²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1176 e 1177.

¹²⁸ “247. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE (alterada – Res. nº 143/2007) - DJ 13.11.2007. I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade; II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.”

¹²⁹ “390. ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E

O tema da dispensa de empregados públicos também é tratado no Supremo Tribunal Federal, nas repercussões gerais nº 131 e 1022, melhor explicitado em nota de rodapé.¹³⁰

Tal análise é importante, pois a necessidade de motivação da dispensa do empregado público, por si só, acaba por interferir no número de reclamações trabalhistas ajuizadas em face de sociedades de economia mista, seja de empregados ativos ou inativos, inclusive diferenciando-as de empresas integralmente privadas que não necessitam motivar os atos de dispensa. E é exatamente este fato diferenciador entre sociedades de economia mista e empresas integralmente privadas que justifica o presente estudo.

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000). II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988 (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001).”

¹³⁰ O Recurso Extraordinário nº 589998 interposto pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT teve como fundamento primordial os artigos 41 e 173 ambos da Constituição da República Federativa do Brasil, alegando ainda que a dispensa imotivada constitui seu direito potestativo, e, que embora goze de certos privilégios concernentes à Fazenda Pública, tais não possuem o condão de ensejar aos empregados desta, a estabilidade e o direito à dispensa motivada, mesmo porque, tal se trata de ato discricionário não vinculado, tendo desta forma, o administrador, liberdade no desígnio do seu teor, destinatário, conveniência, forma de efetivação, bem como, oportunidade. No presente caso foi reconhecida a repercussão geral na data de 06/11/2008, a partir da seguinte ementa: “Direito do Trabalho. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Dispensa imotivada de seus empregados. Impossibilidade. Item II da Orientação Jurisprudencial 247 da SBDI-1 do TST. Ausência de manifestações suficientes para a recusa do recurso extraordinário.” Sendo que a decisão em sede de Embargos de Declaração complementou o acórdão nos termos que segue transcrito, na data de 05/12/2018: “O Tribunal, por maioria, acolheu parcialmente os embargos de declaração para fixar a seguinte tese: “A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados”. Entretanto, em razão até mesmo das divergências evidentes da discussão acerca da repercussão geral nº 131, o tema voltou ao Supremo Tribunal Federal, mas desta vez efetivamente na questão da natureza diversa da empresa aqui em questão, que é o Banco do Brasil, bem como, da necessidade de fortalecer a concorrência no mercado. O Relator Ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal, na análise do Recurso Extraordinário nº 688267, reconheceu a repercussão geral referente à possibilidade de dispensa sem motivação de empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista admitido por concurso público, sob o nº 1022, em decisão exarada na data de 29 de novembro de 2018. Segue na íntegra a ementa da repercussão geral, a qual ainda aguarda julgamento do Supremo Tribunal Federal na data de 25/04/2021: “CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA DE SEUS EMPREGADOS ADMITIDOS APÓS APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DO ATO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, §3º, da Constituição, a questão acerca da necessidade de motivação para a dispensa de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista admitidos por meio de concurso público. 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1035 do CPC.” Entretanto é preciso analisar que as atividades exercidas pela empresa pública ou sociedade de economia mista, são destinadas à prestação de serviços públicos ou à exploração de atividades econômicas, sendo que a primeira repercussão geral analisada abrange exclusivamente a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), sendo que a segunda repercussão envolve empresas públicas ou sociedades de economia mista que exercem a exploração da atividade econômica. Diante deste diagnóstico, é preciso compreender que as duas repercussões gerais existentes não abarcam todas as situações envolvendo as empresas públicas e sociedades de economia mista, fator que pode ensejar a criação no futuro de mais repercussões gerais ou a tentativa de subsunção aos precedentes existentes.”

3 LIMITES À SUJEIÇÃO AO DIREITO PRIVADO

O presente capítulo analisa os limites à sujeição ao Direito Privado no aspecto falimentar, de governança, bem como a sujeição ao controle do Tribunal de Contas, Ministério Público e do poder concedente.

3.1 A NÃO SUJEIÇÃO AO REGIME FALIMENTAR

A Lei nº 6.404/1976, a qual dispõe sobre a sociedade por ações, com relação à possibilidade de sujeição à falência da sociedade de economia mista, determinava em seu artigo 242 que “as companhias de economia mista não estão sujeitas à falência mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações”. Contudo, a Lei nº 10303/2001 revogou o referido dispositivo.

A Lei nº 11.101/2005 que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, é categórica ao afirmar acerca da não aplicação da lei às sociedades de economia mista e empresas públicas, nos termos do artigo 2º, inciso I.

Entretanto, na data de 27 de agosto de 2020, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 1.249.945, exatamente acerca da discussão quanto à constitucionalidade do referido dispositivo legal, a partir da construção da seguinte ementa:¹³¹

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO REGIME DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL ÀS EMPRESAS ESTATAIS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se as empresas estatais podem se submeter ao regime de falência e recuperação judicial da Lei nº 11.101/2005, com fundamento no art. 173, §1º, II, da Constituição. 2. Repercussão geral reconhecida.¹³²

No fundamento da decisão que reconhece a existência de repercussão geral, já são exploradas questões importantes, como as três correntes doutrinárias envolvendo a questão. A primeira delas defende a inconstitucionalidade do artigo 2º, II, da Lei nº 11.105/2005, por afronta ao artigo 173, §1º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil, uma vez que as entidades administrativas e empresas privadas devem ser tratadas com igualdade, inclusive

¹³¹ Até a data de 03/02/2022 a Repercussão Geral nº 1101 não havia sido julgada no Supremo Tribunal Federal.

¹³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.249.945 – Minas Gerais**. Plenário. 27/08/2020. Relator: Ministro Roberto Barroso.

quanto ao regime de insolvência. A segunda considera que o regime de falência e recuperação judicial deve se aplicar somente para as empresas estatais que exercem atividade econômica, mas não para as prestadoras de serviços públicos; e, por fim, a terceira corrente defende a constitucionalidade da exclusão das empresas estatais do regime falimentar, uma vez que a extinção destas não poderia ocorrer a partir de decisão judicial de decretação de insolvência, mas somente por lei.

Apesar do debate na doutrina, tal não se repetiu na jurisprudência, em especial no Supremo Tribunal Federal, o qual no máximo presumiu a constitucionalidade do dispositivo legal em questão, mas sem manifestação expressa acerca do tema.

Ao final da decisão que reconheceu a repercussão geral, o relator especificou os motivos que determinaram o reconhecimento, em especial do ponto de vista social, uma vez que envolve entidades administrativas que prestam serviços públicos e atividades econômicas para os cidadãos; jurídico, porque discute a constitucionalidade do dispositivo legal indicado na ementa; bem como econômico, “em face do impacto financeiro nas contas públicas em decorrência da exclusão das empresas estatais do regime falimentar, especialmente devido à responsabilidade subsidiária do Poder Público pelas dívidas contraídas pelas entidades administrativas”.¹³³

André Lipp Pinto Bastos Lupi, Lucas Amaral Dassan e João Paulo do Carmo Barbosa Lima, concluem em estudo acerca do tema, pela possibilidade de aplicação da Lei nº 11.101/2005 para as sociedades de economia mista que exercem atividade econômica, mas não para as que exercem a prestação dos serviços públicos. Dessa forma, o artigo 2º da Lei nº 11.101/2005 seria, em tese, inconstitucional em parte, pois afrontaria diretamente o artigo 173, §1º, II da Constituição da República Federativa do Brasil.¹³⁴

Sustentam, ainda, que não se aplica para as sociedades de economia mista que exercem a prestação de serviço público, em face da forma como se constitui a sua relação com os bens correlatos, os quais são considerados públicos. Foram salientadas, ainda, as diferenças doutrinárias pontuais sobre o assunto abordado, havendo determinadas divergências, mesmo que mínimas, quanto à aplicação das regras de falência e recuperação

¹³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.249.945 – Minas Gerais**. Plenário. 27/08/2021. Relator Ministro Roberto Barroso.

¹³⁴ LUPI, André Lipp Pinto Bastos; DASSAN, Lucas Amaral; LIMA, João Paulo do Carmo Barbosa. (Im)possibilidade de aplicação das regras de recuperação judicial e de falência às sociedades de economia mista que atuam como agentes econômicos. **Administração de Empresas em Revista**, v. 2, n. 16 (2019). Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/4048>. Acesso em: 02 dez. 2021. p. 13.

judicial em face das correlatas entidades, especialmente em razão da indicação de mitigação existente quanto ao regime jurídico privado incidente.¹³⁵

Em sentido semelhante, Felipe do Canto Zago defende a inconstitucionalidade parcial do artigo 2º da Lei nº 11.101/2005 em face do artigo 173, § 1º, II da Constituição Federal, ou seja, afirma que não pode prosperar a sua aplicação em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas que exploram atividades eminentemente econômicas, pois estas estariam “com evidente vantagem em relação às demais sociedades empresárias, apesar de ser idêntico o objeto de sua atividade”, sendo viável a sua aplicação somente as que prestam serviço público.¹³⁶

Para Alfredo de Assis Gonçalves Neto o artigo 2º da Lei nº 11.101/2005 não viola a Constituição da República Federativa do Brasil, sob o fundamento de que nem todas as empresas privadas, empresários e sociedades anônimas estão sujeitas à referida lei, portanto, não há que se falar em tratamento diferenciado.¹³⁷

Para o autor a pergunta nesta questão é que está equivocada, pois aqui o objetivo não é responder se a sociedade de economia mista “pode ou não gozar do benefício da recuperação judicial ou extrajudicial de que trata a Lei Falimentar”, mas sim, se “pode ou não ser submetida ao regime falimentar”, pois, a sujeição ao regime falimentar tiraria do controle do Estado a sociedade de economia mista, restando o próprio interesse coletivo que fundamentou a sua criação em risco.¹³⁸

Sob estes aspectos o autor sugere que se busque outras formas de resolver a insolvência da sociedade de economia mista, restaurando o artigo 242 da Lei das Sociedades Anônimas, implantando o regime jurídico da intervenção e liquidação administrativas, criando um regime especial que permita ao Estado preservar o interesse coletivo em questão ou ainda manter o Estado suprindo as necessidades de caixa, quando for o caso, como

¹³⁵ LUPI, André Lipp Pinto Bastos; DASSAN, Lucas Amaral; LIMA, João Paulo do Carmo Barbosa. (Im)possibilidade de aplicação das regras de recuperação judicial e de falência às sociedades de economia mista que atuam como agentes econômicos. **Administração de Empresas em Revista**, v. 2, n. 16 (2019). Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/4048>. Acesso em: 02 dez. 2021. p. 13.

¹³⁶ ZAGO, Felipe do Canto. A falência das empresas públicas e das sociedades de economia mista. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 33, n. 69, p. 9-33, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/110508>. Acesso em: 20 nov. 2021. p. 32.

¹³⁷ NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. **Sociedade de Economia Mista e Recuperação Judicial**. Publicado em: 09/04/2021. Disponível em: <http://www.agkn.com.br/blog/sociedade-de-economia-mista-e-recuperacao-judicial>. Acesso em: 16 out. 2021.

¹³⁸ Ibid., s./p.

determina a legislação atual, e somente no abandono pelo Estado tais sociedades deverão ser extintas a partir do regime jurídico da insolvência civil.¹³⁹

Caio Prado Rocha com base na divergência apresentada na doutrina e jurisprudência acerca do tema, afirma que o problema reside no regramento confuso que se aplica às sociedades de economia mista, o qual traz mais perguntas que respostas. Afirma ainda que não há como ter uma resposta definitiva da sujeição ao regime de recuperação judicial e falimentar sem perpassar pela finalidade e funcionamento destas sociedades, além de analisar o seu papel no direito econômico e regulatório.¹⁴⁰

Thatiane Bruzaroschi defende a constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 11.101/2005, uma vez que tal regime é incompatível com a própria natureza da empresa estatal, sob os seguintes fundamentos: para a sua criação e extinção necessita de lei, a sua finalidade é resguardar os interesses públicos e não dos credores e; por estar sujeito a regime misto, o Estado possui o dever de evitar a insolvência ou arcar com os eventuais prejuízos.¹⁴¹

Giovani Magalhães utilizando novos argumentos defende a constitucionalidade do artigo 2º, I, da Lei nº 11.101/2005 para as sociedades de economia mista que atuem em regime de monopólio, ou seja, pode-se sustentar tal privilégio sendo que não existe mercado concorrencial não havendo abertura à iniciativa privada.¹⁴²

Entretanto, fora desta hipótese, atuando em regime de concorrência, conforme dispositivo constitucional, deve ser aplicado à tal sociedade o mesmo regime jurídico das empresas privadas, podendo ter acesso à recuperação judicial e ter a sua falência decretada.¹⁴³

Interessante ainda citar a análise do autor em relação à diferença entre atividade econômica e empresarial, a qual enfatiza aspectos sobre a não aplicação da Lei nº 11.101/2005 para sociedades de economia mista que prestam serviço público:

¹³⁹ NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. **Sociedade de Economia Mista e Recuperação Judicial**. Publicado em 09/04/2021. Disponível em: <http://www.agkn.com.br/blog/sociedade-de-economia-mista-e-recuperacao-judicial>. Acesso em: 16 out. 2021.

¹⁴⁰ ROCHA, Caio Prado. **Análise da aplicabilidade dos institutos da falência e da recuperação judicial às empresas públicas e sociedades de economia mista**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. 88 f. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/67388> Acesso em: 18 jul. 2021. p. 86.

¹⁴¹ BRUZAROSCHI, Thatiane. **Empresas públicas e sociedades de economia mista estão sujeitas à falência?** Disponível em: <https://thatianebruzaroschi.jusbrasil.com.br/artigos/1109809718/empresas-publicasesociedades-de-economia-mista-estao-sujeitasafalencia> Acesso em: 11 set. 2021.

¹⁴² MAGALHÃES, Giovani. A submissão das sociedades de economia mista e das empresas públicas ao regime jurídico falimentar previsto na Lei 11.101/05. **Revista Controle**, vol. IX, n. 1, jan./jun. 2011, p. 349-350.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 349-350.

Reitere-se, aqui, o conceito de atividade econômica. É de se notar que nem é sinônimo de atividade empresarial, nem tão pouco de atividade com finalidade lucrativa. Atividade econômica é tudo aquilo que um agente econômico realiza visando a satisfazer uma necessidade humana. A nosso sentir, é gênero do qual se pode ter como espécies a atividade empresarial, a atividade intelectual e, porque não dizer, a prestação de serviços públicos.¹⁴⁴

Por fim, já nos anos setenta do século XX desenvolveu-se a doutrina que trazia a divergência acerca do tema da falência, na época, afastado expressamente pelo artigo 242 da Lei nº 6.404/1976. Na própria exposição de motivos da referida legislação constava que a justificativa para tal seria que o interesse público não permite a transferência da administração para os credores, através do síndico, uma vez que a ingerência é incompatível para a natureza da sociedade em questão.¹⁴⁵

Após a apresentação da discussão acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Lei nº 11.101/2005 em relação a sua incidência para as sociedades de economia mista, é importante destacar que há outras discussões envolvendo a responsabilidade da controladora e dos administradores.

Para Pedro Val “se a S/A Mista for prestadora de serviço público e houver ‘*faute du service*’, incidirá responsabilidade objetiva e responsabilidade solidária da Pessoa Política controladora, consoante remansosa jurisprudência”.¹⁴⁶

Marcia Carla Pereira Ribeiro, em 1999, também destaca esse contraponto:

Segue a Lei 6.404/1976 impondo a existência de um Conselho de Administração, o funcionamento permanente do Conselho Fiscal e a não-sujeição da sociedade de economia mista ao regime falimentar, atribuindo em contrapartida responsabilidade subsidiária ao controlador. [...] É, ainda, na Lei das Sociedades Anônimas que se encontra o afastamento das companhias mista do regime falimentar, ao mesmo tempo em que se estabelece a garantia da responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica de direito público que a criou, a qual, por presunção, é sempre considerada solvente. Em contrapartida, os bens da empresa mista são penhoráveis e servem de garantia às execuções que possa sofrer, reforçando-se, neste tópico, a incidência do regime de direito privado. A fixação de responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica de direito público controladora da sociedade de economia mista é uma exceção ao princípio da limitação da responsabilidade dos acionistas ao preço de emissão das ações e tem por consequência a impossibilidade de decretação da falência da empresa mista, qualquer que seja o seu objeto.¹⁴⁷

¹⁴⁴ MAGALHÃES, Giovani. A submissão das sociedades de economia mista e das empresas públicas ao regime jurídico falimentar previsto na Lei 11.101/05. **Revista Controle**, vol. IX, n. 1, jan./jun. 2011, p. 350.

¹⁴⁵ MOURA, Eliana Donatelli de. **Sociedades de economia mista na nova lei das sociedades anônimas: o acionariado do Estado**. Porto Alegre, Atrium, 1978, p. 73.

¹⁴⁶ VAL, Pedro. **Manual da sociedade de economia mista**. São Paulo: Editora Pillares, 2014, p. 35.

¹⁴⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 123 e 127.

É importante destacar que os administradores das sociedades de economia mista possuem os mesmos deveres e responsabilidades dos administradores das companhias abertas, nos termos do artigo 239, parágrafo único da Lei nº 6.404/1976 combinado com o artigo 173, II do parágrafo primeiro da Constituição da República Federativa do Brasil.¹⁴⁸

Entretanto, no caso da sociedade de economia mista, além dos deveres já incidentes sobre os demais administradores, também deverá “orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação”.¹⁴⁹

A responsabilidade do administrador está prevista no artigo 158 da Lei nº 6.404/1976, a qual determina que este não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e que forem considerados como ato regular de gestão, entretanto, responde civilmente por eventuais prejuízos, se agir com culpa ou dolo no âmbito de suas atribuições ou poderes, ou ainda, se agir em violação à lei ou ao estatuto.

Destaca-se que no mesmo artigo constam as seguintes determinações em relação à responsabilidade do administrador:

§ 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembleia-geral. § 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles. § 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres. § 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato à assembleia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável. § 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

É importante ressaltar que o Estado como acionista controlador também pode responder por abuso de poder de controle, nos termos do artigo 117 da Lei nº 6.404/1976,¹⁵⁰ o qual enumera uma lista de hipóteses.

¹⁴⁸ VAL, Pedro. **Manual da sociedade de economia mista**. São Paulo: Editora Pillares, 2014, p. 37.

¹⁴⁹ Artigo 238 da Lei nº 6.404/1976.

¹⁵⁰ “Art. 117: O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. § 1º São modalidades de exercício abusivo de poder: a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional; b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia,

O artigo 4º da Lei nº 13.303/2016 reforça a necessidade de aplicação da Lei nº 6.404/1976 nos termos anteriormente expostos.

Além da responsabilização do controlador e/ou do administrador, há ainda que destacar a possibilidade de implementação de governança corporativa, aumentando o controle e a fiscalização sobre a sociedade de economia mista como será analisado no próximo capítulo.

3.2 GOVERNANÇA NA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

A governança corporativa possui papel primordial em todas as empresas, em especial nas sociedades de economia mista, pois é um vetor de transparência e ética na condução dos negócios, além de transmitir maior segurança aos investidores e *stakeholders*, ou seja, a todas as partes interessadas ou intervenientes, como colaboradores, fornecedores, prestadores de serviços, clientes, coletividade, entre outros.

Governança é “um conjunto de princípios e práticas que permeiam um modelo de gestão, seja no âmbito corporativo, familiar ou social”¹⁵¹ e que servem de estrutura para toda a organização com o intuito de trazer harmonia ao desenvolvimento dos negócios, a partir da demarcação dos papéis, obrigações e direitos das partes, além da solução para eventuais conflitos.¹⁵²

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBCG), no ano de 1999, quando da publicação do primeiro Código de Governança, assim a definiu:

com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente; e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia-geral; f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas; g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade. h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia (Incluída dada pela Lei nº 9.457, de 1997) § 2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador. § 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.”

¹⁵¹ CANDELORO, Ana Paula P.; DE RIZZO, Maria Balbina Martins; PINHO, Vinicius. **Compliance 360º**: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012, p. 291.

¹⁵² Ibid., p. 291.

Governança Corporativa é o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo o relacionamento entre os proprietários, Conselho de Administração, Diretoria e órgãos de controle. As boas práticas de Governança Corporativa convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização. Facilitando seu acesso ao capital e contribuindo para sua longevidade.¹⁵³

A governança corporativa possui papel fundamental na implementação de controles internos e, dependendo da atividade da empresa, estará sujeita a um controle determinado, como aquele da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), quando for uma empresa de capital aberto com ações negociadas na Bolsa de valores; da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) para as empresas do setor elétrico; da Lei Sarbanes-Oxley (SOX) quando a empresa possuir ações negociadas na Bolsa de Valores de Nova York; da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) quando for uma empresa do setor de telecomunicações, e assim por diante.

Os controles internos são as políticas adotadas com o objetivo de mitigar os riscos, aprimorar os processos e trazer a necessária confiabilidade para as fases e fluxos que permeiam toda esta dinâmica, sendo que os seus principais objetivos são a proteção dos ativos das empresas, a aquisição de informação adequada, a promoção da eficiência operacional, bem como o estímulo da obediência e respeito às políticas da administração, segundo o Instituto Americano de Contadores Públicos Certificados (AICPA).^{154;155}

Para que se entenda o efetivo papel da governança corporativa é essencial enumerar os seus princípios básicos, quais sejam: a transparência que resulta em ambiente de confiança; a equidade que preza pelo tratamento justo e imparcial de todas as partes interessadas; a prestação de contas que impõe aos agentes de governança que assumam as consequências dos seus atos e omissões; bem como a responsabilidade corporativa que confere aos agentes de governança que zelem pela sustentabilidade das organizações.¹⁵⁶

Deve ser mencionado que a depender da atividade de cada empresa, os modelos de governança podem variar e ser customizados, mas os princípios básicos, publicados em 1999 pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), devem estar

¹⁵³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 4.ed. São Paulo, SP: IBGC, 2009. 73 p.

¹⁵⁴ Instituto Americano de Contadores Públicos Certificados (AICPA – The American Institute of Certified Public Accountants). Disponível em: www.aicpa.org. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹⁵⁵ PEREIRA, Marcos Augusto Assi. **Controles internos e cultura organizacional**: como consolidar a confiança na gestão dos negócios. São Paulo: Saint Paul Editora, 2009, p. 29.

¹⁵⁶ CANDELORO, Ana Paula P.; DE RIZZO, Maria Balbina Martins; PINHO, Vinicius. **Compliance 360º**: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012, p. 298-299.

presentes em todos os modelos.¹⁵⁷ A governança corporativa possui dois lados que se complementam. De um lado a questão comportamental, entre os diferentes agentes e, do outro, a questão normativa que moldará a formação da estratégia corporativa. A cultura organizacional tem um papel fundamental na consolidação destes aspectos, uma vez que modela a gestão e o comportamento, a partir da implementação da “prática de valores essenciais à instituição, estimula o comprometimento de seus colaboradores, cria um clima propício ao trabalho e consolida uma base cultural interna”.¹⁵⁸

Antes de iniciar a análise da aplicação da governança corporativa em empresas estatais, interessante apresentar um estudo analisando dados de empresas de 2002 a 2007, o qual pretendia responder se “a governança corporativa das firmas privadas é realmente melhor do que a das empresas estatais?”, e a conclusão do estudo que analisou empresas estatais brasileiras, inclusive contrariando a literatura internacional, é que tais empresas possuem práticas de governança melhores que as das empresas privadas, e que tal superioridade é significativa do ponto de vista estatístico e econômico.¹⁵⁹

Outro resultado interessante da análise anterior é acerca da relação entre o valor da empresa, origem de capital e *payout*, o qual concluiu não haver diferença entre as empresas estatais e privadas, não se podendo afirmar que a distribuição ocorre de forma superior nas empresas privadas.¹⁶⁰

Tal superioridade pode ser observada, pois “as sociedades de economia mista devem respeitar os padrões de governança corporativa do mercado, mesmo se não estiverem listadas nos segmentos mais rígidos da Bolsa de Valores”.¹⁶¹

Inclusive a Bolsa de Valores do Brasil criou o Programa Destaque em Governança de Estatais, com o intuito de incentivar as estatais abertas ou em vias de abertura a aprimorar suas práticas e estruturas de governança corporativa, a partir de requisitos objetivos, a fim de contribuir para o aumento da confiança do investidor. A adesão ao referido programa é voluntária e para obter a certificação é necessário aplicar as medidas indicadas no Programa, o qual inclusive foi atualizado de acordo com a Lei nº 13.303/2016, possuindo como linhas de

¹⁵⁷ PEREIRA, Marcos Augusto Assi. **Controles internos e cultura organizacional:** como consolidar a confiança na gestão dos negócios. São Paulo: Saint Paul Editora, 2009, p. 21.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 21-22.

¹⁵⁹ SILVA, André Luiz Carvalhal da. **A governança corporativa das firmas privadas é realmente melhor do que a das empresas estatais?** Curiosas evidências do mercado brasileiro. *In:* Prêmio Dest Monografias: Empresas Estatais: monografias premiadas 2005-2008. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria Executiva, Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais. Brasília, DF: Embrapa Informação Tecnológica, 2009, p. 476.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 476.

¹⁶¹ TONIN, Mayara Gasparoto. **Sociedades de economia mista e acionistas minoritários:** de acordo com a Lei das S/A e com a nova lei das estatais. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2018, p. 49.

ação a transparência, controles internos, composição da administração e compromisso do controlador público.¹⁶²

A Lei nº 13.303/2016, a qual dispõe entre outras questões sobre o estatuto jurídico da sociedade de economia mista também possui preocupação especial acerca da inclusão de regras de governança corporativa, “de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta lei”.¹⁶³

O artigo 8º da referida lei traz diversos requisitos referentes à transparência, quais sejam:

I - Elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos; II - Adequação de seu estatuto social à autorização legislativa de sua criação; III - Divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, em especial as relativas a atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração; IV - Elaboração e divulgação de política de divulgação de informações, em conformidade com a legislação em vigor e com as melhores práticas; V - Elaboração de política de distribuição de dividendos, à luz do interesse público que justificou a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista; VI - Divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional; VII - Elaboração e divulgação da política de transações com partes relacionadas, em conformidade com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente e aprovada pelo Conselho de Administração; VIII - Ampla divulgação, ao público em geral, de carta anual de governança corporativa, que consolide em um único documento escrito, em linguagem clara e direta, as informações de que trata o inciso III; IX - Divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade.¹⁶⁴

Com relação às regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno, no artigo 9º prevê o controle interno quanto à ação dos administradores e empregados, a verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos por área específica; bem como a criação de auditoria interna e comitê de auditoria estatutário.

¹⁶² Extraído do site da B3. Disponível em: http://www.b3.com.br/pt_br/b3/qualificacao-e-governanca/certificacoes/programa-estatais/ Acesso em: 05 out. 2021.

¹⁶³ Artigo 6º da Lei nº 13.303/2016: Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

¹⁶⁴ Artigo 8º da Lei nº 13.303/2016: Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Outra determinação é a elaboração e divulgação do Código de Conduta e Integridade, no qual dentre vários itens, destacam-se a necessidade de atualização, sanções e previsão de treinamento periódico, além da existência de canal de denúncia.

Um dos efeitos da governança corporativa é privilegiar a profissionalização da administração das empresas, deixando o proprietário de ser o gestor direto, dando margem aos conflitos de agência que resultam “da imperfeição dos contratos em função da impossibilidade de prever todas as situações com antecedência e de determinar soluções conciliatórias”.¹⁶⁵

Portanto, os conflitos de agência, nada mais são do que desalinhamentos entre interesses, podendo ocorrer entre proprietário e gestor, bem como, entre acionistas controladores e acionistas minoritários, “agravado pela existência de fortes assimetrias informacionais entre os dois lados”.¹⁶⁶

Os custos de agência, por sua vez, inserem-se na formação dos custos de transação e podem ser assim descritos:

- 1) custos de criação e estruturação de contratos entre o principal e o agente; 2) gastos com monitoramento das atividades dos gestores pelo principal; 3) gastos promovidos pelo próprio agente para mostrar ao principal que seus atos não lhe serão prejudiciais; 4) perdas residuais, decorrentes da diminuição da riqueza do principal por divergências entre as decisões do agente e as decisões que iriam maximizar a riqueza do principal.¹⁶⁷

A sociedade de economia mista possui uma peculiaridade, qual seja, a tentativa de conciliação entre interesses privados e públicos, e, como tais interesses podem divergir, uma forma de minimizar tal dificuldade refletiu-se na prática do exercício do controle de forma absoluta pelo Estado, participando o setor privado como um investidor sem participação nas decisões empresariais, o que pode gerar conflitos de interesses na atuação do acionista controlador público na condição de poder concedente e a concessionária, por exemplo.¹⁶⁸

De qualquer forma, é possível reduzir o problema de agência nas sociedades de economia mista, “se houver ameaça concreta de desalojamento dos administradores para substituição por outros considerados mais competentes e comprometidos com a causa da

¹⁶⁵ CANDELORO, Ana Paula P.; DE RIZZO, Maria Balbina Martins; PINHO, Vinicius. **Compliance 360°: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo**. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012, p. 293.

¹⁶⁶ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 63.

¹⁶⁷ Ibid., p. 293.

¹⁶⁸ TONIN, Mayara Gasparoto. **Sociedades de economia mista e acionistas minoritários: de acordo com a Lei das S/A e com a nova lei das estatais**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2018, p. 43-45.

maximização dos lucros”,¹⁶⁹ sendo que por outro lado, há quem defenda a existência de fortes incentivos positivos a fim de motivar o trabalho do administrador em favor dos acionistas, como a remuneração variável atrelada aos resultados da companhia.¹⁷⁰

A sociedade de economia mista, sob outro aspecto, possui uma propensão maior na geração de conflitos de interesses em face das mudanças políticas no controle acionário.

Evandro Fernando Pontes enumerou os diversos interesses que envolvem a sociedade de economia mista, quais sejam: o interesse público decorrente da sua criação o qual inclusive possui o condão de ensejar responsabilização do acionista controlador nos termos do artigo 238 da Lei nº 6.404/1976; os interesses públicos absolutos decorrentes da aplicação do artigo 1º a 3º da Constituição da República Federativa do Brasil; os interesses públicos relativos, tais como o da comunidade e dos empregados; o interesse societário; bem como os interesses particulares descritos no artigo 109 da Lei nº 6404/1976, ou seja, em face da diversidade de interesses envolvidos numa sociedade de economia mista a possibilidade de conflitos se expande.¹⁷¹

3.2.1 Sobre o ambiente institucional e os comportamentos

Em termos de maior efetividade na implementação ou melhoria da governança das sociedades de economia mista é conveniente voltar-se a análise para alguns aspectos que são tratados pela Teoria Institucionalista em sua vertente da Nova Economia Institucional (NEI).

O grau de eficiência de uma sociedade de economia mista tem impacto não apenas em relação aos seus investidores públicos e privados, qualidade do serviço prestado, como também na compreensão das escolhas públicas quando da alocação de recursos escassos.

Existe um contexto no qual a empresa atua, o qual é tratado pela NEI como ambiente institucional. Para que haja desenvolvimento social e econômico é necessário que as instituições, formais e informais cumpram o seu papel e formem a estrutura de incentivo adequada para o objetivo pretendido.¹⁷²

¹⁶⁹ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 64-65.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 66.

¹⁷¹ PONTES, Evandro Fernandes. Os interesses jurídicos nas sociedades de economia mista. *In*: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 426-427.

¹⁷² NORTH, Douglass C. Desempenho econômico em el transcurso de los anos. **Economía, teoría y práctica**, n. 9, 1998, p. 129.

Ressalta-se que as estruturas de crenças fazem parte das sociedades modernas e se transformam em estruturas sociais e econômicas pelas instituições de natureza formal e informal. As instituições devem ser bem delineadas e sujeitas ao crivo de sua manutenção ou alteração, com base no objetivo central.¹⁷³

Ambas, as instituições e sistemas de crenças precisam ser transformadas para uma reforma bem-sucedida da sociedade humana, uma vez que são os modelos mentais dos atores que irão moldar suas escolhas.

As estruturas institucionais flexíveis e adaptáveis possuem mais chances de sobreviver aos choques e mudanças que fazem parte da evolução bem-sucedida. Da mesma forma, as sociedades de economia mista que estiverem abertas e preparadas para a mudança trilharão este caminho [do aprimoramento] de forma mais rápida e mais robusta.¹⁷⁴

Dessa forma, a união entre a legislação e a economia comportamental é essencial para que todo o processo ocorra de forma mais organizada e agilizada. A economia comportamental pode ser relevante para uma mudança do ambiente institucional e auxiliar na concepção de um espaço de cooperação, ao estabelecer fatores de intervenção nos comportamentos não retirando de forma absoluta o poder de escolha dos agentes, mas agindo por meio de *nudges*.

Nesse contexto, o ambiente institucional e o destaque ao papel dos comportamentos e de sua indução, permite que se caminhe para a compreensão da cooperação na visão de Douglas North. Para o economista, os indivíduos entendem como uma boa opção cooperar quando o jogo se repete, quando possuem informações completas sobre o desempenho anterior dos outros jogadores e, por fim, quando são poucos os jogadores, sendo que os dados inversos repelem a cooperação.¹⁷⁵

Com base nesta visão, pode-se concluir que a implantação da governança corporativa nas sociedades de economia mista é essencial ao estímulo à cooperação dos interessados (jogadores), já que um dos objetivos da implementação de estruturas sólidas de governança é dotar o empreendimento de maior segurança e permanência. Sobre a indução de comportamentos, como visto, ela pode decorrer da expressão da vontade num contrato, de estímulos não punitivos ou diretamente de uma imposição legal.

¹⁷³ NORTH, Douglass C. Desempenho económico em el transcurso de los anos. **Economia, teoría y práctica**, n. 9, 1998, p. 133.

¹⁷⁴ Ibid., p. 137.

¹⁷⁵ Ibid., p. 135.

Considerando a tradição nacional de apego às instituições formais em sua modalidade legislativa, abre-se espaço para questionamentos sobre a necessidade e conveniência da existência de instituições formais que possam, em tese, delimitar o risco moral e os custos de agência anteriormente comentados. E mais, propõe-se uma reflexão crítica quanto a real necessidade de novas leis e regulamentos, quando comparada ao ambiente legal pré-existente e os problemas de eficácia em sua aplicação.

No plano da eficácia das instituições atribui-se fundamental importância ao papel assumido pelo Supremo Tribunal Federal como árbitro de grandes conflitos institucionais e políticos do país, sendo que tal atuação em conjunto com uma Constituição longa e detalhada, abre uma porta para o enorme protagonismo jurídico atual do Poder Judiciário. Protagonismo que cresce também em razão de vácuos legais, mas que eventualmente é exercido à revelia da análise dos impactos econômicos.¹⁷⁶

Por outro lado, quando se busca identificar a responsabilidade do administrador de uma sociedade de economia mista pelas decisões tomadas, é imprescindível que se avalie o cenário no qual estão inseridas, pelo que se passará no próximo item a abordar o controle do Tribunal de Contas, Ministério Público e poder concedente como especificidades do regime jurídico aplicável às sociedades de economia mista.

¹⁷⁶ PARGENDLER, M.; SALAMA, B. Direito e Economia no Direito Civil: O Caso dos Tribunais Brasileiros. In: POMPEU, I. G.; BENTO, L. F. G.; POMPEU, R. G. P. (Orgs.). **Estudos sobre Negócios e Contratos: Uma Perspectiva Internacional a Partir da Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 53.

3.3 CONTROLE DO TRIBUNAL DE CONTAS, MINISTÉRIO PÚBLICO E PODER CONCEDENTE

O controle na Administração Pública consiste na vigilância, fiscalização, bem como orientação e correção. Este tópico discorrerá sobre o controle do Tribunal de Contas, Ministério Público e poder concedente, a partir das agências reguladoras, em relação às sociedades de economia mista.

O artigo 70 da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, entre outras, das entidades da administração indireta quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, seja mediante controle externo com o auxílio do Tribunal de Contas, seja pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Compete ao Tribunal de Contas, seja da União ou dos Estados, nos termos dos artigos 71 e 75 da Constituição da República Federativa do Brasil:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

O artigo 85 da Lei nº 13.303/2016, replicando determinação já inserida na Constituição da República Federativa do Brasil, determina que a fiscalização poderá se dar pelo Estado e pela sociedade, nos termos a seguir:

Art. 85: Os órgãos de controle externo e interno das 3 (três) esferas de governo fiscalizarão as empresas públicas e as sociedades de economia mista a elas relacionadas, inclusive aquelas domiciliadas no exterior, quanto à legitimidade, à economicidade e à eficácia da aplicação de seus recursos, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial.

Para que a referida atividade fiscalizatória possa ser realizada, tais órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização da fiscalização, até mesmo aqueles classificados como sigilosos¹⁷⁷ pela sociedade de economia mista, nos termos do parágrafo primeiro do mesmo artigo citado anteriormente.

É importante destacar que as exigências decorrentes do controle não são ilimitadas, ou seja, caso “não sejam razoáveis, proporcionais ou que violem a legalidade ou a economicidade podem ser questionadas sem que tal questionamento possa caracterizar, de pronto, infração administrativa”.¹⁷⁸

A Lei nº 13.303/2016 no seu artigo 87, §2º traz também a possibilidade de representação ao Tribunal de Contas, ou seja, cria oportunidade para que qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica apresente à autoridade pública informações sobre irregularidade ou ilegalidade.

A Lei das Estatais traz também duas importantes limitações, a da supervisão por vinculação da estatal à entidade criadora, bem como ao exercício do controle, nos termos dos artigos 89 e 90 respectivamente.

Interessante citar que nas duas limitações o que se pretende proteger é a autonomia e a independência das sociedades de economia mista, porque é este valor que garantirá o exercício das atividades econômicas para as quais foi criada, não se admitindo ingerência em desacordo com o que prevê a legislação em termos de supervisão. Aqui está o dilema, “encontrar o ponto ideal de equilíbrio entre controle estatal e autonomia gerencial”.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

¹⁷⁸ GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das estatais**: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 298.

¹⁷⁹ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal**: função econômica e dilemas societários. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 95.

Acrescentando, quanto à limitação do controle, faz-se uma distinção interessante entre atos administrativos estrito senso e atos de mera gestão administrativa:

Há certo consenso jurisprudencial acerca dos limites de controle sobre o mérito do ato administrativo. Desta feita, se mesmo em relação aos atos administrativos estrito senso há vedação de controle de seu mérito, diante da certa margem da liberdade de escolha que detém o administrador público para decidir entre duas ou mais soluções de um caso concreto, tanto mais se deve reputar albergada de controle o mero ato de gestão administrativa, que sequer caracteriza um ato administrativo nos termos da lei. O ato de gestão, portanto, deve ser analisado sob o prisma do padrão de conduta usualmente adotado por empresários e por empresas no mercado concorrencial. O controle, interno ou externo, sob o prisma da lei não pode interferir nos atos de mera gestão administrativa, ingerindo de forma ilegítima no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas.¹⁸⁰

No que concerne ao controle do Ministério Público, é importante lembrar, nos termos do artigo 127 da Constituição da República Federativa do Brasil, que se trata de “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, atrelado aos princípios da unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Citam-se, ainda, as funções institucionais do Ministério Público previstas no artigo 129 da Constituição da República Federativa do Brasil, que conduzem às formas de controle que exerce, entre elas, aquelas sobre as estatais:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

¹⁸⁰ GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das estatais**: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 313-314.

É importante ressaltar que o controle pelo Ministério Público também não é ilimitado, conforme já apresentado anteriormente com relação ao Tribunal de Contas.

Interessa à tese de forma especial abordar sobre o controle exercido pelo poder concedente, ou seja, a regulação externa do regime do serviço público. Acerca do tema, é importante citar o entendimento a seguir:

A empresa estatal não deve sujeitar-se a nenhum regime diferenciado, mas ser tratada rigorosamente como qualquer outra empresa, independentemente da composição de seu capital. Não se justifica nenhuma relação especial entre Estado e companhia controlada que presta serviço público, que, a rigor, poderia ser delegado ao setor privado. Quando isso não ocorre, a empresa estatal deve se transformar em concessionária formal e contratualizar a relação com o Estado, cabendo ao contrato de concessão definir metas de universalização e qualidade do serviço público, assim como a política tarifária. O Estado não deve se valer da posição de acionista controlador para impor orientações estratégicas sem compensação financeira adequada.¹⁸¹

A regulação administrativa engloba as atividades de vigilância e fiscalização, e também de orientação e correção. Entretanto, a propriedade acionária majoritária estatal não significa necessariamente que a estatal esteja vocacionada a atender exclusivamente ao interesse público. Por sua condição de sociedade de economia mista, conta com acionistas que titulam seus próprios interesses que podem coincidir ou não com o interesse que motivou a sua criação. Tais interesses podem se tornar claros de forma expressa ou existir de forma não transparente.

