

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD

CARLOS EDUARDO KOLLER

**RACIONALIDADE ECONÔMICA E A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE
TRABALHO**

CURITIBA

2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD

CARLOS EDUARDO KOLLER

**RACIONALIDADE ECONÔMICA E A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE
TRABALHO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de concentração: Direito Econômico e Socioambiental, da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marco Antônio César Villatore.

CURITIBA

2014

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

K81r 2014	<p>Koller, Carlos Eduardo</p> <p>Racionalidade econômica e a negociação coletiva de trabalho / Carlos Eduardo Koller ; orientador, Marco Antônio César Villatore. – 2014. 149 f. ; 30 cm</p> <p>Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2014 Bibliografia: f. 139-149</p> <p>1. Direito econômico. 2. Racionalismo. 3. Negociação coletiva de trabalho. 4. Brasil. Consolidação das leis do trabalho (1943). I. Villatore, Marco Antônio César. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p>CDD 20. ed. – 340</p>
--------------	--

CARLOS EDUARDO KOLLER

**RACIONALIDADE ECONÔMICA E A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE
TRABALHO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de concentração: Direito Econômico e Socioambiental, da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Marco Antônio César Villatore
PUCPR – Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Profa. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro
PUCPR – Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes
UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil
Membro externo

Curitiba, 28 de Fevereiro de 2014.

“O Brasil se especializou em fazer reformas que nada mudam”.

Pontes de Miranda

AGRADECIMENTOS

No primeiro ano do curso, após o resultado negativo do pedido de bolsa de estudo, fui gentilmente convidado a ingressar no quadro de advogados do Escritório do Prof. Dr. Marco Antônio César Villatore. A partir de então, seu auxílio foi significativo para que o Mestrado se tornasse um sonho possível em minha vida. Por essa razão, meu especial agradecimento ao Mestre que sempre com atenção conduziu a minha trajetória acadêmica até o presente momento, arcando com recursos próprios seus até o momento em que houve a concessão da bolsa CAPES.

Ao Professor Doutor Eduardo Biacchi Gomes, pelas conversas sempre amistosas, que muito contribuíram para a minha pesquisa e me auxiliaram no desenvolvimento de muitas ideias e perspectivas aqui desenvolvidas.

As amigas Eva Curelo e Daiane Kuster pela eficiência com que conduzem um Programa de Pós-Graduação, sempre dispostas a auxiliar e solucionar dúvidas com paciência e que, relembro, muito me auxiliaram no percurso que trilhei.

À Professora Doutora Marcia Carla Pereira Ribeiro pelo auxílio no desenvolvimento desta pesquisa e pelo exemplo profissional a mim deixado, seja através de suas aulas que proporcionaram profunda reflexão jurídica sobre novos temas, ora pelos textos que compuseram esta pesquisa, e também pela atenciosa contribuição da Professora na estruturação deste trabalho.

A todos os meus colegas do Mestrado, mas especialmente à Patrícia Diniz por ter me apoiado em momentos difíceis que vivenciei no ano de 2012, e que, também, permitiram que eu chegasse até aqui. Senão os problemas, por piores que sejam, jamais irão me impedir de trabalhar. Como ela mesma me disse: “posso até chorar por dentro, mas ninguém vai ver por fora, apenas eu”. Grande mulher, a sua amizade significa muito pra mim!

A Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pelo apoio financeiro à pesquisa. Os recursos econômicos em qualquer circunstância são extremamente significativos. Por fim, aos meus Pais, Valdomiro Koller e Giulia Panella Koller.

RESUMO

A negociação coletiva de trabalho foi analisada sob a perspectiva teórica da racionalidade econômica e da Análise Econômica do Direito. Juntas, buscou-se demonstrar cientificamente que as negociações precisam atender aos interesses dos trabalhadores, mas este não é o seu único foco. Mais que isso, além de atender aos interesses de todas as partes envolvidas, a eficácia destes programas normativos precisa ser garantida, mormente pela atuação quase legislativa dos Tribunais Regionais e Superior do Trabalho. O princípio da adequação setorial negociada serviu de passaporte à esta ponte científica entre o Direito Coletivo do Trabalho e a Economia. A visão interdisciplinar garante que o contato das regras produzidas no processo de negociação e a ordem econômica aconteça com a moderna noção de eficiência, especialmente garantida a maximização dos benefícios a todos os envolvidos. Outro argumento trabalhado foi a necessidade de se modificar a cultura jurídica dos profissionais de direito, especialmente a litigância desmedida e o apoio aos princípios jurídicos que se baseiam em uma racionalidade distante da realidade. Com o estudo de caso ao final deste trabalho se pretendeu consolidar os argumentos teóricos desenvolvidos anteriormente, bem como fomentar o apoio às instituições que propiciam desenvolvimentos econômico e social. As questões sindicais e hodiernas do Direito Coletivo do Trabalho acabaram não compondo a presente pesquisa, isto porque a racionalidade econômica foi o foco pesquisado, tendo sido apoiada por doutrinas nacionais e estrangeiras que trataram do tema.