Os interesses dos acionistas minoritários ostentam independência e dinâmica própria, mas não se pode olvidar dos controles e da especial função pela qual foi criada a sociedade de economia mista.¹⁸²

Portanto, o controle exercido pelo Estado não pode se restringir apenas ao aspecto financeiro e à vigilância dos administradores, é preciso entender a dimensão de tal controle, que deve garantir a realização da missão pública atrelada à estatal, sob pena de sequer justificar a sua manutenção no âmbito da Administração Pública indireta.¹⁸³

Esse conflito latente é inevitável e não há forma de buscar a sua extinção, mas sim o seu equilíbrio:

Não se nega a tensão latente entre duas tendências que estão presentes na empresa estatal a saber: o desejo de autonomia gerencial, por um lado, e a preocupação com o controle governamental, de outro. Essa tensão tem como pano de fundo o aparente conflito entre eficiência microeconômica, que pressupõe flexibilidade de gestão e

¹⁸¹ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 142-143.

¹⁸² Ibid., p. 87.

¹⁸³ Ibid., p. 89.

possibilidade de exercício autônomo da lógica empresarial, e os objetivos mais amplos de política pública, que normalmente demandam intervenções externas e hierarquização de prioridades pelo governo central. Não é tarefa fácil encontrar o ponto ideal de equilíbrio entre as duas forças opostas, para fazer com que a empresa estatal seja ao mesmo tempo eficiente sob o aspecto operacional e continue vinculado à sua causa existencial.¹⁸⁴

É importante a menção ao equilíbrio, pois se o controle for maior do que os descritos na legislação, pode ocorrer o abuso de poder, o que não é desejável para a sociedade de economia mista.

Por fim, é preciso mencionar o controle pela agência reguladora, sendo que na presente tese analisa-se a prestação de serviço público de distribuição de energia elétrica, o foco será o controle exercido pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

As atribuições da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) estão previstas na Lei nº 8.987/95 nos artigos 29 e 30, bem como, na Lei nº 9.427/96 nos artigos 2º e 3º.

É importante registrar que o novo setor elétrico está estruturado em três pilares, sendo um deles a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), e os demais, o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS)¹⁸⁵ e o Mercado Atacadista de Energia (MAE).¹⁸⁶

Não há dúvida acerca da função regulatória¹⁸⁷ das agências reguladoras, “que se trata de atividade que envolve competência para estabelecer regras de conduta, para fiscalizar,

¹⁸⁴ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 90-91.

¹⁸⁵ “[...] é o órgão responsável pela coordenação e controle da operação das instalações de geração e transmissão de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional (SIN) e pelo planejamento da operação dos sistemas isolados do país, sob a fiscalização e regulação da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).” Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS). **O que é ONS**. Disponível em: <http://www.ons.org.br/paginas/sobre-o-ons/o-que-e-ons>. Acesso em: 10 nov. 2021.

¹⁸⁶ “O MAE, mercado atacadista de energia é uma bolsa de que reúne compradores e vendedores de blocos de energia. Entretanto, ao contrário de outras bolsas, a **oferta e demanda ocorridas no presente não determinam o preço**. A oferta e demanda futura afetam o preço da energia. Esse valor é calculado por um modelo de simulação que estima o “valor da água” ou preço spot olhando para o futuro. Todas as transações tem que ser realizadas por esse preço. Porque? Porque ao vender um bloco de energia em um sistema cooperativo como o brasileiro, o vendedor pode estar comprometendo a energia futura. Nesse sentido, o preço é determinado por um modelo que, através de simulações, tenta trazer para o presente, cenários futuros de oferta e demanda. Esquemáticamente, podemos ilustrar o problema da definição do preço da energia hoje pela figura abaixo: Como se vê, o MAE, o ONS, o MME e a ANEEL terão que concordar a respeito de diversos acontecimentos futuros: O consumo futuro, a capacidade de geração futura e as afluições futuras. Tudo isso exclusivamente por razões topológicas dos nossos reservatórios. Por isso o sistema brasileiro tem um acoplamento no tempo que nenhum outro país apresenta.” Fonte: ILUMINA – Instituto de Desenvolvimento Estratégico do Setor Energético. **O que é, e para que serve o MAE?** Publicado em: 12/03/2004. Disponível em: <https://www.ilumina.org.br/o-que-e-para-que-serve-o-mae-o-mae-mercado-atacadista-de-energia-uma-bolsa-de-que-reune-compradores-e-vendedores-de-blocos-de-energia-entretanto-ao-contrario-d/>. Acesso em: 10 nov. 2021.

¹⁸⁷ “Primeiramente, menciona-se uma certa confusão entre regulação e regulamentação, da qual decorrem outras ambiguidades terminológicas. Ambas as palavras têm origem no vocábulo latino regula, cujo sentido figurado é o de regra, norma, diretriz. Logo, ambas podem significar o ato de editar normas, bem como o resultado deste ato, o conjunto das normas elaboradas. Na doutrina encontram-se várias definições para os termos. [...] Ressalva-se, porém, que é frequente o uso de ambos os termos como sinônimos. Ressalva-se, ainda, que é igualmente

reprimir, punir, resolver conflitos”,¹⁸⁸ entretanto há dúvida quanto à competência para baixar atos normativos.¹⁸⁹

As agências podem como qualquer outro órgão ou entidade administrativa no Brasil, em face da sua especialização, a partir de atos normativos, “interpretar ou explicitar conceitos indeterminados, especialmente de natureza técnica, contidos em leis e regulamentos”,¹⁹⁰ uma vez que exigem definição precisa, mas sem inovar a ordem jurídica.

As agências no âmbito das concessionárias dos serviços públicos assumem atribuições próprias do poder concedente, quais sejam, fixação das regras da prestação do serviço, realização de licitação, celebração de contratos, controle e aplicação de sanções, rescisão de contrato, alteração unilateral das regras de prestação de serviços, bem como reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.¹⁹¹

Por outro lado, as agências possuem limites quanto à sua atuação, quais sejam:

O que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica. Principalmente, não podem as agências baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidades, ou mesmo outorgando benefícios, sem previsão em lei. Trata-se de matéria de reserva de lei, consoante decorre do artigo 5º, inciso II, da Constituição.¹⁹²

Leonardo André Paixão também destaca a limitação anterior, mas ainda acrescenta posicionamento diverso baseado no compromisso dos participantes do setor elétrico de seguir as determinações da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) para ingressar no mercado atacadista.¹⁹³

Considerando que as agências reguladoras no Brasil tiveram inspiração no modelo de agências norte-americanas, Cristiana Catarina Fagundes de Oliveira sugere que, a possibilidade de expedição de normas por aquelas siga o rito adotado nestas, consistente na

frequente o uso do termo regulamentar com o significado de pormenorizar norma superior para garantir sua fiel execução (e não apenas especificamente a execução da lei pelo decreto).” Fonte: PAIXÃO, Leonardo André. Aspectos jurídicos-institucionais do setor elétrico brasileiro. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito regulatório**: temas polêmicos. 2. ed. rev. e ampl. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum: 2009, p. 347-349.

¹⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito regulatório**: temas polêmicos. 2. ed. rev. e ampl. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum: 2009, p. 41.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 41.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 49.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 49.

¹⁹² *Ibid.*, p. 49.

¹⁹³ PAIXÃO, op. cit., p. 373.

participação democrática na elaboração das normas, o que ensejaria a legitimidade de tais decisões. No entanto, não é o que ocorre no Brasil:

A preocupação com a participação é realmente com a efetividade do processo de elaboração das decisões, o que decorre da ideia de que cada membro da sociedade é responsável pela formação das decisões do Estado. No Brasil, há poucas previsões de participação nas decisões e não há preocupação com a efetividade da participação nas decisões, mas com a proteção do usuário pela agência, o que decorre da ideia de formação do Estado no Brasil como protetor da sociedade. A situação no Brasil é a de que membro da sociedade não participa efetivamente da elaboração das normas das agências e, após a expedição da norma, busca o Estado, por meio do Poder Judiciário, para socorrê-lo contra o eventual arbítrio na formação da norma. A importância no reconhecimento desta situação diversa entre participação pela sociedade brasileira e pela norte-americana reside em que, por esta análise, pode-se estabelecer a melhor forma de adaptação das instituições norte-americanas ao direito brasileiro.¹⁹⁴

A agência reguladora possui o poder e o dever de fiscalizar o cumprimento da legislação do setor, bem como as condições da prestação dos serviços ou a exploração da atividade regulada:

O dever/poder fiscalizatório, com a consequente aplicação de sanções administrativas, exige que, além da legalidade e da validade do ato, este tenha o componente indispensável de eficácia. É a atuação que vai tornar a agência mais presente e eficiente no trato das questões que violem o ordenamento jurídico vigente em detrimento da população.¹⁹⁵

Desta forma, a sociedade de economia mista de prestação de serviço público de distribuição de energia elétrica sujeita-se ao controle do Tribunal de Contas, Ministério Público e poder concedente consistente na Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), portanto, enfrenta desafios relevantes diante de empresas totalmente privadas.

¹⁹⁴ OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes de. Participação social na elaboração das normas. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum: 2009, p. 560.

¹⁹⁵ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências reguladoras e o direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 71.

4 ATIVISMO JUDICIAL E AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA NO BRASIL

Não há como negar a importância da alocação da força de trabalho,¹⁹⁶ daí a necessidade de revisão do papel do Direito do Trabalho, do princípio da proteção do trabalhador,¹⁹⁷ bem como do pensamento vigente de conflito nas relações de trabalho e da necessidade cogente de mudança de comportamento em busca da cooperação e de equilíbrio.

A maioria dos doutrinadores propaga que o Direito do Trabalho foi criado para proteger o trabalhador do capital, conceito este que provavelmente estimulou o eterno conflito entre as partes envolvidas e que gera milhares de ações judiciais na justiça especializada, inclusive por parte dos sindicatos ou decorrentes de pedidos de nulidade de cláusulas resultantes de normas coletivas. Tanto que o princípio da proteção, na perspectiva de Plá Rodriguez, é o “critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador”, e tal princípio encontra embasamento na essencialidade do Direito do Trabalho, o qual nasceu para atenuar as díspares configurações de opressão do trabalhador.¹⁹⁸

Entretanto, com o passar das décadas – apesar do fortalecimento do desenvolvimento econômico e social, da intensificação dos meios de comunicação pelas mídias sociais, do aumento do nível de instrução de muitos brasileiros, da atuação intensificada dos sindicatos e da consciência ampliada do trabalhador em relação aos seus direitos– a relação entre empregador empregado, o conceito do Direito do Trabalho e do princípio da proteção ainda permanecem os mesmos.

De maneira bastante inovadora, Arion Sayão Romita assegura não haver o princípio da proteção, sobretudo no período posterior à promulgação da vigente Constituição da República Federativa do Brasil, uma vez que “a proteção preconizada pela doutrina tradicional cede diante dos imperativos econômicos voltados para a conservação do emprego”.¹⁹⁹

¹⁹⁶ KWANT, Remy C. **Filosofía del trabajo**. Buenos Aires: Ediciones Carlos Lohlé, 1967, p. 14-20.

¹⁹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 36-37.

¹⁹⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1978, p. 28 e 30.

¹⁹⁹ ROMITA, Arion Sayão. **O princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. São Paulo: LTr, 2003, p. 21-26.

Afirma, ainda, a necessidade de modificação da legislação trabalhista, pois não é papel do Direito do Trabalho resguardar o trabalhador, mas especialmente regular as relações entre empregado e empregador, adaptando-se ao trabalhador atual que possui conhecimento e informação, pois somente assim poderá ser concretizado o ideal de justiça.²⁰⁰

Ademais, alerta para o fato que os custos do empregador, inclusive aqueles decorrentes das políticas protecionistas, são suportados pelo consumidor, que, em síntese, são os próprios trabalhadores. Portanto, “quem custeia a proteção é o próprio trabalhador”,²⁰¹ operando tal princípio como desproteção, perpetuando a posição dependente e dominada do trabalhador, mantendo o conflito anteriormente mencionado e não trazendo qualquer benefício a nenhuma das partes, nem à sociedade.

É bastante pertinente afirmar que “a dignidade da pessoa humana de forma integral é coletiva – isto é: os vários aspectos da dignidade de cada indivíduo e de todos eles em determinada sociedade”, sendo equivocado conceber que o aumento de proteção seja ininterruptamente a forma ideal de promover e proteger a dignidade humana, ainda mais sopesando que a proteção deve se estender ao empregado, ao empregador, à sociedade em geral e às gerações futuras.²⁰²

A interpretação do Direito do Trabalho em relação ao princípio da proteção deve ser exercido de forma sustentável, pois há o interesse público na harmonização do capital e do trabalho, indispensável à garantia do bem comum e à paz social.²⁰³

O papel das instituições, em especial as relacionadas ao Direito do Trabalho e à Justiça do Trabalho, é essencial para a alteração desta cultura de proteção, bem como da busca da cooperação ou do equilíbrio entre esta e o conflito,²⁰⁴ pois são as instituições que definem “a direção da mudança econômica rumo ao seu crescimento, ou à estagnação, ou ao declínio”.²⁰⁵

A Justiça do Trabalho tem um papel relevante na construção da relação de conflito, sendo na maioria das vezes favorável ao trabalhador, mediante a construção de direitos que trazem um alto custo para as empresas, mesmo quando estas possuem uma política de *compliance* trabalhista e cumprem corretamente seus deveres para com o trabalhador.

²⁰⁰ ROMITA, Arion Sayão. **O princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. São Paulo: LTr, 2003, p. 21-26.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 21-26.

²⁰² BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 88-89.

²⁰³ STEPHAN, Cláudia Coutinho. Os direitos sociais e o trabalhador na Constituição da República. **Revista LTr**. São Paulo, ano 73, pp. 1203-1209, out./2009.

²⁰⁴ FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito**: instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 10.

²⁰⁵ NORTH, Douglass C. Institutions. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n. 3, 1991, p. 97.

Para um exemplo concreto, interessante citar decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) em desfavor da Petrobras, a qual garantiu aos empregados da estatal o direito ao pagamento de adicionais salariais que foram definidos em um acordo coletivo assinado em 2007.

A referida decisão pode causar um impacto financeiro de 15,2 bilhões de reais nos cofres da estatal, além de inviabilizar o sistema remuneratório futuro da empresa. Entretanto, o próprio presidente do Tribunal Superior do Trabalho afirmou que o impacto econômico não é de responsabilidade da Corte: “Aqui é só matéria de direito. Se custa mais para um ou para outro não nos diz respeito, não é da nossa competência funcional”.²⁰⁶

Destaca-se que além dos impactos mencionados na própria ação judicial, há ainda outros reflexos financeiros como a queda do valor das ações da empresa na Bolsa de Valores brasileira e inclusive do índice do Ibovespa.²⁰⁷ A referida ação judicial aguarda julgamento de Recurso Extraordinário sob o nº 1251927 no Supremo Tribunal Federal (STF), o qual consta como suspenso desde 18 de fevereiro de 2022,²⁰⁸ tendo como relator o Ministro Alexandre de Moraes.²⁰⁹

É claro que num ambiente de superproteção, jamais haverá cooperação, pelo contrário, o empregado será conduzido a não entender que os recursos das empresas são escassos, o que não é compatível com direitos ilimitados. Precedentes como o relatado se afastam do princípio da manutenção da empresa, dos postos de trabalho dos demais empregados que ali retiram o seu sustento, dos impostos pagos pelas empresas ao governo, da importância desta para a economia local e/ou global, entre diversas outras consequências. Prevalece exclusivamente a proteção individual, para com o empregado ou ex-empregado litigante.

Fazendo uma breve análise de decisões trabalhistas contemporâneas e respectivos pedidos julgados procedentes relacionados aos empregados públicos das sociedades de economia mista, são muitos os casos em que são analisados não apenas os direitos trabalhistas essenciais não quitados, como verbas rescisórias, horas extras, salário, FGTS, vale transporte, mas sim, direitos criados a partir da própria decisão judicial, a partir da construção de teses jurídicas que contemplam nulidades de normas coletivas questionadas pelos próprios

²⁰⁶ CORREIO BRAZILIENSE. **Petrobras perde ação bilionária para funcionários**. Reportagem de Vera Batista. Publicado em: 22/06/2018. Disponível em: <http://blogs.correiobraziliense.com.br/servidor/petrobras-perde-acao-bilionaria-para-funcionarios/> Acesso em: 26 jul. 2018.

²⁰⁷ Ibid., s./p.

²⁰⁸ Em consulta ao andamento processual feita em 13/02/2022, não consta o resultado do julgamento.

²⁰⁹ Para entender mais sobre o processo judicial referido, acessar a seguinte matéria: **Moraes reverte decisão que condenou Petrobras em ação bilionária**. [Publicado em 28/07/2021, no Portal Migalhas]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/349273/moraes-reverte-decisao-que-condenou-petrobras-em-acao-bilionaria>. Acesso em: 04 fev. 2022.

sindicatos que as negociaram ou em ações individuais pelos empregados que as aprovaram em assembleia, bem como questionamento de direitos criados por normas internas.²¹⁰

Nesta senda, pode-se afirmar claramente que não há segurança jurídica para as empresas no Brasil e que o alto custo do empregado não decorre somente dos impostos cominados pelo Poder Executivo, mas também das improváveis condenações advindas do Poder Judiciário.

São especialmente questionáveis as decisões judiciais imprevisíveis, a criação de direitos a partir da adoção de teses judiciais, as condenações advindas de alterações repentinas de súmulas e orientações jurisprudenciais, enfim, todas as decisões derivadas de matérias controvertidas ou de caráter inovador, denominados de direitos construídos.

É fato que o papel do Poder Judiciário tem se alterado com o passar do tempo e, para que se entenda esta ampliação, faz-se essencial realizar um breve retrospecto do positivismo clássico ao ativismo judicial.

Kelsen, representante do positivismo clássico, concebeu o modelo de Direito adotado pelo Estado moderno, no qual a Constituição legitima as demais normas do sistema em razão da outorga de competências, com a aspiração de que a distância, a transparência e o controle tornassem este sistema completo. Sua teoria pura do direito na prática não se mostrou viável. Hart acrescentou a esta representação o foco na validade e na atividade hermenêutica.²¹¹

Destaca-se que Kelsen descreveu de forma escassa a interpretação, mas defendia que esta não poderia ultrapassar as molduras de um quadro imaginado. Entendia que não era

²¹⁰ A fim de comprovar tal afirmação segue diversos números de processos judiciais julgados no Tribunal Superior do Trabalho envolvendo a Companhia Paranaense de Energia (Copel), sociedade de economista mista do Paraná que presta serviço de distribuição, transmissão e geração de energia elétrica, na qual se discutem majoritariamente direitos como: diferenças de parcela dupla função criada através de norma interna, adicional por tempo de serviço prevista em norma coletiva, natureza jurídica do auxílio alimentação prevista em norma coletiva, divisor das horas extras previsto em norma coletiva, invalidez do acordo de compensação previsto em norma coletiva, hora noturna de sessenta minutos com adicional superior ao legal e previsto em norma coletiva, bem como, equiparação salarial. Processos judiciais indicados de forma exemplificativa: Ag-RR - 1171-69.2011.5.09.0021, E-ED-RR - 1707-09.2012.5.09.0195, AIRR - 1582-74.2014.5.09.0129, Ag-AIRR - 705-12.2010.5.09.0021, Ag-ARR - 709-52.2010.5.09.0020, RR - 682-79.2013.5.09.0015, RR - 18-21.2011.5.09.0661, ARR - 12-79.2014.5.09.0088, ARR - 703-16.2015.5.09.0749, RR - 353-85.2013.5.09.0009, ARR - 414-05.2015.5.09.0678, RR - 334-26.2010.5.09.0093, RR - 1090-69.2013.5.09.0662, Ag-AIRR - 865-32.2013.5.09.0021, ED-RR - 24-51.2014.5.09.0005, ARR - 1163-41.2013.5.09.0662, E-Ag-ARR - 755-37.2011.5.09.0010, RR - 898-48.2010.5.09.0014, Ag-AIRR - 152-55.2015.5.09.0872, Ag-AIRR - 518-90.2011.5.09.0660, ARR - 323-65.2013.5.09.0004, RR - 951-29.2014.5.09.0001, RR - 296-34.2013.5.09.0020, RR - 49-39.2014.5.09.0660, RR - 1815-28.2012.5.09.0651, E-ED-RR - 1707-66.2012.5.09.0661, ED-ED-ARR - 598700-22.2009.5.09.0661, RR - 1007-96.2012.5.09.0659, RR - 1754-14.2012.5.09.0411, AIRR - 1037-95.2013.5.09.0013, ARR - 1373-06.2011.5.09.0002, Ag-RR - 9400-76.2009.5.09.0089, RR - 65100-59.2008.5.09.0093, Ag-ARR - 660-22.2011.5.09.0005, ARR - 1335-73.2010.5.09.0084, Ag-ARR - 1320-65.2011.5.09.0021, ARR - 186-49.2013.5.09.0662.

²¹¹ KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. S. De Kelsen a Hart: as transformações do positivismo jurídico. In: LOIS, Cecília Caballero; SIQUEIRA, Gustavo Silveira (Org.). **Da teoria da norma à teoria do ordenamento.** O positivismo jurídico entre Kelsen e Bobbio (Vol. 1). 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 81.

possível defender um único significado da norma, seja em razão da indeterminação intencional do legislador, seja em razão da multiplicidade de sentidos de uma palavra ou de uma sequência de palavras, mas com o intuito de se alcançar o maior grau crível de segurança jurídica, não haveria como sair de limites estabelecidos.²¹²

Defendendo um positivismo moderado, Herbert L. A. Hart, por sua vez, aceita que uma margem de dúvida seria bem acolhida e tolerada na interpretação das leis, seja quanto aos seus significados, seja em conflito ocasional com os outros desígnios que o Direito busca. O desafio é identificar a abrangência de dúvida que o sistema jurídico pode acolher,²¹³ sendo neste caso, essencial o papel do juiz para ponderar sobre os pontos controvertidos.

O pensamento jurídico inovador de Hart iniciou a aplicação de uma nova metodologia, baseada na filosofia da linguagem, na qual se reconhece a existência de uma textura aberta desta, concedendo ao intérprete uma possibilidade de atuação, a partir da compreensão dos enunciados linguísticos, bem como da hermenêutica do Direito.²¹⁴

Tal entendimento é relevante por defender que um texto nada mais é do que uma sequência de letras e espaços logo, necessita de alguma interpretação, não se podendo atribuir primazia a um texto, sem semântica.²¹⁵

A disputa jurídica entre Dworkin e Hart influenciou de forma importante o pensamento jurídico brasileiro, principalmente no que concerne à textura aberta da regra jurídica, o poder discricionário do juiz, a colisão de direitos fundamentais e dos princípios, bem como a possibilidade de análise pura da lei ocasionar resultados injustos e/ou antagônicos aos princípios da sociedade.

É fato que as falhas do sistema motivaram o ativismo, movimento “associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”,

²¹² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 246-247.

²¹³ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Traduzido por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007 (Pós-escrito à 2ª Edição), p. 313-314.

²¹⁴ KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (Coord. de tomo). In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>. Acesso em: 02 set. 2021. p. 5.

²¹⁵ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. WMF Martins Fontes: Brasil, 2010, p. 184.

situação que sequer se submete à oposição dos outros Poderes, os quais, pelo contrário, impulsionam este movimento por sua inércia.²¹⁶

Mas afinal, é importante questionar se estas mudanças aqui relatadas, seriam o fim das certezas ou das incertezas; o início ou o fim do caos, ou se tal transformação seria boa ou ruim para a sociedade.²¹⁷

Não há, todavia, como negar a importância do ativismo judicial, em especial quando envolve a proteção dos direitos das minorias que muitas vezes não conseguem obter resposta perante o Poder Legislativo, porém é necessário que sejam questionados os limites para esta atuação.

Por outro lado, é essencial identificar quando o legislador já acomodou a evolução social na mecânica do Direito, hipótese em que seria sem fundamento a aplicação do ativismo judicial.²¹⁸ O ativismo descontrolado, pelo uso de interpretações que extrapolam os limites da lei, interfere nos atos de gestão das empresas, e implica em sérias consequências para seu funcionamento e, por vezes, a sua manutenção.

Para inibir abusos no ativismo judicial, evitando-se decisões baseadas no princípio da autoridade, seria essencial que estas fossem elaboradas com fundamentos em argumentos racionais e legais, deixando de ser um ato de vontade, para ser um ato legal:

Ser titular de um Direito em um Estado de Direito, a princípio, não depende da vontade de ninguém. Eu tenho um direito porque as fontes jurídicas de um determinado ordenamento jurídico assim o atribuíram a mim. E, se necessário, posso demonstrar tal fato racionalmente diante de qualquer um. Uma prática jurídica puramente decisionista e personalista do direito faz depender a titularidade de um direito da vontade da autoridade. Neste cenário, não bastam argumentos racionais para justificar que eu tenha um direito, pois a vontade do indivíduo ou dos indivíduos que ocupam posição de poder, é a última instância a recorrer para obter o reconhecimento da titularidade de um direito a qual, neste caso, é constitutiva de sua existência.²¹⁹

É importante ressaltar que a atuação ilimitada do Poder Judiciário não pode ser defendida sequer em situações que tratam de direitos fundamentais, pois mesmo para a realização destes há limites no orçamento do Estado, além de colocar os cidadãos em pé de

²¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 443-445.

²¹⁷ PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza**. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996, p. 15.

²¹⁸ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 406.

²¹⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Algumas palavras sobre o papel do direito e da doutrina no Brasil. In: FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Sousa; PUGLIESI, Márcio (Coord.). **Sociologia do Direito: Teoria e Praxis**. 2. ed. Curitiba: Juruá, p. 257-267.

desigualdade, pois uma decisão judicial pode beneficiar um indivíduo, mas deixar de atender outros milhares.

Sugere-se que um limite à atuação desmedida do Poder Judiciário estaria no planejamento orçamentário e no direito de outros cidadãos indiretamente atingidos pela decisão, pensando-se na coletividade, e não apenas no indivíduo que é parte em determinada ação judicial.

Pode-se conduzir o raciocínio no sentido de que no ato da empresa, revestido de legalidade, não há espaço para a interferência do Poder Judiciário, pois a este não é permitido extrapolar os limites da lei, interferindo nos atos de gestão da empresa, especialmente ao afastar qualquer possibilidade de planejamento. Na hipótese de ser justificada a interferência, devem ser consideradas as implicações advindas da decisão judicial.

Não se deve, portanto, admitir que o Poder Judiciário deixe de ponderar as implicações econômicas no orçamento da empresa, os impactos na gestão e com relação aos demais empregados da empresa, sob pena de acarretar insegurança jurídica e dificuldade intransponível na direção dos negócios, acompanhadas de estímulo às condutas oportunistas.

Dessa forma, estaria se contribuindo para o desenvolvimento de ambientes cooperativos e de fortalecimento da ética acoplada à economia, pois “um contato mais próximo entre ética e economia pode ser benéfico não apenas para a economia, mas até mesmo para ética”.²²⁰

Não se pretende aqui defender a aplicação indistinta do coletivismo em substituição ao individualismo, mas a combinação dos dois elementos, de ajustes para que se amoldem ao caso concreto:

Decorre disso que a preocupação consigo mesmo não poderá dissociar-se da preocupação com todos, A meta de uma organização social passaria a ser a sobrevivência de toda humanidade e não apenas de uma parcela. Isso inauguraria uma nova ética predominante no mundo. Ao invés da máxima individualista do “seu direito termina onde começa o meu”, teria lugar a expressão da responsabilidade coletiva do “o meu (e o seu) direito termina (e só termina aí) quando se transforma em ameaça para a estabilidade e a sobrevivência da coletiva.”²²¹

A ênfase na cooperação se afasta do conceito de que o Poder Judiciário avalie as demandas somente individualmente, devendo debruçar-se sobre uma configuração geral de forma a perecer as consequências diretas e indiretas das decisões, com o intuito de se conservar o equilíbrio do todo. Acredita-se que esta conformação do papel do Poder

²²⁰ SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 94.

²²¹ ABDALLA, Maurício. **O princípio da cooperação**: em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: Paulus, 2002, p. 123.

Judiciário com limites definidos, a fim de se resguardar a segurança jurídica e o bem da coletividade, é fator essencial à competitividade e conservação das empresas, dos empregos e dos direitos decorrentes de normas coletivas e normas internas.

Fernando Araújo, em apresentação de palestra, defendeu que a negociação direta entre empregado e empregador é muito mais efetiva que a rigidez das leis laborais e a proteção excessiva, mesmo porque, no fim, alguém acaba pagando por este desequilíbrio, e, na maioria das vezes, é o próprio empregado.²²² O propósito de melhoria real do ambiente social e econômico pressupõe que o Direito, por meio de suas ferramentas, quer sejam legais ou hermenêuticas, considere a realidade e não apenas a forma, para que as respectivas reflexões possam retratar algo real e não fictício.²²³ Outra questão interessante que Fernando Araújo defende, com base na teoria de Ronald Coase, é que o risco não precisa ser somente do empregador, tornando cabível uma proposta de análise econômica do contrato de trabalho.²²⁴

Rodrigues, por sua vez, analisa o voluntarismo nas decisões proferidas na Justiça do Trabalho, ou seja, a utilização de conceitos jurídicos abstratos e princípios, inclusive para afastar a aplicação de leis e obter a proteção ao trabalhador, sem medir as consequências. Defende que a reforma trabalhista surgiu exatamente para confrontar esse entendimento aplicado pela Justiça do Trabalho e que cabe ao Supremo Tribunal Federal, um papel essencial na interpretação e aplicação do Direito do Trabalho.²²⁵

Yeung e Timm analisam, por sua vez, o “efeito bumerangue” decorrente das decisões da Justiça do Trabalho, ou seja, quando o juiz profere uma decisão simplesmente ignorando as externalidades e prejudicando quem inicialmente se tentava proteger:

Finalmente, os economistas levam em conta a existência das chamadas “externalidades” – efeitos positivos ou negativos gerados para a sociedade, ignorados por aquele que os produzem: uma decisão judicial não impacta somente as partes que trouxeram o litígio, elas são sinalizações para outros indivíduos e empresas, que por sua vez, tomarão decisões que refletirão igualmente em outras pessoas. É a insistência em ignorar as externalidades de suas decisões que faz com que a dogmática jurídica acabe gerando o que chamamos de “efeito bumerangue”. O efeito bumerangue acontece, por exemplo, quando um juiz profere uma decisão (normalmente com muito boas intenções) para proteger uma pessoa (e.g. hipossuficiente). Mas, pela ignorância de seus efeitos, a decisão acaba “voltando” e gerando resultados que prejudicam a própria pessoa que se quis inicialmente

²²² ARAÚJO, Fernando. Palestra apresentada no Painel I. In: **Novas Perspectivas da Justiça do Trabalho** (Seminário realizado online em 11/05/2021). Disponível em: <https://www.idp.edu.br/eventos/seminario-novas-perspectivas-da-justica-do-trabalho/> Acesso em: 04 fev. 2022.

²²³ Ibid., s./p.

²²⁴ Ibid., s./p.

²²⁵ RODRIGUES, Suzanne. Palestra apresentada no Painel I. In: **Novas Perspectivas da Justiça do Trabalho** (Seminário realizado online em 11/05/2021). Disponível em: <https://www.idp.edu.br/eventos/seminario-novas-perspectivas-da-justica-do-trabalho/> Acesso em: 04 fev. 2022.

proteger – tal qual o bumerangue, que após lançado, volta e pode cortar a cabeça do lançador incauto. Infelizmente, o Direito e a Justiça Trabalhista estão cheios de exemplos de efeitos bumerangues. Em 2015, logo após a promulgação da “PEC das Domésticas”, o IBGE divulgou dados constando redução da contratação dessas mesmas trabalhadoras. “Esqueceram” de que no Brasil, existe um grande mercado de diaristas, cujo trabalho é substituto quase perfeito das domésticas formais: basta a contratação de um se tornar mais exigente, que a demanda correrá para o outro. Outro exemplo de efeito bumerangue aconteceu em setembro de 2012. O TST, na tentativa de proteger trabalhadoras temporárias, emitiu a Súmula 244 por meio da qual, elas passariam a gozar estabilidade uma vez grávidas. O efeito bumerangue (como sempre) foi implacável: semanas depois, tanto o sindicato patronal quanto o de trabalhadores constatou redução na contratação temporária de mulheres no período de vendas de Natal.²²⁶

Yeung e Timm identificam, além do efeito bumerangue, a visão dogmática da Justiça do Trabalho como efeito prejudicial, uma vez que se prioriza a forma à realidade:

A visão dogmática da Justiça do Trabalho gera outros efeitos tão perniciosos quanto o efeito bumerangue. Os dados de 2015 do CNJ indicam que, dos 10 assuntos mais recorrentes no Judiciário, quase 6 milhões de ações – do total de 23 milhões – são de temas trabalhistas. Pouco mudou desde a pesquisa de Lamounier, Sadek e Castelar em 2000, quando encontraram que nas 600 empresas entrevistadas (de diferentes tamanhos e segmentos econômicos), 80% de suas mais de 134 mil ações referiam-se à esfera trabalhista. Também vale lembrar que as estimativas da informalidade da mão de obra no Brasil vão de 40% a 50%, dependendo da situação econômica. Não é preciso fazer muito esforço para entender que quanto mais “protetora” for a Justiça e o Direito do Trabalho, mais haverá fuga para se demandar e oferecer trabalho informal – o caso da PEC das Domésticas é um exemplo claro.²²⁷

Assis, acerca do ativismo judicial na Justiça do Trabalho, destaca que o Tribunal Superior do Trabalho além de ser o tribunal superior que mais produz teses jurídicas, também é o que mais as modifica, inclusive com a criação de tese oposta. Isso sem falar do ativismo judicial criativo, por meio da criação do direito pelos Tribunais, como se pode perceber nas Súmulas 102,²²⁸ 218,²²⁹ 291,²³⁰ 331,²³¹ entre outras.²³²

²²⁶ TAI, Luciana Yeung Luk; TIMM, Luciano Benetti. **A Justiça do Trabalho e o efeito bumerangue** [Publicado em 18/07/2017, no Portal Jota]. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/a-justica-do-trabalho-e-o-efeito-bumerangue-18072017> Acesso em: 17 ago. 2021.

²²⁷ Ibid., s./p.

²²⁸ “SÚMULA Nº 102 DO TST. BANCÁRIO. CARGO DE CONFIANÇA (mantida) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. I - A configuração, ou não, do exercício da função de confiança a que se refere o art. 224, § 2º, da CLT, dependente da prova das reais atribuições do empregado, é insuscetível de exame mediante recurso de revista ou de embargos (ex-Súmula nº 204 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003); II - O bancário que exerce a função a que se refere o § 2º do art. 224 da CLT e recebe gratificação não inferior a um terço de seu salário já tem remuneradas as duas horas extraordinárias excedentes de seis (ex-Súmula nº 166 - RA 102/1982, DJ 11.10.1982 e DJ 15.10.1982); III - Ao bancário exercente de cargo de confiança previsto no artigo 224, § 2º, da CLT são devidas as 7ª e 8ª horas, como extras, no período em que se verificar o pagamento a menor da gratificação de 1/3 (ex-OJ nº 288 da SBDI-1 - DJ 11.08.2003); IV - O bancário sujeito à regra do art. 224, § 2º, da CLT cumpre jornada de trabalho de 8 (oito) horas, sendo extraordinárias as trabalhadas além da oitava (ex-Súmula nº 232- RA 14/1985, DJ 19.09.1985); V - O advogado empregado de banco, pelo simples exercício da advocacia, não exerce cargo de confiança, não se enquadrando, portanto, na hipótese do § 2º do art.

Destaca-se, por outro lado, que as consequências das decisões judiciais não são apenas econômicas, políticas e/ou sociais, mas também comportamentais.

É fato que o direito ao trabalho e as verbas dela decorrentes são considerados direitos sociais fundamentais, mas há circunstâncias que justificam a identificação dos limites destes direitos.^{233;234}

224 da CLT (ex-OJ nº 222 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001); VI - O caixa bancário, ainda que caixa executivo, não exerce cargo de confiança. Se perceber gratificação igual ou superior a um terço do salário do posto efetivo, essa remunera apenas a maior responsabilidade do cargo e não as duas horas extraordinárias além da sexta (ex-Súmula nº 102 - RA 66/1980, DJ 18.06.1980 e republicada DJ 14.07.1980); VII - O bancário exercente de função de confiança, que percebe a gratificação não inferior ao terço legal, ainda que norma coletiva contemple percentual superior, não tem direito às sétima e oitava horas como extras, mas tão somente às diferenças de gratificação de função, se postuladas (ex-OJ nº 15 da SBDI-1 - inserida em 14.03.1994).”

²²⁹ “Súmula nº 218 do TST. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PROFERIDO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO (MANTIDA) - RES. 121/2003, DJ 19, 20 E 21.11.2003. É INCABÍVEL RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO DE ACÓRDÃO REGIONAL PROLATADO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.”

²³⁰ “SÚMULA Nº 291 DO TST. HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. SUPRESSÃO. INDENIZAÇÃO. (NOVA REDAÇÃO EM DECORRÊNCIA DO JULGAMENTO DO PROCESSO TST-IUJERR 10700-45.2007.5.22.0101) - RES. 174/2011, DEJT DIVULGADO EM 27, 30 E 31.05.2011. A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.”

²³¹ “Súmula nº 331 do TST. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

²³² ASSIS, Luis Fabiano de. **Ativismo judicial na Justiça do Trabalho**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011, p. 236 e 237. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-22042013-110316/publico/Tese_completa_Luis_Fabiano_de_Assis_2932192.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

²³³ Duas teorias discorrem sobre as restrições aos direitos fundamentais: a interna, concebida por Friedrich Muller, a qual defende que não pode haver restrições aos direitos fundamentais, a não ser quando existente norma jurídica neste sentido. E, a externa, que aceita restrições de atos jurídicos mesmo se não constantes da legislação, quando for imprescindível compatibilizar os direitos de todos os indivíduos, ou seja, havendo chancela no texto constitucional, respeito ao princípio da proporcionalidade e a garantia do núcleo essencial, hipótese em que a restrição poderá prosperar, sendo que esta última teoria se adequa perfeitamente ao presente trabalho. *In*: MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA, Luciana Camila de. **O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais**. Advocacia Geral da União. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/7306306 Acesso em: 21 jul. 2018.

Dessa forma, a fim de concretizar esse novo modelo de cultura torna-se essencial o engajamento das organizações, bem como a criação de estruturas de incentivos, as quais podem ser estabelecidas pela aplicação da reserva do possível, bem como da análise econômica do direito, conforme será explorado no decorrer da tese.

Quando se apresenta apenas a teoria, nem sempre ficam visíveis alguns problemas, o que enseja a necessidade da realização de estudos de caso, a fim de compreender os efeitos da proteção excessiva da Justiça do Trabalho e os potenciais efeitos dos direitos construídos.

O objetivo é apresentar dois estudos de caso. O primeiro se refere às ações coletivas ajuizadas em face da Copel Distribuição S/A questionando a cláusula coletiva alusiva ao auxílio-creche; e, o segundo, é referente às ações coletivas e individuais ajuizadas em face da Copel Distribuição S/A questionando a cláusula coletiva de compensação de horas. É importante mencionar que todas as decisões judiciais e dados aqui mencionados são públicos, e, portanto, não há que se falar em autorização para a sua utilização.

4.1 PRIMEIRO ESTUDO DE CASO: NORMA COLETIVA DE AUXÍLIO-CRECHE – COPEL DISTRIBUIÇÃO S/A

Cinco sindicatos, representando centenas de empregados, ajuizaram em face da Copel Distribuição S/A e outras empresas do grupo Copel, ações coletivas pleiteando o reconhecimento do direito à percepção do auxílio-creche para todos os substituídos homens, independentemente de serem detentores ou não da guarda exclusiva dos seus filhos, em extensão ao previsto nos Acordos Coletivos de Trabalho, conforme especificado a seguir:

- 0000589-80.2015.5.09.0651 – Sindel (Sindicato dos Eletricitários de Londrina e Região);
- 0000486-23.2015.5.09.0021 – Steem (Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas de Energia Elétrica de Maringá e Região Noroeste do Paraná);
- 0010103-06.2016.5.09.0010 – Senge (Sindicato dos Engenheiros no Estado do Paraná);
- 0000687-90.2015.5.09.0093 – Stiecp (Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Energia Hidro e Termo Elétrica de Cornélio Procópio e Região);

²³⁴ Neste caso, “a proporcionalidade no Direito do Trabalho conduz à proteção (prevalência da dignidade humana e valorização do trabalho sobre a propriedade privada e livre iniciativa), que pode ser afastada excepcionalmente pela facticidade”. In: OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **(Re)pensando o princípio da proteção na contemporaneidade**. São Paulo: LTr, 2009, p. 190.

- 0000838-69.2015.5.09.0024 – SINEL (Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas Concessionárias de Energia Elétrica de Fontes Hidráulicas ou Alternativas de Ponta Grossa).

Todas as petições iniciais das ações coletivas indicadas são semelhantes e alegam que a cláusula coletiva referente ao auxílio-creche é discriminatória, privilegia a desigualdade, fere o direito das crianças que seriam as reais beneficiárias da vantagem, não atende ao artigo 7º, XXV da Constituição da República Federativa do Brasil, violando ainda os artigos 7º, XXX da Constituição da República Federativa do Brasil e o artigo 5º da Lei nº 8.069/1990, além do princípio universal trazido pelo Pacto Global, qual seja, a eliminação de discriminação na relação de emprego.

Por fim, os sindicatos alegam que a partir do Acordo Coletivo de trabalho referente ao período 2015/2016, excluiu-se o pagamento do auxílio-creche aos empregados que não possuem a guarda exclusiva dos filhos.

Na contestação, a Copel Distribuição S/A afirmou que nos acordos coletivos do trabalho firmados ao longo dos anos com os respectivos sindicatos, foi estabelecido o auxílio-creche desde 2001, com ajustes de redação e valores, conforme ora transcrito:

ACT 2001. CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA: As Empresas pagarão as suas respectivas empregadas, a título de auxílio-creche, o valor mensal de R\$ 170,00, para mães de filhos com idade entre 0 a 6 meses e R\$ 115,00 mensais para mães com filhos com idade entre 7 a 72 meses. [...] ACT 2010. CLÁUSULA DÉCIMA – AUXÍLIO-CRECHE: Em atenção ao disciplinado no artigo 389, §1º da CLT, as Empresas pagarão às suas empregadas, bem como aos seus empregados detentores da guarda de filhos, à título de auxílio-creche, sem natureza salarial, conforme Súmula nº 310 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, o valor mensal de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), por filho na idade até 06 (seis) meses e R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) por filho na idade entre 7 (sete) a 72 (setenta e dois) meses. ACT 2011. CLÁUSULA DÉCIMA – AUXÍLIO-CRECHE: Em atenção ao disciplinado no artigo 389, §1º da CLT, as Empresas pagarão às suas empregadas, bem como aos seus empregados detentores da guarda de filhos, à título de auxílio-creche, sem natureza salarial, conforme Súmula nº 310 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, o valor mensal de R\$ 305,00 (trezentos e cinco reais), por filho entre 7 (sete) a 72 (setenta e dois) meses. ACT 2012. CLÁUSULA DÉCIMA – AUXÍLIO-CRECHE: Em atenção ao disciplinado no artigo 389, §1º, as Empresas pagarão às suas empregadas, bem como aos seus empregados detentores da guarda exclusiva de filhos, à título de auxílio-creche, sem natureza salarial, conforme Súmula nº 310 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, o valor mensal de R\$ 330,00 (trezentos e trinta reais) por filho entre 7 (sete) a 72 (setenta e dois) meses. ACT 2013. CLÁUSULA DÉCIMA – AUXÍLIO-CRECHE: Em atenção ao disciplinado no artigo 389, §1º, as Empresas pagarão às suas empregadas, bem como aos seus empregados detentores da guarda exclusiva de filhos, à título de auxílio-creche, sem natureza salarial, conforme Súmula nº 310 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, o valor mensal de R\$ 355,00 (trezentos e cinquenta e cinco reais) por filho entre 7 (sete) a 72 (setenta e dois) meses. ACT 2014. CLÁUSULA DÉCIMA – AUXÍLIO-CRECHE: Em atenção ao disciplinado no artigo 389, §1º e §2º, da CLT, as Empresas pagarão às suas empregadas, bem como aos seus empregados detentores da guarda exclusiva de filhos, à título de auxílio-creche, sem natureza salarial, conforme Súmula nº 310 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, o valor mensal de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) por filho entre 7 (sete) a 72 (setenta e dois) meses.

Observe-se que o fundamento da existência da referida cláusula permanece a mesma, qual seja, o cumprimento da obrigação prevista no artigo 389, § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho e Portaria nº 3.296 de 03 de setembro de 1986 do Ministério do Trabalho e Emprego.

A empresa estendeu o referido benefício excepcionalmente aos empregados do sexo masculino que se encontrem em uma situação atípica, ou seja, aqueles que por algum motivo detenham a guarda unilateral/exclusiva dos filhos.

Portanto, ao contrário do que afirmaram os sindicatos, a norma convencional não visa e nunca visou à concessão do benefício ora discutido a todo e qualquer empregado do sexo masculino, que exerça a guarda dos filhos conjuntamente com seu cônjuge, pois caso assim o quisesse, simplesmente teria redigido a cláusula da seguinte forma: “[...] as Empresas pagarão às suas empregadas e empregados”, ou ainda, “pagarão aos seus empregados”, mas não, a estipulação convencional deixou claro que o benefício seria pago apenas aos empregados que possuem a guarda unilateral dos filhos.

Não há nenhuma prova nos autos de processo judicial de que algum substituído, com guarda conjunta, tenha recebido o referido benefício e após tenha parado de receber em razão da suposta alteração, o que comprova que tal benefício jamais existiu, não podendo haver alteração ou exclusão de algo que nunca existiu.

A cláusula convencional volta-se a resguardar, justamente, o princípio da isonomia, pois por possuírem características especiais, as mulheres devem receber tratamento diferenciado, mormente no que diz respeito à maternidade. E da mesma forma, o homem que possui a guarda exclusiva/unilateral porque enfrenta os mesmos desafios da mulher quanto à inserção no mercado de trabalho e ao cuidado com os filhos.

A cláusula convencional tem por escopo o cumprimento da obrigação contida no artigo 389, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual se encontra inserido no capítulo III, do título III, do referido diploma legal, e diz respeito à proteção do trabalho da mulher.

Portanto, a referida cláusula convencional se destina a atender as necessidades e proteger as condições de trabalho das empregadas que possuam filhos com idade entre 6 e 72 meses de vida, e, excepcionalmente, aos trabalhadores do sexo masculino que se encontrem em uma situação atípica (especial), ou seja, aqueles que por algum motivo detenham a guarda unilateral/exclusiva dos filhos.

Portanto, a guarda mencionada na cláusula convencional, anteriormente citada não se refere àquela comum (bilateral) que pertence aos pais em conjunto, mas, à excepcional, ou seja, aquela exercida de forma unilateral.

Argumentaram as reclamadas que a discriminação mencionada possui justificativa legal (artigo 389, § 1º da CLT e da Portaria nº 3296 de 03/09/1986 do Ministério do Trabalho e Emprego) e fática, buscando atenuar uma desigualdade, não podendo a empresa ser punida e/ou sofrer consequências por tal ato. Igualmente firma-se a defesa no princípio da primazia da realidade, já que somente, a finalidade da cláusula contida no Acordo Coletivo de trabalho subscrito pelos próprios sindicatos, na condição de cada diretor presidente, seria suficiente para demonstrar que o pedido inicial não poderia prosperar.

Alegou-se que, na condição de diretor presidente de cada sindicato, este possui pleno conhecimento da finalidade da norma convencional, estando cientes, portanto, de que esta não se destina aos trabalhadores do sexo masculino que detém a guarda comum dos filhos.

Tudo em conformidade com a legislação brasileira, pois, em caso de separação ou divórcio dos pais, a guarda poderá ficar com apenas um deles, com ambos, ou com terceiros. É a chamada guarda unilateral ou compartilhada, prevista no artigo 1583 do Código Civil Brasileiro,²³⁵ a qual associada a uma interpretação sistemática da norma convencional que embasou sua implantação, conduz à conclusão de que além das empregadas que possuem prole, a cláusula tem por fim beneficiar os trabalhadores do sexo masculino que detenham a guarda unilateral dos filhos.

Concluem que, ao contrário do que defendem os sindicatos, a norma convencional não visa e nunca visou à concessão do benefício denominado auxílio-creche a todo e qualquer empregado do sexo masculino que exerça a guarda conjunta.

Reforçam o argumento sob a ótica de que se trata de norma concessiva de direito, que visa ao cumprimento de obrigação regulada em lei e que não pode, em hipótese alguma, ser interpretada de forma extensiva.

²³⁵ “Art. 1583: A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º: Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. § 2º: Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. § 3º: Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. § 4º: (VETADO). § 5º: A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.”

Sob a ótica constitucional, as reclamadas consideram a inaplicabilidade do artigo 7º, XXV da Constituição da República Federativa do Brasil²³⁶ ao caso, pois é direcionado ao Estado que possui obrigação de fornecer “assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas”, não havendo que se falar em hipótese de configuração do dever do empregador fornecer tal assistência.

De mesma sorte quanto à aplicação do artigo 7º, XXX da Constituição da República Federativa do Brasil,²³⁷ pois não há diferenciação de salário, de exercício de função e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, não podendo se estender tal entendimento ao auxílio-creche, em razão de ausência total de subsunção.

Refutam, da mesma forma, a incidência do artigo 5º da Lei nº 8.069/90,²³⁸ eis que o artigo 389, § 5º da Consolidação das Leis do Trabalho,²³⁹ o qual fundamenta a referida cláusula convencional, não trata da proteção da criança, mas do trabalho da mulher e, portanto, deve ser analisada nestes moldes.

Em termos de impacto econômico, destacam que a eventual decisão de procedência geraria valores de condenação e obrigações altíssimos, podendo inclusive inviabilizar a concessão do benefício principal ou até mesmo de outros futuros benefícios necessários aos empregados, enfraquecendo as negociações coletivas.

Em face de todo o exposto na contestação, em razão do sentido da norma convencional e a sua interpretação restritiva (artigo 114, Código Civil), bem como, em razão dos artigos 389, § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 7º, XXVI da Constituição da República Federativa do Brasil e artigos 114, 1583 e 1584, todos do Código Civil, não há como prosperar o pedido constante na petição inicial.

²³⁶ “Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;”

²³⁷ “Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;”

²³⁸ “Art. 5º: Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”

²³⁹ Artigo já transcrito anteriormente.

4.1.1 Ação Coletiva 0000589-80.2015.5.09.0651 – SINDEL (Sindicato dos Eletricitários de Londrina e Região)²⁴⁰

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região entendeu pelo deferimento de extensão do benefício do auxílio-creche previsto em norma coletiva aos empregados homens da empresa, os quais comprovem ter filhos nas idades indicadas na respectiva norma.

O fundamento para tanto é que a respectiva norma que beneficia apenas as empregadas do sexo feminino com o auxílio-creche fere o princípio da isonomia, alegando ainda que o fato gerador do benefício-creche não deveria ser o sexo do empregado, mas unicamente o fato do empregado ter (ou não ter) filhos na idade indicada.

Destaca ainda que a decisão não trata de deixar de reconhecer o pactuado em convenções e acordos coletivos de trabalho e assim, negar validade ao artigo 7º, inciso XXVI da Constituição da República Federativa do Brasil, mas de reputar inválida a cláusula convencional referente ao auxílio-creche, porque fere o princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, I da Constituição da República Federativa do Brasil).

Menciona que se mostra discriminatória a norma coletiva em discussão, uma vez que estabelece discriminação em razão do sexo, sem justificativa, a qual somente seria admitida caso objetivasse atenuar desigualdades, o que não é o caso para o Tribunal que julgou o tema.

Alega ainda que a referida norma coletiva acabou por criar uma vantagem salarial para as empregadas que possuísem filhos em idade de frequentar creche, para fazer frente às despesas respectivas, facilitando, assim, a prestação de serviço, franqueando-lhes, ainda que em parte, o custeio das despesas com creche, sendo que negar tal benefício aos pais, que juntamente com as mães exercem a guarda dos filhos, simplesmente porque não detentores da guarda exclusiva dos filhos, acarreta em ofensa direta ao princípio da isonomia, o que não se pode admitir.

Por fim, o Tribunal Regional do Trabalho afasta a aplicação do artigo 389, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, sob o fundamento da necessidade de assegurar um direito constitucional aos trabalhadores urbanos e rurais em relação a seus filhos e dependentes, previsto no art. 7º, XXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, referente à assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas por intermédio de seu empregador, considerando que o Estado, via de regra, não consegue atender.

²⁴⁰ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. **TRTPR 0000589-80.2015.5.09.0651**. 6ª. Turma. Relator: Des. Paulo Ricardo Pozzolo. Publicado em 29/06/2016.

Em face do acórdão, a Copel apresentou Recurso de Revista e Agravo de Instrumento em Recurso de Revista, o qual foi denegado pela 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Desta decisão foi interposto Agravo, o qual aguarda julgamento do Tribunal Superior do Trabalho desde 25 de fevereiro de 2021.²⁴¹

Neste caso pode-se observar claramente o afastamento de norma legal pelo Tribunal Regional do Trabalho, além da extensão de benefício previsto em norma coletiva, em face da aplicação do princípio da isonomia que sequer é previsto em lei, uma vez que a própria norma legal prevê tal diferenciação, bem como, repassa ao empregador uma obrigação do Estado, sem qualquer embasamento, violando todos os princípios do Direito Coletivo do Trabalho, prejudicando novas negociações coletivas, acarretando um prejuízo enorme para todas as partes envolvidas.

4.1.2 Ação Coletiva 0000486-23.2015.5.09.0021 – STEEM (Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas de Energia Elétrica de Maringá e Região Noroeste do Paraná)²⁴²

No mencionado processo, todas as decisões são favoráveis à Copel, tendo o processo judicial transitado em julgado em 24 de novembro de 2021.

A 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho não conheceu o Recurso de Revista interposto pelo sindicato, sob o fundamento de que o entendimento que tem prevalecido na Corte é que a norma coletiva que restringe o pagamento do auxílio-creche apenas às empregadas e, excepcionalmente, ao empregado pai solteiro, viúvo ou separado que tenha a guarda legal dos filhos, não viola o princípio da isonomia.

Tal decisão se baseia no objetivo perseguido pelo artigo 389, § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual possui a mulher como destinatária e, ainda, por estar inserido dentro do capítulo que trata da proteção do trabalho da mulher, ou seja, possui como objetivo proporcionar às empregadas condições para conciliar a prestação de serviços com a criação dos filhos pequenos, em razão do que se costuma chamar de dupla jornada, sendo que tal benefício, excepcionalmente, por equiparação, é estendido aos empregados que possuem a guarda dos filhos, pois se entende que também estariam submetidos à referida dupla jornada.

²⁴¹ Em consulta ao andamento processual na data de 05/02/2022, consta que o referido processo judicial ainda aguarda o julgamento no Tribunal Superior do Trabalho.

²⁴² TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 0000486-23.2015.5.09.0021. 2ª. Turma. Ministra Dr. Delaíde Miranda Arantes. Publicado em 01/02/2019.

Desta forma, o Tribunal defende que é legítimo o objetivo da norma coletiva em discussão, uma vez que sopesa as desigualdades quotidianas e as dificuldades decorrentes daqueles empregados, mulheres ou homens, que têm a responsabilidade pela educação e os cuidados dos filhos pequenos e ainda trabalhar em tempo integral.

Destaca, ainda, que a autonomia privada coletiva, constitucionalmente garantida, em regra, confere aos sindicatos maior liberdade para negociar as normas que irão reger as respectivas relações, valorizando a atuação das categorias econômicas e profissionais e, portanto, esta autonomia privada coletiva deve ser observada, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da isonomia.

A partir da decisão, pode-se inferir que a mesma analisou e deu efetividade aos artigos legais, sem criar novos direitos, bem como sem negar validade às normas coletivas devidamente aprovadas pela categoria, o que é compatível com um ambiente de segurança jurídica e propício para negociações coletivas futuras.

4.1.3 Ação Coletiva 0000838-69.2015.5.09.0024 – SINEL (Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas Concessionárias de Energia Elétrica de Fontes Hidráulicas ou Alternativas de Ponta Grossa)²⁴³

A sentença indeferiu o pedido do sindicato de ampliação do direito ao auxílio-creche para todos os homens da empresa, sob o fundamento de que a norma coletiva está atrelada à aplicação do artigo 389, §1º da Consolidação das Leis do Trabalho e da Portaria nº 3.296/1986 do Ministério do Trabalho e Emprego, a qual busca a proteção do trabalho da mulher e, no sentido da norma coletiva, também, do empregado do sexo masculino que detenha, de forma exclusiva, a guarda dos filhos, sendo que ambos estão sujeitos à dupla jornada, o que demonstra que a norma autônoma é mais benéfica que a norma heterônoma.

A sentença ainda destaca que não há como equiparar o homem que possui a guarda exclusiva do filho com o homem casado ou que mantenha união estável sem a guarda exclusiva de seus filhos e, portanto, que não se sujeita às mesmas condições daquelas pessoas constantes da disposição normativa em referência, o que justifica o tratamento diferenciado e o indeferimento da ampliação normativa, a qual inclusive deve ser interpretada de forma restritiva.

²⁴³ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. **TRTPR 0000838-69.2015.5.09.0024**. 2ª. Turma. Relatora: Desembargadora Dra. Cláudia Cristina Pereira. Publicado em 28/08/20218.

Interessante que na sentença consta referência essencial para as futuras negociações coletivas e os prejuízos do Judiciário interferir neste processo:

Em referência pode ser objeto de futura pauta de reivindicações, a ser tratada em sede de negociação coletiva, o que também traduz incentivo e prestigiamento ao princípio da autonomia negocial coletiva. Por oportuno, cabe reafirmar que a presente ação coletiva afronta a racionalização dos processos, a boa convivência social criando conflitos na seara própria negociação coletiva. A utilização do expediente de firmar normas coletivas para em momento posterior requerer judicialmente seu alargamento, ou melhor, a extensão de direitos a outros não atingidos por determinado benefício se mostra desleal e prejudicial a negociações coletivas futuras. Além disso, guarda potencialidade para a formação de passivo trabalhista que pode vir a prejudicar a coletividade que, inclusive, participou da negociação coletiva e da decisão de restrição do direito do auxílio-creche às empregadas mulheres e homens com a guarda exclusiva dos filhos. A ação coletiva é ação que busca a defesa da cidadania. Os acordos e convenções coletivas da mesma forma representam exercício da cidadania do trabalhador e não podem ser desacreditados por atitudes tais. O exercício do direito de ação para ver desacreditados os acordos coletivos e para a ampliação de norma coletiva posta é exercício de direito individual, dependente da decisão individual de cada um quanto à quebra do princípio da boa fé que norteia as negociações coletivas.

O Tribunal Regional do Trabalho, ao julgar o Recurso Ordinário interposto pelo sindicato, negou provimento, sob o fundamento de que a norma coletiva em comento é clara quanto à sua relação com o artigo 389 da Consolidação das Leis do Trabalho, dispositivo legal inserido no capítulo da CLT que trata da proteção do trabalho da mulher, e, portanto, não há que se falar em discriminação aos empregados do sexo masculino.

O acórdão ainda destaca que a intenção da norma nunca foi beneficiar a todos os empregados do sexo masculino de forma indistinta e que a partir do Acordo Coletivo de trabalho de 2011, houve apenas um aperfeiçoamento na redação da cláusula.

Por fim, o Tribunal entendeu que o princípio da isonomia foi respeitado exatamente porque a norma coletiva em comento buscou tão somente tratar igualmente os desiguais na medida das suas desigualdades e, desta forma, em face da ponderação entre princípios e regras constitucionais, não há como se estender a todos os empregados do sexo masculino as normas de proteção ao trabalho da mulher com fundamento no princípio da isonomia.

O sindicato apresentou Recurso de Revista em face da decisão, o qual aguarda análise do Tribunal Superior do Trabalho desde 20 de fevereiro de 2020.²⁴⁴

A decisão proferida na ação judicial ora analisada, merece dois destaques, quais sejam, o respeito e estímulo à norma coletiva e a sua respectiva negociação, bem como o cumprimento na literalidade do artigo 389 da Consolidação das Leis do Trabalho, o que

²⁴⁴ Em consulta ao andamento processual na data de 05/02/2022, consta que o referido processo judicial ainda aguarda o julgamento no Tribunal Superior do Trabalho.

demonstra consideração à segurança jurídica e às interações futuras entre as partes envolvidas.

4.1.4 Ação Coletiva 0000687-90.2015.5.09.0093 – STIECP (Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Energia Hidro e Termo Elétrica de Cornélio Procópio e Região)²⁴⁵

Na sentença foi julgado improcedente o pedido do sindicato, sob o fundamento de que o artigo e a portaria indicados na norma coletiva buscam a proteção do trabalho da mulher, sendo que o empregado do sexo masculino que detenha, sozinho, a guarda dos filhos também fica sujeito à dupla jornada, ao labor no mercado de trabalho, aos afazeres domésticos e cuidados com os filhos em casa. Deste modo, a norma coletiva atende o princípio da isonomia a partir de uma discriminação positiva, não havendo como equiparar este ao homem casado ou em união estável e, que, portanto, deve ser tratado de forma distinta; não podendo ainda desconsiderar o fato de que o sindicato autor é parte signatária dos acordos coletivos, presumivelmente negociando as condições das cláusulas, o que deve ser protegido, nos termos do artigo 8º, VI da Constituição da República.

Em sede de Recurso Ordinário a sentença foi mantida a partir da afirmação de que é justificado o tratamento diferenciado e que não há fundamento jurídico sólido ao pedido de extensão do auxílio-creche a quaisquer empregados do sexo masculino que tenham filhos com até 72 meses de idade, trazendo ainda a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, como passa a transcrever:

Ademais, não se pode ignorar a circunstância de que as condições para o pagamento do auxílio-creche foram objeto de reiteradas negociações coletivas das quais o autor participou diretamente, de modo que o questionamento do demandante sobre a juridicidade da cláusula normativa cuja redação contou com a sua colaboração deixa entrever o menoscabo ao princípio da boa-fé objetiva, que deve nortear a conduta das partes de qualquer relação jurídica (artigo 422 do Código Civil).

O Recurso de Revista interposto pelo sindicato não foi conhecido pela 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, sob o fundamento de que é legítimo o objetivo da norma coletiva em discussão e que a autonomia privada coletiva deve ser observada, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da isonomia.

²⁴⁵ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. TST 000687-90.2015.5.09.0093. 2ª. Turma. Relatora: Desembargadora Dra. Delaíde Miranda Arantes. Publicado em 11/12/2018.

O sindicato apresentou Recurso Extraordinário e ainda aguarda o julgamento.²⁴⁶

A decisão proferida no presente processo judicial merece destaque quanto à aplicação do princípio da boa-fé na negociação coletiva, não havendo fundamento para a interferência do Poder Judiciário com a extensão de um benefício já negociado há vários anos entre as partes envolvidas.

4.1.5 Ação Coletiva 0010103-06.2016.5.09.0010 - SENGE (Sindicato dos Engenheiros no Estado do Paraná)²⁴⁷

A sentença foi julgada totalmente improcedente sob o seguinte fundamento: “absolutamente inviável que o Judiciário se substitua à vontade expressamente manifestada pelos sujeitos da negociação coletiva, inovando o teor de cláusula convencional, para criar novos direitos e obrigações, não negociados pelos acordantes. Nessa linha, pois, a pretensão encontra óbice no artigo 7º, XXVI, da CF”.

O recurso interposto pelo sindicato foi provido parcialmente para condenar a ré ao pagamento de auxílio-creche a todos os empregados do sexo masculino com guarda, independentemente de ser esta exclusiva, apenas a partir da vigência do último instrumento normativo.

A 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho admite que o “Poder Judiciário tem restrita a atuação para se imiscuir na autonomia da vontade expressamente manifestada na negociação coletiva, conforme o art. 8º, §3º, da CLT, com redação dada pela Lei nº 13.467/2017”.

Entretanto, admite tal intromissão em face de garantias constitucionais, além de lesão ou ameaça a direito, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, o que entende ter ocorrido no caso, no qual defende a existência da prevalência da tutela total e absoluta à criança e ao adolescente assegurada no artigo 227 da CRFB²⁴⁸ e 4º do Estatuto da Criança e Adolescente.²⁴⁹

²⁴⁶ Em consulta ao andamento processual na data de 05/02/2022, consta que o referido processo judicial ainda aguarda o julgamento do Recurso Extraordinário interposto pelo Sindicato.

²⁴⁷ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. TRTPR 0010103-06.2016.5.09.0010. 4ª Turma. Relatora: Desembargadora Dra. Rosemarie Diedrichs Pimpão.

²⁴⁸ “Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

²⁴⁹ “Art. 4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao

Parte do fundamento do acórdão entendeu pela existência de discriminação na negociação coletiva:

Dessarte, considerando que o instrumento coletivo deve ser analisado, em seu conjunto, para fins de verificação das vantagens auferidas pela categoria profissional e que, no presente caso, não restou evidenciado que a norma coletiva, na sua totalidade, assegura à categoria condições mais benéficas de trabalho, em critério de igualdade entre os trabalhadores, sem qualquer discriminação, atraindo a imperiosa intervenção do Poder Judiciário para aquilatar a validade da norma em sua interpretação literal constante do referido instrumento referente ao pagamento de auxílio-creche a empregados que detêm guarda exclusiva do filho, o que não se compatibiliza com o princípio da proteção integral, absoluta e prioritária à criança (art. 227 da CRFB/88). Ressalta-se, vez mais, que embora o pagamento do benefício encontre respaldo convencional, por força do reconhecimento constitucional das negociações coletivas (artigo 7º, inciso XXVI), o Poder Judiciário deve apreciar estabelecimento de critério materialmente desigual para o pagamento do auxílio-creche, ao discriminar crianças e adolescentes, o que, à luz dos artigos 5º e 7º da CRFB, não justifica o pagamento diferenciado e enfraquece a prioridade total e absoluta de proteção que o texto constitucional exige, porque atinge diretamente seres em especial condição de desenvolvimento que são seus destinatários e que merecem idêntico tratamento, independente do dever de guarda ser compartilhado ou exclusivo.

Entretanto, a decisão, de forma inovadora, volta-se aos impactos financeiros para uma empresa estatal, fazendo referência ao princípio da eficiência e controle dos gastos públicos, pelo que determinou a obrigação de pagar apenas a partir da vigência do último instrumento normativo da categoria:

Não obstante, conforme ressaltado pelo MPT no parecer apresentado, os impactos financeiros decorrentes da presente decisão podem afetar o princípio da continuidade do serviço público, haja vista que a ré no presente caso é empresa pública concessionária e o montante da condenação terá grande impacto econômico no fluxo de caixa da Copel, o que exige um critério de ponderação e razoabilidade para a composição da lide, o que atrairia a limitação da condenação dentro da reserva do possível. Este princípio regulamenta a possibilidade e a abrangência da atuação da reclamada no presente caso, no que diz respeito ao cumprimento da obrigação convencional, como o benefício de auxílio-creche, subordinando a existência de recursos disponíveis a sua atuação e continuidade da prestação do serviço público. Portanto, a efetivação do direito em questão está vinculada à possibilidade financeira da ré, ponderando-se a oportuna intervenção do MPT sobre o tema ao dispor: [...] Considerando-se, assim, os impactos financeiros que serão gerados pelo elasticamento da cláusula que trata do auxílio-creche, na medida em que estamos diante de uma empresa pública - Copel e suas concessionárias, as quais estão obrigadas a observar os princípios da eficiência e controle dos gastos públicos, aliado ao princípio da boa-fé, que ante a ausência de prova em contrário, norteou as negociações coletivas que culminaram na fixação da cláusula relativa ao auxílio-creche na forma vigente, opina-se que a concessão do auxílio-creche de forma elastecida, ou seja, devida a todos os empregados substituídos, independentemente

lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.”

de serem detentores da guarda exclusiva dos menores, apenas a partir da vigência do último instrumento normativo da categoria. [...] Pelo exposto, REFORMO a r. sentença condenar a ré ao pagamento de auxílio-creche a todos os empregados substituídos com guarda, independentemente de ser esta exclusiva, apenas a partir da vigência do último instrumento normativo, possibilitando, deste modo, o atendimento da pretensão veiculada nesta ação e fortalecendo negociações vindouras.

Dessa forma, o Tribunal Regional do Trabalho limitou a condenação por aplicação do princípio da reserva do possível, seguindo o posicionamento do Ministério Público do Trabalho, a fim de não afetar o princípio da continuidade do serviço público, da eficiência e do controle dos gastos públicos, aliado ao princípio da boa-fé e necessidade de fortalecimento das negociações vindouras.²⁵⁰

Em face da decisão tanto o sindicato quanto a Copel apresentaram Recurso de Revista, o qual aguarda julgamento na 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho.²⁵¹

A decisão proferida no presente processo é uma das poucas decisões na Justiça do Trabalho, na qual foi aplicada a reserva do possível, mantendo apenas a obrigação de fazer e excluindo a obrigação de pagar em face do cuidado com o dinheiro público decorrente de uma sociedade de economia mista, o fluxo de caixa desta, bem como, os impactos na continuidade da prestação do serviço público.

4.1.6 Conclusão parcial sobre os julgamentos e seus efeitos

Das cinco ações judiciais que tratam do pedido de extensão do auxílio-creche previsto em norma coletiva, até o presente momento, houve o deferimento em duas e o indeferimento nas demais, sendo que quatro aguardam julgamento de recurso, seja no Tribunal Superior do Trabalho, seja no Supremo Tribunal Federal.

A Copel, a fim de evitar o aumento do passivo judicial, assim que as ações foram ajuizadas nos anos de 2015 e 2016, congelou o valor do auxílio-creche para as mulheres e homens com guarda exclusiva sendo, portanto, ao menos 5 (cinco) anos sem reajuste, o que demonstra a possibilidade de impactos negativos que atingem os diretamente beneficiados pela norma coletiva de trabalho.

²⁵⁰ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. **TRTPR 0010103-06.2016.5.09.0010**. 4ª Turma. Relatora: Desembargadora Dra. Rosemarie Diedrichs Pimpão.

²⁵¹ De acordo com o andamento processual na data de 05/02/2022, consta que o referido processo judicial ainda aguarda o julgamento no Tribunal Superior do Trabalho desde 01/07/2019.

Por certo, além do impacto financeiro, tal panorama também prejudicou as negociações coletivas, pois demonstra que as normas coletivas podem ser questionadas pelos próprios sindicatos signatários; e ainda, tal questionamento pode ser validado pelo Poder Judiciário, acarretando uma enorme insegurança jurídica.

Isso sem mencionar os impactos futuros em caso de manutenção das decisões desfavoráveis à Copel ou alteração de decisões atualmente favoráveis. Há uma grande probabilidade de que a situação relatada e que busca a extensão de direitos acordados impactará os benefícios futuros dos empregados, com reflexo, dentre outros, na participação nos lucros (maior endividamento da empresa, menor o montante a ser partilhado a título de lucros ou dividendos), eventuais reajustes salariais, entre outros, além da limitação de valores para investimentos na estrutura da empresa, impacto na fixação tarifa, e, por consequência, para a generalidade dos consumidores.

4.2 SEGUNDO ESTUDO DE CASO: NORMA COLETIVA DE COMPENSAÇÃO DE HORAS – COPEL DISTRIBUIÇÃO S/A

Trata-se de uma situação jurídica proveniente de Acordo Coletivo de trabalho entabulado entre os sindicatos e a empresa Copel. A norma coletiva em discussão judicial foi a de compensação de horas, na qual estava autorizado ao empregado guardar as horas extras realizadas para posterior compensação em prazo determinado, na proporção de 1h30min de compensação para cada hora extra realizada. Possibilitava que o empregado optasse pelo número de horas extras a serem recebidas em dinheiro e as horas extras a serem compensadas em momento oportuno ao empregado, ou seja, este possuía total liberdade no gerenciamento das horas extras realizadas.

Não entrando no mérito com relação ao benefício ou malefício da referida norma, uma vez que tal análise pode apresentar divergência em razão da objetividade posicional, o fato é que a mesma foi diversas vezes questionada judicialmente em ações individuais com consequências negativas para a Copel.

4.2.1 Metodologia

Foi analisada a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, mediante coleta de dados em buscas contendo o que segue:

Primeira busca:

- Pesquisa livre: contendo as palavras (e) (“acordo de compensação” e copel) e palavras na ementa (e) (“acordo de compensação de jornada”);
- Documentos: TST – acórdãos;
- Sem mais filtros.

Segunda busca:

- Pesquisa livre: contendo as palavras (e) (“banco de horas” e copel) e palavras na ementa (e) (“banco de horas”);
- Documentos: TST + acórdão;
- Sem mais filtros.

Na primeira busca foram encontrados 114 resultados e na segunda busca 105 resultados.

Um dado interessante é que o Acordo Coletivo de trabalho em discussão não trata de banco de horas, mas apenas de um acordo de compensação de jornada com critérios diferenciados do instituto do banco de horas. Entretanto, o Poder Judiciário declarou a invalidade da cláusula pactuada por diversas vezes, usando como fundamento instituto diferente do negociado pelas partes, sem considerar a vontade das partes.

4.2.2 Fundamentos dos julgados

Dos julgados analisados, três foram escolhidos para a demonstração de seus fundamentos formais e materiais:

INVALIDADE DO ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. BANCO DE HORAS. PAGAMENTO HABITUAL DE HORAS EXTRAS.

1 - O TRT constatou que o sistema compensatório adotado na reclamada por meio de norma coletiva tratava-se, na realidade, *"de verdadeiro banco de horas, uma vez que as horas laboradas em excesso num dia seriam compensadas com redução de horas em outro ou com folga compensatória"*.

2 - A partir dessa premissa fática, e considerando que igualmente ficara comprovado, por meio das fichas financeiras colacionadas aos autos, o pagamento habitual de horas extraordinárias, o TRT reputou inválido o sistema de compensação implementado na reclamada.

3 - Nesse contexto, tem-se que para concluir que fora inobservado o ajuste coletivo e, nesse passo, considerar vulnerado o artigo 7º, incisos XIII e XXVI, da Constituição, seria necessário afastar a conclusão de que o sistema de compensação tratava-se de verdadeiro banco de horas, o que somente se viabilizaria mediante o proibido revolvimento dos fatos e provas, pelo que o conhecimento do apelo esbarra na Súmula nº 126/TST.

4 - Os arestos colacionados, a seu turno, não guardam identidade fática com o caso em exame, no qual ficou evidenciado o regime de banco de horas, vindo à baila o óbice da Súmula nº 296, I, do TST.

5 - Quanto ao pedido de aplicação da Súmula nº 85/TST a fim de que a condenação se restrinja ao pagamento do adicional das horas extras alegadamente compensadas, ressalte-se que referido verbete sumular não se aplica ao sistema de banco de horas.²⁵²

Este primeiro julgado demonstra que a Justiça do Trabalho possui dificuldade em analisar um instituto criado pelas partes a partir de uma negociação coletiva, buscando um instituto já conhecido na doutrina e jurisprudência para julgar um instituto diferente.

É interessante mencionar que o acordo de compensação constante na norma coletiva não possuía impedimento de realização de horas extras, pelo contrário, o empregado possuía a liberdade de escolher entre receber as horas extras em dinheiro ou inserir para compensação, o que inclusive diferenciava do instituto do banco de horas. Entretanto, a Justiça do Trabalho declarou a nulidade da cláusula de acordo de compensação, porque não atendia os requisitos do banco de horas, instituto completamente diferente.

No segundo julgado, a seguir transcrito, a Justiça do Trabalho também declara a nulidade da cláusula de acordo de compensação com base no instituto do banco de horas, só que desta vez com base na exigência de que a empresa informasse mensalmente aos empregados os saldos constantes no banco de horas, destacando que tal exigência inexistia na cláusula de acordo de compensação:

HORAS EXTRAS. BANCO DE HORAS. ÔNUS DA PROVA. Incumbia à reclamada o ônus de provar a efetiva compensação das horas extras trabalhadas, por se tratar de fato extintivo do direito do autor. Não há violação dos artigos 818 da CLT e 333, II, do CPC de 1973. Por outro lado, o desrespeito da reclamada pela norma coletiva instituidora do regime compensatório, a qual exigia que a empresa informasse mensalmente aos empregados os saldos constantes no banco de horas, e a ausência de prova da efetiva compensação das horas extras trabalhadas descaracterizam o banco de horas ajustado mediante negociação coletiva. Nesse contexto, correto o acórdão regional ao afastar a validade do sistema de banco de horas utilizado pela reclamada e ao manter sua condenação ao pagamento de horas extras. Não há violação dos artigos 7º, XIII, da CF, e 59, § 2º, da CLT. Arestos inespecíficos, nos termos da Súmula 296 do TST. Recurso de revista não conhecido.²⁵³

²⁵² TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **RR-682-79.2013.5.09.0015**. 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 12/03/2021.

²⁵³ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **RR-1168-25.2013.5.09.0028**. 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 14/06/2019.

No terceiro julgado, abaixo, a Justiça do Trabalho também declara a nulidade da cláusula de acordo de compensação com base no instituto do banco de horas, só que desta vez em razão da realização habitual de horas extras sem que houvesse vedação na norma coletiva criada:

3- BANCO DE HORAS. PAGAMENTO HABITUAL DE HORAS EXTRAS. INVALIDADE. Não obstante previsto em norma coletiva, a prestação habitual de horas extras realmente descaracteriza o regime de compensação denominado banco de horas, uma vez que não cumpre o seu escopo compensatório. Recurso de revista não conhecido.²⁵⁴

Em síntese, os fundamentos dos julgados se apoiam na nulidade de cláusula coletiva de acordo de compensação criada pelas partes, a partir de instituto diferente denominado de banco de horas, sem respeitar a negociação e a vontade das partes quando da realização do Acordo Coletivo de trabalho, que se quisessem teriam escolhido o banco de horas, mas se não o fizeram é porque não queriam a aplicação daquelas regras, mas sim do instituto que criaram, mas não foi o entendimento da Justiça do Trabalho.

No caso da compensação de horas extras, a referida cláusula não foi posteriormente repetida em Acordo Coletivo, em detrimento da possibilidade benéfica a que estava associada e que foi confirmada por sua inclusão no acordo contestado.

4.2.3 A condição das normas coletivas

O precedente analisado no item 4.1, assim como a pesquisa apresentada no item 4.2 acabaram por gerar um passivo judicial, o qual levou à necessidade da empresa, sociedade de economia mista, atuar de forma a minimizar o prejuízo e limitar a possibilidade de aumento do passivo judicial.

Uma empresa naturalmente irá reagir, diante dos passivos criados, de forma a minimizar seus impactos, numa política voltada à redução de seus custos.²⁵⁵ Todos os casos analisados referem-se a normas coletivas, o que torna ainda mais relevante essa discussão.

As normas coletivas podem ser decorrentes de Convenção Coletiva de trabalho e Acordo Coletivo de trabalho. No primeiro caso é realizado um acordo entre sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais, e, no segundo caso, o acordo é

²⁵⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **RR-1007-96.2012.5.09.0659**. 2ª Turma, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, DEJT 30/11/2018.

²⁵⁵ WILLIAMSON, Oliver. **Transaction cost economics, in the economic institutions of capitalism**, New York: The Free Press, p. 15-41.

realizado entre uma ou mais empresas e os sindicatos representativos de categoria profissional, nos termos do artigo 611 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ressalta-se que no âmbito do direito coletivo de trabalho inexistem assimetrias nas relações e verbas discutidas, pois a autonomia coletiva de vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual, aplicando-se dessa forma o artigo 7º, XXVI da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual reconhece a validade dos acordos coletivos de trabalho, na mesma linha preconizada pela Organização Internacional do Trabalho, nos termos das Convenções 98/1949 e 154/1981, as quais possuem o intuito de estimular a participação dos próprios trabalhadores na formulação das normas que serão aplicadas na sua vida profissional.

Tal entendimento possui fundamento na transição do modelo corporativo-autoritário essencialmente heterônomo, para um modelo justralhista mais democrático e autônomo a partir da Constituição da República Federativa do Brasil, a qual no seu artigo 7º, inciso XXVI reconheceu as convenções e acordos coletivos como instrumentos legítimos de prevenção e autocomposição de conflitos trabalhistas. É importante ainda mencionar que o direito coletivo do trabalho possibilita a redução de direitos trabalhistas por meio de negociação coletiva, sendo descabida a aplicação do princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, próprios do direito individual.