Palavras Chaves: Negociação Coletiva de Trabalho. Racionalidade Econômica. Análise Econômica do Direito. Direito Coletivo do Trabalho.

ABSTRACT

Collective bargaining labor was analyzed from the theoretical perspective of economic rationality and Law and Economics. Together, was sought to demonstrate scientifically that negotiations need to serve the interests of workers, but this is not its sole focus. More than that, in addition to meeting the interests of all parties involved, the effectiveness of these regulatory programs must be ensured, including by quasi-legislative actions of the Labour Courts. The principle of sectoral adjustment negotiated served passport to this scientific bridge between the Collective Labour Law and Economics. The interdisciplinary approach ensures that the contact of the rules produced in the trading and economic order process to happen with the modern notion of efficiency, especially guaranteed maximizing the benefits to all involved. Another argument worked was the need to change the legal culture of legal professionals, especially the rampant litigation support and legal principles based on the rationality of a distant reality. With the case study at the end of this work was intended to consolidate the theoretical arguments developed earlier and to encourage support for institutions that promote economic and social development. The union and today's issues of the Collective Labour Law did not end up composing the present research, because this economic rationality was the focus researched, having been supported by national and foreign doctrines that addressed the issue.

Key-Words: Collective bargaining labor. Economic rationality. Economic Analysis of Law. Collective Labour Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ARTS.	Artigos
AED	Análise Econômica do Direito
ACT	Acordo Coletivo do Trabalho
ATS	Adicional por Tempo de Serviço
CCT	Convenção Coletiva de Trabalho
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
DCT	Dissídio Coletivo de Trabalho
FHC	Fernando Henrique Cardoso
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
NCT	Negociação Coletiva de Trabalho
NEI	Nova Economia Institucional
STF	Supremo Tribunal Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
TJ/RS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
VT	Vara do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO E A ORDEM ECONÔMICA PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988	18
2.1 PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO E A ORDEM ECONÔMICA ATUAL	18
2.1.1 O princípio da criatividade jurídica da Negociação Coletiva de Trabalho	19
2.1.2 O princípio da adequação setorial negociada	24
2.1.3 Os princípios da obrigatoriedade da atuação sindical, da unicidade e da liberdade de filiação	29
2.1.4 O princípio da simetria entre os contratantes	32
2.1.5 O princípio da lealdade e da transparência das Negociações Coletivas de Trabalho	37
2.2 NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO: ASPECTOS CONCEITUAIS	40
2.2.1 A Negociação Coletiva de Trabalho no Direito Coletivo do Trabalho	44
2.2.2 Vantagens da Negociação Coletiva de Trabalho	48
2.2.3 Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho	52
2.3.4 Dissídios Coletivos de Trabalho: formatos, aspectos e efeitos	54
2.3.5 Negociação como fator elementar dos desenvolvimentos econômico e social	56
3 RACIONALIDADE ECONÔMICA E A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO	60
3.1 NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	62
3.1.1 Racionalidade: noções e apontamentos	66
3.1.2 Teoria Econômica Clássica e a racionalidade plena	69
3.1.3 A Nova Economia Institucional e os limites da racionalidade	72
3.1.4 Racionalidade Posicional e o limite da criatividade jurídica das partes envolvidas	77
3.1.5 Quando a legislação é necessária?	80
3.2 NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO E A EFICIÊNCIA ECONÔMICA	82
3.2.1 O princípio da eficiência e o Teorema de Vilfredo Pareto	85
3.2.2 O princípio da eficiência e o Teorema de Kaldor e Hicks	89
	10