Assim, a aplicação do princípio da proteção na limitação da autonomia da vontade no direito individual do trabalho não pode ser visto da mesma forma ao direito coletivo do trabalho. Não há que se falar que os sindicatos são enfraquecidos no Brasil e que por tal motivo deveria ser aplicado o princípio da proteção na mesma proporção, pois este entendimento somente levaria ao aumento de eventual enfraquecimento.

Destaca-se, ainda, o princípio da equivalência dos contratantes coletivos, o qual impõe o tratamento semelhante a ambos os sujeitos coletivos, quais sejam, o empregador e categoria dos empregados. Ademais, tais partes possuem instrumentos próprios para alavancar esta relação, quais sejam, os instrumentos coletivos, e somente o respeito à esta característica possibilitaria o pleno desenvolvimento do direito coletivo do trabalho, não havendo sentido a aplicação do princípio da proteção próprio do direito individual do trabalho, na análise de questões envolvendo nulidade de normas coletivas, seja em ações individuais, seja em coletivas.

Por outro lado, deve ser considerado o princípio da lealdade na negociação coletiva, ou seja, os acordos coletivos negociados devem ser regidos pelos princípios da boa-fé e

transparência. Seu descumprimento ou declaração de nulidade são motivos de desestabilização e a confiança no mecanismo da negociação coletiva estará sacrificada.

Como visto, apesar da Constituição da República Federativa do Brasil, no seu artigo 7º, inciso XXVI, desde 1988, consagrar o reconhecimento das normas coletivas, a jurisprudência analisada demonstra que esse entendimento nem sempre é aplicado.

A fim de reforçar a previsão constitucional, a reforma trabalhista realizada pela Lei nº 13.467/2017 acrescentou à Consolidação das Leis do Trabalho, um parágrafo ao artigo 8º, acerca do exame das normas coletivas pela Justiça Trabalho, no qual determina a intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.²⁵⁶ Ou seja, poderá ser analisada pelo Judiciário, “exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)”.

A relativa ineficácia da norma já foi expressa no entendimento de Homero Batista Mateus da Silva, o qual defende que “apesar da agressividade da redação, o novo artigo 8º da CLT não terá força suficiente nem para inibir a produção de súmulas e orientações jurisprudenciais, nem para arrefecer as ações anulatórias de cláusula de norma coletiva”.²⁵⁷

As ações judiciais questionando normas coletivas, acarretam, como visto, diversas consequências. Há o custo social do ajuizamento com a consequente retirada do direito existente na norma coletiva em razão da ausência da sua ultratividade; a probabilidade da não concessão de novos direitos em norma coletiva; a insegurança jurídica na negociação coletiva; o aumento do passivo judicial da empresa; o impacto no valor das ações da empresa no mercado de capitais, quando for o caso; a possibilidade de repasse de custo ao consumidor; aumento de processos e custo para o Poder Judiciário; impacto em postos de trabalho a partir da automação, a fim de evitar processos judiciais; entre outros.

Frise-se como um dos fatores mais relevantes a ser considerado para além do congelamento do valor da cláusula, no primeiro estudo ou, a simples não renovação de cláusula, no segundo estudo, cabe ainda destacar a possibilidade de diminuição do dividendo a ser repassado ao Estado e a diminuição de investimento em prol da comunidade em serviço essencial como a energia elétrica. Desta forma, os dois estudos apresentados demonstram as consequências do questionamento de normas coletivas no Judiciário e seus impactos.

²⁵⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **Reforma trabalhista: comentários às alterações das Leis n. 13.467/2017, 13.545/2017 e da Medida Provisória n. 808/2017.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 32.

²⁵⁷ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 29.

4.3 UMA MUDANÇA DE PARADIGMA A PARTIR DO RECONHECIMENTO DAS BOAS PRÁTICAS

A fim de defender a necessidade de mudança de paradigma a partir do reconhecimento das boas práticas, é essencial que sejam abordados temas sob a ótica da teoria do custo social de Ronald Coase, da cooperação, bem como da ética e da boa-fé, uma vez que podem auxiliar na indicação de opções, para que finalmente as normas coletivas sejam efetivamente reconhecidas pelas instituições; a relação entre empregados, empregadores e sindicatos seja fortalecida; a concessão de novos direitos trabalhistas nas sociedades de economia mista ocorra com segurança jurídica, ou seja, sem a criação inesperada de passivo judicial a partir de direitos construídos pelo Judiciário a partir da nulidade de norma coletiva e/ou interpretação extensiva desta, entre limitar ou minimizar diversas outras consequências indicadas no item anterior.

Acredita-se que a implantação de mecanismos de transparência tenderá a ensejar um ambiente de cooperação, com ênfase em aspectos reputacionais essenciais para a manutenção de um bom padrão institucional.

De acordo com Milton Friedman e Rose Friedman “nenhuma sociedade funciona inteiramente de acordo com o princípio do comando”, bem como “ninguém opera inteiramente mediante cooperação voluntária”, sendo necessária uma complementação.²⁵⁸

Por outro lado, a sociedade é o resultado do que foi planejado para ela, dessa forma se o objetivo for que os indivíduos, as empresas, os sindicatos e a sociedade atuem nos moldes de uma cooperação voluntária, basta modelar as instituições para trilhar este caminho.²⁵⁹

Para alguns autores a continuidade da existência humana depende da alteração da racionalidade que atualmente tem como eixo central a competição, para uma nova forma de pensar com fundamento no princípio da cooperação, dando-se início a um novo processo civilizatório, o que efetivamente possibilitará o reencontro do ser humano com a sua essência.²⁶⁰

Para a mudança do ambiente institucional é necessário que as instituições, formais e informais, façam o seu papel e formem a estrutura de incentivo adequada para o objetivo que

²⁵⁸ FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Liberdade de escolher**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Record, 2015, p. 25.

²⁵⁹ Ibid., p. 49.

²⁶⁰ ABDALLA, Maurício. **O princípio da cooperação**: em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: Paulus, 2002, p. 96-102.

pretende a sociedade, e, por certo, que nesta sistemática, o tempo é essencial para que haja a aprendizagem e o desenvolvimento das instituições no rumo almejado.²⁶¹

As estruturas de crenças fazem parte das sociedades modernas e se transformam em estruturas sociais e econômicas pelas instituições de ambas as regras formais e informais de comportamento e, portanto, devem ser bem delineadas para decidir pela sua manutenção ou alteração, com base no objetivo central.²⁶²

Ao mesmo tempo em que as instituições são criações de modelos mentais, que por sua vez são representações internas que os sistemas cognitivos individuais criam para interpretar o ambiente, também podem as instituições redesenhar modelos mentais, a partir de uma nova estrutura de incentivos e criar uma nova realidade ao longo do tempo.

Ambas, as instituições e sistemas de crenças, precisam ser transformadas para uma reforma bem-sucedida, uma vez que são os modelos mentais dos atores que irão moldar as escolhas.

Não há garantia de que as crenças e instituições que evoluem ao longo do tempo irão impactar na produção do crescimento econômico, pois explicar a velocidade e a direção da mudança ao longo da história resulta num grande enigma. Há, todavia, uma grande probabilidade de ser um propulsor, inclusive nas empresas.²⁶³

Mas é fato que as estruturas institucionais flexíveis e adaptáveis possuem mais chances de sobreviver aos choques e mudanças que fazem parte da evolução bem sucedida.²⁶⁴ E que diante de um quadro de dúvidas ou de assimetria informacional, os indivíduos expõem diversas reações que não há como identificar por racionais.²⁶⁵ Também se considera que “o meio se torna a mensagem ao longo do tempo. Pessoas moldam e são moldadas pela mídia. Nosso cérebro se adapta. Nossas instituições se adequam. A sociedade se ajusta”.²⁶⁶

Dessa forma, as questões anteriormente apontadas podem ser relevantes para uma mudança do ambiente institucional e auxiliar sobremaneira na concepção de um espaço de cooperação.

²⁶¹ NORTH, Douglass C. Desempeño económico em el transcurso de los años. **Economía, teoría y práctica**, n. 9, 1998, p. 129.

²⁶² *Ibid.*, p. 133.

²⁶³ *Ibid.*, p. 133.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 137.

²⁶⁵ RIBEIRO, Márcia Carla; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, ago./2018, p. 462.

²⁶⁶ MCLUHAN, Marshall. *In*: TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo**. São Paulo: Editora SENAI-SP, 2016, p. 45.

Mas além de um ambiente de cooperação, é importante pensar fora das soluções já apresentadas, existentes ou óbvias e, por este motivo, passa-se a análise do problema sob o ponto de vista do custo social. Segundo Ronald Coase, deve-se partir da investigação de todos os efeitos prejudiciais gerados pelos problemas examinados, sendo que nem sempre a solução mais óbvia é a melhor, uma vez que normalmente há uma natureza recíproca do problema e a busca deve ser direcionada para evitar o prejuízo mais grave.²⁶⁷

É difícil escolher qual a abordagem econômica mais indicada para resolver um problema, pois se não for resolvido através do mercado ou firma, nem sempre a regulação governamental será mais adequada, mas para escolher a melhor opção, é necessário realizar a delimitação jurídica do direito e o problema econômico estudado, em especial no que concerne ao custo maior ou menor das transações, bem como no posicionamento das cortes acerca do tema tratado.²⁶⁸

Não há como aceitar passivamente que os agentes que causem prejuízos sejam compelidos a indenizar os que sofrem, sem fazer qualquer outra análise de sopesamento de perda e ganho, ou seja, primordial analisar a questão através de arranjos sociais alternativos.²⁶⁹

É preciso repensar o enfoque dos problemas decorrentes da teoria econômica do bem-estar, uma vez que nem sempre a melhor solução é a simples supressão da deficiência. Realizar uma abordagem com fundamento no custo de oportunidades e realizar comparações de receitas obtidas através de uma “dada combinação de fatores com arranjos negociais alternativos”²⁷⁰, atentando-se para o efeito total, resta primordial.²⁷¹

A comparação entre alternativas deve ser clara, deixando de lado a “comparação entre o estado de *laissez faire* e algum tipo de mundo ideal”,²⁷² na verdade deve-se entender de forma correta o conceito de fator de produção, deixando de vê-lo apenas como uma forma física, mas o analisando também como direito.²⁷³

Portanto, a grande questão a ser analisada é a importância da prevalência da resolução do conflito pelo Poder Judiciário ou através da cooperação entre as partes, definindo-se qual

²⁶⁷ COASE, Ronald. O problema do custo social. Tradução de Francisco Kummel e Renato Caovilla. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 3, n. 1, Out./1960. Disponível em: https://edisiplinas.usp.br/pluginfile.php/3806050/mod_resource/content/1/custosocial.pdf Acesso em: 10 out. 2021. p. 1 e 2.

²⁶⁸ Ibid., p. 1-36.

²⁶⁹ Ibid., p. 1-36.

²⁷⁰ Ibid., p. 35.

²⁷¹ Ibid., p. 35.

²⁷² Ibid., p. 35.

²⁷³ Ibid., p. 35-36.

estratégia é a melhor para diminuir eventuais prejuízos para toda e qualquer parte envolvida no problema analisado.

Nos estudos de caso analisados observa-se que a resolução dos conflitos pelo Poder Judiciário não parece trazer benefícios permanentes às partes, pelo contrário, trazem benefícios financeiros pontuais, abrem a porta ao oportunismo e trazem diversos prejuízos, os quais inclusive atingem as partes e um espectro maior do que as partes envolvidas, como já pontuado anteriormente.

Após uma concisa apreciação acerca do ambiente institucional, além da teoria de Coase, passa-se a analisar novamente a cooperação, sendo que esta pode estar atrelada à teoria dos jogos, na visão de North que sugere que os indivíduos a entendem como uma boa opção quando o jogo se repete, quando possuem informações completas sobre o desempenho anterior dos outros jogadores e, por fim, quando são poucos os jogadores, sendo que os dados inversos repelem a dita cooperação.²⁷⁴

Então a resposta pode estar na cooperação, uma vez que há uma interação continuada entre empregado, sindicato e empregador, em especial nas negociações coletivas, mas destaca-se que deve ser mútua, ou seja, as partes devem conhecer, compreender e cooperar.²⁷⁵

Para promover a cooperação é importante que o empregado, o sindicato e o empregador façam encontros constantes e que todos possam lembrar do comportamento do outro, pois assim saberão como agir e as consequências deste agir.²⁷⁶

Para a cooperação é essencial conhecer não somente o comportamento do empregado, do sindicato e do empregador, mas essencialmente do Poder Judiciário em face das ações judiciais trabalhistas, uma vez que este possui o poder de direcionar o comportamento dos três primeiros.

Outro fator relevante para incentivar a cooperação é aumentar a importância do futuro, bem como o número de interações, a partir da decomposição do problema através de várias negociações, porque as partes tenderão a pensar e refletir nos seus atos, uma vez que esta relação será duradoura, além de gerar maior reciprocidade.²⁷⁷

A recompensa também precisa ser colocada em questão, ou seja, os indivíduos precisam compreender que se não houver cooperação terão que continuar cumprindo as suas

²⁷⁴ NORTH, Douglass C. Desempenho económico em el transcurso de los anos. **Economia, teoria y práctica**, n. 9, 1998, p. 135.

²⁷⁵ AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. Tradução de Jusella Santos. São Paulo: Leopardo Editora, 2010, p. 117-118.

²⁷⁶ Ibid., p. 118.

²⁷⁷ Ibid., p. 119-124.

obrigações, e que se cooperarem, em longo prazo terão maiores recompensas, do que simplesmente colocar em jogo uma negociação.²⁷⁸

Para que a cooperação se efetive, é preciso que as pessoas se importem umas com as outras, é preciso ter reciprocidade, é necessário verificar no outro um parceiro de interação e lembrar das suas características relevantes.²⁷⁹

Mais do que aprender a cooperar, é preciso “moldar as características da interação de modo que em longo prazo, haja uma evolução estável da cooperação”.²⁸⁰

A cooperação possui uma relação muito intensa com a reputação, sendo esta “estabelecida por meio da observação das ações de um jogador quando interage com os demais”, sendo importante ter conhecimento da reputação a fim de escolher a estratégia adequada a se utilizar, sendo que se o intuito for estimular o comportamento cooperativo, a tática deverá ser gentil e não “olho por olho”.²⁸¹

Dessa forma, é certo afirmar que a cooperação possui relação estreita com a reputação, sendo que ambas em tomo elevado podem alterar o ambiente institucional, a sociedade, as empresas e os indivíduos, aumentando a eficiência e diminuindo os custos de transação.

A confiança é essencial para que as empresas concedam mais direitos aos empregados, ou seja, confiança de que os sindicatos e empregados não irão questionar direito além do já negociado; e também de que o Poder Judiciário irá respeitar a negociação coletiva, ou seja, a vontade das partes, lembrando que “a confiabilidade facilita a mudança e a inovação. Além disso, assim como a empatia gera empatia, a confiabilidade também cria seu próprio ‘efeito de rede’”.²⁸²

Interessante ainda mencionar os conceitos de cada princípio que compõe a confiança, iniciando pela honestidade, que é uma questão ética atrelada à economia, bem como necessita que a comunicação seja precisa, correta e completa; a consideração que exige o respeito para a atuação com o outro; a responsabilidade que consiste no compromisso e reconhecimento das promessas realizadas, e, por fim, a transparência, a qual versa acerca da necessidade de

²⁷⁸ AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. Tradução de Jusella Santos. São Paulo: Leopardo Editora, 2010, p. 125-126.

²⁷⁹ Ibid., p. 126-131.

²⁸⁰ Ibid., p. 132.

²⁸¹ Ibid., p. 140-141.

²⁸² PEPPERS, Don; ROGERS, Martha. **Confiança extrema: a honestidade como vantagem competitiva**. Tradução: Ricardo Bastos Vieira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 233.

informar verdadeiramente as partes interessadas a fim de ganhar credibilidade, pois “em vez de se vestir para o sucesso, as empresas podem se despir para o sucesso”.²⁸³

Seguindo a linha defendida por Amartya Sen na obra “Sobre Ética e Economia”, é interessante analisar o comportamento autointeressado e o reconhecimento das interdependências mútuas existentes.²⁸⁴

É necessário que os indivíduos entendam a importância de pensar no “nós” ao invés de pensar somente no “eu”, pois existe a possibilidade de o comportamento de maximização do interesse individual prejudicar o interesse de uma coletividade e, por consequência, atingir novamente o próprio interesse individual, em razão da interdependência.

No caso concreto, a teoria de Amartya Sen pode se aplicar indubitavelmente na retirada de cláusulas coletivas em razão da existência de inúmeras ações trabalhistas individuais ou de sindicatos, pois a partir do momento em que cada uma das partes pensou apenas individualmente em seu êxito no Judiciário, acabou não percebendo a interdependência que este comportamento teria em relação à possível manutenção da cláusula coletiva em discussão ou até a concessão de novos direitos em relação ao todo e, por consequência, para elas mesmas.²⁸⁵

Também deve ser considerado o princípio da boa-fé que deve reger as relações, em especial no Direito do Trabalho, devendo-se aplicar para todas as partes envolvidas, empregado, empregador e sindicatos.

O sentido da boa-fé que se busca é o “respeito mútuo entre as partes para o fiel cumprimento das obrigações pactuadas, ou que se vão pactuando expressa ou tacitamente no curso da execução do contrato”,²⁸⁶ sendo que esta produz deveres, quais sejam, “dever de proteção, lealdade, equidade, razoabilidade, colaboração, transparência, confiança”.²⁸⁷ A boa-fé se aplica também na interpretação da vontade das partes, nos termos do artigo 125 do Código Civil, na criação de deveres jurídicos e, na delimitação do exercício dos direitos subjetivos, nos termos do artigo 187 do Código Civil e do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.²⁸⁸

²⁸³ TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain revolution**: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo. São Paulo: Editora SENAI-SP, 2016, p. 40-41.

²⁸⁴ SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 101.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 101.

²⁸⁶ LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 206.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 207.

²⁸⁸ Ricardo Lupion na sua obra “Boa-fé objetiva nos contratos empresariais”, a partir da análise da obra “Código civil interpretado conforme a Constituição da República, vol. II” de Gustavo Tepedino e Heloisa Helena

Desta forma, a cooperação, a regulação, a análise do problema segundo a teoria de Coase, a ética e a boa-fé podem fornecer instrumentos que auxiliem na definição de alternativas que beneficiem o maior número de agentes e por um tempo mais duradouro.

O conflito jamais deixará de existir e nem poderia, pois é um fenômeno que faz parte da dimensão sociológica, bem como um fato jurídico que faz parte da cultura e, dos “seus sistemas de organização normativa da sociedade, indispensáveis para o equilíbrio da vida na sociedade e nas relações entre as pessoas e os grupos”.²⁸⁹

Entretanto, é preciso saber a melhor forma de conviver com o conflito, mas também buscar uma alternativa para todas as partes, uma vez que a resolução da demanda pelo Poder Judiciário, nos moldes que ocorre atualmente, já se mostrou não ser a opção mais adequada em longo prazo e nem para todos os aspectos envolvidos.

A **primeira opção** é constar no próprio Acordo Coletivo de trabalho que caso uma determinada norma coletiva seja questionada em juízo e declarada nula, a categoria desde já aprova que seja determinada somente a obrigação de fazer a partir do trânsito em julgado da decisão, mas que não poderá ser determinada e/ou executada a obrigação de dar, sob pena de retirada imediata da norma coletiva questionada e não renovação nos acordos coletivos posteriores.

Tal opção não possui restrição nos termos dos artigos 611-A e 611-B da Consolidação das Leis do Trabalho, além de trazer segurança à empresa com relação à inexistência de possível passivo judicial.

O artigo 611-A da Consolidação das Leis do Trabalho, possui apenas um rol exemplificativo, de direitos que podem ser negociados através de instrumentos coletivos, conforme transcreve-se a seguir:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II - banco de horas anual; III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015; V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI - regulamento empresarial; VII - representante dos trabalhadores no

Barboza, define o que representa a boa-fé objetiva, que consiste no “dever de agir de acordo com os padrões socialmente reconhecidos de lisura e lealdade. São esses padrões que traduzem confiança necessária à vida de relação e ao intercâmbio de bens e serviços. Consequentemente é dever de cada parte agir de forma a não defraudar a confiança da contraparte, indispensável para a tutela da segurança jurídica, para a garantia da realização das expectativas legítimas das partes. Quando a lei impõe a quem se obrigou no interesse geral, a confiança que o credor legitimamente tinha em que o seu interesse particular fosse satisfeito.” *In*: LUPION, Ricardo. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais**: contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 50.

²⁸⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 206.

local de trabalho; VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X - modalidade de registro de jornada de trabalho; XI - troca do dia de feriado; XII - enquadramento do grau de insalubridade; XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

Somente para esclarecimento o referido artigo 611-B é taxativo, ou seja, somente os itens nele contidos não são permitidos em negociação coletiva no sentido de supressão ou redução, quais sejam:

I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); IV - salário mínimo; V - valor nominal do décimo terceiro salário; VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; VIII - salário-família; IX - repouso semanal remunerado; X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; XI - número de dias de férias devidas ao empregado; XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei; XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; XIX - aposentadoria; XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; XXIX - tributos e outros créditos de terceiros; XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação. Parágrafo único: Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

Cabe destacar que grande parte dos itens do artigo 611-B da Consolidação das Leis do Trabalho foram extraídos do artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil, conforme pode-se perceber da transcrição:

Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - fundo de garantia do tempo de serviço; IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei XXIV - aposentadoria; XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei; XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. Parágrafo único: São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

É importante ficar registrado que as normas coletivas devem seguir o que resta determinado no artigo 611-A e 611-B, ambas da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como no artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil, por isso essencial citar nesta tese todos os direitos que não podem ser negociados, caso se trate de supressão ou redução.

Uma vez respeitado o conteúdo da norma coletiva, resta também essencial a aplicação dos princípios que regem a relação entre seres coletivos trabalhistas, quais, sejam, o princípio da interveniência sindical na negociação coletiva, que prevê a necessidade de intervenção do sindicato; o princípio da equivalência dos contratantes coletivos, ou seja, tanto o empregado, quanto os empregados representados pelos sindicatos, possuem a mesma natureza de ser coletivo e, em face disto, possuem o mesmo poder de negociação por contar com instrumentos eficazes de atuação e pressão; e, o princípio da lealdade e transparência na negociação coletiva, essencial para o próprio processo negocial coletivo, o que impede a invocação do princípio da proteção em razão da equivalência dos seres coletivos na negociação.²⁹⁰

Essencial ainda respeitar os princípios regentes da relação entre normas coletivas negociadas e normas estatais, quais sejam, o princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva,²⁹¹ o qual permite aos processos negociais coletivos e seus instrumentos o poder de criar norma jurídica autônoma e não meras cláusulas contratuais; e, o princípio da adequação setorial negociada, o qual trata dos limites da negociação coletiva em harmonia com as normas heterônomas do Estado, atendendo a dois critérios, um, que o padrão setorial implementado pelas normas autônomas tenham no geral padrão superior as normas

²⁹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 146-151.

²⁹¹ “Tal princípio, na verdade, consubstancia a própria justificativa de existência do Direito Coletivo do Trabalho. A criação de normas jurídicas pelos atores coletivos componentes de uma dada comunidade econômico-profissional realiza o princípio democrático de descentralização política e de avanço de autogestão social pelas comunidades localizadas. A antítese ao Direito Coletivo é a inibição absoluta ao processo negocial coletivo e à autonormatização social, conforme foi tão característico ao modelo de normatização subordinada estatal que prevaleceu nas experiências corporativistas e fascistas europeias da primeira metade do século XX. No Brasil, a tradição justrabalhista sempre tendeu a mitigar o papel do Direito Coletivo do Trabalho, denegando, inclusive, as prerrogativas mínimas de liberdade associativa e sindical e de autonomia sindical aos trabalhadores e suas organizações. Com a Carta de 1988 é que esse processo começou a se inverter, conforme se observam de distintos dispositivos da Constituição (ilustrativamente, art. 7º, VI, XIII e XIV; art. 8º, I, III, VI; art. 9º).” Fonte: DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 152.

heterônomas, e, dois, que as normas autônomas transacionam setorialmente parcelas justrabalistas apenas de indisponibilidade relativa.²⁹²

A reforma trabalhista estabeleceu alguns contornos no caso de exame e discussão de norma coletiva, constantes do artigo 611-A da Consolidação das Leis do Trabalho, quais sejam: a Justiça do Trabalho deve atuar pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva analisando apenas a conformidade com relação aos elementos essenciais do negócio jurídico, nos termos do artigo 104 do Código Civil; não ensejará a nulidade da norma coletiva na ausência de expressa indicação de contrapartida recíproca uma vez que não caracteriza vício do negócio jurídico; em caso de reconhecimento de nulidade de norma coletiva, eventual cláusula compensatória existente deve também ser anulada, sem repetição de indébito; e, por fim, os sindicatos subscritores devem participar como litisconsortes de ações que discutam a nulidade de norma coletiva.

Neste momento vale citar duas teorias, que possuem repercussão direta na análise das normas coletivas, a teoria da acumulação e do conglobamento, sendo que a primeira defende a extração de pontos favoráveis de cada norma autônoma e/ou heterônoma, praticamente criando uma terceira norma; e a segunda defende a análise de cada norma na íntegra, ou seja, a mais favorável no todo para a categoria. Esta última teoria, é a que mais traz segurança jurídica para o ordenamento jurídico e estimula uma boa negociação coletiva, pois será sabido por todos que prevalecerá a norma na íntegra, sem a criação de uma terceira norma e a descaracterização de institutos diversos.

Portanto, com relação à primeira opção, em havendo uma norma coletiva de patamar superior a norma heterônoma com a respectiva aprovação de que uma vez que seja questionada em juízo e declarada nula, somente poderá ser determinada a obrigação de fazer a partir do trânsito em julgado da decisão, mas não poderá ser determinada e/ou executada a obrigação de dar, sob pena de retirada imediata da norma coletiva questionada e não renovação nos acordos coletivos posteriores, é importante que seja aplicada a teoria do conglobamento, não podendo ser declarada nula apenas a segunda parte da norma.

Primordial já mencionar que a presente opção não limita o direito de ação, uma vez que o empregado, seja de forma individual, seja como ser coletivo representado pelo seu sindicato, poderá questionar a nulidade de norma coletiva, mas nos termos aprovados pela própria categoria.

²⁹² DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 151-156.

É importante não confundir o crédito decorrente de ação judicial com relação a direitos fundamentais e essenciais não pagos, com direitos construídos em razão da discussão da nulidade de norma coletiva, uma vez que possuem premissas e princípios diferentes a serem aplicados.

Quanto ao crédito é importante afirmar que o mesmo não possui indisponibilidade absoluta, tanto que pode ser objeto de composição e conciliação, incide a prescrição e decadência, bem como vale citar a aplicação do artigo 447-B da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual prevê que em caso de Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, desde que prevista em norma coletiva, o empregado dará quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.²⁹³

Primordial mencionar mais uma vez que a tese trata de normas coletivas e não de direitos individuais básicos decorrentes de normas heterônomas.

Por fim, é importante aludir acerca da Súmula nº 277 do Tribunal Superior do Trabalho:

CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (Redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - SÚMULA CUJA APLICAÇÃO ESTÁ SUSPensa NOS TERMOS DA MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA NOS AUTOS DO PROCESSO STF-ADPF Nº 323/DF, REL. MIN. GILMAR MENDES - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

Pela própria redação pode-se extrair a discussão acerca do tema, qual seja, o questionamento se as normas coletivas integram ou não o contrato de trabalho, ou seja, se há o efeito da ultratividade.

Este tema inclusive foi objeto da reforma trabalhista, no qual o artigo 614, §3º da CLT determina o que segue: “Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade.”

Desta forma, atualmente, enquanto não ocorrer o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 323,²⁹⁴ prevalece a não ultratividade das normas coletivas.

²⁹³ Para saber mais acerca dos temas indisponibilidade de direitos: renúncia e transação, além da composição e conciliação ler: DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 88-95.

²⁹⁴ A ADPF nº 323 aguarda julgamento do Supremo Tribunal Federal desde 04/08/2021, momento no qual o Ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos, conforme andamento processual de 05/02/2022.

A **segunda opção**, mas que não exclui a primeira, é a aplicação do artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, referente ao empregado hiperssuficiente, o qual possui a liberdade de estipular partes do seu contrato de trabalho, desde que “não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.²⁹⁵

Destaca-se que o empregado hiperssuficiente caracteriza-se por possuir “diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”²⁹⁶ e somente pode estipular livremente os objetos indicados no artigo 611-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

Destaca-se que a aplicação do presente artigo é bastante questionada na doutrina, inclusive há quem defenda a sua inconstitucionalidade,²⁹⁷ entretanto, ainda não há entendimento sedimentado no Tribunal Superior do Trabalho e Supremo Tribunal Federal sobre o tema, pelo que a opção é válida e merece a devida análise de risco pelo aplicador.

Como uma **terceira opção**, recomenda-se a alteração de papel do Poder Judiciário, o qual deve inicialmente chamar as partes para realizar uma conciliação utilizando a obrigação de dar e fazer, como parâmetros e, caso a conciliação seja inexitosa, que no mérito não seja declarada a nulidade da norma coletiva, a não ser em caso de irregularidades formais devidamente previstas na legislação, pois somente assim as partes entenderão e exercerão um papel efetivo na negociação coletiva.

É importante que o Judiciário entenda que decisões judiciais que declaram a nulidade de normas coletivas acrescido da obrigação de dar, somente criam comportamentos oportunistas, insegurança jurídica, passivo judicial, entre diversas outras consequências já citadas neste artigo, mas em especial, dificulta a cooperação mútua entre as partes e prejudica a negociação coletiva, uma vez que os empregados possuem quase certeza que as suas demandas serão atendidas no Judiciário, portanto, o empregador evita propor ou atender pedidos de novos direitos, bem como o empregado e seus sindicatos inicialmente aprovam o Acordo Coletivo, mas depois o questionam judicialmente, desvirtuando totalmente o objetivo da negociação coletiva que é uma relação somente entre as partes e não um terceiro, além de uma relação de confiança.

²⁹⁵ Artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho.

²⁹⁶ Artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho.

²⁹⁷ SILVA, Homero Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 76-77.

Também é preciso considerar que, muitas vezes em razão do conflito latente que existe entre empregador e empregado, este decide pelo ajuizamento da ação quase sempre instigado mais pelas paixões do que por uma decisão puramente racional e maximizadora. Inclusive a racionalidade limitada do empregado, talvez não consiga imaginar todos os efeitos decorrentes de uma ação judicial ou até consegue analisar, mas prefere atuar de forma egoísta à cooperação mútua.²⁹⁸

Para que se possa compreender a relação entre empregador, empregado, sindicato e Poder Judiciário acerca do tema, é necessária uma compreensão transposicional²⁹⁹ por parte destes, porque por vezes a dependência posicional pode induzir a erro, trazendo mais prejuízos às relações e conquistas no mundo do trabalho, do que verdadeiras benesses.

A mudança do Poder Judiciário como instituição é primordial para esta alteração de cultura, afastando-se de um conflito generalizado para uma cooperação mútua, duradoura e eficiente, porque sendo as instituições criadoras das regras do jogo, e a empresa, empregados e sindicatos, os jogadores, por certo que estes se adaptarão às regras criadas, e é exatamente por isso que as mudanças decorrem das instituições.³⁰⁰ Entretanto, para que essa nova forma de pensamento com relação ao passivo trabalhista possa prosperar, atrelada à mudança de cultura do conflito entre empregador, empregado e sindicato, resta essencial a afirmação e o direcionamento das instituições.

A aprovação da reforma trabalhista brasileira, através da Lei nº 13.467/2017, foi um grande passo para iniciar a transformação das relações trabalhistas e dar mais segurança às empresas sob o aspecto da existência de passivos trabalhistas imprevisíveis. O Judiciário possui papel fundamental na alteração de cultura, pois não se pode mais manter a crença de que um direito burocraticamente racional poderá garantir que a sociedade se desenvolva em equilíbrio.

É preciso que os magistrados se adaptem às mudanças cada vez mais velozes e aos conflitos cada vez mais intensos,³⁰¹ em especial, através da aplicação da reserva do possível e da análise econômica do direito em suas decisões judiciais, a fim de evitar um ônus

²⁹⁸ SILVA JR., Alonso B.; LAGES, André M. G; SILVA, Vanderlúcia F.A; Razão e emoção: o comportamento humano na tomada de decisão em um ambiente econômico incerto. **Nexos econômicos** – PPGE/UFBA, v. 13, n. 1, jan./jun. 2019, p. 10.

²⁹⁹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 195.

³⁰⁰ NORTH, Douglass C. **Economic performance through time**. Nobelprize.org. Publicado em: 24 abr 2013. Disponível em: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1993/north-lecture.html Acesso em: 12 jan. 2021. p. 5 e 6.

³⁰¹ PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial**. 4. ed. Campinas, SP: Millenium, 2008, p. 94.

demasiado para as empresas, para o consumidor e por consequência para a sociedade; diminuir o impacto da indústria das ações judiciais trabalhistas; manter a competitividade entre as empresas; fortalecer as negociações coletivas e, manter as empresas e os empregos no país, além da manutenção de direitos e concessão de novos.

Como uma **quarta opção** sugere-se a criação e implementação de um selo a ser concedido pela Justiça do Trabalho para empresas consideradas boas empregadoras sob o aspecto de pagamento de todas as verbas trabalhistas essenciais no prazo legal.

A referida aplicação pode se utilizar de critérios objetivos, sendo o primeiro, a classificação do eventual inadimplemento como essencial ou construído, ou seja, tratando-se de verbas trabalhistas não pagas como salários, horas extras, FGTS, verbas rescisórias, entre outras que fazem parte do núcleo essencial do direito fundamental ao trabalho, parâmetros que não cabem à aplicação do selo.

Entretanto, quando o eventual inadimplemento for decorrente de verbas discutíveis e construídas, como, equiparação salarial, isonomia salarial, natureza salarial de determinada verba, extensão de determinada verba, adicionais, diferenças decorrentes de nulidades de cláusulas coletivas, entre outras verbas similares, então não obstará o selo.

O segundo critério é a aplicação do princípio da boa-fé objetiva da empresa, porque este “atua de forma significativa na condução de princípios ao caso concreto”,³⁰² podendo-se concretizar aqui as empresas que pagam todos os direitos essenciais no prazo legal, sem o empregado necessitar ajuizar ação trabalhista.

Aqui foram elencadas apenas algumas soluções com base na doutrina de Ronald Coase, bem como na cooperação, ética e boa-fé, a fim de afastar-se do recurso tradicional de busca de condenação pelo Poder Judiciário, o qual tende a resolver ou crer que resolveu um problema, mas na verdade só o fez de forma pontual, sem considerar todos os aspectos envolvidos, inclusive em prejuízo ao próprio empregado e, ainda, criando novos problemas.

Mas este é só um ponto de partida, para que se crie uma nova cultura de cooperação no conflito entre empregador, empregado e sindicatos e nesta direção o papel do Poder Judiciário é fundamental.

Como uma **quinta opção** sugere-se a ampliação da utilização da análise econômica do direito pela Justiça do Trabalho, uma vez que é um importante método a ser aplicado para tentar compreender “toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não”, sendo que aliada ao Direito, possui

³⁰² BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p. 268-269.

como objetivo “tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico”, ou seja, tenta “compreender o direito no mundo e o mundo no direito”.³⁰³

O equilíbrio resta essencial precisamente para alcançar o pleno desenvolvimento, através da concepção e da conservação de instituições fortes e eficientes:

Seja pela aplicação da Análise Econômica do Direito, por meio da identificação dos problemas que ensejam um possível desequilíbrio (diagnóstico), análise das prováveis reações das pessoas a uma determinada regra (prognóstico), e por fim, pela eleição da melhor regra ou interpretação na busca do equilíbrio entre Direito, economia, mercado e ética.³⁰⁴

Destaca-se nesta opção a importância da análise e aplicação da Lei da Liberdade Econômica sob o nº 13.874/2019, a qual estabelece algumas inovações relevantes no Código Civil, em especial nos artigos 113, §1º; 421 e 421-A, os quais podem ser utilizados para a discussão do tema da presente tese.

Interessante transcrever estes artigos para que se possa entender a dimensão da aplicação:

“Art. 113: § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III - corresponder à boa-fé; IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.” (NR)

“Art. 421: A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único: Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.” (NR)

“Art. 421-A: Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.”

³⁰³ GICO JUNIOR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 20.

³⁰⁴ DINIZ, Patrícia Ditttrich Ferreira. **Trabalhador versus automação**: impactos da inserção da tecnologia no meio ambiente do trabalho à luz do tecnodireito e da tecnoética. Curitiba: Juruá, 2015, p. 132.

Entretanto, fazendo uma busca no Tribunal Superior do Trabalho, contendo as palavras (“liberdade econômica” e 13.874), sem nenhum filtro de limitação, encontram-se apenas cinco decisões envolvendo a aplicação, sendo que a maioria trata da desconsideração da personalidade jurídica.

Cita-se ainda, apenas para conhecimento, a decisão proferida na RTOrd nº 1138-67.2015.5.10.0003, a qual aplicou a teoria da análise econômica do direito e a teoria dos jogos.³⁰⁵

Para que as empresas auxiliem na busca do desenvolvimento sustentável, deve-se aplicar uma estrutura de incentivos que equilibre as atividades empresariais e o lucro, com as questões sociais. Na referida estrutura de incentivos deve haver um comando normativo que sopesse o ambiente no qual foi constituído em razão da objetividade posicional³⁰⁶ e das ilusões objetivas³⁰⁷ que estão conexas a ela.

É certo que a mera criação de instituições e estrutura de incentivos eficientes não são suficientes, uma vez que a transformação advém apenas com a alteração do pensamento por parte dos atores, desígnio e obtenção de nova cultura, através da adoção de regras formais e informais, fator que necessita da passagem de tempo.³⁰⁸

Na hipótese da não adoção espontânea das regras, elas podem ser inicialmente impostas, a fim de estimular e evidenciar que tal alternativa pode ser mais benéfica para a sociedade, ou seja, deve-se levar em conta os custos envolvidos para operar os vários arranjos sociais.³⁰⁹

As decisões judiciais podem ser um excelente instrumento para a aplicação da estrutura de incentivos, principalmente como fomentador da cooperação na relação entre empregador, empregado e sindicato.

É interessante observar que se as empresas contabilizarem muitas condenações judiciais na área trabalhista, serão forçadas, em razão da aplicação da análise econômica do

³⁰⁵ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. 3ª. VT/Brasília **RTOrd nº 1138-67.2015.5.10.0003**. Juiz: Dr. Gustavo Carvalho Chahab. DJ: 27/08/2016.

³⁰⁶ NORTH, Douglass C. **Economic performance through time**. Nobelprize.org. Publicado em: 24 abr 2013. Disponível em: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1993/north-lecture.html Acesso em: 12 jan. 2021. p. 5 e 6.

³⁰⁷ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 195.

³⁰⁸ NORTH, Douglass C. **Economic performance through time**. Nobelprize.org. Publicado em: 24 abr 2013. Disponível em: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1993/north-lecture.html Acesso em: 12 jan. 2021. p. 5 e 6.

³⁰⁹ COASE, Ronald. O problema do custo social. Tradução de Francisco Kummel e Renato Caovilla. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 3, n. 1, Out./1960. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3806050/mod_resource/content/1/custosocial.pdf Acesso em: 10 out. 2021.

direito, a reanalisar seus conceitos e decisões para impedir novos danos, e manter a empresa em funcionamento, aumentando o conflito antes propalado, pelo que se faz essencial o entendimento das instituições acerca do seu papel como influenciador e modelador de comportamentos.³¹⁰

Dessa forma, conciliar o desenvolvimento socioambiental com o desenvolvimento econômico empresarial, não é somente um dever moral das empresas, mas também das instituições, sendo que a modificação de conduta irá repassar mais segurança e previsibilidade ao mercado, empregados, empregadores e sindicatos, os quais poderão antever o seu comportamento, facilitando as negociações comerciais e sindicais, “em um prudente e profícuo círculo vicioso”.³¹¹

Por certo que a alteração de cultura deve atingir todas as empresas, mas neste trabalho será dada atenção especial às sociedades de economia mista integrantes da Administração Pública indireta do setor elétrico de distribuição de energia elétrica, as quais além de possuírem recursos escassos e dinheiro público, ainda precisam manter a prestação do serviço público à população, atuar com eficiência aliada à economicidade, ou seja, prestar o melhor serviço sem aumentar o custo para o consumidor.

Isto é um verdadeiro desafio num país em que as empresas estatais estão entre as maiores litigantes,³¹² apesar de serem normalmente as melhores empresas para se trabalhar e o emprego dos sonhos da maioria dos brasileiros.

Indubitavelmente em nenhum dos processos judiciais envolvendo estas empresas e os seus respectivos empregados públicos, existirá pleitos referentes às verbas trabalhistas essenciais que não foram quitadas no momento oportuno, mas sim, reitera-se que há pleitos discutíveis advindos da construção de teses, bem como inúmeros pedidos de nulidade de cláusulas coletivas, por vezes questionadas pelos próprios sindicatos que as negociaram, conforme pôde ser observado no decorrer desta tese.

Por fim, a **sexta opção**, mas que será tratada em item específico na presente tese, é a aplicação da reserva do possível em decisões judiciais trabalhistas envolvendo sociedades de

³¹⁰ MASSI, Juliana Machado; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. A conciliação judicial trabalhista sob o ângulo da análise econômica do direito. In: GUNTHER, L. E.; BUSNARDO, J. C. **Conciliação: o paradigma da conciliação como forma de solucionar conflitos**. Paraná: Instituto Memória Editora, 2013. p. 259.

³¹¹ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**. Nova série, ano XLII, n. 130, p. 12-29, abr./jun. 2003.

³¹² GAZETA DO POVO. **Emprego ganha em 88% das ações trabalhistas no TRT de São Paulo, aponta estudo**. Reportagem de Marcelo Galli. Publicado em: 01/06/2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/emprego-ganha-em-88-das-acoes-trabalhistas-no-trt-de-sao-paulo-aponta-estudo-8sohtqzaid7f1yjnysewpjt6h>. Acesso em: 28 jul. 2021.

economia mista de prestação do serviço público do setor elétrico de distribuição de energia elétrica, integrantes da Administração Pública indireta.

Por fim, não se pretende apenas defender a aplicação das boas práticas aqui indicadas e consequências na Justiça do Trabalho, mas almeja-se provocar os atores envolvidos na presente discussão, para que inicie um movimento de mudança, alterando a sua forma de pensar e aplicar o Direito, priorizando a coletividade, o direito ao trabalho, a manutenção de direitos, a concessão de novos direitos e a cooperação entre empregado público, empregador e sindicatos.

Por fim, para que possa ser mantido um sistema capitalista forte e justo para todos, um número suficiente de empregos, a manutenção de direitos presentes e a concessão de direitos futuros, uma prestação de serviços públicos eficientes e com economicidade, um ambiente de cooperação e o desenvolvimento sustentável pleno, não há como manter a cultura de conflito na proporção atualmente existente. É preciso evoluir e repensar a cultura, as instituições e o Direito.

5 CRITÉRIOS PARA (NÃO) APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL E SEUS RISCOS

O presente capítulo possui o objetivo de analisar a reserva do possível, desde o seu surgimento, conceito, aplicação e fundamento jurídico, bem como verificar a possibilidade da sua aplicação na Justiça do Trabalho em ações judiciais envolvendo a sociedade de economia mista, critérios, necessidade de mudanças institucionais, e, por fim, a relação com o princípio da eficiência.

5.1 RESERVA DO POSSÍVEL

Antes de apresentar os fatos relacionados ao surgimento do princípio da reserva do possível, é importante destacar que os recursos econômicos, sociais e humanos são sempre escassos e, por outro lado, as necessidades do ser humano são intermináveis, ou seja, é um cálculo que não fecha.

Partindo da premissa de que os recursos são escassos, há que se fazer uma alocação eficiente, o que pressupõe o atendimento de algumas necessidades e de outras não, ou seja, “preferir empregar um dado recurso para um dado fim significa não apenas compromisso com esse fim, mas também decidir não avançar, com o recurso que está sendo consumido em todas as demais direções possíveis”.³¹³

Em razão da importância do tema relacionado à escassez de recursos e da respectiva alocação, não há como imaginar que este elemento seja externo ao Direito. A efetivação dos direitos muito frequentemente estará relacionada à alocação dos recursos disponíveis.

As discussões sobre a reserva do possível (“*Der Vorbehalt des Möglichen*”) foi iniciada no ano de 1972, na Alemanha, e possui como principal escopo a apreciação da imperatividade de implementação dos direitos sociais e, em contrapartida, a preocupação com a disponibilidade orçamentária do Estado.³¹⁴ O tema foi debatido na Corte Constitucional alemã, via controle concreto de constitucionalidade, no julgado conhecido como *numerus clausus* (BVerfGE 33,303), “cujos objetos eram a admissão para medicina humana nas

³¹³ AMARAL, Gustavo; MELO, Daniele. Há direitos acima dos orçamentos? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.) **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 101.

³¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 29.

universidades de *Hamburg* e da *Baviera*, nos anos de 1960 e 1970”,³¹⁵ tendo como principal resultado que “a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos”,³¹⁶ aliada à ideia de razoabilidade da pretensão do indivíduo perante a sociedade, além de um patamar razoável de exigências sociais, ou seja, no caso do julgamento, os efeitos da criação de quantidades suficientes de vagas nas universidades para atender todos os candidatos que nelas quisessem ingressar.³¹⁷

Rafael de Lazari fez uma importante reflexão ao analisar o referido julgado:

A liberdade pessoal, em longo prazo, não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo [...] o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas à custa da coletividade é incompatível com a ideia do Estado Social. Desta forma, fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade.³¹⁸

Anderson Ricardo Fogaça seguindo a mesma linha de reflexão, pontuou que apesar da Corte alemã ter reconhecido uma limitação estatal por meio da aplicação da reserva do possível, o fez em termos de razoabilidade em face de uma demanda, ou seja, o que é razoável um indivíduo exigir do Estado em detrimento dos demais interesses da coletividade. Portanto, o foco não foi a escassez de recursos públicos, mas a razoabilidade do que está sendo exigido, diferente do que ocorre no Brasil, que acaba colocando o foco na simples ausência de recurso, mas não na sua alocação e razoabilidade.³¹⁹

É interessante mencionar que há um mínimo de consenso quanto ao conteúdo da reserva do possível, pelo menos quanto ao aspecto financeiro, entretanto, o mesmo não ocorre em relação à sua natureza e aplicação.

Para José Joaquim Gomes Canotilho:

1. Reserva do possível significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados. 2. Reserva do possível significa a ‘tendência para zero’ da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais. 3. Reserva do possível significa gradualidade com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo, sobretudo, em conta os limites financeiros 4. Reserva do possível

³¹⁵ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 73.

³¹⁶ ALFAIA, Fabio Lopes. **Reserva do possível e discricionariedade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2020, p. 174-175.

³¹⁷ Ibid., p. 174-175.

³¹⁸ LAZARI, op. cit., p. 75.

³¹⁹ FOGAÇA, Anderson Ricardo. **Análise econômica do direito e judicialização da saúde**: mínimo existencial versus reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2021, p. 70.

significa insindicabilidade jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedora de direitos sociais.³²⁰

Por certo que a reserva do possível não possui um conceito único, permitindo que os doutrinadores elaborem diferentes propostas.

Walber de Moura Agra defende que a “teoria da reserva do possível se mostra propícia quando for usada para racionalizar os recursos públicos, impedindo que sejam direcionados de forma temerária”.³²¹

Para Rafael de Lazari, a reserva do possível é matéria de defesa e que somente pode ser utilizada pelo Estado, uma vez que, na sua visão, cabe somente à Administração Pública a efetivação de comandos prestacionais de caráter fundamental, não podendo se admitir que o particular alegue tal meio de defesa “como método de desvencilhamento em caso de sua insolvência”. O referido autor ainda destaca que o ônus de provar tal alegação é exclusivamente do Estado, sem possibilidade de inversão ou mesmo distribuição dinâmica do ônus, sob pena de se dificultar o acesso à justiça.³²²

Luis Fernando Sgarbossa conceitua a reserva do possível nos seguintes termos:

Sustenta-se, aqui, portanto, a reserva do possível essencialmente como racionalidade, que, ao que parece, se poderia traduzir, coerentemente, como proporcionalidade da pretensão, sem se recusar que, no processo de decisão e de ponderação de bens constitucionalmente protegidos que levará à solução do caso, sejam consideradas todas as circunstâncias normativas e fáticas relevantes, inclusive – mas não exclusivamente – a escassez de recursos. Portanto, a reserva do possível traduz-se, sobretudo e preponderantemente, como expressão da proporcionalidade, razoabilidade ou racionalidade: as pretensões individuais estão sob a reserva do possível; restam, excluídas, as pretensões desarrazoadas ou desproporcionais, considerando-se valores e fundamentos constitucionais como a igualdade ou o princípio do Estado Social.³²³

Ana Carolina Lopes Olsen, em sua obra, elaborou um subcapítulo a respeito de uma proposta de conceito para a reserva do possível, informando inicialmente que submeter a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes é uma visão muito simplista do tema e que tal deve ser analisado como exceção e não como regra. Considera ainda que, quando aplicado deve ser visto como um elemento externo que pode reduzir ou até

³²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 107.

³²¹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 345-346.

³²² LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 61 e 62.

³²³ SGARBOSSA, Luis Fernando. Jurisdição e questões controvertidas de direito constitucional. In: CLEVE, Clemerson Merlin (Coord.). **Jurisdição e questões controvertidas de direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 124.

eliminar o acesso a um determinado direito fundamental, de acordo com a fundamentação e ponderação realizada no contexto, além da proporcionalidade³²⁴ e razoabilidade,³²⁵ fortemente presente no julgado alemão que deu origem ao tema aqui tratado, no qual há um limite do que o indivíduo pode esperar da sociedade.³²⁶

Ainda discorrendo acerca do referido conceito, a autora afirma que a restrição aos direitos fundamentais sociais é relativa, pois sujeita à aplicação de um padrão de razoabilidade e proporcionalidade.³²⁷

Assim, a reserva do possível de um lado se relaciona com a proibição do exagero infundado na luta pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, de modo que não se pode exigir do Estado e da sociedade algo fora dos padrões do razoável, do adequado, do necessário e do estritamente proporcional, mas sempre tendo em vista a responsabilidade que a Constituição depositou sobre os entes federativos.³²⁸

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua a reserva do possível em sua dimensão tríplice:

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice, que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.³²⁹

³²⁴ “É possível perceber suas funções do princípio da proporcionalidade em sua aplicação face ao Estado: como vedação de excesso e como vedação de insuficiência. A primeira seria mais direcionada aos direitos de defesa, enquanto que a segunda aos direitos prestacionais. Não há, entretanto, rigidez nessa relação, haja vista o feixe de posições jusfundamentais que a norma pode encetar. De acordo com a proibição de excesso (*Übermaßverbot*), as restrições a direitos fundamentais não podem ser excessivas, devendo observar a proporcionalidade em seu tríplice aspecto (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).” In: PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais sociais**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 246.

³²⁵ “No que toca ao significado da razoabilidade, a Administração ao atuar discricionariamente, é obrigada a obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em conformidade ‘com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida’. Trazendo a noção de razoabilidade para a seara dos direitos fundamentais sociais, mais precisamente para o âmbito da reserva do possível, objeto deste trabalho, chega-se à conclusão de que o Poder Público deve encontrar um ponto razoável entre a escassez de recursos e a concretização daqueles direitos. Outrossim, o julgador também é obrigado a respeitar o princípio em comento quando de suas decisões, mormente em matéria de reserva do possível. Assim, em toda a atuação do Poder Público (Executivo, Legislativo e Judiciário), exige-se razoabilidade em seus atos, isto é, uma atuação razoável, ponderada, equilibrada, sempre tendo em vista o dever constitucional imposto a todos os poderes (dimensão objetiva dos direitos fundamentais) de se efetivar plenamente os direitos fundamentais sociais.” In: PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais sociais**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 247.

³²⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 244-246.

³²⁷ Ibid., p. 246.

³²⁸ Ibid., p. 246-247.

³²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. (Rev. atual. e ampl. 3. Tir.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 287.

José Marcelo Barreto Pimenta oferece outra proposta para o conceito da reserva do possível:

A reserva do possível é uma restrição fática e jurídica, que condiciona, excepcionalmente, os direitos fundamentais sociais à existência fática e jurídica dos recursos, bem como ao exame da razoabilidade e proporcionalidade, tanto do ponto de vista do indivíduo (aquilo que razoavelmente se pode exigir do Estado), quanto do Estado (efetivar determinados direitos, respeitando, entretanto, a existência de outros).³³⁰

Marcos Antonio da Costa Sabino trata a reserva do possível como exceção alegada pelo poder público em sede de defesa, seja quanto à disponibilidade fática ou técnica de recursos, diante da impossibilidade financeira de o Estado atender todas as prestações previstas na Constituição confirmada pelo sistema de pagamento das obrigações públicas por meio de precatórios, a fim de minimizar a intromissão judicial nas finanças públicas. Interessante a análise que o autor faz sobre a inexistência de retrocesso na aplicação da reserva do possível, pois retrocesso na verdade “é acreditar fazer um bem, reconhecendo e tomando providências para o cumprimento de dado direito, ignorando que tal providência prejudicará o outro”.³³¹

Vitor Hugo Mota Menezes destaca que, no Brasil, o conceito da reserva do possível enquadra-se somente no feixe financeiro, ou seja, quando não há orçamento para atendimento da demanda.³³²

Já Ana Lucia Pretto Pereira da Silva analisando o conteúdo e a natureza da reserva do possível propõe tratar-se

de cláusula ou argumento não excludente da ilicitude estatal, e que representa a impossibilidade do ente estatal entregar, de imediato, em razão de limitações de ordem econômica, jurídica e política, prestação a que esteja obrigado, salvo se a prestação for objeto de direito fundamental e necessária à satisfação de necessidades humanadas fundamentais.³³³

Com relação à natureza da reserva do possível, para Ana Carolina Lopes Olsen, é mais adequado tratar “como uma condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais”.³³⁴

³³⁰ PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais sociais**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 129.

³³¹ SABINO, Marco Antonio da Costa. **Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 205 e 218.

³³² MENEZES, Victor Hugo Mota de. **Direito à saúde e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 220-221.

³³³ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Reserva do possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 98.

³³⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 231.

Já para Ana Lucia Pretto Pereira, “há dissenso no que tange à qualificação a ser dada à reserva do possível, como cláusula, postulado ou, até mesmo, princípio”.³³⁵

É fato que a reserva do possível não pode ser observada apenas como um limitador da atividade estatal, mas acima de tudo como um norteador de tal atividade, apontando o limite máximo de atuação do gestor público. Desta forma, a sua invocação deve ser excepcional e com critérios bem definidos, não tendo apenas o intuito de exonerar o poder público, mas efetivamente servir de meio de análise para abordar um tema essencial relacionado à melhor alocação de recursos.³³⁶

É importante destacar a excepcionalidade da utilização da reserva do possível a fim de evitar sua banalização, até porque indissociável “às escolhas trágicas a serem feitas quando estão em jogo mais de um direito social, ou um direito social e vários direitos individuais”.³³⁷

No entanto, não se pode confundir a inexistência de recursos com a escolha alocativa de recursos, assim como não se pode limitar a aplicação da reserva do possível somente na hipótese da dita inexistência. Sabedor de que os recursos são finitos, na maioria das vezes a sua utilização partirá de uma escolha e não da inexistência absoluta de recursos para qualquer escolha e, pensar ao contrário, limitaria ou tornaria a reserva do possível uma aplicação vazia.

Neste mesmo sentido defende José Reinaldo de Lima Lopes:

A reserva do possível é uma defesa perfeitamente legítima para os casos de litígios de direito público, especialmente quando o pedido e a decisão visarem a beneficiar alguém em particular e de forma imediata e isolada. Ela já não será uma defesa tão facilmente acatável quando o que estiver em litígio seja o orçamento ou o programa. Nesses casos também não quero dizer que o julgamento seja fácil, mas afirmo que é possível julgar, e então sim a questão se converte em avaliação concreta e empírica de certas circunstâncias, cujo resultado final será a procedência ou não da defesa pela reserva do possível.³³⁸

Ana Carolina Lopes Olsen faz uma análise interessante envolvendo inexistência de recursos, escolha alocativa de recursos, discricionariedade administrativa e direitos mínimos fixados na Constituição da República Federativa do Brasil:

³³⁵ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Reserva do possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 88.

³³⁶ ALFAIA, Fabio Lopes. **Reserva do possível e discricionariedade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2020, p. 188-189.

³³⁷ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 62-63.

³³⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.) **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 172-173.

Logo, há que se diferenciar entre o que não é possível porque não há, comprovadamente, meios suficientes, mesmo depois de atendidas as normas constitucionais que determinam alocação de recursos, e o que não é possível porque os meios suficientes foram alocados para outras prioridades. Neste diapasão, assume especial relevância a questão de escolha alocativa de recursos, responsável pela decisão sobre ‘quanto disponibilizar e a quem atender’. Para tanto, a própria Constituição fornece parâmetros a serem respeitados, como já analisado. Uma escolha alocativa de recursos, dentro da chamada discricionariedade administrativa, deverá sempre respeitar os mínimos já fixados na Constituição, bem como as prioridades por ela enumeradas. Não se trata de aprisionar as decisões políticas, mas condicioná-las em conformidade com os valores presentes como um todo na sociedade – e neste diapasão, todos os direitos fundamentais merecem satisfação.³³⁹

E não há como negar a existência da dimensão tríplice envolvendo a reserva do possível, a qual comporta a disponibilidade orçamentária dos recursos, a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, bem como a proporcionalidade no sentido da adequação analisando se o direcionamento dos gastos é o mais adequado considerando as possibilidades envolvidas.³⁴⁰

Neste sentido Luis Fernando Sgarbossa também propõe alguns axiomas para a reserva do possível:

A pedra de toque da questão do deferimento ou indeferimento do pleito em um primeiro momento parece ser sua razoabilidade. Presente a racionalidade da pretensão, no sentido de proporcionalidade, haveria um direito *prima facie*, passível de ponderação. Ausente tal racionalidade, sequer de direito *prima facie* poder-se-ia falar. Parece possível propor, provisoriamente, alguns axiomas sobre a operação da reserva do possível: 1. Pretensões dentro de certo nível de razoabilidade são exigíveis *prima facie*; 2. Pretensões além de certo nível de razoabilidade, ainda que existentes os recursos, restam excluídas, são inexigíveis mesmo *prima facie*; 3. Pretensões exigíveis *prima facie* (assim entendidas as razoáveis ou proporcionais) podem ser eventualmente contingenciadas em momento subsequente pela ponderação com relação às características do caso concreto, inclusive a escassez de recursos, entre outros fatores.³⁴¹

Cita-se ainda outra forma de subdivisão similar da dimensão da reserva do possível, mas com nomeações diferentes, quais sejam, fática, jurídica e financeira, estando a primeira presente quando não é possível fornecer a demanda pleiteada (como a concessão de um rim para transplante quando ausente órgão ou doador disponível); a segunda classificação refere-

³³⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 243.

³⁴⁰ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 54 e 64.

³⁴¹ SGARBOSSA, Luis Fernando. Jurisdição e questões controvertidas de direito constitucional. In: CLEVE, Clemerson Merlin (Coord.). **Jurisdição e questões controvertidas de direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 124.

se à possibilidade de atendimento pelo Estado em face das regras orçamentárias; bem como, a terceira, que é a mais utilizada no Brasil, atrelada à escassez de recursos públicos.³⁴²

Por certo que há doutrinadores que discordam da aplicação da reserva do possível no Brasil, como Vanessa Freitas Bispo, que de início já enumera que o seu entendimento se apõe somente ao que diz respeito à limitação orçamentária e não às demais subdivisões da reserva do possível. A referida autora defende que a reserva do possível possui caráter arbitrário e não pode limitar a efetivação dos direitos mínimos, “já que o Estado Democrático de Direito possui como pressuposto o equilíbrio entre o orçamento e a realização dos direitos”, e, ainda se pode entender como uma violência aos direitos humanos, uma vez que a limitação orçamentária seria decorrente da má gestão dos recursos públicos, bem como representa a inércia dos poderes na procura da efetividade destes direitos; além de não se adequar a realidade brasileira diante da não efetivação de condições compatíveis com o mínimo existencial.³⁴³

Todavia, entende-se que a crítica à aplicação não pode prosperar, primeiro, porque se limita à questão orçamentária, sem sequer analisar as demais dimensões; segundo, porque não faz a análise além do âmbito do mínimo existencial; terceiro, porque pressupõe uma má gestão dos recursos públicos e, quarto, porque apresenta a questão da inércia dos poderes sem trazer a necessidade de alocação e finitude de recursos.

Ricardo Maurício Freire Soares também discorda da aplicação da reserva do possível no Brasil:

A reserva do possível figura como uma verdadeira falácia no sistema jurídico brasileiro, a qual decorre de um direito constitucional comparado equivocadamente, cuja importação não se harmoniza com a opção política-ideológica do legislador constituinte, que formulou uma opção inequívoca pelo intervencionismo estatal no campo socioeconômico, baseado no modelo do constitucionalismo dirigente e na busca da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Ao revés, se os recursos financeiros do Estado brasileiro não são suficientes, devem ser, em verdade, retirados de outras áreas menos prioritárias, tais como o custeamento de verbas extras de gabinetes governamentais ou parlamentares, onde sua aplicação não está intimamente ligada aos direitos essenciais para a realização da vida digna do ser humano. Ademais, afigura-se inconsistente a visão tradicional em matéria de direitos fundamentais segundo a qual, para o erário público, a implementação dos direitos sociais é sempre mais custosa que a garantia dos direitos individuais dos cidadãos, como se a tutela das liberdades básicas só exigisse uma simples postura abstencionista do Estado, nos moldes preconizados pelo liberalismo econômico.³⁴⁴

³⁴² FOGAÇA, Anderson Ricardo. **Análise econômica do direito e judicialização da saúde: mínimo existencial versus reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2021, p. 71-72.

³⁴³ BISPO, Vanessa Freitas. **Direito fundamental à alimentação adequada: a efetividade do direito pelo mínimo existencial e a reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 99.

³⁴⁴ SOARES, Maurício Freire Soares. O argumento financeiro da reserva do possível: a falácia do Estado omissivo. In: GABURRI, Fernando (Coord.). **A Fazenda Pública à luz da atual jurisprudência dos Tribunais Brasileiros**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 65.

Aqui também pode-se apresentar uma objeção, diante do fato de se tratar de uma análise simplista de inexistência de recurso, não tendo sido abordadas as demais dimensões da reserva do possível e sua possibilidade de aplicações envolvendo além do mínimo existencial.

Além de discordar da aplicação da reserva do possível, Fernanda Priscila Ferreira Dantas ainda sugere uma releitura desta, com a sua substituição pelo princípio da prioridade orçamentária dos direitos fundamentais sociais, sob o fundamento que o problema não é a escassez de recursos públicos, mas sim a sua má gestão.³⁴⁵ Tal entendimento também não pode prosperar, eis que pressupõe a má gestão dos recursos públicos em todas as decisões de alocação de recursos.

Destaca-se ainda que não há como se falar em reserva do possível sem analisar o orçamento público e o impacto neste de uma decisão judicial, mas o problema está em avaliar qual o volume poderia ser impactado, o que prevaleceria entre a decisão judicial e a destinação já previamente indicada pela Administração Pública, como vencimentos/salários, investimentos, entre outros.³⁴⁶

Baleeiro define o orçamento como “o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei”.³⁴⁷

Para José Sérgio da Silva Cristóvam e João Ricardo Catarino o orçamento deve ser entendido nos termos que segue:

Como um instrumento de implementação das disposições constitucionais, a expressão do planejamento das políticas públicas a serem realizadas pelo Poder Público. Nele estão contidas a destinação das verbas, a estimativa das receitas e a fixação das despesas de determinado exercício financeiro. Trata-se de um conjunto de atos normativos pelos quais são elaborados, avaliados e executados os programas governamentais, em todos os planos de atuação estatal. Neste sentido, a Constituição vincula a elaboração e execução das leis orçamentárias, exigindo a previsão de programas e planos de ação governamental destinados à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Não se pode mais encarar o orçamento como simples peça contábil de previsão de receita e fixação de despesa, mas, sim, como verdadeira expressão do planejamento estatal voltado ao desenvolvimento social e econômico.³⁴⁸

³⁴⁵ DANTAS, Fernanda Priscila Ferreira. **Direitos sociais no Brasil: desafios e mecanismos para a sua concretização**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 36.

³⁴⁶ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 87-91.

³⁴⁷ BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 521.

³⁴⁸ CRISTÓVAM, Jose Sérgio da Silva; CATARINO, João Ricardo. Políticas públicas, mínimo existencial, reserva do possível e limites orçamentários: uma análise a partir da jurisprudência dos Tribunais no Brasil. In: GOMES, Marcus Lívio; ALVES, Raquel de Andrade Vieira; ARABI, Abhner Youssif Mota. **Direito financeiro e jurisdição constitucional**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 136-137.

Marco Antonio da Costa Sabino afirma que as decisões judiciais que impõe ônus não previstos no orçamento violam o princípio da universalidade, uma vez que não respeitam a natureza do dinheiro público e a sua forma de disposição, afastando a aplicação genérica, para uma aplicação individualizada.³⁴⁹

Por outro lado, o artigo 165 da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais, sendo que no seu parágrafo quinto determina que a lei orçamentária anual compreenderá também os vinculados à administração indireta:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.³⁵⁰

Desta forma, os valores decorrentes de decisão judicial que impactarem a Administração Pública indireta, nos termos do artigo 165, §5º da Constituição da República Federativa do Brasil, ato contínuo também impactará o orçamento público.

Além do fundamento constitucional, também não há como deixar de citar a aplicação da Lei nº 4.320/1964, em harmonia com a Lei Complementar nº 101/2000 para todos os entes da Federação, lembrando que o orçamento possui natureza jurídica eminentemente autorizativa, “o que torna seu comando mera previsão e sugestão de aplicação dos recursos, sem que haja o dever legal de sua efetiva concretização”.³⁵¹

Para que se possa entender a efetiva aplicação da reserva do possível no Brasil, é essencial analisar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal.³⁵²

Em decisão proferida no Recurso Ordinário com Agravo – ARE nº 855762, pelo Ministro Gilmar Mendes, na data de 01/06/2021, em que consta como parte recorrente o Município de Niterói, a reserva do possível – na perspectiva da teoria dos custos dos direitos

³⁴⁹ SABINO, Marco Antonio da Costa. **Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios.** Curitiba: Juruá, 2016, p. 83.

³⁵⁰ Artigo 165, § 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

³⁵¹ MENEZES, Victor Hugo Mota de. **Direito à saúde e reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2015, p. 107.

³⁵² As decisões do Supremo Tribunal Federal foram escolhidas de forma aleatória constando a palavra-chave “reserva do possível”.

– foi afastada em face do injusto inadimplemento de deveres constitucionais imputáveis ao Estado.³⁵³

Outra decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no Recurso Ordinário com Agravo – ARE nº 860979, pelo Ministro Gilmar Mendes, na data de 06/05/2015, em que consta como parte recorrente o Distrito Federal e como recorrido o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, esclareceu que não pode se aplicar a reserva do possível quando além de se tratar de inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional, ainda houver possibilidade de atingir o núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais, sob pena inclusive de se abrir precedentes.³⁵⁴

Em decisão proferida no Recurso Extraordinário em Agravo nº 855762, na data de 03/12/2014, pelo Relator Ministro Gilmar Mendes, no qual consta como recorrente o Município de Niterói – Rio de Janeiro e como recorrido um cidadão, a aplicação da reserva do possível - na perspectiva da teoria dos custos dos direitos - foi afastada em face do injusto inadimplemento de deveres constitucionais imputáveis ao Estado, ou seja, o poder público possui o dever de adimplir os seus deveres estatais de prestação constitucional, a fim de resguardar certos parâmetros constitucionais, quais sejam, a proibição do retrocesso social, a proteção do mínimo existencial, a vedação da proteção insuficiente, bem como a proibição do excesso.³⁵⁵

Outra decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no Recurso Extraordinário em Agravo nº 860979, na data de 04/02/2015, pelo Relator Ministro Gilmar Mendes, no qual consta como recorrente o Distrito Federal e como recorrido o Ministério Público, decidiu-se que não se pode aplicar a reserva do possível quando, além de se tratar de inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional, ainda houver possibilidade de atingir o núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais.³⁵⁶

Em sede de Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo nº 875333, na qual consta como Embargante o Estado do Rio Grande do Sul, o Ministro Relator Gilmar Mendes proferiu decisão em 28/04/2015, enfrentando a aplicação da reserva do possível, afirmando que tal não pode ser invocada pelo Estado a fim de deixar de cumprir

³⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ARE 855762**. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. 2ª Turma. DJ: 01/06/2015.

³⁵⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ARE 860979**. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. 2ª Turma. DJ: 06/05/2015.

³⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ARE 855762**. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. 2ª Turma. DJ: 01/06/2015.

³⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ARE 860979**. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. 2ª Turma. DJ: 06/05/2015.

obrigações constitucionais, salvo, comprovação da ocorrência de justo motivo, por meio de detalhamento orçamentário no qual deverá ser demonstrada a impossibilidade de assegurar a parte determinado direito.³⁵⁷

Na decisão proferida pelo Ministro Dias Toffoli, em 16/02/2016, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 855.476, em que consta como parte recorrente a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais e como parte recorrida o Estado de Minas Gerais, foi reconhecida a utilização da decisão de repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 580.252/MS-RG, referente à possibilidade de aplicação da reserva do possível quanto aos limites orçamentários estaduais, quando da análise do “dever, ou não, do Estado de indenizar o preso por danos morais decorrentes de superlotação carcerária”.³⁵⁸

E para que melhor se possa entender esta última decisão nº 855476, passa-se a analisar a Repercussão Geral nº 580252, a qual analisa a inaplicabilidade da reserva do possível, nos termos que segue:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. [...].³⁵⁹

O acórdão de repercussão geral, exatamente na parte referente à reserva do possível, destaca que o Supremo Tribunal Federal entende como inadmissível a alegação de insuficiência de recursos financeiros quando há um dano moral reconhecido de maneira incontroversa. Ainda traz uma valorosa contribuição sobre quando faria sentido aplicar a reserva do possível:

Faz sentido considerar tal princípio em situações em que a concretização de certos direitos constitucionais fundamentais a prestações, nomeadamente os de natureza social, dependem da adoção e da execução de políticas públicas sujeitas à intermediação legislativa ou à intervenção das autoridades administrativas. Em tais casos, pode-se afirmar que o direito subjetivo individual a determinada prestação,

³⁵⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **EDARE 875.333**. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. 2ª Turma. DJ: 28/04/2015.

³⁵⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ag. Reg. no ARE 855.476**. Relator(a): Min. Dias Toffoli. 2ª Turma. DJ: 16/02/2016.

³⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 580252**. Relator(a): Min. Alexandre de Moraes. Plenário. DJ: 16/02/2017.

que tem como contrapartida o dever jurídico estatal de satisfazê-la, fica submetido, entre outros, ao pressuposto indispensável da reserva do possível, em cujo âmbito se insere a capacidade financeira do Estado de prestar o mesmo benefício, em condições igualitárias, em favor de todos os indivíduos que estiverem em iguais condições. Mas não é disso que aqui se cuida. Aqui, a matéria jurídica se situa no âmbito da responsabilidade civil do Estado de responder pelos danos causados por ação ou omissão de seus agentes, nos termos previstos no art. 37, § 6º, da Constituição. Conforme antes afirmado, trata-se de preceito normativo autoaplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou a providência administrativa de qualquer espécie. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexos causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado.³⁶⁰

Na repercussão geral decorrente do julgamento do Recurso Extraordinário nº 592581, também foram discutidos os limites da reserva do possível, indicando a possibilidade de o Poder Judiciário impor obrigação de fazer à Administração Pública, com a construção da seguinte tese relacionada a estabelecimentos prisionais:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.³⁶¹

O Supremo Tribunal Federal, em outra decisão, com relação ao pagamento fracionado da remuneração dos servidores públicos estaduais do Rio Grande do Sul entendeu pela inaplicabilidade da reserva do possível, sob o fundamento de que não é lícito ao Estado manipular indevidamente a sua atividade financeira com o propósito de frustrar os direitos mínimos existenciais. Desta forma, é somente aplicável quando for comprovado e aferível justo motivo objetivo, não podendo ser utilizado de forma dolosa pelo Estado para o não cumprimento de suas obrigações constitucionais, em especial, caso decorra desta, a extinção de direitos constitucionais impregnados de essencial fundamentalidade.³⁶²

A repercussão geral nº 500, proveniente do julgamento do Recurso Extraordinário nº 657.718 analisou a reserva do possível com relação ao questionamento se o Estado é obrigado a fornecer medicamento experimental, o qual possui a seguinte tese já transitada em julgado:

³⁶⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 580252**. Relator(a): Min. Alexandre de Moraes. Plenário. DJ: 16/02/2017.

³⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 592581**. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Plenário. DJ: 01/02/2016.

³⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 1129152**. Relator(a): Min. Celso de Mello. 2a. Turma. DJ: 07/12/2018.

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.³⁶³

No referido acórdão pode ser verificada a análise de três aspectos referentes à reserva do possível, sendo o primeiro, a financeira, uma vez que na maioria das vezes o custo econômico dos medicamentos experimentais, além de imprevisível, também é muito alto; sendo o segundo, a técnica, uma vez que sendo tais medicamentos experimentais, ou seja, sem autorização para a sua utilização, não há segurança quanto à sua eficácia e efeitos colaterais; e, o terceiro, o jurídico, eis que não cabe ao Estado autorizar a utilização de tais medicamentos, mas sim, à agência reguladora, salvo demora desarrazoada na análise do respectivo processo administrativo.³⁶⁴

Ao fazer uma busca na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal envolvendo a pesquisa (“sociedade de economia mista” e “reserva do possível”), foram encontradas apenas 16 decisões monocráticas, envolvendo o período de 2009 a 2021.

Entretanto, em nenhuma das decisões realmente havia uma discussão acerca da aplicação da reserva do possível nas sociedades de economia mista.

E ao fazer uma busca na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal envolvendo a pesquisa (“administração pública indireta” e “reserva do possível”), não foi encontrado nenhum resultado.

Fábio Lopes Alfaia analisando diversos julgados sobre o tema proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça inferiu que a reserva do possível é parte intrínseca da realidade da atividade administrativa e, por outro lado, entende pelo seu afastamento imediato quando, em face da discussão do mínimo existencial a partir de teses genéricas, simplesmente desconsiderando todas as limitações de ordem econômica, política e

³⁶³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 657.718/MG**. Relator Ministro Marco Aurélio. Publicado em: 10/11/2020.

³⁶⁴ ALFAIA, Fábio Lopes. **Reserva do possível e discricionariedade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2020, p. 210-211.

jurídica e exigindo prova destas limitações, ou seja, demonstrando que o atendimento de demandas individuais não prejudicará o atendimento de demandas coletivas.³⁶⁵

Entretanto, o autor afirma que este resultado não pode ser decorrente apenas da atuação do Poder Judiciário, mas também dos legisladores e gestores públicos por alegarem a reserva do possível sem qualquer discussão com a sociedade e sem uma demonstração efetiva nos processos judiciais, mantida apenas a retórica.³⁶⁶

Exatamente por este motivo que a aplicação da reserva do possível deve ser acompanhada de critérios claros e objetivos, como especificado no próprio julgamento realizado pelo Tribunal alemão, do qual se originou o tema, no qual, foram pontuadas questões relevantes. A aplicação conjunta do princípio da igualdade e do Estado Social; que “a Administração Pública não poderia atender *incontinenti* a todos os comandos judiciais de cunho social, sob pena de superlotação judiciária e falência estatal”. A terceira, é que o administrador público não deve ficar inerte, e, portanto, se por um lado o Judiciário não pode atender todas as demandas ajuizadas, por outro, a Administração Pública deve procurar uma forma de amenizar esta demanda, sempre lembrando que os recursos são finitos; e, a quarta, refere-se à necessidade de criação de critérios para a aplicação da reserva do possível com parâmetros racionais e objetivos, a fim de evitar decisões advindas somente da consciência do julgador, cabendo a reserva do possível limitar o ativismo judicial, uma vez que este “não pode ser utilizado como um super-herói para quem dele necessita, tão menos como um remédio para dormir do magistrado, que em favor de um estado de consciência tranquilo, anui a tudo de caráter social que lhe é pleiteado”.³⁶⁷

No Brasil, a Lei nº 13.655/2018 incluiu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB dispositivos que podem ser utilizados como fundamento e critérios na aplicação da reserva do possível, quais sejam:

Art. 20: Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21: A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso,

³⁶⁵ ALFAIA, Fabio Lopes. **Reserva do possível e discricionariedade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2020, p. 203-204.

³⁶⁶ Ibid., 203-204.

³⁶⁷ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 76-78 e 82.

indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Art. 22: Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Art. 23: A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. Parágrafo único (VETADO).

Art. 24: A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Antes de iniciar a análise específica acerca dos artigos transcritos, é interessante mencionar que esta nova legislação possui como intuito descentralizar a análise jurídica em torno dos princípios, uma vez que a utilização destes gera uma grande incerteza jurídica:

Ademais, tanto o Estado como o Direito não são mais considerados entes transcendentais. Depreende-se, portanto, que o direito deve ser capaz de funcionar como ferramenta. Deve ser adequado, conveniente e conexo com a realidade. Busca-se sua eficiência nos mais variados campos, dentre eles o econômico. Diante disso, não é mais suficiente centrar o ordenamento em torno dos princípios. Desta feita, se em outras épocas verifica-se uma valorização da proporcionalidade e ponderação, hoje o pragmatismo e o consequencialismo ganham destaque, como percebe-se mediante análise dos principais pontos da reforma da LINDB.³⁶⁸

O artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) determina que na esfera judicial é possível decidir com base em valores jurídicos abstratos, desde que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Na motivação da decisão deverá constar ainda a necessidade e a adequação do item decidido, inclusive com possíveis alternativas.

³⁶⁸ FOGAÇA, Anderson Ricardo. **Análise econômica do direito e judicialização da saúde: mínimo existencial versus reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2021, p. 113-114.

Desta forma, a legislação de 2018 demonstrou uma preocupação com a análise dos impactos da decisão judicial e traz uma limitação à liberdade do julgador, na medida em que reconhece considerações sobre a necessidade e a adequação de uma decisão, mas também exige ponderações sobre consequências e nas alternativas que viabilizarão o cumprimento da decisão.

Inclusive este dispositivo está em consonância com o artigo 489, §1º do Código de Processo Civil.³⁶⁹

Para Maria Helena Diniz, tal dispositivo atrai o princípio da motivação concreta, ou seja, a decisão deverá avaliar os seus impactos, deixando de utilizar apenas valores jurídicos abstratos ou princípios, sobretudo quando houver potencial solução legislativa para a demanda.³⁷⁰

O artigo 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em complementação ao artigo 20 da mesma lei, determina que na decisão judicial deve constar, de forma expressa, as suas respectivas consequências jurídicas e administrativas, devendo indicar, quando for o caso, qual a forma de regularização necessária e adequada. A parte final do dispositivo estabelece que a decisão judicial não pode impor aos sujeitos atingidos, ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

A inovação legislativa destaca a importância de se analisar os impactos da decisão judicial, inclusive possibilitando limitações quando desta advir ônus ou perdas que sejam anormais ou excessivas, o que inclusive demonstra a necessidade de um papel diferenciado do julgador, a quem não cabe apenas decidir o direito aplicável, mas, indo-se além, a análise e limitações decorrentes de seus potenciais impactos.

O artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) traz uma determinação relevante com relação à gestão pública, seja na interpretação e/ou na decisão da regularidade referente às normas respectivas, na qual deverão ser considerados os obstáculos

³⁶⁹ “Art. 489: São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º: Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

³⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do Direito Público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. *In: Revista Argumentum*, Marília, v. 19, n. 2, p. 305-318, ago. 2018.

e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Muitos doutrinadores especificam a dificuldade com relação à questão material, temporal, orçamentária e de pessoal que devem ser consideradas, entretanto, talvez a maior dificuldade seja a jurídica, ou seja, a dificuldade de interpretação da legislação e a sua aplicação, pois considerando que entre doutrinadores e juristas muitas vezes há um debate imenso acerca da interpretação e aplicação da lei, o gestor não estaria imune às mesmas dificuldades.³⁷¹ Isso sem considerar as diversas mudanças de interpretação em um determinado lapso temporal.

O artigo 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), também na linha de possível limitação à decisão judicial, especifica que no caso de a decisão estabelecer uma interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever um regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. Ou seja, pode-se inferir que havendo norma que abra margem para várias interpretações, e a decisão entenda por aquela que imponha uma nova condição, deve-se analisar quais as consequências de tal imposição, bem como estabelecer um regime de transição para evitar comportamento desproporcional, desequilibrado e ineficiente, que coloque em risco os interesses gerais.

Tal dispositivo busca preservar a boa-fé e a segurança jurídica pela modulação de efeitos, a fim de evitar uma mudança brusca, sendo que em não havendo decisão nestes moldes, a mesma será nula.