3.2.3 Eficiência econômica <i>versus</i> eficácia da Negociação Coletiva de Trabalho	91
3.2.4 Princípio do custo das transações e o novo modelo de eficiência	93
4 O ESTUDO DO CASO DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE PETRÓLEO BRASILEIRA	98
4.1 ANÁLISE ECONÔMICA DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO	100
4.1.1 O Adicional por Tempo de Serviço pelo princípio da criatividade jurídica das partes	103
4.1.2 O Adicional por Tempo de Serviço e o princípio da adequação setorial negociada	106
4.1.3 Definição e momento de criação do Adicional por Tempo de Serviço	110
4.1.4 O termo aditivo (de opção individual) sobre o Acordo Coletivo de Trabalho e o comportamento oportunista	113
4.2 LIMITES DA RACIONALIDADE DO JULGADOR E O ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO	117
4.2.1 A racionalidade posicional como limite real	120
4.2.2 A ausência de previsibilidade da decisão, a Nova Economia Institucional e o <i>sistema lotérico</i> dos Tribunais	123
4.2.3 Decisionismo político e o ambiente institucional	126
4.2.4 Eficiência econômica, assimetria informacional e a previsibilidade do Adicional por Tempo de Serviço	130
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	134
6 REFERÊNCIAS	139

1 INTRODUÇÃO

No catálogo do Direito Coletivo do Trabalho se encontram as Negociações Coletivas de Trabalho. Tratam-se de uma das interfaces do Direito Coletivo do Trabalho e representam a máxima expressão da capacidade de barganha, pois um dos produtos das partes é a criação de normas que regulamentarão a prestação do trabalho.

Entretanto, o que a presente pesquisa propõe é apresentar uma nova leitura do Direito Coletivo do Trabalho, amparada em correntes doutrinárias específicas e muito aplicadas em todo o mundo, especialmente nos países de vertente jurídica de *common law*. Por outro lado, o sistema de precedentes ou também denominado *precedent rule* vem a cada dia se aproximando mais da realidade brasileira.

Muitas decisões judiciais no Brasil acabam por criar uma nova realidade jurídica, alterando substancialmente o positivismo normativo e a legalidade estrita, notadamente quando o assunto envolve direitos fundamentais e a alocação de recursos escassos.

A inovação desta pesquisa para o Direito Coletivo do Trabalho reside na aplicação da Racionalidade Econômica na Negociação Coletiva de Trabalho, o que acaba por ter muitas implicações teóricas e práticas e que, inquestionavelmente, propõe uma mudança de paradigma.

A pesquisa aplica a Análise Econômica do Direito (AED) a Negociação Coletiva de Trabalho. A AED vem sendo muito difundida em todo o mundo e que possui como característica principal a junção de duas tradições intelectuais: a economia política e o realismo jurídico.

Há, portanto, nesta pesquisa uma proposta que observa a questão econômica e o comportamento humano como centrais ao desenvolvimento do tema. Por um lado haverá a preocupação com o princípio da eficiência, bem como sua compreensão na moderna Teoria Econômica (levando-se em consideração, portanto, os custos de transação como uma espécie de atrito que ocorre no mercado e que pode, em último grau, emperrar a própria celebração dos convênios coletivos).

Mas centrar a AED apenas na eficiência é reduzi-la cientificamente e retirar desta seu potencial em solucionar questões de modo eficaz. Muitos outros elementos estão

envolvidos numa abordagem relacionada ao sujeito, o que sugere que também seja considerado o impacto provocado pela lei e pelas instituições jurídicas sobre o comportamento humano, assim como se elas alteram a estrutura de incentivos dos agentes de modo a determinar a forma de como este irá agir.

Por exemplo, quando o governo brasileiro sobretaxa o fumo e a indústria de cigarros (e isto é decorrência direta da extrafiscalidade) tem por objetivo reduzir o consumo de drogas nocivas à saúde humana. Faz isso porque tem a percepção de que o comportamento humano será alterado com a redução do incentivo para o consumo do produto. Parte-se, portanto, da elevação do custo da produção ou mesmo pelo canal da tributação do produto de modo mais seletivo (o critério da seletividade varia conforme a essencialidade do produto, ou seja, quanto maior for a essencialidade, menor será a sobretaxa do governo. A recíproca também é verdadeira) para se atingir ao fim desejado.

Para os *Juseconomistas* tem-se, portanto, que $C < qC + pS$, pelo qual C é o comportamento humano que varia conforme o quociente dos custos detectados (qC) somados à sanção pelo comportamento nocivo ou prejudicial (pS). Numa operação racional se detecta e se dimensiona o agir do sujeito com base num estudo mercadológico e matemático. Trata-se do uso das probabilidades.

Veja-se que o comportamento humano é menor do que os custos detectados somados à sanção pelo comportamento nocivo. Isso quer dizer que os dois últimos quocientes podem determinar o agir humano.

Tanto é verdade que a eficiência não é o único fim da AED que para o caso do mercado de fumo no Brasil se tem um desestímulo às práticas comerciais, ou seja, a redução da eficiência destes mercados, tendo em vista um objetivo muito maior. Portanto, o sistema de custos acaba por delinear o comportamento humano e o mercado, ainda que não esteja atrelado a maximização do resultado econômico. Atua em sentido contrário.

Predição, portanto, justifica a AED positiva porquanto esta é voltada para o futuro, estabelecendo uma verificação prospectiva da realidade. Por outro lado, a eficiência em si mesma não pode ser descartada. É, portanto, um exercício completo e complexo que demanda o uso da razão, portanto, a tomada de decisão tendo como premissa a racionalidade das partes.

A presente pesquisa utilizará da racionalidade econômica com conceitos da

AED e os aplicará às Negociações Coletivas de Trabalho. Mas essa mesma racionalidade não é plena, o que pode comprometer o modelo de eficiência como um todo. Há, de igual modo, uma grande inobservância por parte do Poder Judiciário das questões atinentes a previsibilidade e à estabilidade das Negociações Coletivas de Trabalho, pois no momento em que uma decisão judicial declara a nulidade de uma cláusula convencional e afasta a sua aplicação cria um ambiente institucional instável. As partes nunca saberão ao certo qual será o posicionamento adotado pelo Magistrado que, em regra, sugestiona-se por posições ideológicas e não positivas (aqui tecnicamente as legais, porque positivadas), comprometendo a segurança jurídica num último momento.

A AED opera de modos positivo e normativo. É positiva quando antevê a produção da norma e opera com resultados preditivos, ou seja, descritivos da realidade. Será normativa, entretanto, quando dentre várias alternativas possíveis de solução do problema o intérprete encontrar a mais eficiente, ou seja, o arranjo institucional adequado quando já se estiver diante de uma norma.

Marcada pela interdisciplinaridade, estudos como a escassez, a maximização racional, o equilíbrio e a estrutura de incentivos, bem como a eficiência como um todo são seu objeto principal e contribuem sobremaneira ao estudo do moderno Direito Coletivo do Trabalho. Alguns destes pontos serão abordados nesta pesquisa, quando conectáveis à racionalidade econômica.

Entretanto, resumidamente se tem que a escassez não pode ser o centro da AED, porquanto a compreensão de sua importância garante a exata medida de uma análise econômica do Direito. Isto se dá porque a escassez impõe a noção de que é preciso fazer sacrifícios constantes que redundarão em escolhas inevitáveis, tendo em vista a finitude dos recursos e a necessidade humana cada vez maior. Em relação ao Direito Coletivo do Trabalho, a noção de escassez vem ligada ao custo da proteção de certos direitos e que se examinará no presente trabalho.

A maximização racional decorre do fato de que sempre os sujeitos hão de aumentar o seu nível de bem-estar. Os trabalhadores almejam por um salário melhor, por melhores condições de trabalho, desde o local onde prestarão seus serviços até o relacionamento com seus colegas no ambiente de trabalho, etc. O empregador almeja maximizar seus lucros e fazer a firma progredir economicamente, dentre tantos outros

exemplos possíveis. Modernamente a doutrina juseconômica tem compreendido a racionalidade como mais um recurso limitado, portanto, escasso, porque o homem é incapaz de processar toda a informação disponível para maximizar de modo pleno o seu bem-estar.

Quanto ao equilíbrio, trata-se da situação na qual todos os agentes envolvidos, sejam trabalhadores ou empregadores, encontram-se em uma situação de maximização simultânea dos seus interesses. Imaginem-se duas empresas que precisam produzir determinado produto final. Caso uma delas forneça o insumo e a outra a mão de obra, qualquer falha na demanda pela produção poderá comprometer o resultado final, situação esta que será indesejada para ambas as partes envolvidas. Por isso o equilíbrio é essencial.

O tema estrutura dos incentivos é de suma importância na abordagem racional econômica das Negociações Coletivas de Trabalho, porque permite a formação de *tradeoffs*, ou seja, escolhas que envolvam custos e benefícios recíprocos e que democratizam a negociação.

Exatamente aqui a NCT pode se aperfeiçoar para um modelo que garantirá, por fim, a eficiência econômica tão almejada por todas as partes envolvidas, quer dizer, a maximização do bem-estar com o menor custo social o possível. Mas o tema eficiência será melhor abordado no capítulo 3, terceira parte.