Por fim, o artigo 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) trata da revisão na esfera judicial quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado, os quais levarão em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. E, para que não haja dúvida quanto à interpretação de tal dispositivo legal, o seu parágrafo único estabelece o conceito de orientações gerais, com a preocupação evidente na segurança jurídica relacionada à tomada de decisões no espectro existente no momento em que foram proferidas.

³⁷¹ FOGAÇA, Anderson Ricardo. **Análise econômica do direito e judicialização da saúde: mínimo existencial versus reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2021, p. 117.

Para Fábio Lopes Alfaia, a Lei Federal nº 13.655/2018:

Conferiu dignidade normativa à teoria da reserva do possível, tornando-a uma espécie de norma jurídica, um dado objetivo do direito positivo (a partir do texto normativo legislado) e parte integrante do contexto e campo de trabalho estabelecidos conforme o plano derivativo correspondente às regras e princípios de direito público-administrativo. [...] Não se trata aqui de uma mera formalidade ou de mudança sem maiores consequências: antes tida como uma circunstância fática deveras relevante, mas sujeita ao processo intelectual empreendido pelo intérprete autêntico, seja o julgador ou demais órgãos de controle, seja o gestor público, podendo ser simplesmente afastada dispensando-se de mui intensos ônus argumentativos para tanto, tornou-se a reserva do possível norma estruturante de interpretação e de aplicação de da incidência de regras e de princípios de direito público que não pode ser ignorada – sob pena de nulidade ou anulabilidade da decisão – e que deve ser correta e adequadamente aplicada – sob pena de reforma e/ou rescindibilidade da decisão. A reserva do possível tornou-se instrumento tecnológico que pode ser minimizado, mas não afastado, do campo de trabalho ou programa normativo pelo qual transitam os agentes do sistema.³⁷²

A legislação, portanto, busca que seja considerada a consequência das decisões, bem como, que se verifique a alternativa com maior eficiência, e neste contexto, a Análise Econômica do Direito é um importante método a ser aplicado para tentar compreender “toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não”. Aliada ao Direito, a AED possui como objetivo “tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico”, ou seja, tenta “compreender o direito no mundo e o mundo no direito”,³⁷³ em total consonância com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Por outro lado, atualmente o argumento da reserva do possível é utilizado sobretudo nas demandas que versam sobre o direito à saúde,³⁷⁴ à educação e à proteção dos direitos da criança, sendo que, na Justiça do Trabalho, é de rara aplicação, tendo sido observada a sua análise em poucos casos.

³⁷² ALFAIA, Fabio Lopes. **Reserva do possível e discricionariedade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2020, p. 229 e 285.

³⁷³ GICO JUNIOR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 20.

³⁷⁴ “i) fornecimento de medicamentos, constantes ou não da lista do SUS; ii) tratamento médico, no Brasil ou no exterior, para a moléstia em questão, e que envolvam ou não o fornecimento de medicamentos; iii) implementação de políticas públicas destinadas à disposição de medicamentos preventivos e paliativos no tratamento de moléstias; iv) concessão de órgãos para transplante.” In: ALFAIA, Fabio Lopes. **Reserva do possível e discricionariedade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2020, p. 203-204.

Realizando uma busca no Tribunal Superior do Trabalho envolvendo os termos (“sociedade de economia mista” e “reserva do possível”), bem como, (“administração pública indireta” e “reserva do possível”), não foram encontrados resultados.

Ao fazer uma busca no Tribunal Superior do Trabalho envolvendo somente o termo “reserva do possível” necessariamente na ementa, foram encontrados seis acórdãos,³⁷⁵ conforme a seguir transcritos, mas em nenhum deles foi enfrentada efetivamente a aplicação da reserva do possível na Justiça do Trabalho:

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. LEI 13.015/14. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. DESCUMPRIMENTO DE NORMAS TRABALHISTAS RELATIVAS A SEGURANÇA, HIGIENE E SAÚDE DOS TRABALHADORES. INAPLICABILIDADE DAS DISPOSIÇÕES REGULAMENTARES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. DANO MORAL COLETIVO. CARACTERIZAÇÃO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. Hipótese em que não foram desconstituídos os fundamentos do r. despacho agravado, conforme demonstrado no voto. Agravo conhecido e desprovido.³⁷⁶

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEI 13.467/2017. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESTABELECIMENTO DE SAÚDE. OBRIGAÇÃO DE CONTRATAÇÃO DE NÚMERO MÍNIMO DE PROFISSIONAIS DE ENFERMAGEM COM BASE NA RESOLUÇÃO COFEN 543/2017. EXTRAPOLAÇÃO DA COMPETÊNCIA FISCALIZATÓRIA DA ATUAÇÃO PROFISSIONAL DO ENFERMEIRO POR PARTE DO COREN/PE. TRANSCENDÊNCIA. O processamento do recurso de revista na vigência da Lei 13.467/2017 exige que a causa ofereça transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica, a qual deve ser analisada de ofício e previamente pelo Relator (artigos 896-A, da CLT, 246 e 247 do RITST). Ausente a transcendência, o recurso não será processado. Com relação à obrigação de contratação de número mínimo de profissionais de enfermagem pela reclamada, o eg. TRT manteve a r. sentença que rejeitou as pretensões formuladas pelo Ministério Público do Trabalho, ao fundamento de que a Lei nº 5.905/73, que instituiu os conselhos federais e regionais de enfermagem, prevê a competência de tais entidades apenas para a fiscalização da atuação profissional do enfermeiro, bem como para a aplicação das penalidades aos infratores, conforme se extrai de seus arts. 15 e 18, não havendo previsão de fiscalização acerca do planejamento e do quantitativo a ser contratado pela unidade de saúde, para uma boa prestação dos seus serviços. Pontuou igualmente que a Lei nº 7.498/86, que dispõe sobre a regulamentação do exercício da enfermagem, nada preceitua quanto ao número mínimo de profissionais da área de enfermagem em uma unidade de saúde. Destacou que a Resolução COFEN 543/2017, que lastreia o Relatório de Fiscalização do COREN, e que justificou a presente ação, ao estabelecer parâmetros para dimensionar a quantidade mínima de profissionais de enfermagem que deve haver nas instituições de saúde, padece de vício de ilegalidade, na medida em que, constituindo ato normativo de natureza infralegal, impõe obrigação sem respaldo em lei em sentido formal, pelo que deve ser admitida e interpretada como mera orientação aos administradores das unidades de saúde. Consignou, com base na prova dos autos, que, embora resulte incontroversa a insuficiência de profissionais de enfermagem na unidade médica gerida pelo

³⁷⁵ A análise será limitada somente aos acórdãos e não aos demais resultados encontrados, uma vez que se o tema não foi enfrentado no acórdão, dificilmente o será nas decisões monocráticas.

³⁷⁶ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Ag-AIRR-11161-75.2013.5.01.0041. 3ª Turma, Relator: Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 18/09/2020.

reclamado, conforme prova documental, a ré tem sido diligente na contratação de profissionais, mediante concurso público, ainda em vigência, sem a ocorrência de terceirização, tendo sido convocados e nomeados todos os candidatos aprovados dentro do número de vagas disponíveis (83 enfermeiros e 162 técnicos em enfermagem), além de outros classificados em cadastro de reserva, como atestam os documentos juntados pelas partes, inclusive com a inicial. Atestou, ainda, em observância aos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, que o acolhimento da pretensão implicaria na criação de despesas sem as correspondentes fontes de custeio, a denotar que o quantitativo de profissionais descritos no relatório de fiscalização juntado aos autos, em verdade, é suficiente para o funcionamento mínimo da unidade hospitalar, não configurando prova do descumprimento da legislação do trabalho. A matéria debatida não possui transcendência econômica, política, jurídica ou social. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento porque não reconhecida a transcendência.³⁷⁷

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 E REGIDO PELO CPC/2015 E PELA IN Nº 40/2016 DO TST. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. ARTIGO 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. SÚMULA Nº 331, ITEM V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16-DF. TEMA Nº 246 DO STF. TESE DE REPERCUSSÃO GERAL. VEDAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA AUTOMÁTICA DE RESPONSABILIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CULPA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EXAURIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MATÉRIA NÃO COGNOSCÍVEL EM RECURSO DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA. SÚMULA Nº 126 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF, em debate representativo do Tema nº 246 de repercussão geral reconhecida, os Ministros da Suprema Corte reafirmaram a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, conforme já declarado no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, consignando que somente a demonstração efetiva de um comportamento culposo específico, com prova cabal do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública e o dano sofrido pelo trabalhador permitirá responsabilização do Poder Público, tomador dos serviços de trabalhadores terceirizados. Na ocasião, por maioria de votos (vencidos os Ministros Rosa Weber, Relatora original, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Roberto Barroso e Edson Fachin) e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, Redator do acórdão, fixou-se a seguinte tese de repercussão geral: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”. Embora da leitura da redação da referida tese não se possa extrair o entendimento majoritário da Corte Suprema acerca da crucial questão controvertida sobre a quem caberia o ônus da prova relacionada ao comportamento culposo da Administração Pública na fiscalização dos serviços terceirizados, extrai-se dos votos proferidos por ocasião da última sessão de julgamento em que se deliberou sobre a matéria que deve haver, como premissa necessária à condenação subsidiária da Administração Pública por ausência de fiscalização nas contratações terceirizadas, o enfrentamento do caso concreto pelo Tribunal Regional do Trabalho, Corte soberana na análise do acervo fático-probatório, com manifestação expressa sobre a existência específica e demonstração de culpa da Administração Pública. Certo que a responsabilidade da Administração Pública, em razão da inadimplência da empresa contratada, não pode ser automática, nos exatos termos da Súmula nº 331, item V, do TST, de seguinte teor: “a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”. Se a mera inadimplência da

³⁷⁷ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. AIRR-383-80.2018.5.06.0413. 6ª Turma, Relatora Desembargadora Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, DEJT 30/08/2019.

prestadora de serviços não caracteriza, por si só, culpa da Administração Pública e se o Tribunal Regional do Trabalho é a última instância apta a analisar e a valorar a prova a esse respeito (Súmulas nºs 279 do Supremo Tribunal Federal e 126 do Tribunal Superior do Trabalho, a *contrario sensu*), como bem acentuado pelos Ministros Dias Toffoli e Luiz Fux na Suprema Corte, ao votarem no sentido da corrente vencedora, a responsabilização do ente público em tais casos depende do registro expresso e específico da existência de sua culpa omissiva após a análise da instância regional do quadro fático-probatório dos autos, matéria não sujeita a reexame pelas instâncias extraordinárias. *In casu*, o Regional expressamente registrou: “Inexistem, pois, elementos de prova ou indícios de conduta daninha e culposa da primeira reclamada que justifique atribuir-lhe responsabilidade pelo crédito trabalhista, sendo do reclamante o encargo probatório, pois em defesa não foi oposto fato impeditivo que seria a alegação de ter havido fiscalização idônea, mas apenas alegada ilegitimidade de parte, irresponsabilidade da administração e reserva do possível quanto à fiscalização do poder público.” (grifou-se). Na hipótese dos autos, verifica-se que o Tribunal Regional de origem, com base no conjunto probatório, não encontrou subsídios fáticos para concluir pela conduta culposa do ente público, o que é suficiente para manter a decisão em que se julgou improcedente a pretensão de responsabilidade subsidiária do ente público. Óbice da Súmula nº 126 do TST. Agravo de instrumento desprovido. [...]”³⁷⁸

I - INVERSÃO DA ORDEM DE APRECIÇÃO DOS RECURSOS 1 - Constam nos autos agravo contra decisão monocrática da relatora (que, examinando pretensão de tutela provisória de urgência cautelar em caráter incidental, indeferiu liminar de concessão de efeito suspensivo a recurso), agravo de instrumento da reclamada e recurso de revista do MPT. 2 - Inverte-se a ordem de julgamento para examinar primeiro o agravo de instrumento e o recurso de revista, cujo julgamento torna prejudicado o agravo. II - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ASSOCIAÇÃO PARANAENSE DE CULTURA - APC. LEI Nº 13.015/2014. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. 1 - Recurso de revista interposto na vigência da Lei nº 13.015/2014 e foram preenchidos os requisitos previstos no art. 896, § 1º-A, I, da CLT. 2 - Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho em face da Associação Paranaense de Cultura - APC, para reparar dano moral coletivo, após encaminhamento de auto de infração pelo Ministério do Trabalho e Emprego contra a referida associação pelo não preenchimento da cota de empregados com deficiência e reabilitados pelo INSS, conforme exigido pelo art. 93 da Lei nº 8.213/91. 3 - Segundo o art. 127 da CF/88, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. 4 - O art. 129, III, da CF estabelece a legitimidade do Ministério Público para atuar no polo ativo da ação civil pública, com o intuito de proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos. 5 - E, ao contrário do que alega o réu, o Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública, tendo por fundamento a natureza do interesse defendido (difuso, coletivo ou individual homogêneo), pleiteando a tutela de direitos e interesses individuais homogêneos, oriundos de causa comum ou de política da empresa, caso dos autos, em que a Associação Paranaense de Cultura (APC) descumpra direitos sociais dos empregados previstos na Lei nº 8.213/91, conforme auto de infração lavrado pelo MTE. Há julgados. 6 - Os direitos discutidos nesta ação ostentam natureza individual homogênea, porquanto se relacionam a uma coletividade definida de substituídos - empregados da Associação Paranaense de Cultura (APC) - e possuem origem comum, qual seja, irregularidade no cumprimento do percentual mínimo exigido para contratação de empregados portadores de deficiência. Assim, é evidente a legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho para ajuizar a ação civil pública. 7 - Agravo de instrumento a que se nega provimento. JULGAMENTO ULTRA PETITA. EXTENSÃO DOS

³⁷⁸ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. AIRR-2081-97.2015.5.02.0006. 2ª Turma, Relator: Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 11/05/2018.

EFEITOS DA COISA JULGADA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1 - Recurso de revista interposto na vigência da Lei nº 13.015/2014 e foram preenchidos os requisitos previstos no art. 896, § 1º-A, I, da CLT. 2 - Na ação civil pública, a competência originária é fixada levando-se em conta a extensão do dano causado, e, no caso dos autos, de acordo com o TRT, o dano tem âmbito suprarregional, pois engloba trabalhadores que trabalham para a ré na matriz e filiais, pois “ao constar do pedido de condenação na obrigação de fazer prevista no art. 93 da Lei 8.213/93, cota calculada com base na totalidade dos empregados da ré, bem como que para averiguação do cumprimento foram computados os PCDs e reabilitados contratados em quaisquer desses estabelecimentos, não se caracteriza na espécie a alegada condenação ultra petita, tendo sido respeitados os limites da *litiscontestatio*”. 3 - Quanto aos efeitos da coisa julgada na ação civil pública, estabelece o art. 103, III, do CDC: “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81”. 4 - Assim, nos termos do artigo 103 do CDC, os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas são determinados pela natureza do direito objeto da demanda. Nesse contexto, tratando-se de direitos coletivos, a coisa julgada terá efeitos *erga omnes*, e a sentença da ação civil pública atingirá a todos os titulares do direito, independentemente da competência territorial do juízo prolator da decisão. 5 - Agravo de instrumento a que se nega provimento. COTA LEGAL. LEI Nº 8.213/91. CONTRATAÇÃO DE REABILITADOS E DEFICIENTES HABILITADOS. 1 - Recurso de revista interposto na vigência da Lei nº 13.015/2014. 2 - A Lei nº 13.015/2014 exige que a parte indique, nas razões recursais, o trecho da decisão recorrida no qual se consubstancia o questionamento, o que não ocorreu no caso concreto. 3 - Frise-se que é dever da parte não só indicar o trecho da controvérsia, mas também, em observância ao princípio da dialeticidade, fazer o seu confronto analiticamente com a fundamentação jurídica invocada pela parte nas razões recursais. 4 - Todavia, o trecho transcrito da decisão recorrida, nas razões de recurso de revista não abrange todos os fundamentos utilizados pelo TRT para negar provimento ao recurso ordinário, como, por exemplo, a parte da decisão recorrida em que o TRT transcreve os depoimentos das testemunhas, que relatam aspectos relevantes para a compreensão e deslinde da controvérsia; o trecho em que o TRT afasta a alegação da APC de que sob à máxima da ‘reserva do possível’, a conjuntura socioeconômica do país é responsável pela dificuldade de contratação de pessoas com qualificação profissional na área de atuação da empresa (questão que foi, inclusive, abordada pela APC no recurso de revista e agravo de instrumento, sob o fundamento de que o TRT não se manifestou sobre a matéria). 5 - Nesses termos, não demonstrada a viabilidade do conhecimento do recurso de revista, por não atender ao requisito exigido no art. 896, § 1º-A, I, da CLT. 6 - Além disso, é relevante o fundamento assentado pelo TRT no sentido de que, embora o descumprimento da obrigação tenha persistido por bastante tempo, com multas aplicadas pelo menos desde 2009, não demonstrou a empresa que “tenha atuado com regularidade na formalização de convênios com outras entidades além da Prefeitura Municipal para captação de candidatos, valendo ressaltar que os convênios com a Agência do Trabalhador e o SINE foram celebrados apenas em 2015”. 7 - Agravo de instrumento a que se nega provimento. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. 1 - O trecho do acórdão recorrido, transcrito nas razões de recurso de revista, não abrange todos os fundamentos utilizados pelo TRT, especialmente o montante fixado pelo TRT a título indenização por dano moral coletivo, sendo materialmente impossível o confronto analítico com a fundamentação jurídica invocada no recurso de revista. 2 - Nesses termos, não demonstrada a viabilidade do conhecimento do recurso de revista, por não atender ao requisito exigido no art. 896, § 1º-A, I e III, da CLT. 3 - Agravo de instrumento a que se nega provimento. III - RECURSO DE REVISTA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO. LEI Nº 13.015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. VALOR ARBITRADO. 1 - Quanto ao valor arbitrado a título de indenização por dano moral coletivo, em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), importa notar que para a fixação da indenização por dano moral, a lei não estabelece parâmetros específicos. O montante da

indenização varia de acordo com o caso examinado e a sensibilidade do julgador, e ocorre de maneira necessariamente subjetiva. 2 - A jurisprudência desta Corte estabelece que a revisão do valor arbitrado a título de indenização por dano moral apenas é viável quando a condenação não é proporcional aos fatos discutidos, o que implica não alcançar a finalidade prevista em lei. 3 - No caso dos autos, o TRT, ao fixar a indenização por dano moral coletivo em R\$500.000,00 ponderou a extensão do dano, o porte da APC e a gravidade da falta cometida, observando que a ré vem adotando medidas ao longo dos anos para o preenchimento da cota legal prevista no art. 93 da Lei nº 8.213/91, porém, ressaltou que essas medidas não se revelaram totalmente eficientes para dar concretude à norma. O TRT admitiu, ainda, que há dificuldade na contratação PCDs e reabilitados, em face de tratar-se a ré de empresa de grande porte, e da diversidade de fatores que envolvem essa contratação, relativas à baixa qualificação e ao desinteresse desses indivíduos na relação de emprego, inclusive em face do recebimento do salário benefício. 4 - Nesse contexto, as razões jurídicas apresentadas pelo MPT não conseguem demonstrar a falta de proporcionalidade entre o montante fixado pelo TRT e os fatos dos quais resultaram o pedido. Ilesos os dispositivos de lei e da Constituição da República invocados pelo agravante. 5 - Recurso de revista de que não se conhece. IV - AGRADO. ASSOCIAÇÃO PARANAENSE DE CULTURA - APC. Prejudicado o exame do agravo contra decisão monocrática da Ministra Relatora que indeferiu o pedido liminar e negou a concessão de efeito suspensivo a recurso.³⁷⁹

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nº 13.015/2014 E 13.105/2015. 1. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. DESCUMPRIMENTO DE NORMAS TRABALHISTAS RELATIVAS À SEGURANÇA, HIGIENE E SAÚDE DOS TRABALHADORES. REGIME JURÍDICO ESTATUTÁRIO. SÚMULA 736/STF. A transcrição integral do acórdão não atende ao disposto no art. 896, § 1º - A, da CLT, uma vez que não há, nesse caso, determinação precisa da tese regional combatida no apelo, nem demonstração analítica das violações apontadas. 2. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. RESERVA DO POSSÍVEL. EXECUÇÃO DE PARTE DAS MEDIDAS. NOVO CPC. O Tribunal Regional tem legitimidade para exercer o juízo de admissibilidade do recurso de revista dentro dos limites da lei (CLT, art. 896, § 1º). Com o novo CPC, o despacho ganha relevância, uma vez que a Corte há que fazer a admissibilidade do apelo capítulo por capítulo e, se assim não acontecer, cumpre à parte opor embargos de declaração, sob pena de preclusão (IN 40/2016). Na hipótese, houve preclusão quanto aos temas em epígrafe. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.³⁸⁰

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 93 DA LEI 8.213/91. RESERVA DO POSSÍVEL. DANO MORAL COLETIVO. PREQUESTIONAMENTO. A Parte, nas razões de recurso de revista, não observou os pressupostos do art. 896, § 1º-A, I, da CLT, deixando de indicar o trecho da decisão que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do recurso de revista. Agravo de instrumento não provido.³⁸¹

Interessante também a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, que, ao analisar processo envolvendo sociedade de economia mista, entendeu pela

³⁷⁹ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Ag-ARR-1306-39.2014.5.09.0001. 6ª Turma, Relatora: Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 23/03/2018.

³⁸⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. AIRR-742-35.2015.5.06.0413. 3ª Turma, Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontana Pereira, DEJT 24/03/2017.

³⁸¹ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. AIRR-1000134-78.2013.5.02.0323. 2ª Turma, Relatora: Ministra Delaíde Miranda Arantes, DEJT 18/03/2016.

legalidade de legislação estadual que precisa autorizar o aumento de despesa com pessoal nas empresas estatais, bem como a exigência de tal cumprimento na norma coletiva. Apesar de não haver discussão acerca da reserva do possível, a decisão demonstra preocupação com o respeito à negociação coletiva, à legislação estadual, e com o aumento de despesa de pessoal da Administração Pública indireta, tal como revela a matéria transcrita a seguir:

Acordo coletivo que aumenta despesa de estatal também fica condicionado a regras orçamentárias, decide TRT da 12ª Região (SC) – CSJT2. Colegiado julgou ação movida por trabalhador da Casan e considerou inválida norma coletiva que reestruturou plano de cargos e salários da empresa nos anos 90. 13/10/2021 – Embora a legislação trabalhista não condicione a celebração de acordos coletivos a leis estaduais, os pactos que implicam em aumento da despesa com pessoal nas empresas estatais estão condicionados às normas orçamentárias estaduais, por força do Princípio da Legalidade. A decisão é da Quinta Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC). O entendimento foi adotado pelo colegiado no julgamento de recurso de ação proposta por um trabalhador aposentado da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento (Casan), sociedade de economia mista criada pelo Governo de SC. O empregado reivindicava R\$ 9 mil em diferenças salariais alegando não ter recebido promoções previstas em um acordo coletivo de 1994 que alterou o plano de cargos e salários da companhia. Ao contestar o pedido, a empresa afirmou que a cláusula invocada pelo trabalhador seria nula, uma vez que o acordo não teria sido objeto de manifestação do Conselho de Política Financeira do Governo do Estado, uma exigência da legislação estadual à época (Decreto Estadual nº 6.310/90). **Formalidade:** Em abril, a 1ª Vara do Trabalho de Lages (SC) indeferiu o pedido do trabalhador apontando que a alteração no plano de cargos e salários exigia a manifestação do Conselho de Política Financeira. “Considerando que o acordo implica aumento de despesas e alterações no Plano de Cargos e Salários, reputo que era obrigatória a intervenção do Conselho como pressuposto de validade do ato”, afirmou a juíza Patrícia Pereira de Sant’Anna, observando que o acordo não consistia em uma mera alteração de cláusulas anteriores, mas promovia significativas mudanças no plano de cargos e salários da companhia. “O fato de o governador do Estado à época ter tomado conhecimento do acordo não pode ser interpretado como anuência ao pacto e também não supre a formalidade imposta pela legislação”, acrescentou a magistrada. De forma unânime, os desembargadores da Quinta Câmara do TRT-12 mantiveram a decisão de primeiro grau, interpretando que o acordo não poderia ser considerado válido. A desembargadora-relatora Mari Eleda Migliorini ponderou que o aumento de despesa pública condiciona o acordo à norma estadual, por força do princípio da legalidade. “Ainda que as sociedades de economia mista estejam sujeitas às normas de direito privado, também se submetem aos princípios que regem a Administração Pública (art. 37 da Constituição Federal). Portanto, era indispensável a intervenção do Conselho na forma prevista no Decreto Estadual, o que não ocorreu”, finalizou. Não houve recurso da decisão. Fonte: TRT da 12ª Região (SC).³⁸²

Destaca-se que no decorrer da tese já foi elaborado um estudo de caso concreto envolvendo decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região aplicando a reserva do possível na sociedade de economia mista.

³⁸² TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO. **Acordo coletivo que aumenta despesa de estatal também fica condicionado a regras orçamentárias de ente público, julga 5ª Câmara.** [Publicado em: 06/10/2021. Texto de Fábio Borges, para TRT/SC Notícias. Secretaria de Comunicação Social: TRT/SC. Núcleo de Redação, Criação e Assessoria de Imprensa. Disponível em: <https://portal.trt12.jus.br/noticias/acordo-coletivo-que-aumenta-despesa-de-estatal-tambem-fica-condicionado-regras> Acesso em: 21 nov. 2021.

Por outro lado, a título exemplificativo, na lista de maiores litigantes da Justiça do Trabalho da 1ª Região constam as seguintes empresas:³⁸³

Figura 1 - Dez maiores litigantes da Justiça do Trabalho da 1ª Região

Total de processos dos dez maiores litigantes pendentes de julgamento. Meta Nacional 7/2020 do Poder Judiciário. Posição em 31/12/2020.

Litigante	Saldo Inicial - 31/12/2019				Saldo Atual - 31/12/2020			
	1º Grau	2º Grau	Total	Posição Inicial	1º Grau	2º Grau	Total	Posição Atual
BANCO BRADESCO S.A.	1.261	298	1.559	2	1.532	499	2.031	1
ITAÚ UNIBANCO	1.861	330	2.191	1	1.450	366	1.816	2
PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS	643	547	1.190	5	842	800	1.642	3
SERVIÇOS DE REDE S.A. - SEREDE	980	244	1.224	4	1.338	203	1.541	4
VIA VAREJO S.A.	1.089	335	1.424	3	979	290	1.269	5
BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.	889	145	1.034	6	1.065	188	1.253	6
CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF	508	349	857	9	404	392	796	7
PRO SAÚDE - ASSOCIACAO BENEFICENTE DE ASSISTENCIA SOCIAL E HOSPITALAR	532	350	882	7	519	275	794	8
ESTALEIRO BRASFELS LTDA	819	28	847	10	724	38	762	9
LAQUIX COMERCIO E SERVICIOS EIRELI	759	104	863	8	398	68	466	10
TOTAL - DEZ MAIORES LITIGANTES	9.341	2.730	12.071	-	9.251	3.119	12.370	-

Fonte: dados oriundos do e-Gestão, do SAPWEB e do PJe. Cálculo realizado pela Secretaria de Desenvolvimento Institucional do TRT/RJ.

Fonte: TRT 1ª Região (2020).

E no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região constam as seguintes empresas:³⁸⁴

Figura 2 - Dez maiores litigantes do TRT 4ª Região em 2021

Posição	Litigante	Nº de Processos		
		1º Grau	2º Grau	Total
1ª	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	3.678	5.460	9.138
2ª	WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA	1.523	1.504	3.027
3ª	CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	1.106	1.574	2.680
4ª	COMPANHIA RIOGRANDENSE DE SANEAMENTO CORSAN	803	1.621	2.424
5ª	HOSPITAL NOSSA SENHORA DA CONCEIÇÃO S.A.	1.475	909	2.384
6ª	EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS	728	1.551	2.279
7ª	BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL SA	840	1.337	2.177
8ª	COMPANHIA ESTADUAL DE DISTRIBUICAO DE ENERGIA ELETRICA - CEEE-D	681	1.470	2.151
9ª	BANCO DO BRASIL SA	708	1.402	2.110
10ª	BANCO BRADESCO S.A.	796	1.141	1.937
Total de processos dos dez maiores litigantes pendentes de julgamento na instância em 31/12/2020		12.338	17.969	30.307

Fonte: TRT 4ª Região (2021).

Pode-se observar que, nas duas listas apresentadas, constam diversas sociedades de economia mista como maiores litigantes da Justiça do Trabalho, o que demonstra a importância da discussão da aplicação da reserva do possível para os direitos sociais do trabalho envolvendo as sociedades de economia mista.

³⁸³ Ilustração extraída da página do TRT1. Disponível em: <https://trt1.jus.br/grandes-litigantes>. Acesso em: 25 jan. 2022.

³⁸⁴ Ilustração extraída da página do TRT4. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/litigantes>. Acesso em: 25 jan. 2022.

Outro dado interessante extraído do site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é o número de processos envolvendo a discussão de normas coletivas somente no ano de 2020:³⁸⁵

Figura 3 - Número de processos envolvendo a discussão de normas coletivas em 2020

Casos novos por Assunto											
Assunto - Nome1	Assunto - Nome2	Assunto - Nome3	Assunto - Nome4	Assunto - Nome5	Assunto - Nome6	Assunto - Nome7	Código	A...	1º Grau	2º Grau	Total
DIREITO DO CONSUMIDOR									-	101	101
DIREITO DO TRABALHO	Direito Coletivo do Trabalho	Arbitragem e Mediação no ...	-	-	-	-	12949		2	-	2
		Negociação Coletiva Trabalhista	-	-	-	-	13509		40	-	40
		Acordo e Convenção Coletivos de Trabalho	-	-	-	-	13048		771	1.790	2.561
		-	-	-	-	-	1695		10.454	5.979	16.433
	Direito Individual do Trabalho								786	1.011	1.797
DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO									8	19	27
Total									12.061	8.900	20.961

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2020).

Desta forma, concluindo o presente item, a reserva do possível é discutida e tem aplicação no Brasil, mas de forma restrita e, na maioria das vezes, focando apenas no aspecto financeiro. Entretanto, não há fundamento que justifique a sua não aplicação nos direitos sociais do trabalho sob o argumento de garantia do mínimo existencial. Tal conclusão se aplica também às sociedades de economia mista, uma vez que estas além de fornecerem receita para a Administração Pública direta, também utilizam o seu lucro como investimento para a melhoria do serviço público e se submetem à fiscalização pelos órgãos de controle quanto à utilização de recursos públicos.

É importante reiterar que a defesa da tese é da utilização da aplicação da reserva do possível em ações trabalhistas envolvendo empregados do quadro próprio da sociedade de economia mista e direitos decorrentes de negociação coletiva e norma interna, bem como direitos decorrentes de mudança de entendimento dos Tribunais.

Destaca-se que não há risco na aplicação da reserva do possível no caso mencionado, eis que a análise considerará o respeito ao princípio da eficiência, conforme será explanado no último item deste capítulo.

³⁸⁵ Ilustração extraída da página do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 25 jan. 2022.

5.2 MUDANÇAS INSTITUCIONAIS. DIREITOS ENVOLVIDOS. CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL

As mudanças institucionais são essenciais para a aplicação da reserva do possível nas questões trabalhistas envolvendo as sociedades de economia mista. Por outro lado, é essencial que o Poder Judiciário passe uma mensagem aos agentes interessados, empresas, empregados e sindicatos, que se inicia uma nova forma de atuação, focada na cooperação e não no litígio.

Para esse fim, é necessário que haja uma conscientização política e popular de que as questões trabalhistas envolvendo as sociedades de economia mista serão tratadas de forma diferenciada, uma vez que as partes envolvidas, os eventuais direitos demandados, os valores em discussão, a natureza dos valores em discussão, os impactos para o serviço público e a sociedade, entre outras especificidades, distanciam e diferenciam seus empregados dos demais trabalhadores, e, portanto, a análise também deve ser distinta. “Essa tarefa se constrói a partir do entendimento de que o mundo é composto por inúmeros mundos particulares e coletivos. Não basta, pois, ao jurista enclausurar-se na lei e na sua realidade”.³⁸⁶

“A evolução do direito deve ser buscada na própria sociedade, e não na lei ou na jurisprudência”,³⁸⁷ pois as partes devem entender o seu papel de protagonista não somente no litígio, mas também na busca da melhor solução para todos, analisando as consequências individuais e coletivas de cada questionamento.

Para que efetivamente ocorram mudanças institucionais, ou seja, para que o futuro possa ser alterado, é essencial uma avaliação sobre a necessidade de mudança, assim como de “instituições que atuem para promover nossos objetivos e comprometermos valorativos, e, ademais, de normas de comportamento e de um raciocínio sobre o comportamento que nos permitam realizar o que tentamos realizar”.³⁸⁸

Muito embora sejam distintas as formas de pensar sobre ética e justiça social, fato é que a maioria dos sujeitos é capaz de conciliar os interesses individuais com a percepção sobre os interesses do outro. Essa condição pode ser favorecida por códigos de

³⁸⁶ BISPO, Vanessa Freitas. **Direito fundamental à alimentação adequada**: a efetividade do direito pelo mínimo existencial e a reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2014, p. 55.

³⁸⁷ FOGAÇA, Anderson Ricardo. **Análise econômica do direito e judicialização da saúde**: mínimo existencial versus reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2021, p. 107.

³⁸⁸ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. Revisão técnica: Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 318.

comportamento, legislação, *nudges*, e outros similares, de forma a que essa forma de agir e pensar crie um ambiente de confiança mútua e de segurança.³⁸⁹

É preciso que se compreenda que pensar somente na escolha imediata de objetivos isolados, pode colocar em risco a sobrevivência e durabilidade de objetivos perenes individuais e coletivamente,³⁹⁰ então, pode-se chegar à conclusão que pensar no outro, é na verdade pensar em si mesmo. E não se pode deixar de alertar para a seleção evolutiva, ou seja, “padrões de comportamento podem sobreviver e florescer devido ao seu papel consequencial”.³⁹¹

A posição de Amartya Sen aqui exposta, fortalece os argumentos propostos neste trabalho, pois, para que os direitos trabalhistas decorrentes de normas coletivas ou mesmo normas internas (ou seja, incrementos aos direitos obrigatórios) sejam mantidos, é preciso que todos pensem individualmente e coletivamente. Nesse contexto, as instituições são essenciais para aprimorar e trazer esta evolução no âmbito de aplicação do direito do trabalho nas sociedades de economia mista.

Considerando que a sociedade de economia mista deve seguir o regime de direito privado, salvo no que for determinado de forma diferente pela legislação, sugere-se a criação de norma específica quanto à aplicação da reserva do possível nas demandas trabalhistas envolvendo sociedade de economia mista.

Para além da previsão normativa, é interessante que se retorne ao tema do papel do gestor público e do julgador, especialmente quanto à postura deste último, no sentido de que deva se colocar no lugar do gerenciador de recursos, antes de decidir algo que não poderá ser cumprido ou o será em detrimento da coletividade. A partir da discussão proposta por Ana Lúcia Pretto Pereira em “Reserva do possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional”, Fabio Lopes Alfaia afirma que,

nesta seara e frente ao regime de economia de confiança estabelecido relativamente aos direitos prestacionais, a questão não reside em saber se julgadores exercem ou não a função jurídico-política que lhes fora atribuída com evidente margem de liberdade, mas, asseverando que, estando sujeito o julgador aos mesmos ônus de gerenciamento de recursos públicos escassos, pode igualmente trabalhar de “forma criativa” tal qual gestores públicos e legisladores, resultando em decisões públicas cujos conteúdos nem sempre podem atender a critério elementar de justiça, que é a igualdade (PEREIRA, 2014, p. 155). A verdadeira questão é a seguinte: teria o Poder Judiciário a mesma natureza e extensão de escolha?³⁹²

³⁸⁹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. Revisão técnica: Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 334 e 337.

³⁹⁰ Ibid., p. 347.

³⁹¹ Ibid., p. 349.

³⁹² ALFAIA, Fabio Lopes. **Reserva do possível e discricionariedade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2020, p. 217.

O papel da cooperação entre as partes interessadas é essencial para se alcançar o melhor resultado para a coletividade. E dentre vários elementos essenciais para a cooperação já trabalhados nesta tese, um que chama a atenção, e aclamado por Robert Cooter e Thomas Ulen³⁹³ é o bom senso, fator essencial de difícil aplicação na atualidade.

O processo judicial é um valioso instrumento para impulsionar a mudança de paradigma, em especial se o julgador e as partes tiverem, num viés colaborativo, uma preocupação e comprometimento para além do processo, ou seja, analisar que os impactos de uma decisão judicial podem afetar inclusive não envolvidos. É preciso pensar e atuar de forma criativa, uma vez que “o direito fundamental de acesso à justiça não se limita ao direito de interpor uma demanda e ver julgada a sua pretensão particular”,³⁹⁴ de forma que a decisão judicial, embora de aplicação individual, preserve direitos coletivos, atuando de forma criativa.

Neste contexto importa citar a existência de duas correntes quando se discorre acerca de ativismo judicial, qual seja, a procedimentalista, na qual “a intervenção judicial no controle/concretização de políticas públicas acaba por dificultar o próprio exercício da cidadania participativa, favorecendo a desagregação social e o individualismo”,³⁹⁵ e a substancialista, a qual “defende que o Estado constitucional exige uma redefinição do papel do Poder Judiciário”,³⁹⁶ restando “ao Judiciário a função de assegurar a concretização dos direitos fundamentais e a progressiva marcha da sociedade para um ideal da justiça substancial”.³⁹⁷

Não há como negar que o procedimento substancialista, em face do ativismo judicial do poder público prioriza a microjustiça e não a macrojustiça e, exatamente por este motivo, viola o princípio da igualdade na concretização dos direitos sociais, pois diante de um recurso limitado atenderá apenas algumas necessidades, mas não a necessidade de muitos. Reitera-se que as decisões judiciais interferem em toda a comunidade, em seus aspectos econômicos, políticos e sociais, não se limitando “ao espaço dos Tribunais, tampouco exercem influência

³⁹³ COOTER, Robert; ULEN, Tomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. Passim.

³⁹⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Dumping social nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 145.

³⁹⁵ CRISTÓVAM, Jose Sérgio da Silva; CATARINO, João Ricardo. Políticas públicas, mínimo existencial, reserva do possível e limites orçamentários: uma análise a partir da jurisprudência dos Tribunais no Brasil. In: GOMES, Marcus Lívio; ALVES, Raquel de Andrade Vieira; ARABI, Abhner Youssif Mota. **Direito financeiro e jurisdição constitucional**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 129.

³⁹⁶ Ibid., p. 130.

³⁹⁷ Ibid., p. 130.

tão somente quanto às parcelas litigantes; pelo contrário, o decidido pelo Judiciário perpassa a mera esfera processual”.³⁹⁸

Interessante citar o entendimento de Ana Lucia Pretto Pereira, que ao defender a aplicação da reserva do possível, o faz com base nas escolhas políticas baseadas na competência e legitimidade do legislador e/ou do administrador público o que não ocorre nas decisões judiciais:

Neste ponto, entende-se pela possibilidade do argumento da reserva do possível, por conta da necessária deferência às escolhas políticas. No que diz respeito ao legislador, a cláusula seria válida por revelar a escolha legislativa pela destinação dos recursos escassos para uma área, em lugar de outra. Dá-se privilégio à opção legislativa não só por conta do argumento democrático, mas, também e em grande medida, por entender-se que o legislador é mais bem aparelhado para identificar quais são os setores públicos que carecem de investimento, e incorporar tais necessidades no orçamento, reservando-lhe uma dotação. Ainda, há a compensação constitucional atribuída aos órgãos legislativos para a composição do orçamento.³⁹⁹

No Recurso Extraordinário nº 1171152, restou reconhecida a repercussão geral através da decisão publicada na data de 03/10/2019, nos termos que segue a ementa transcrita e pode-se observar a análise acerca do impacto da decisão:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE. PRAZO DE REALIZAÇÃO DAS PERÍCIAS PELO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. IMPOSIÇÃO JUDICIAL DE REALIZAÇÃO EM ATÉ 45 DIAS, SOB PENA DA IMPLEMENTAÇÃO AUTOMÁTICA DA PRESTAÇÃO REQUERIDA PELO SEGURADO. LIMITES DA INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a questão acerca da possibilidade de o Poder Judiciário (i) estabelecer prazo para o Instituto Nacional do Seguro Social realizar perícia médica nos segurados da Previdência Social e (ii) determinar a implantação do benefício previdenciário postulado, caso o exame não ocorra no prazo. 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC.⁴⁰⁰

Na presente decisão há uma ampla análise acerca do impacto de decisões judiciais nas finanças públicas; uma vez que obrigaria o pagador a alocar os recursos de forma diversa da estabelecida inicialmente, inclusive retirando verbas de outra política pública também necessária; poderia se considerar uma interferência do Poder Judiciário no orçamento público

³⁹⁸ ACCIOLI, Ana Caroline dos Santos; ARABI, Abhner Youssif Mota. Direito financeiro e jurisdição constitucional. In: GOMES, Marcus Lívio; ALVES, Raquel de Andrade Vieira; ARABI, Abhner Youssif Mota. **Direito financeiro e jurisdição constitucional**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 44.

³⁹⁹ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Reserva do possível**: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional. Curitiba: Juruá, 2014, p. 202.

⁴⁰⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 1171152**. Relator(a): Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. DJ: 03/10/2019.

não autorizada pela Constituição da República Federativa do Brasil; além do que o Estado não é obrigado a satisfazer todas as necessidades sociais.⁴⁰¹

Na decisão, consta uma análise interessante acerca de uma exposição realizada por Jair Maroco acerca do entendimento do tema na Itália, o qual traz o conceito da *sentenza aditiva*, a qual possui a finalidade de sanar omissões legislativas inconstitucionais ensejando impacto ao orçamento. Porém, em razão das dificuldades financeiras impostas pelas referidas decisões, a Corte italiana alterou o seu entendimento, criando a *sentenze additive di principio*, com o seguinte conceito:⁴⁰²

Essa sentença é forma intermediária à aditiva de prestação na medida em que, visando escapar dos nefastos efeitos financeiros e do desequilíbrio orçamentário proveniente da intervenção judicial direta (e com efeitos imediatos), ao invés de colmatar diretamente a lacuna constatada, estendendo o benefício social questionado, indica, na decisão, os princípios gerais envolvidos – pronúncia através da qual se remete ao legislador a possibilidade de corrigir a omissão, oferecendo ao mesmo uma espécie de roteiro; ao mesmo tempo, permite-se aos juízes ordinários, a partir das linhas gerais da decisão, resolver os casos concretos que lhe são submetidos (a despeito da omissão constatada).⁴⁰³

Utilizando como modelo a sentença aditiva, na qual o juiz remete ao legislador a possibilidade de corrigir eventual omissão, pode-se defender também que em casos que se verificar a possibilidade de aplicação da reserva do possível na Justiça do Trabalho, o juiz também possa remeter ao administrador público indireto a fim de tomar conhecimento do problema e juntos possam resolver a questão da forma menos onerosa para todas as partes envolvidas direta e indiretamente em futura condenação.

Não há como falar do papel fundamental do administrador público, o qual deve utilizar a alegação da reserva do possível com responsabilidade, a fim de não banalizá-lo, e no caso concreto “demonstrar que não possui disponibilidade financeira ou que utilizou o dinheiro público de forma eficaz para cumprir as diretrizes constitucionais”,⁴⁰⁴ de maneira a utilizar os recursos para atender o maior número de direitos possível, respeitando os princípios da moralidade e eficiência.

Antes de passar aos critérios e boas práticas é importante discorrer brevemente sobre os direitos trabalhistas previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, bem como a abordagem em relação aos direitos individuais e direitos coletivos do trabalho.

⁴⁰¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 1171152**. Relator(a): Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. DJ: 03/10/2019.

⁴⁰² Ibid., s./p.

⁴⁰³ Ibid., s./p.

⁴⁰⁴ LEITE, Carlos Alexandre Amorim. **Direito fundamental à saúde: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 89.

Os direitos trabalhistas estão previstos na Constituição da República Federativa do Brasil no seu artigo 7º, sendo que nem todos os que estão ali indicados fazem parte do mínimo existencial do trabalhador, como por exemplo, a participação nos lucros. Destaca-se ainda a existência dos direitos trabalhistas individuais e coletivos, sendo este último decorrente de negociação coletiva. Destaca-se ainda a existência de direitos decorrentes de normas internas, que normalmente são um acréscimo aos previstos na legislação.

Outra questão relevante que deve ser respondida é o motivo de preocupação com o lucro da sociedade de economia mista, e a resposta é que este é considerado como receita da Administração Pública direta, bem como, receita da própria Administração Pública indireta para investimento e melhoria da qualidade do serviço público por um preço justo.

Há muitos critérios que podem ser utilizados para a aplicação da reserva do possível e muitos podem ser criados a fim de se amoldar ao caso concreto, mas é importante que se tenham critérios e os mesmos sejam objetivos.

Um dos critérios é a preservação constitucional do mínimo existencial, sendo que nesta tese o foco é o direito social do trabalho, direito fundamental social com diversos mecanismos assecuratórios previstos nos artigos 7º a 11º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Por certo que não são todos os direitos trabalhistas reconhecidos em decisão judicial que fazem parte do mínimo existencial, então resta necessário delimitar, iniciando na distribuição em 3 (três) blocos, quais sejam, o direito de trabalhar, o direito de trabalhar com dignidade, bem como o direito de receber rendimentos pelo trabalho.⁴⁰⁵

Para Rafael de Lazari, o primeiro grupo não deve integrar o mínimo, pois não há como se obrigar o Estado ou mesmo a iniciativa privada a empregar quem não precisa ou quem sequer tem dinheiro para pagar, entretanto, os outros dois blocos podem em parte constituir parte do mínimo, seja a partir do direito de trabalhar com dignidade verificando condições como segurança, higiene, alimentação, segurança, entre outras questões; seja com o direito de receber remuneração adequada, representando o salário mínimo um parâmetro em face da respectiva função social desempenhada.⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial:** a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 136-139.

⁴⁰⁶ Ibid., p. 136-139.

É importante que reste bem claro e o mais objetivo possível o conceito de mínimo existencial, pois é exatamente “uma má compreensão técnica acerca do direito ao mínimo existencial por parte dos tribunais brasileiros”⁴⁰⁷ que cria uma crise do impacto das decisões judiciais no orçamento público e nos eventuais direitos não atendidos em face da necessidade de alocação de valores.

Por certo que na doutrina há diversos conceitos acerca do mínimo existencial e que a subjetividade é algo que lhe é inerente, entretanto, a presente tese apoia-se na interpretação de Ana Paula de Barcellos, para quem o mínimo existencial importa em um “conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual”.⁴⁰⁸ Sarlet complementa o quadro exposto, ao dizer que o mínimo existencial deve ser aferido na situação concreta, ou seja, analisando a pessoa diretamente atingida, “não podendo ser dissolvida no contexto coletivo”.⁴⁰⁹

Sem a pretensão de adentrar aos diversos conceitos referentes ao mínimo existencial, é importante mencionar que muitos autores atrelam este ao conceito da dignidade da pessoa humana, aspecto que remete à reflexão de Ingo Wolfgang Sarlet, o qual afirma que “nem toda a violação de um direito fundamental corresponde, ao mesmo tempo e necessariamente, a uma violação da dignidade da pessoa humana, sequer implicando (de modo cogente) a violação do conteúdo em dignidade que o direito fundamental atingido possa ter”.⁴¹⁰

Ana Carolina Lopes Olsen apresentou uma análise interessante com relação ao mínimo existencial e um direito fundamental trabalhista, a fim de demonstrar que nem todo o direito fundamental é necessariamente caracterizado como mínimo existencial, o que reitera a prevalência da teoria relativa⁴¹¹ do núcleo essencial dos direitos fundamentais:

⁴⁰⁷ FOGAÇA, Anderson Ricardo. **Análise econômica do direito e judicialização da saúde: mínimo existencial versus reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2021, p. 60.

⁴⁰⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 230.

⁴⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. (rev. atual. 2. tir.) Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 145.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 144.

⁴¹¹ “Nestas condições, muitos doutrinadores têm apresentado o mínimo existencial como esta porção essencial do direito fundamental social, sendo que aqueles que adotam a teoria absoluta do núcleo essencial o apresentam como mínimo absoluto e intangível em quaisquer hipóteses, e aqueles que adotam a teoria relativa defendem-no como essencial e intocável para determinado caso concreto, em virtude da aplicação da técnica de ponderação e do postulado da proporcionalidade.” *In*: OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 366-367.

Entretanto, é preciso ressaltar que nem sempre um direito fundamental social terá no seu núcleo um conteúdo equivalente ao mínimo existencial. No caso do direito à saúde, por exemplo, a correspondência entre núcleo essencial e mínimo existencial parece bastante clara. O mesmo, entretanto, não ocorre se for tomado como parâmetro o direito fundamental à participação nos lucros do empregador. Logo, é preciso deixar claro que se trata de duas categorias distintas – núcleo essencial de direito fundamental social, e mínimo existencial – mas que podem ter características e aplicação semelhantes.⁴¹²

A ponderação é outro critério que pode ser utilizado, sendo que esta é considerada uma “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”.⁴¹³

O método da ponderação além de método hermenêutico-concretizador elaborado por Konrad Hesse,⁴¹⁴ também é aplicado para solucionar tensões normativas.⁴¹⁵

Ao desenvolver a aplicação do método da ponderação, Robert Alexy afirma que tal estará atrelada ao papel do intérprete a partir da argumentação racional, optar por um princípio ou outro, e, para fazer esta opção deve apresentar os argumentos jurídicos, o caso concreto, os bens jurídicos em conflito e analisar de forma pormenorizada todas as normas jurídicas envolvidas.⁴¹⁶

Denise dos Santos Vasconcelos Silva, analisando a intervenção judicial nas políticas públicas de saúde, propõe como um critério a teoria das 4 (quatro) fases, que consiste no que segue:

Em razão disso, minha proposta é que o juiz se faça valer da Teoria das 4 Fases, como legitimadora para a intervenção e fiscalização judicial nas políticas públicas se for observado que o Poder Público age de modo irrazoável e com injustificável inércia, comprometendo a eficácia dos direitos sociais, obedecendo à sistemática que será demonstrada nos itens que se seguem, que são: Primeira fase: Mínimo existencial – em busca da objetivação deste princípio; Segunda fase: Interesse coletivo *versus* Interesse individual; Terceira fase: Reserva do financeiramente possível (afetação do orçamento público; comprometimento da organização estrutural do Poder Público e violação do princípio da legalidade e da isonomia/igualdade); e Quarta fase: As questões políticas de Dworkin na função jurisdicional (princípio da Proporcionalidade e reserva da consistência).⁴¹⁷

⁴¹² OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 366.

⁴¹³ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 169.

⁴¹⁴ Sobre o tema, ver: HESSE, Konrad. **Força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 86 e 89.

⁴¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 167.

⁴¹⁷ SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 112.

Sugere-se ainda que as empresas de sociedade de economia mista que alcançarem um selo de certificação de bom empregador, merecem uma análise diferente dos seus processos judiciais, a partir da limitação ou exclusão da condenação da obrigação de dar e implantação somente da obrigação de fazer.

Sugere-se a criação de um Centro Judiciário de Solução de Conflito e Cidadania (CEJUSC) direcionado somente para estas empresas de sociedade de economia mista devidamente certificadas.

Outra boa prática seria a participação do Conselho Nacional de Justiça nesta temática, a exemplo do que já ocorre nas questões relacionadas à saúde, através de Recomendação com orientação aos Tribunais Regionais do Trabalho acerca da aplicação da reserva do possível para os processos envolvendo as sociedades de economia mista, bem como, uma Resolução instituindo um Fórum Nacional para o monitoramento e resolução de demandas envolvendo as sociedades de economia mista.

É importante destacar que todo o critério terá as suas críticas, mas o objetivo proposto nesta tese é apresentar o maior número de critérios possíveis, sem se envolver em eventuais críticas.

Deixar o sistema aberto para a construção de novos parâmetros é essencial, e, para tanto, resumidamente, deve-se inicialmente definir quem serão os intérpretes da Constituição; atestar a legitimidade destes; criar os modelos pré-fabricados e estes então serão aplicados pelo Judiciário, que optará pelo que melhor se amoldar ao caso concreto, o que trará grandes benefícios, quais sejam, ouvir o maior número de partes envolvidas da sociedade, formar indivíduos esclarecidos, diminuir a pressão sobre o Poder Judiciário que decidirá pautado em critérios balizados pela sociedade, bem como diminuir a quantidade de ações judiciais em razão destes critérios.⁴¹⁸

No item 4.3 foram apresentadas diversas sugestões que também podem ser aplicadas aqui no presente item, mas que para evitar repetição sugere-se que o leitor analise novamente, uma vez que estes itens se complementam.

Sugere-se ainda que a empresa seja informada pelo Poder Judiciário a fim de se adequar, quando tiver um número determinado de decisões que reconheçam algum equívoco em decisão de gestão, nos termos da sentença aditiva.

⁴¹⁸ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 170-194.

É pertinente ainda estabelecer que em processos com valores elevados, a ser determinado em conjunto com o Poder Judiciário, necessariamente haja uma análise item a item para verificar a possibilidade de aplicação da reserva do possível.

Interessante ainda estudar a possibilidade de criação de legislação tratando o tema, nos moldes que a reforma trabalhista estabeleceu a quitação do contrato de trabalho nos programas de demissão, desde que previsto em norma coletiva.

Desta forma, concluindo o presente item, não há como negar a necessidade de mudanças institucionais para a aplicação da reserva do possível nos casos envolvendo ações trabalhistas de empregado de quadro próprio de sociedades de economia mista, mesmo porque os direitos em discussão nestas ações dificilmente farão parte do mínimo existencial.

Uma vez que os dados demonstram que as sociedades de economia mista estão entre as maiores litigantes da Justiça do Trabalho, mesmo sendo as melhores empregadoras e o emprego dos sonhos de muitos brasileiros, não há como simplesmente cerrar os olhos para as condenações com valores elevados envolvendo direitos muitas vezes criados por discussões judiciais decorrentes de interpretações díspares.

É importante ressaltar que os valores despendidos nestas ações judiciais trabalhistas, impactam o orçamento da Administração Pública direta uma vez que os lucros a serem repassados serão em valores menores; impactam o investimento na qualidade e melhoria do serviço público prejudicando toda a população; impactam os direitos dos empregados da própria sociedade de economia mista uma vez que em havendo um aumento de condenação trabalhistas o próprio *compliance* da empresa indicará a retirada de direitos dos empregados novos, bem como, a não criação de novos direitos para todos; e, por fim, é importante ressaltar a importância do serviço público de energia para todo o processo produtivo da sociedade, bem como, o impacto que o aumento da tarifa⁴¹⁹ causa em todos os demais preços do mercado. Não há como olhar todos estes impactos e ficar silente, seria no mínimo imoral.

⁴¹⁹ “41. Em relação às condenações trabalhistas, segue-se o mesmo entendimento manifestado pela SRM no âmbito da Audiência Pública nº 41/2017 (custos operacionais das concessionárias de transmissão), conforme Nota Técnica nº 204/2018 - SRM/ANEEL, de 7/12/2018: “53. Após análise das contribuições e das informações encaminhadas pelas concessionárias em resposta ao Ofício Circular nº 7/2018 - SRM/ANEEL, entendeu-se não ser cabido o reconhecimento de custos operacionais relativos a despesas com condenações judiciais. Entretanto, reconheceu-se pertinente o argumento de que poderia haver uma relação de substituição entre as despesas de pessoal e as condenações trabalhistas. Ou seja, valores elevados de condenações trabalhistas poderiam ser motivados por uma falha do concessionário em atender a legislação trabalhista. Nesse caso específico, a desconsideração por completo das dispensas com condenações trabalhistas poderia sinalizar de forma equivocada nos escores de eficiência, premiando aquelas empresas que tem despesas menores por descumprir a legislação. 54. A partir dessa constatação buscou-se atender parcialmente a contribuição adotando-se o seguinte procedimento: as condenações trabalhistas foram consideradas na construção dos valores de entrada do modelo de *benchmarking* e, portanto, para apuração dos escores de eficiência. Contudo, na construção da base de aplicação dos índices as despesas com condenações trabalhistas foram suprimidas. Dessa forma atende-se o

5.3 NEGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência foi inserido expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil a partir da publicação da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, sendo que apesar de não constar inicialmente na proposta da referida emenda, serviu de fundamento para toda a Reforma Administrativa da época, intitulada como “Nova Administração Pública” e com o objetivo de trazer ao setor público características do setor privado, entre elas a eficiência.⁴²⁰

A adoção expressa do princípio da eficiência foi uma revolução para a ordem vigente e um símbolo da administração gerencial focada para os resultados que veio em substituição à administração burocrática focada no processo.⁴²¹

Entretanto, há grande discussão sobre o conceito e significado do termo eficiência no direito estrangeiro e no direito brasileiro, seja na doutrina ou na jurisprudência, entretanto, na presente tese será abordado apenas a questão no Brasil.

É importante destacar que mesmo antes da inserção expressa do princípio da eficiência no texto constitucional, o mesmo já era abordado por vários doutrinadores brasileiros, mas vamos passar a analisar alguns conceitos elaborados após 1998, iniciando com Celso Antônio Bandeira de Melo, o qual destaca a fluidez e a dificuldade de controle deste princípio, bem como, indica que este nada mais é do que uma vertente do princípio da “boa administração” decorrente do Direito italiano.⁴²²

Para Alexandre de Moraes, o princípio da eficiência

impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir rentabilidade social.⁴²³

objetivo de não repassar para o consumidor final despesas consideradas impróprias e ao mesmo tempo evitar a sinalização equivocada de eficiência para empresas que eventualmente reduzam seus custos operacionais a partir do descumprimento da legislação trabalhista. 42. Portanto, as condenações trabalhistas foram consideradas na composição dos valores de entrada do modelo de *benchmarking* para apuração dos escores de eficiência, mas serão suprimidas na etapa de aplicação dos resultados do modelo às tarifas das concessionárias de distribuição, do mesmo modo ao procedimento realizado no setor de transmissão.” Fonte: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). **Nota técnica nº 121/2020 – SRM/ANEEL**. Publicada em 22/10/2020.

⁴²⁰ DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da eficiência & moralidade administrativa**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 71-73.

⁴²¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Orgs.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 28.

⁴²² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 92.

⁴²³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 15.

Diogo de Figueiredo Moreira abordou o princípio da eficiência de forma bastante abrangente, focada como

a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos.⁴²⁴

Por sua vez, Di Pietro elabora um conceito do princípio da eficiência com foco no modo de atuação e de organização, bem como, com relação à possibilidade ou não de sobreposição com relação aos demais princípios constitucionais:

o princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. [...] Vale dizer que a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente aos da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.⁴²⁵

Ana Lucia Pretto Pereira analisa o princípio da eficiência em conjunto com a reserva do possível, nos seguintes termos:

No que concerne à eficiência enquanto elemento que legitima o argumento da reserva do possível, interessa a sua ocorrência no espaço da Administração Pública. Nesse caminho, a eficiência pode ser concebida como o melhor exercício das tarefas de interesse coletivo, visando a sua maior realização prática, com o menor ônus, seja financeiramente, seja para a liberdade dos cidadãos. [...] Guarda relação com o aspecto econômico do agir estatal, no sentido de que a escolha política deve pautar-se pela melhor relação custo/benefício, mas não exclusivamente. Há outros conceitos correlatos à eficiência, como a eficácia, a efetividade, a racionalização, a produtividade e a celeridade. É uma faceta de princípio mais amplo, o da boa administração pública.⁴²⁶

Dessa forma, não há como conceber a ideia da eficiência, sem a ideia da discricionariedade, da possibilidade efetiva da escolha, sem estar previamente determinada em lei, pois é exatamente a escolha do administrador público que será analisada sob o aspecto da eficiência, ou seja, a decisão estatal mais eficiente será a “que optar pelo meio que realize

⁴²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.103.

⁴²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. 3ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2006, p. 98-99.

⁴²⁶ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Reserva do possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 210-211.

o fim almejado pela norma da maneira mais célere, menos onerosa, e mais eficaz em relação aos fins pretendidos, sem descurar da legalidade”.⁴²⁷

Aragão analisa o princípio da eficiência em conjunto com o princípio da legalidade, defendendo que este deve ser observado de forma mitigada, sob o aspecto finalístico e material:

Não se trata de descumprir a lei, mas apenas de, no processo de sua aplicação, prestigiar os seus objetivos maiores em relação à observância pura e simples de suas regras, cuja aplicação pode, em alguns casos concretos, se revelar antitética àqueles. Há uma espécie de hierarquia imprópria entre as meras regras contidas nas leis e os seus objetivos, de forma que a aplicação daquelas só se legitima enquanto constituir meio adequado à realização destes.⁴²⁸

Dessa forma, o princípio da eficiência devidamente atendido pelo administrador público, ou seja, uma vez sendo realizada de forma eficiente a alocação de recursos, sabendo que estes são finitos e as necessidades infinitas, totalmente aplicável a reserva do possível.

Outro princípio que deve estar atrelado à reserva do possível, é o da universalidade na prestação dos direitos fundamentais sociais, uma vez que a lei não deve excluir “de forma injustificada, determinadas classes ou grupos de pessoas, e que não esteja dirigida, arbitrariamente a sujeitos particulares ou determinados”, sendo que tal favorecimento somente será aceito se for para atender o princípio da igualdade.⁴²⁹

A progressividade também não pode ser afastada desta análise, uma vez que os direitos sociais são direitos de satisfação progressiva em razão da relevância do aspecto econômico e “acompanha a realidade da limitação de recursos em relação às necessidades objetivas”. Tal dever de progressividade está presente no artigo 26 do Pacto de San José da Costa Rica e do Protocolo de San Salvador no seu artigo 1º.⁴³⁰

Há ainda a necessidade de aplicação do dever de solidariedade que reconhece a igualdade entre os sujeitos, e, portanto, não pode haver favorecimentos, mas demanda um esforço comunitário. Não se defende aqui exigir da sociedade que custeie os direitos inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil, mas “cuida-se de incentivar o empenho pessoal para que o núcleo familiar, célula da sociedade, seja formador de cidadãos de caráter e honestos, conscientes de sua importância e influência no meio em que vivem”.⁴³¹

⁴²⁷ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Reserva do possível**: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional. Curitiba: Juruá, 2014, p. 211-213.

⁴²⁸ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 237, jul./set. 2004, p. 5.

⁴²⁹ Ibid., p. 214-215.

⁴³⁰ Ibid., p. 216-217.

⁴³¹ Ibid., p. 219-220.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça também divergem quanto ao conceito do princípio da eficiência, como por exemplo, adotando o mandamento da busca da produtividade e o dever da agilidade à Administração Pública.⁴³²

Entretanto, o que mais chama a atenção, é que muitos doutrinadores e juristas deixam de fazer a análise do princípio da eficiência pelo enfoque da análise econômica do direito, chegando até mesmo a ter uma resistência nesta abordagem, sendo que alguns o abordam somente sob concepções morais e éticas, e, outros somente baseado em concepções econômicas, o que não enseja em conceito completo:⁴³³

Também não se falou do Judiciário intervindo para manter o meio ambiente do trabalho harmônico. Nas estritas relações entre particulares, seja no âmbito público ou privado, não pode o Judiciário querer fazer o que nem os agentes públicos, nem os psicólogos, nem os terapeutas, nem os religiosos etc., conseguiram fazer: estabelecer a harmonia entre as pessoas.⁴³⁴

Posner, como juiz da Corte de Apelação dos Estados Unidos, buscou a promoção da justiça a partir da Análise Econômica do Direito, uma vez que “se os juízes não estão sendo capazes de maximizar a riqueza, o analista econômico irá pressioná-los a alterar sua prática ou doutrina da melhor maneira possível”.⁴³⁵

Desta forma, “contra a ideia de que a lei só pode ser entendida a partir do uso de conceitos doutrinários legais tradicionais baseados na justiça, a economia permite que tal compreensão possa ser aumentada por conceitos econômicos, incluindo os critérios de eficiência econômica”.⁴³⁶ Posner afirma que “*en un mundo de recursos escasos, el desperdicio debe considerar-se inmoral*”,⁴³⁷ ou seja, pode-se concluir que se não for eficiente é imoral.

⁴³² DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da eficiência & moralidade administrativa**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 85-87.

⁴³³ Ibid., p. 87 e 91.

⁴³⁴ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 181.

⁴³⁵ POSNER, Richard Allen. **The economics analysis of law**. 6. ed. Aspen, 2003. p. 41.

⁴³⁶ Tradução livre do trecho extraído do original: “against the idea that law can be understood only through the use of traditional legal doctrinal concepts base on justice and fairness, economics counters that such understanding can be augmented by economic concepts, including the criteria of economic efficiency”. In: MERCURO, N.; MEDEMA, S. G. **Economics and the Law: From Posner to PostModernism**. Princeton University Press, 1999, p. 13.

⁴³⁷ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 32.

Para Holmes & Sustain “levar os direitos a sério é levar a escassez a sério”,⁴³⁸ pois não há como pensar em direitos sem avaliar os respectivos custos, bem como na alocação de recursos, uma vez que estes são finitos. Para estes autores a questão dos custos de direitos pode assim ser sintetizada:

Direitos costumam ser descritos como invioláveis, preemptórios e decisivos. Isto, contudo, é mero floreio retórico. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados dos contribuintes pode, enfim, ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário sem considerações às consequências orçamentárias, pelas quais, em última instância, os outros dois poderes são responsáveis.⁴³⁹

Desta forma, uma vez que qualquer direito pode ser pleiteado perante o Judiciário, “e sua estrutura implica custos para o Governo, todos os direitos, indistintamente, representam custos a serem suportados pelo Estado e, em última análise, pela sociedade”,⁴⁴⁰ e, portanto, o tema discutido nesta tese deve ser uma preocupação de todos.

North também traz a questão dos custos de transação como uma preocupação a se considerar para alcançar a eficiência.⁴⁴¹

A fim de trazer os autores que tratam do tema da eficiência, não se poderia deixar de mencionar o Teorema de Vilfredo Pareto, o qual na visão de Ribeiro e Galeski Junior assim o compreendem: “uma sociedade só estará em posição ótima caso não haja mais nenhuma modificação possível a fim de melhorar a situação de alguém, sem piorar a de outrem”.⁴⁴²

O Teorema de Kaldor-Hicks aperfeiçoou o Teorema de Valfrido Pareto, sendo na visão de Salam, assim sintetizado:

O critério de Kaldor-Hicks busca superar a restrição imposta pelo ótimo de Pareto de que mudanças somente são eficientes se nenhum indivíduo fica em posição pior. Pelo critério de Kaldor-Hicks, o importante é que os ganhadores possam compensar os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam. Isso quer dizer que o critério de Kaldor-Hicks Permite que mudanças sejam feitas ainda que haja perdedores.⁴⁴³

⁴³⁸ “Taking rights seriously means taking scarcity seriously” *In*: HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999. p. 94.

⁴³⁹ “Rights are familiar described as inviolable, preemptory, and conclusive. But these are plainly rhetorical flourishes. Nothing that costs Money can be absolute. No right whose enforcement presupposes a selective expenditure of taxpayer contributions can, at the end of the day, be protected unilateral by the judiciary without regard to budgetary consequences for which other branches of government bear the ultimate responsibility.” *In*: HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

⁴⁴⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 214.

⁴⁴¹ NORTH, Douglass C. Institutions. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n. 3, 1991, p. 98.

⁴⁴² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral de contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 79.

⁴⁴³ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, n. 22, mar. 2008. São Paulo: FGV Direito, 2008, p. 23.

É importante mencionar que a eficiência pode variar em razão da estrutura de incentivos aplicada, e esta pode ser decorrente de lei e também pelas negociações coletivas.⁴⁴⁴ Para Ramon Fagundes Botelho no caso específico do direito a prestações materiais “que dependem necessariamente de pressupostos financeiros por parte do Estado – não pode ser analisado de forma desvinculada dos aspectos econômicos a ele inerentes”.⁴⁴⁵

De acordo com Peter Häberle, os direitos sociais dependem da “reserva das caixas financeiras”, ou seja, da saúde financeira do Estado. Já Wolfgang Martens defende que os direitos subjetivos a serem exigidos do Estado devem ser analisados no âmbito do possível e adequado. Em tom crítico, Vinícius de Melo afirma que esta perspectiva econômica a partir da junção dos custos dos bens coletivos com a reserva econômica “têm levado à construção doutrinária de uma verdadeira barreira à satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais, alicerçada na *Law and Economics*, a partir de um discurso efficientista e utilitarista, que corre o sério risco de instrumentalizar o ser humano, desconsiderando a natureza de trunfo dos direitos sociais”.⁴⁴⁶

Para Ana Carolina Lopes Olsen, “é preciso ter em conta que o Direito não é refém da Economia, mas em sendo ambas ciências sociais aplicadas, dialogam entre si, e se autoimplicam numa relação de recíproca determinação”.⁴⁴⁷

Dessa forma, seja com base na análise econômica, seja com relação à Constituição da República Federativa do Brasil, o princípio da eficiência não é absoluto, e deve ser analisado em conjunto com os demais princípios, em especial o da moralidade, pois “a eficiência e a riqueza devem ser meios, e o homem o fim”.⁴⁴⁸

Não há dúvida de que a aplicação efetiva e criteriosa da reserva do possível trará um incremento do princípio da eficiência, em especial no aspecto da desjudicialização. Fabio Lopes Alfaia discorre acerca do círculo vicioso destas demandas judiciais, que ao invés de serem usadas de forma excepcional, acabaram por vulgarizar o acesso à justiça:

⁴⁴⁴ KOLLER, Carlos Eduardo. **Negociação coletiva de trabalho, direito e economia**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 87.

⁴⁴⁵ BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde: a tensão entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 121.

⁴⁴⁶ LIMA, Vinícius de Melo. **Teoria hermenêutica da responsabilidade decisória: direitos sociais entre ativismo judicial e decisão jurídica democrática**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 264.

⁴⁴⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 247.

⁴⁴⁸ DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da eficiência & moralidade administrativa**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 106.

Porque convulsionado o sistema público, é de rigor o acesso ao Poder Judiciário; porque generalizado o acesso ao Poder Judiciário, convulsiona-se ainda mais o sistema, comprometendo sua estrutura administrativa, condicionada que se torna pela intervenção judicial; atende-se um interesse individual, mas se compromete em verdade o interesse coletivo.⁴⁴⁹

Dessa forma, considerando que os Tribunais influenciam diretamente a atividade econômica a partir das suas decisões, “seria aparentemente desejável que as cortes tivessem os deveres de compreender as consequências econômicas de suas decisões”.⁴⁵⁰

O fato é que a maioria das decisões judiciais na qual se concedem benefícios que impactam no orçamento público, acabam por priorizar a microjustiça, ou seja, a questão individual, acabando por interferir ou mesmo prejudicar a macrojustiça, que é o interesse da coletividade, em especial dos que não possuem acesso facilitado ao Poder Judiciário.

Não se pode deixar ainda de observar o impacto que várias decisões de microjustiça podem realizar sobre a macrojustiça, não apenas do ponto de vista de recursos escassos, mas sim, de mudanças de comportamento a fim de evitar ou ao menos minimizar estas diversas demandas e que também acabam por impactar o direito da coletividade.

É fato que “o juiz, em regra, está apto a realizar a microjustiça, entretanto, em alguns casos pode não conseguir avaliar e mensurar o impacto de uma decisão sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público”, e, além desta questão, se cometer excessos, a princípio não está sujeito a nenhum controle.⁴⁵¹

Por certo que o decisor possui liberdade na solução dos conflitos jurídicos, mas é preciso pensar em limites que consigam conciliar a microjustiça e a macrojustiça, em especial quando se trata da utilização do dinheiro público e de repercussões ao serviço público e direitos fundamentais, por isso a importância da aplicação da reserva do possível.

Interessante mencionar que tanto se observa na doutrina defesa ao ativismo judicial de conceder direitos, mas pouco se fala do ativismo judicial de não conceder, de tentar equilibrar os direitos, de aplicar a reserva do possível com base no princípio da eficiência, razoabilidade e proporcionalidade, é preciso fazer uma reanálise do papel do Poder Judiciário para evitar um desequilíbrio do sistema, priorizando a macrojustiça ao invés da microjustiça.

⁴⁴⁹ ALFAIA, Fabio Lopes. **Reserva do possível e discricionariedade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2020, p. 209.

⁴⁵⁰ COASE, Ronald. O problema do custo social. Tradução de Francisco Kummel e Renato Caovilla. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 3, n. 1, Out./1960. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3806050/mod_resource/content/1/custosocial.pdf Acesso em: 10 out. 2021. p. 15.

⁴⁵¹ SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 106.

Com relação a este ponto, é interessante citar uma análise de Anderson Ricardo Fogaça, realizada com dados do CNJ do ano de 2019, na qual conclui que, além dos custos indiretos,⁴⁵² cada processo possui um custo direto anual aos cofres públicos no valor de R\$ 1.190,00 (mil cento e noventa reais). É exatamente em razão deste custo que o ajuizamento de ações não pode ser incentivado e/ou facilitado pelo sistema, mas sim deve ser estimulada a “fazer uma releitura do direito de acesso à justiça para além do acesso a uma ordem jurídica justa, efetiva e célere”,⁴⁵³ sendo que a aplicação da reserva do possível é uma das formas de inibir o ajuizamento de ações.⁴⁵⁴

Com a diminuição do ajuizamento das ações, o Poder Judiciário então poderá analisar os processos que efetivamente precisam ser julgados, de forma mais célere, mas ao mesmo tempo podendo se dedicar a uma análise criteriosa da demanda, uma vez que atualmente em face do número de processos nem sempre tal dedicação é possível. E com a diminuição de litígios haverá economia para o Estado, uma vez que cada processo em trâmite possui um alto custo.

“As instituições existem exatamente porque os limites da nossa capacidade em um mundo complexo e incerto não nos permitem escolher sempre o ‘melhor’ e mais ‘eficiente’”,⁴⁵⁵ por esse motivo existem as regras que padronizam as respostas, mas nem sempre estas limitações impostas pelas instituições são melhores e mais eficientes, porque nem as instituições conseguirão ser necessariamente sempre as mais eficientes, e isso faz parte tanto do desenvolvimento das instituições, dos indivíduos e da sociedade.

Entretanto, o que de mais relevante pode-se extrair desta padronização de regras impostas pelas instituições de forma a direcionar as escolhas, é que cabe à estas fomentar a cooperação ou o conflito, não se podendo esquecer que o conflito é inerente a sociedade, “porque ninguém é indiferente no que se refere a como são distribuídos os benefícios maiores produzidos por sua colaboração, pois, para atingir seus fins, cada um prefere uma parcela maior a uma parcela menor desses benefícios”.⁴⁵⁶

⁴⁵² “O custo indireto, por sua vez, é a despesa resultante do dano, ou seja, é o dano resultante da excessiva duração do processo.” In: FOGAÇA, Anderson Ricardo. **Análise econômica do direito e judicialização da saúde: mínimo existencial versus reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2021, p. 104.

⁴⁵³ Ibid., p. 103.

⁴⁵⁴ Ibid., p. 102-103.

⁴⁵⁵ FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 9.

⁴⁵⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 5.

Cabe às instituições o papel de gerenciar estes conflitos, de forma que o viés de cooperação prevaleça. Para isto, resta essencial que o Judiciário fomente nas suas decisões o respeito às negociações coletivas e a aplicação do princípio da reserva do possível, conforme delineado na presente tese, pois enquanto houverem decisões priorizando o individual ao coletivo, aumentarão o número de ações judiciais, e, por outro lado, impactará na diminuição de direitos dos trabalhadores decorrentes de normas coletivas e normas internas, assim como na criação de novos direitos e na cooperação.

Portanto, não aplicar a reserva do possível nas questões trabalhistas envolvendo a sociedade de economia mista, conforme aqui exposto, é negar aplicação ao princípio da eficiência.

6 CONCLUSÃO

As sociedades de economia mista possuem um papel essencial para o desenvolvimento especialmente na correção das falhas de mercado e na implementação de políticas públicas. E, uma vez que o Estado opta pela criação de uma sociedade de economia mista, o faz também pela atratividade da racionalidade empresarial, em busca da eficiência e em razão da sua natureza privada que permite a busca pelo lucro, numa conciliação complexa entre a sua faceta estatal e empresarial, bem como, entre todos os interesses que a rodeiam.

Se inicialmente o objetivo da sua criação era escapar da burocracia e dos rigores da Administração Pública, pode-se concluir que o tempo e a experiência demonstraram que havendo o emprego de dinheiro público, há princípios basilares que devem ser respeitados, mas não necessariamente com as mesmas travas existentes na Administração Pública direta, o que faz da sociedade de economia mista um meio termo entre o público e o privado quanto às questões burocráticas.

Nos termos do artigo 173, §1º, II da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), a sociedade de economia mista deve observar o regime jurídico próprio das empresas privadas, sendo considerada uma sociedade empresarial e dependente de lei que autorize a sua criação mediante a participação do Poder Público na formação do capital social.

De qualquer forma, é importante ponderar que uma interpretação literal deste dispositivo constitucional não é suficiente para revelar o regime jurídico aplicável à sociedade de economia mista.

Tal se deve à sua atuação complexa, bem como à diversidade de objetos econômicos explorados, o que em algumas situações, tem levado a jurisprudência a derrogar o princípio da igualdade da sociedade de economia mista com empresas privadas em face da aplicação de normas de direito público.

É relevante mencionar que a dicotomia entre o regime jurídico de direito privado e público já não consegue mais solucionar a complexidade da sociedade de economia mista prestadora de serviço público, eis que apesar da sua atividade principal ser a prestação de serviço público, acaba exercendo outras atividades conexas que ficam numa linha tênue, dificultando a clareza quanto à aplicação de um regime ou outro. Seja no aspecto doutrinário, ou no aspecto jurisprudencial, o fato é que não foi possível até o momento encontrar uma uniformização quanto ao regime jurídico das estatais.

Quanto ao regime trabalhista, foco da presente tese, destaca-se que aos empregados públicos das sociedades de economia mista aplica-se o artigo 173, §1º, II da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual impõe a estes a sujeição às normas trabalhistas aplicadas ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Ou seja, a aplicação obrigatória da Consolidação das Leis do Trabalho e a competência da Justiça do Trabalho para a análise das ações judiciais trabalhistas.

Tal análise é importante pois a necessidade de motivação da dispensa do empregado público, conforme entendimento predominante na doutrina e jurisprudência, por si só, acaba por interferir no número de reclamações trabalhistas ajuizadas em face de sociedades de economia mista pelos empregados públicos, inclusive diferenciando-a das empresas integralmente privadas que não necessitam motivar os atos de dispensa. E é exatamente este fato diferenciador entre sociedades de economia mista e empresas integralmente privadas que também justificou o presente estudo.

Não há como falar da sociedade de economia mista sem discorrer sobre os limites à que estão sujeitas, seja no aspecto falimentar, de governança corporativa, bem como ao controle do Tribunal de Contas, Ministério Público e Poder Concedente, fator que também as diferencia das empresas do setor privado e traz um desafio maior no âmbito concorrencial.

Considerando que a tese relaciona a sociedade de economia mista com o ativismo da Justiça do Trabalho, foram analisadas questões trabalhistas relevantes, iniciando pelo fato de que não há como negar a importância da força de trabalho. Dela advém a necessidade de revisão do papel do Direito do Trabalho, do princípio da proteção do trabalhador, bem como do pensamento vigente de conflito nas relações de trabalho, conjugando-se tais fatores com a necessidade cogente de mudança de comportamento em busca da cooperação e do equilíbrio.

A maioria dos doutrinadores pesquisados propaga que o Direito do Trabalho foi criado para proteger o trabalhador do capital, conceito este que provavelmente estimulou o eterno conflito entre as partes envolvidas e que gera milhares de ações judiciais na justiça especializada, inclusive por parte dos sindicatos.

Entretanto, com o passar das décadas – com o fortalecimento do desenvolvimento econômico e social, intensificação dos meios de comunicação pelas mídias sociais, aumento do nível de instrução de muitos brasileiros, a atuação intensificada dos sindicatos, e, a consciência ampliada do trabalhador em relação aos seus direitos – a relação entre empregador e empregado, e, o conceito do Direito do Trabalho e do princípio da proteção ainda permanecem praticamente os mesmos.

O papel das instituições, em especial aquelas relacionadas ao Direito do Trabalho e à Justiça do Trabalho, são essenciais para a alteração desta cultura de proteção, bem como da busca da cooperação ou do equilíbrio entre esta e o conflito.

É claro que em um ambiente de superproteção, jamais haverá cooperação, pelo contrário: o empregado será conduzido a não entender que os recursos das empresas são escassos, o que não é compatível com direitos ilimitados.

Dessa forma, a fim de concretizar esse novo modelo de cultura torna-se essencial o engajamento das organizações, bem como a criação de estruturas de incentivos, as quais podem ser estabelecidas pela aplicação do princípio da reserva do possível, bem como da análise econômica do direito, conforme foi explorado no decorrer da tese.

Partindo para o caso concreto, apresentaram-se dois estudos de caso, sendo o primeiro referente às ações coletivas ajuizadas em face da Copel Distribuição S/A e outras empresas do grupo Copel, questionando cláusula coletiva alusiva ao auxílio-creche; e, o segundo, referente às ações coletivas e individuais ajuizadas em face da Copel Distribuição S/A e outras empresas do grupo Copel, pleiteando a nulidade da cláusula coletiva de compensação de horas.

No primeiro estudo de caso, cinco sindicatos, representando centenas de empregados, ajuizaram ações coletivas pleiteando o reconhecimento do direito à percepção do auxílio-creche para todos os substituídos homens, independentemente de serem detentores ou não da guarda exclusiva dos seus filhos, em extensão ao previsto nos Acordos Coletivos de Trabalho, sob o fundamento de que a cláusula coletiva referente ao auxílio-creche é discriminatória, privilegia a desigualdade, fere o direito das crianças que seriam as reais beneficiárias da vantagem.

Das cinco ações judiciais que tratam do pedido de extensão do auxílio-creche previsto em norma coletiva, até o presente momento, houve o deferimento em duas e o indeferimento das demais, sendo que quatro aguardam julgamento de recurso, seja no Tribunal Superior do Trabalho, seja no Supremo Tribunal Federal.

Buscando evitar o aumento do passivo judicial, assim que as ações foram ajuizadas nos anos de 2015 e 2016, a Copel congelou o valor do auxílio-creche para as mulheres e homens com guarda exclusiva. Portanto, são ao menos 5 (cinco) anos sem reajuste, o que demonstra a concretização de impactos negativos que atingem os diretamente beneficiados pela norma coletiva de trabalho.

O segundo estudo de caso tratou de uma situação jurídica proveniente de Acordo Coletivo de trabalho entabulado entre os sindicatos e a empresa Copel. A empresa pleiteia a nulidade da norma coletiva de compensação de horas, na qual estava autorizado ao empregado guardar as horas extras realizadas para posterior compensação em prazo determinado, na proporção de 1 hora e 30 minutos de compensação para cada hora extra realizada. Possibilitava ainda que o empregado optasse pelo número de horas extras a serem recebidas em dinheiro e as horas extras a serem compensadas em momento oportuno ao empregado, ou seja, este possuía total liberdade no gerenciamento das horas extras realizadas.

Não entrando no mérito em relação ao benefício ou malefício da referida norma, uma vez que tal análise pode apresentar divergência em razão da objetividade posicional, o fato é que a mesma foi diversas vezes questionada judicialmente em ações individuais e coletiva com consequências negativas para a Copel.

Em síntese, os fundamentos dos julgados se apoiam na nulidade de cláusula coletiva de acordo de compensação criada pelas partes, a partir de instituto diferente denominado de banco de horas. Tal análise deixa se respeitar a negociação e a vontade das partes quando da realização do Acordo Coletivo de trabalho, que se quisessem teriam escolhido o banco de horas, mas se não o fizeram é porque não queriam a aplicação daquelas regras, mas sim do instituto que criaram, mas não foi o entendimento da Justiça do Trabalho.

No caso da compensação de horas extras, a referida cláusula não foi posteriormente repetida em Acordo Coletivo, em detrimento da possibilidade benéfica a que estava associada e que foi confirmada por sua inclusão no acordo contestado.

Os casos apresentados geraram um passivo judicial, o qual levou à necessidade da empresa, sociedade de economia mista, atuar de forma a minimizar o prejuízo e limitar a possibilidade de aumento do passivo. Diante dos passivos criados, uma empresa naturalmente irá reagir de forma a minimizar seus impactos, numa política voltada à redução de seus custos.

Os dois estudos de casos analisados referem-se à normas coletivas, o que torna ainda mais relevante a discussão, uma vez que no âmbito do direito coletivo de trabalho inexistem assimetria nas relações e verbas discutidas. A autonomia coletiva de vontade no direito coletivo não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual, aplicando-se dessa forma o artigo 7º, XXVI da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), a qual reconhece a validade dos acordos coletivos de trabalho, na mesma linha preconizada pela Organização Internacional do Trabalho, nos termos das Convenções 98/1949 e 154/1981, as

quais possuem o intuito de estimular a participação dos próprios trabalhadores na formulação das normas que serão aplicadas na sua vida profissional.

É importante ainda mencionar que o direito coletivo do trabalho possibilita a redução de direitos trabalhistas por meio de negociação coletiva, sendo descabida a aplicação do princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, próprios do direito individual. Assim, a aplicação do princípio da proteção na limitação da autonomia da vontade no direito individual do trabalho não pode ser visto da mesma forma ao direito coletivo do trabalho.

Destaca-se, ainda, o princípio da equivalência dos contratantes coletivos, o qual impõe tratamento semelhante a ambos os sujeitos coletivos, quais sejam, o empregador e categoria dos empregados.

Ademais, tais partes possuem instrumentos próprios para alavancar esta relação, quais sejam, os instrumentos coletivos, e somente o respeito à esta característica possibilitaria o pleno desenvolvimento do direito coletivo do trabalho, não havendo sentido a aplicação do princípio da proteção próprio do direito individual do trabalho na análise de questões envolvendo nulidade de normas coletivas, seja em ações individuais, seja em coletivas.

Por outro lado, deve ser considerado o princípio da lealdade na negociação coletiva, ou seja, os acordos coletivos negociados devem ser regidos pelos princípios da boa-fé e transparência. Seu descumprimento ou declaração de nulidade são motivos de desestabilização, e a confiança no mecanismo da negociação coletiva estará sacrificada.

Como visto, as ações judiciais questionando normas coletivas acarretam diversas consequências. Há o custo social do ajuizamento com a consequente retirada do direito existente na norma coletiva em razão da ausência da sua ultratividade; o congelamento do direito existente quanto à questão pecuniária; a probabilidade da não concessão de novos direitos em norma coletiva; a insegurança jurídica na negociação coletiva; o aumento do passivo judicial da empresa; o impacto no valor das ações da empresa no mercado de capitais, quando for o caso; a possibilidade de repasse de custo ao consumidor; aumento de processos e custo para o Poder Judiciário; impacto em postos de trabalho a partir da automação, a fim de evitar processos judiciais; a possibilidade de diminuição do dividendo a ser repassado ao Estado e a diminuição de investimento em prol da comunidade em serviço essencial como a energia elétrica, entre outros.

Para a mudança do ambiente institucional é necessário que as instituições, formais e informais, façam o seu papel e formem a estrutura de incentivo adequada para o objetivo que pretende a sociedade. E, por certo, que nesta sistemática, o tempo é essencial para que haja a aprendizagem e o desenvolvimento das instituições no rumo almejado.

É importante pensar fora das soluções já apresentadas, existentes ou óbvias, e, por este motivo que foi analisado o problema do custo social segundo Ronald Coase, o qual defende que se deve partir da investigação de todos os efeitos prejudiciais gerados pelos problemas examinados, sendo que nem sempre a solução mais óbvia é a melhor, uma vez que normalmente há uma natureza recíproca do problema e a busca deve ser direcionada para evitar o prejuízo mais grave.

Não há como aceitar passivamente que os agentes que causem prejuízos sejam compelidos a indenizar os que sofrem, sem fazer qualquer outra análise de sopesamento de perda e ganho. Ou seja, é primordial que se analise a questão a partir de arranjos sociais alternativos.

Desta forma, entre as opções envolvendo a cooperação, a regulação, a análise do problema segundo a teoria de Coase, a ética e a boa-fé, é preciso estudar alternativas que beneficiem o maior número de atingidos e por um tempo mais duradouro.

A primeira opção é constar no próprio Acordo Coletivo de trabalho que caso uma determinada norma coletiva seja questionada em juízo e declarada nula, a categoria desde já aprova que seja determinada somente a obrigação de fazer a partir do trânsito em julgado da decisão, mas que não poderá ser determinada e/ou executada a obrigação de dar, sob pena de retirada imediata da norma coletiva questionada e não renovação nos acordos coletivos posteriores.

A segunda opção é a aplicação do artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), referente ao empregado hipersuficiente, o qual possui a liberdade de estipular partes do seu contrato de trabalho.

Como uma terceira opção, recomenda-se a alteração da postura do Poder Judiciário que pode chamar as partes em busca de uma conciliação, utilizando como parâmetros a obrigação de dar e fazer. Caso a conciliação seja inexitosa, não deve ser declarada no mérito a nulidade da norma coletiva, a não ser em caso de irregularidades formais, pois somente assim as partes entenderão e exercerão um papel efetivo na negociação coletiva.

Como uma quarta opção, sugere-se a criação e implementação de um selo a ser concedido pela Justiça do Trabalho para empresas consideradas boas empregadoras sob o aspecto de pagamento de todas as verbas trabalhistas essenciais no prazo legal.

Como uma quinta opção, sugere-se a ampliação da utilização da análise econômica do direito pela Justiça do Trabalho, uma vez que é um importante método a ser aplicado para tentar compreender que qualquer decisão judicial que trate de recursos escassos ensejará

consequências, e estas devem ser conhecidas e sopesadas, para que se possa proferir a melhor decisão para todas as partes a serem atingidas.

Por fim, a sexta opção, é a aplicação do princípio da reserva do possível em decisões judiciais trabalhistas envolvendo sociedades de economia mista de prestação do serviço público do setor elétrico, integrantes da Administração Pública indireta, o qual trata do objetivo geral da presente tese.

Essencial mencionar que a utilização de uma opção não exclui a outra, podendo ser usadas de forma complementar.

Partindo-se da premissa de que os recursos são escassos, há que se fazer uma alocação eficiente, o que pressupõe o atendimento de algumas necessidades e de outras não, e em razão da importância do tema, não há como defender que ele seja externo ao Direito, mas sim deve fazer parte integrante da análise das decisões judiciais, momento no qual a reserva do possível pode se tornar essencial.

As discussões sobre a reserva do possível (“*Der Vorbehalt des Möglichen*”) foram iniciadas no ano de 1972, na Alemanha, e estão apoiadas na apreciação da imperatividade de implementação dos direitos sociais e, em contrapartida, a preocupação com a disponibilidade orçamentária do Estado, mas tal análise é complementada em termos de razoabilidade em face de uma demanda – isto é, o que é razoável um indivíduo exigir do Estado em detrimento dos demais interesses da coletividade.

Portanto, o foco do julgamento alemão não foi somente a escassez de recursos públicos, mas a razoabilidade do que está sendo exigido, diferente do que ocorre no Brasil, que acaba colocando o foco na simples ausência de recurso, mas não na sua alocação e razoabilidade.

No entanto, não se pode confundir a inexistência de recursos com a escolha alocativa de recursos, assim como não se pode limitar a aplicação da reserva do possível somente na hipótese da dita inexistência. Sabendo que os recursos são finitos, na maioria das vezes a sua utilização partirá de uma escolha e não da inexistência absoluta de recursos para qualquer escolha, e, pensar ao contrário, limitaria ou tornaria a reserva do possível uma aplicação vazia.

Exatamente por este motivo que a aplicação da reserva do possível deve ser acompanhada de critérios claros e objetivos, como especificado no próprio julgamento realizado pelo Tribunal Alemão, do qual se originou o tema e onde foram pontuadas questões relevantes, como a aplicação conjunta do princípio da igualdade e do Estado Social.

Em conjunto com os itens destacados com relação ao julgamento no pelo Tribunal Alemão, também deve ser ponderado que a Administração Pública não consegue atender todas as demandas existentes, que o administrador público não deve ficar inerte e deve procurar uma forma de amenizar esta demanda, com base na premissa de que os recursos são finitos; e, por fim, refere-se à necessidade de criação de critérios para a aplicação da reserva do possível com parâmetros racionais e objetivos, a fim de evitar decisões subjetivas do julgador, cabendo à reserva do possível limitar o ativismo judicial.

No Brasil, a Lei nº 13.655/2018 incluiu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) dispositivos que podem ser utilizados como fundamento e critérios na aplicação da reserva do possível, nos seus artigos 20 a 24, o que pode servir também de descentralização da análise jurídica em torno dos princípios, uma vez que a utilização destes gera uma grande incerteza jurídica.

A referida legislação, portanto, busca que seja considerada a consequência das decisões, de modo que se verifique a alternativa com maior eficiência. Neste contexto, deve se considerar não somente a reserva do possível, mas também a análise econômica do direito enquanto um importante método a ser aplicado.

Desta forma, atualmente, a reserva do possível é discutida e tem aplicação no Brasil, mas de forma restrita e, na maioria das vezes, focando apenas no aspecto financeiro. Contudo, não há fundamento que justifique a sua não aplicação nos moldes delineados pelo Tribunal alemão, uma vez que são requisitos bastante coerentes e que se amoldam à realidade do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive quanto aos direitos sociais do trabalho, eis que não são todos os direitos trabalhistas que se enquadram no conceito de garantia do mínimo existencial, conforme explicitado na tese.

Tal conclusão se aplica também às sociedades de economia mista, uma vez que estas além de fornecerem receita para a Administração Pública direta a partir da distribuição dos dividendos, também utilizam o seu lucro como investimento para a melhoria do serviço público que atende toda a população e se submetem à fiscalização pelos órgãos de controle quanto à utilização destes recursos públicos.

O princípio da eficiência também deve ser devidamente atendido pelo administrador público. Não há dúvida de que a aplicação efetiva e criteriosa da reserva do possível trará um incremento do princípio da eficiência, em especial no aspecto da desjudicialização. Entretanto, para que tal hipótese seja efetivamente implantada no ordenamento jurídico brasileiro, as mudanças institucionais são essenciais para a sua aplicação. Nessa perspectiva, é essencial que o Poder Judiciário passe uma mensagem aos agentes interessados, empresas,

empregados e sindicatos, comunicando-os que se inicia uma nova forma de atuação, focada na cooperação e não no litígio.

Para esse fim, é necessário que haja uma conscientização política e popular de que as questões trabalhistas envolvendo as sociedades de economia mista de prestação de serviço público serão tratadas de forma diferenciada, uma vez que as partes envolvidas, os eventuais direitos demandados, os valores em discussão, a natureza dos valores em discussão, os impactos para o serviço público e a sociedade, entre outras especificidades, distanciam e diferenciam seus empregados dos demais trabalhadores, e, portanto, a análise também deve ser distinta.

É preciso que se compreenda que pensar somente na escolha imediata de objetivos isolados, pode colocar em risco a sobrevivência e durabilidade de objetivos perenes individuais e coletivamente, então, pode-se chegar à conclusão que pensar no outro, é na verdade pensar em si mesmo.

Considerando que a sociedade de economia mista deve seguir o regime de direito privado, salvo no que for determinado de forma diferente pela legislação, sugere-se a criação de norma específica quanto à aplicação da reserva do possível nas demandas trabalhistas envolvendo sociedade de economia mista. Tal legislação pode seguir os moldes que a reforma trabalhista estabeleceu para a quitação do contrato de trabalho nos programas de demissão, desde que previsto em norma coletiva, uma vez que a regulação inicial pode auxiliar na implantação deste novo entendimento.

Para além da previsão normativa, é interessante que se retorne ao tema do papel do gestor público e do julgador, especialmente quanto à postura deste último, no sentido de que deva se colocar no lugar do gerenciador de recursos, antes de decidir algo que não poderá ser cumprido ou o será em detrimento da coletividade, devendo atuar de forma criativa nas decisões judiciais. O papel da cooperação entre as partes interessadas é essencial para se alcançar o melhor resultado para a coletividade.

Sugere-se, ainda, que a empresa seja informada pelo Poder Judiciário a fim de se adequar, quando tiver um número determinado de decisões que reconheçam algum equívoco em decisão de gestão, nos moldes da sentença aditiva abordada na presente tese.

Com relação aos critérios de aplicação da reserva do possível, é possível destacar que muitos podem ser utilizados para sua aplicação e ainda outros podem ser criados a fim de se amoldar ao caso concreto, mas é importante que existam critérios e que sejam objetivos. Um dos critérios é a preservação constitucional do mínimo existencial, sendo que nesta tese o foco é o direito social do trabalho, direito fundamental social com diversos mecanismos

assecuratórios previstos nos artigos 7º a 11º da Constituição da República Federativa do Brasil, e, por certo que não são todos os direitos trabalhistas reconhecidos em decisão judicial que fazem parte do mínimo existencial, conforme explanado na presente tese.

Um incentivo possível às empresas de sociedade de economia mista que alcançarem um selo de certificação de bom empregador, seria a apreciação de uma análise diferente dos seus processos judiciais, a partir da limitação da condenação da obrigação de dar e implantação somente da obrigação de fazer, exemplificativamente.

Também deve ser considerada uma possível alternativa para boas práticas, a criação de um Centro Judiciário de Solução de Conflito e Cidadania (CEJUSC) direcionado somente para estas empresas de sociedade de economia mista devidamente certificadas.

Outra boa prática seria a participação do Conselho Nacional de Justiça nesta temática, a exemplo do que já ocorre nas questões relacionadas à saúde, por meio de Recomendação com orientação aos Tribunais Regionais do Trabalho acerca da aplicação da reserva do possível para os processos envolvendo as sociedades de economia mista, bem como, uma Resolução instituindo um Fórum Nacional para o monitoramento e resolução de demandas envolvendo as sociedades de economia mista.

É pertinente ainda estabelecer que em processos com valores elevados, a ser determinado em conjunto com o Poder Judiciário e sociedade de economia mista, necessariamente haja uma análise item a item para verificar a possibilidade de aplicação da reserva do possível.

Desta forma, não há como negar a necessidade de mudanças institucionais para a aplicação da reserva do possível nos casos envolvendo ações trabalhistas de empregado de quadro próprio de sociedades de economia mista, mesmo porque os direitos em discussão nestas ações dificilmente farão parte do mínimo existencial.

Interessante mencionar que tanto se observa na doutrina uma corrente favorável ao ativismo judicial de conceder direitos, mas pouco se fala do ativismo judicial de não conceder, de tentar equilibrar os direitos, de aplicar a reserva do possível com base no princípio da eficiência, razoabilidade e proporcionalidade. É preciso fazer uma reanálise do papel do Poder Judiciário para evitar um desequilíbrio do sistema, priorizando a macrojustiça ao invés da microjustiça.

Cabe às instituições o papel de gerenciar estes conflitos, de forma que o viés de cooperação prevaleça, e, para isto resta essencial que o Judiciário fomente nas suas decisões o respeito às negociações coletivas e a aplicação do princípio da reserva do possível, conforme delineado na presente tese. Isso por que enquanto houverem decisões priorizando o individual

ao coletivo, aumentarão o número de ações judiciais, e, por outro lado, impactará na diminuição de direitos dos trabalhadores decorrentes de normas coletivas e normas internas, bem como na criação de novos direitos e na dificuldade da implantação da cooperação.

Portanto, não aplicar a reserva do possível nas questões trabalhistas envolvendo a sociedade de economia mista de prestação de serviço público, conforme aqui exposto, é negar aplicação ao princípio da eficiência.

As conclusões descritas na presente tese são bastante ousadas, em especial se considerar a maioria da doutrina e jurisprudência no âmbito da Justiça do Trabalho, e é desafiadora se considerada a cultura hoje arraigada, mas é preciso pensar diferente para obter resultados inovadores.

REFERÊNCIAS

ABDALLA, Maurício. **O princípio da cooperação: em busca de uma nova racionalidade**. São Paulo: Paulus, 2002.

ACCIOLI, Ana Caroline dos Santos; ARABI, Abhner Youssif Mota. Direito financeiro e jurisdição constitucional. *In*: GOMES, Marcus Lívio; ALVES, Raquel de Andrade Vieira; ARABI, Abhner Youssif Mota. **Direito financeiro e jurisdição constitucional**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 31-50.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). **Nota técnica nº 121/2020 – SRM/ANEEL**. Publicada em 22/10/2020.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do Direito Nacional ao Direito Supranacional**. São Paulo: Atlas, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALFAIA, Fabio Lopes. **Reserva do possível e discricionariedade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2020.

AMARAL, Gustavo; MELO, Daniele. Há direitos acima dos orçamentos? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.) **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 87-109.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, v. 237, jul./set. 2004, p. 1-6.

ARANHA, Márcio Iorio. O objeto do estatuto jurídico das estatais e os regimes jurídicos da empresa pública e da sociedade de economia mista. *In*: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Forum, 2017.

ARAÚJO, Fernando. Palestra apresentada no Painel I. *In*: **Novas Perspectivas da Justiça do Trabalho** (Seminário realizado online em 11/05/2021). Disponível em: <https://www.idp.edu.br/eventos/seminario-novas-perspectivas-da-justica-do-trabalho/> Acesso em: 04 fev. 2022.

ASSIS, Luis Fabiano de. **Ativismo judicial na Justiça do Trabalho**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-22042013-110316/publico/Tese_completa_Luis_Fabiano_de_Assis_2932192.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. Tradução de Jusella Santos. São Paulo: Leopardo Editora, 2010.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BISPO, Vanessa Freitas. **Direito fundamental à alimentação adequada: a efetividade do direito pelo mínimo existencial e a reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2014.

BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde: a tensão entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.186/1939**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1186.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942)**. Decreto-Lei nº 4.657/1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho (1943)**. Decreto Lei nº 5.452/1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.320/1964**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200/1967**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 900/1969**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0900.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.404/1976**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.385/1976**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069/1990**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.897/1995**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.247/1996**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9427cons.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101/2000**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.303/2001**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10303.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406/2002. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.101/2015**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.303/2016**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.467/2017**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.655/2018**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.874/2019**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRUZAROSCHI, Thatiane. **Empresas públicas e sociedades de economia mista estão sujeitas à falência?** Disponível em:
<https://thatianebruzaroschi.jusbrasil.com.br/artigos/1109809718/empresas-publicasesociedades-de-economia-mista-estao-sujeitasafalencia> Acesso em: 11 set. 2021.

CAMARGO, André Antunes Soares de. A diretoria, o comitê de auditoria estatutário e o conselho fiscal na Lei nº 13.303/2016: primeiras reflexões. *In*: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 171-182.

CANDELORO, Ana Paula P.; DE RIZZO, Maria Balbina Martins; PINHO, Vinicius. **Compliance 360º**: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. Vol. 4, tomo I, artigos 206 a 242, 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 375.

COASE, Ronald. O problema do custo social. Tradução de Francisco Kummel e Renato Caovilla. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 3, n. 1, Out./1960. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3806050/mod_resource/content/1/custosocial.pdf Acesso em: 10 out. 2021.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Manual de Direito Disciplinar para Estatais**. Brasília: Julho de 2020. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/46026/8/Manual_de_Estatais_2020.pdf. Acesso em: 03 fev. 2022.

COOTER, Robert; ULEN, Tomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORREIO BRAZILIENSE. **Petrobras perde ação bilionária para funcionários**. Reportagem de Vera Batista. Publicado em: 22/06/2018. Disponível em: <http://blogs.correiobraziliense.com.br/servidor/petrobras-perde-acao-bilionaria-para-funcionarios/> Acesso em: 26 jul. 2018.

CRISTÓVAM, Jose Sérgio da Silva; CATARINO, João Ricardo. Políticas públicas, mínimo existencial, reserva do possível e limites orçamentários: uma análise a partir da jurisprudência dos Tribunais no Brasil. *In*: GOMES, Marcus Lívio; ALVES, Raquel de Andrade Vieira; ARABI, Abhner Youssif Mota. **Direito financeiro e jurisdição constitucional**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 115-143.

DANTAS, Fernanda Priscila Ferreira. **Direitos sociais no Brasil**: desafios e mecanismos para a sua concretização. Curitiba: Juruá, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da eficiência & moralidade administrativa**. 2. edição. Curitiba: Juruá, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. 3ª. reimpr. São Paulo: Atlas, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum: 2009, p. 19-50.

DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do Direito Público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. *In*: **Revista Argumentum**, Marília, v. 19, n. 2, p. 305-318, ago. 2018.

DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. **Trabalhador versus automação**: impactos da inserção da tecnologia no meio ambiente do trabalho à luz do tecnodireito e da tecnoética. Curitiba: Juruá, 2015.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. WMF Martins Fontes: Brasil, 2010.

FERRO, MarluCIA Lopes. **Sociedade de economia mista & despedida imotivada**. São Paulo: Ltr, 2007, 173 p.

FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito**: instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FOGAÇA, Anderson Ricardo. **Análise econômica do direito e judicialização da saúde**: mínimo existencial versus reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2021.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**. Nova série, ano XLII, n. 130, p. 12-29, abr./jun. 2003.

FRAZÃO, Ana. O abuso de poder de controle na lei das estatais. *In*: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais**: análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 107-140.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Liberdade de escolher**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Record.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Forum, 2009

GAZETA DO POVO. **Empregado ganha em 88% das ações trabalhistas no TRT de São Paulo, aponta estudo**. Reportagem de Marcelo Galli. Publicado em: 01/06/2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/empregado-ganha-em-88-das-acoes-trabalhistas-no-trt-de-sao-paulo-aponta-estudo-8sohtqzaid7f1yjnysewpjt6h>. Acesso em: 28 jul. 2021.

GICO JUNIOR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Forum, 2011.

GRAU, Eros Roberto. Lucratividade e função social nas empresas sob o controle do Estado. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 55, p. 35-59, 1984.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016.** Belo Horizonte: Forum, 2017.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito.** Traduzido por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007 (Pós-escrito à 2ª Edição).

HESSE, Konrad. **Força normativa da constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** New York: W. W. Norton & Company, 1999.

ILUMINA – INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO ESTRATÉGICO DO SETOR ENERGÉTICO. **O que é, e para que serve o MAE?** Publicado em: 12/03/2004. Disponível em: <https://www.ilumina.org.br/o-que-e-para-que-serve-o-mae-o-mae-mercado-atacadista-de-energia-uma-bolsa-de-que-reune-compradores-e-vendedores-de-blocos-de-energia-entretanto-ao-contrario-d/> Acesso em: 10 nov. 2021.

INSTITUTO AMERICANO DE CONTADORES PÚBLICOS CERTIFICADOS (AICPA – The American Institute of Certified Public Accountants). Disponível em: www.aicpa.org. Acesso em: 20 mar. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das melhores práticas de governança corporativa.** 4.ed. São Paulo, SP: IBGC, 2009. 73 p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

KOLLER, Carlos Eduardo. **Negociação coletiva de trabalho, direito e economia.** Curitiba: Juruá, 2016.

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. De Kelsen a Hart: as transformações do positivismo jurídico. *In*: LOIS, Cecilia Caballero; SIQUEIRA, Gustavo Silveira (Org.). **Da teoria da norma à teoria do ordenamento.** O positivismo jurídico entre Kelsen e Bobbio (Vol. 1). 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (Coord. de tomo). *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP.** 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>. Acesso em: 02 set. 2021.

KWANT, Remy C. **Filosofía del trabajo.** Buenos Aires: Ediciones Carlos Lohlé, 1967.

LACOMBE, Américo L. Masset. A imunidade tributária das sociedades de economia mista. **Revista de Administração de Empresas** [s. l.]. 6 (21). Dez. 1966. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rae/a/3qszs3sys3xwbxsxzcycg7p/#:~:text=no%20brasil%2c%20a%20primeira%20sociedade%20de%20economia%20mista,aconselhou%20o%20estabelecimento%20de%20um%20banco%20p%3%bablico.%2017>. Acesso em: 10 maio 2021.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade**. 2ª. edição. Curitiba: Juruá, 2016.

LEITE, Carlos Alexandre Amorim. **Direito fundamental à saúde: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial**. Curitiba: Juruá, 2014.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013.

LIMA, Vinícius de Melo. **Teoria hermenêutica da responsabilidade decisória: direitos sociais entre ativismo judicial e decisão jurídica democrática**. Curitiba: Juruá, 2016.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.) **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Premissas para uma leitura integrada da indústria de energia na Constituição e para a identificação de uma política energética constitucional – a propósito dos arts. 173 e 175 da Carta. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito do petróleo e de outras fontes de energia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 303-325.

LUPI, André Lipp Pinto Bastos; DASSAN, Lucas Amaral; LIMA, João Paulo do Carmo Barbosa. (Im)possibilidade de aplicação das regras de recuperação judicial e de falência às sociedades de economia mista que atuam como agentes econômicos. **Administração de Empresas em Revista**, v. 2, n. 16 (2019). Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/4048>. Acesso em: 02 dez. 2021.

LUPION, Ricardo. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011,

MAGALHÃES, Giovani. A submissão das sociedades de economia mista e das empresas públicas ao regime jurídico falimentar previsto na Lei 11.101/05. **Revista Controle**, vol. IX, n. 1, p. 335-353. jan./jun. 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Evolução do Serviço Público. *In*: KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado (Vol. 4)**. Coordenação: Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 89-113.

MARTINS, Sergio Pinto. **Reforma trabalhista: comentários às alterações das Leis n. 13.467/2017, 13.545/2017 e da Medida Provisória n. 808/2017**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MASSI, Juliana Machado; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. A conciliação judicial trabalhista sob o ângulo da análise econômica do direito. *In*: GUNTHER, L. E.; BUSNARDO, J. C. **Conciliação: o paradigma da conciliação como forma de solucionar conflitos**. Paraná: Instituto Memória Editora, 2013.

MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA, Luciana Camila de. **O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais**. Advocacia Geral da União. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/7306306. Acesso em: 21 jul. 2018.

MCLUHAN, Marshall. *In*: TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo**. São Paulo: Editora SENAI-SP, 2016, p. 45.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007.

MENDES, Gilmar. Aspectos constitucionais da intervenção do Estado no domínio econômico. *In*: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 21-41.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências reguladoras e o direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002.

MENEZES, Victor Hugo Mota de. **Direito à saúde e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015.

MERCURO, N.; MEDEMA, S. G. **Economics and the Law: From Posner to PostModernism**. Princeton University Press, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOURA, Eliana Donatelli de. **Sociedades de economia mista na nova lei das sociedades anônimas: o acionariado do Estado**. Porto Alegre, Atrium, 1978.

MUKAI, Toshio. A sociedade de economia mista na Lei das S.A. **Revista de Direito Administrativo**, n. 136, p. 297-303, abr./jun. 1979.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Revisitando o conceito de serviço público. *In*: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 1, p. 292-303, abr./2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. **Sociedade de Economia Mista e Recuperação Judicial**. Publicado em: 09/04/2021. Disponível em: <http://www.agkn.com.br/blog/sociedade-de-economia-mista-e-recuperacao-judicial>. Acesso em: 16 out. 2021.

NORTH, Douglass C. Institutions. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n. 3, 1991.

NORTH, Douglass C. Desempenho económico em el transcurso de los anos. **Economia, teoria y práctica**, n. 9, 1998.

NORTH, Douglass C. **Economic performance through time**. Nobelprize.org. Publicado em: 24 abr 2013. Disponível em: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1993/north-lecture.html Acesso em: 12 jan. 2021.

OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes de. Participação social na elaboração das normas. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum: 2009, p. 543-561.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **(Re)pensando o princípio da proteção na contemporaneidade**. São Paulo: LTr, 2009.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2018.

OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO (ONS). **O que é ONS**. Disponível em: <http://www.ons.org.br/paginas/sobre-o-ons/o-que-e-ons> Acesso em: 10 nov. 2021.

PAIXÃO, Leonardo André. Aspectos jurídicos-institucionais do setor elétrico brasileiro. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum: 2009, p. 347-349.

PARGENDLER, M.; SALAMA, B. Direito e Economia no Direito Civil: O Caso dos Tribunais Brasileiros. *In*: POMPEU, I. G.; BENTO, L. F. G.; POMPEU, R. G. P. (Orgs.). **Estudos sobre Negócios e Contratos: Uma Perspectiva Internacional a Partir da Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017.

PEPPERS, Don; ROGERS, Martha. **Confiança extrema: a honestidade como vantagem competitiva**. Tradução: Ricardo Bastos Vieira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Reserva do possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional**. Curitiba: Juruá, 2014.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Orgs.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Ed. 34, 1998.

PEREIRA, Marcos Augusto Assi. **Controles internos e cultura organizacional: como consolidar a confiança na gestão dos negócios**. São Paulo: Saint Paul Editora, 2009.

PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais sociais**. Curitiba: Juruá, 2016.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1978.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1997.

POSNER, Richard Allen. **The economics analysis of law**. 6. ed. Aspen, 2003. p

PONTES, Evandro Fernandes. Os interesses jurídicos nas sociedades de economia mista. *In*: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 419-466.

PORTAL MIGALHAS. **Moraes reverte decisão que condenou Petrobras em ação bilionária**. Publicado em: 28/07/2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/349273/moraes-reverte-decisao-que-condenou-petrobras-em-acao-bilionaria>. Acesso em: 04 fev. 2022.

PORTAL STF NOTÍCIAS. **STF decide que venda de subsidiárias de estatais não exige autorização legislativa**. Publicado em: 06/06/2019 no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=413384>. Acesso em: 15 out. 2021.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial**. 4. ed. Campinas, SP: Millenium, 2008.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza**. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.

PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer. **A licitação na sociedade de economia mista**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 1999, 202 p.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral de contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RIBEIRO, Márcia Carla; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, ago./2018.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. A Lei nº 13.303/2016 e as sociedades de economia mista: aspectos societários, controle e eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, maio/agosto 2019.

ROCHA, Caio Prado. **Análise da aplicabilidade dos institutos da falência e da recuperação judicial às empresas públicas e sociedades de economia mista**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. 88 f. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/67388> Acesso em: 18 jul. 2021.

RODRIGUES, Suzanne. Palestra apresentada no Painel I. *In: Novas Perspectivas da Justiça do Trabalho* (Seminário realizado online em 11/05/2021). Disponível em: <https://www.idp.edu.br/eventos/seminario-novas-perspectivas-da-justica-do-trabalho/> Acesso em: 04 fev. 2022.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Algumas palavras sobre o papel do direito e da doutrina no Brasil. *In: FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Sousa; PUGLIESI, Márcio (Coord.). Sociologia do Direito: Teoria e Praxis*. 2. ed. Curitiba: Juruá, p. 257-267.

ROMITA, Arion Sayão. **O princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. São Paulo: LTr, 2003.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2007.

SABINO, Marco Antonio da Costa. **Saúde e judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios**. Curitiba: Juruá, 2016.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, n. 22, mar. 2008. São Paulo: FGV Direito, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. 3. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. (rev. atual. 2. tir.) Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de (Orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **O Estado acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal**. São Paulo: Almedina, 2017.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. Revisão técnica: Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SGARBOSSA, Luis Fernando. Jurisdição e questões controvertidas de direito constitucional. *In*: CLEVE, Clemerson Merlin (Coord.). **Jurisdição e questões controvertidas de direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 109-141.

SILVA JR, Alonso B; LAGES, André M. G; SILVA, Vanderlúcia F.A; Razão e emoção: o comportamento humano na tomada de decisão em um ambiente econômico incerto. **Nexos econômicos** – PPGE/UFBA, v. 13, n. 1, Jan./Jun. 2019.

SILVA, André Luiz Carvalhal da. **A governança corporativa das firmas privadas é realmente melhor do que a das empresas estatais?** Curiosas evidências do mercado brasileiro. *In*: Prêmio Dest Monografias: Empresas Estatais: monografias premiadas 2005-2008. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria Executiva, Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais. Brasília, DF: Embrapa Informação Tecnológica, 2009.

SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à saúde**: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SOARES, Maurício Freire Soares. O argumento financeiro da reserva do possível: a falácia do Estado omissor. *In*: GABURRI, Fernando (Coord.). **A Fazenda Pública à luz da atual jurisprudência dos Tribunais Brasileiros**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 63-66.

STEPHAN, Cláudia Coutinho. Os direitos sociais e o trabalhador na Constituição da República. **Revista LTr**. São Paulo, ano 73, pp. 1203-1209, out./2009.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Dumping social nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **EDARE 875.333**. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. 2ª Turma. DJ: 28/04/2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ag. Reg. no ARE 855.476**. Relator(a): Min. Dias Toffoli. 2ª Turma. DJ: 16/02/2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 580252**. Relator(a): Min. Alexandre de Moraes. Plenário. DJ: 16/02/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.249.945 – Minas Gerais**. Plenário. 27/08/2020. Relator: Ministro Roberto Barroso.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ARE 855762**. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. 2ª Turma. DJ: 01/06/2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ARE 860979**. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. 2ª Turma. DJ: 06/05/2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 1171152**. Relator(a): Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. DJ: 03/10/2019.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada**. Curitiba: Juruá, 1999.

RODRIGUES, Suzanne. Palestra apresentada no Painel I. *In: Novas Perspectivas da Justiça do Trabalho* (Seminário realizado online em 11/05/2021). Disponível em: <https://www.idp.edu.br/eventos/seminario-novas-perspectivas-da-justica-do-trabalho/> Acesso em: 04 fev. 2022.

TAI, Luciana Yeung Luk; TIMM, Luciano Benetti. **A Justiça do Trabalho e o efeito bumerangue** [Publicado em: 18/07/2017, no Portal Jota]. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/a-justica-do-trabalho-e-o-efeito-bumerangue-18072017> Acesso em: 17 ago. 2021.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo**. São Paulo: Editora SENAI-SP, 2016.

TONIN, Mayara Gasparoto. **Sociedades de economia mista e acionistas minoritários: de acordo com a Lei das S/A e com a nova lei das estatais**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2018.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO. **Acordo coletivo que aumenta despesa de estatal também fica condicionado a regras orçamentárias de ente público, julga 5ª Câmara**. [Publicado em: 06/10/2021. Texto de Fábio Borges, para TRT/SC Notícias. Secretaria de Comunicação Social: TRT/SC. Núcleo de Redação, Criação e Assessoria de Imprensa. Disponível em: <https://portal.trt12.jus.br/noticias/acordo-coletivo-que-aumenta-despesa-de-estatal-tambem-fica-condicionado-regras> Acesso em: 21 nov. 2021.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. **TRTPR 0000589-80.2015.5.09.0651**. 6ª Turma. Relator: Des. Paulo Ricardo Pozzolo. Publicado em 29/06/2016.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. **TRTPR 0000838-69.2015.5.09.0024**. 2ª Turma. Relatora: Desembargadora Dra. Cláudia Cristina Pereira. Publicado em 28/08/2018.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. **TRTPR 03808-2015-041-09-00-0**. 7ª Turma. Relator: Dr. Benedito Xavier da Silva. DEJT: 05/04/2016.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. 3ª. VT/Brasília **RTOrd nº 1138-67.2015.5.10.0003**. Juiz: Dr. Gustavo Carvalho Chahab. DJ: 27/08/2016.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. **TRTPR 0010103-06.2016.5.09.0010**. 4ª Turma. Relatora: Desembargadora Dra. Rosemarie Diedrichs Pimpão. DEJT: 25/06/2018.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **0000486-23.2015.5.09.0021**. 2ª. Turma. Ministra Dr. Delaíde Miranda Arantes. Publicado em 01/02/2019.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **TST 000687-90.2015.5.09.0093**. 2ª. Turma. Relatora: Desembargadora Dra. Delaíde Miranda Arantes. Publicado em 11/12/2018.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **RR-682-79.2013.5.09.0015**. 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 12/03/2021.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **RR-1168-25.2013.5.09.0028**. 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 14/06/2019.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **RR-1007-96.2012.5.09.0659**. 2ª Turma, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, DEJT 30/11/2018.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Ag-AIRR-11161-75.2013.5.01.0041**. 3ª Turma, Relator: Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 18/09/2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **AIRR-383-80.2018.5.06.0413**. 6ª Turma, Relatora Desembargadora Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, DEJT 30/08/2019.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **AIRR-2081-97.2015.5.02.0006**. 2ª Turma, Relator: Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 11/05/2018.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Ag-ARR-1306-39.2014.5.09.0001**. 6ª Turma, Relatora: Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 23/03/2018.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **AIRR-742-35.2015.5.06.0413**. 3ª Turma, Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 24/03/2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **AIRR-1000134-78.2013.5.02.0323**. 2ª Turma, Relatora: Ministra Delaíde Miranda Arantes, DEJT 18/03/2016.

VAL, Pedro. **Manual da sociedade de economia mista**. São Paulo: Editora Pillares, 2014, 120 p.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.) **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 349-371.

WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. Legislador Frankenstein! – Não é possível transplantar governança das empresas privadas às empresas estatais. *In*: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 67-106.

WILLIAMSON, Oliver. **Transaction cost economics, in the economic institutions of capitalism**, New York: The Free Press.

ZAGO, Felipe do Canto. A falência das empresas públicas e das sociedades de economia mista. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 33, n. 69, p. 9-33, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/110508>. Acesso em: 20 nov. 2021.