Referidos conceitos compõe o substrato da racionalidade econômica das Negociações Coletivas de Trabalho. Ademais, utilizar-se-á da AED como método de experimentação teórica e empírica para o Direito Coletivo do Trabalho, abordando, ao final, um estudo de caso dirigido (Capítulo 4).

A AED é ferramental que emprega métodos teóricos e empíricos que são ao mesmo tempo econômicos, porque atentos à escassez dos recursos, e também jurídicos, porque se utilizam da norma como protagonista para o processo de compreensão da realidade.

A incerteza acerca da sua utilização tem permeado discursos otimistas e pessimistas.

Para os primeiros, a capacidade do homem alocar recursos para melhor aproveitá-los encoraja a utilização do método como parâmetro para o desenvolvimento, enquanto que os segundos ainda continuam a afirmar que os direitos fundamentais podem

estar sendo sonogados em prol de um progresso econômico desenfreado que, não obstante mantenha um discurso claro e objetivo, ainda fará recair sobre os trabalhadores a maior contabilidade do prejuízo.

Acontece que a prática evidencia um descompasso entre a realidade e o discurso teórico. Há um idealismo ingênuo de que as estruturas jurídicas (instituições) podem, como num passe de mágica, adaptar-se e providenciar soluções para os problemas econômicos e sociais com a simples edição de normas. Contudo, a mesma realidade informa que isso não ocorre e tampouco é possível.

Amparando-se em doutrinas internacionais, ao se dimensionar a existência de regras informais, ou seja, normas que não mudam do dia para a noite e que são determinantes na postura do mercado, o comportamento dos sujeitos poderá ser conduzido. Ditas regras não podem deixar de ser levadas em consideração pelo advogado ou Magistrado na análise dos casos apresentados. A doutrina informa que as regras informais são, somadas vezes, morais, portanto, haveria uma zona de incerteza ao redor dos significados que as dimensionam e que não podem deixar de ser levados em consideração.

Quando as regras informais e a estrutura de incentivos são ignoradas pelo advogado serão, também, pelo magistrado, porque este tem limites objetivos ao julgamento da lide, não podendo inovar nos pedidos ou julgar em desacordo com os pontos previamente fixados. Dessa forma o ensino do direito precisa passar por uma reflexão econômica, fazendo com que as Escolas de Direito passem a levar em consideração a possibilidade de um contato interdisciplinar maior, o que vai garantir uma percepção estendida da realidade.

Outro fator importante reside junto aos princípios que compõe as Negociações Coletivas de Trabalho. Ditos enunciados orientam o estudo, especialmente, do contato do Direito do Trabalho com a Economia, porque embasados em uma origem comum, qual seja, a posição racional. É racional porque deflui logicamente para um modelo mais genérico, capaz de amparar questões maiores, notadamente aquelas atinentes ao ambiente institucional em que serão realizadas as mencionadas negociações.

Por opção metodológica não haverá tratamento histórico especial com relação às Negociações Coletivas de Trabalho. Caso ocorram menções pontuais neste tocante, as mesmas ocuparão um local apropriado dentro do próprio texto, irrigando as proposições

tratadas com acontecimentos sociais, econômicos, políticos e de cunho ideológico que, de alguma forma, acabaram por contornar e desenhar a situação em análise.

2 NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO E A ORDEM ECONÔMICA PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988

Pretende-se provocar uma discussão acadêmica sobre a racionalidade econômica aplicada à Negociação Coletiva de Trabalho. Além disso, demonstrar que a atuação dos Tribunais Regionais e Superior do Trabalho como agentes que interferem na economia e no mercado, tendo como proposta para a presente pesquisa uma noção um pouco distinta a respeito do próprio Direito Coletivo do Trabalho. Notadamente a Análise Econômica do Direito (AED) e os seus postulados clássicos fornecem subsídios para o enfrentamento dos aspectos que serão aqui abordados, tais como a eficiência, a eficácia, a racionalidade econômica, o custo das transações, e outras questões relevantes ao moderno Direito do Trabalho.

A ordem econômica, por sua vez, contribui com o cotejo de diferentes esquemas de problematização práticos que fortalecem o posicionamento que será aqui defendido. Há casos em que a AED precisa responder com rapidez, especificamente diante das questões da microeconomia, nas quais o ferramental empírico-teórico absorve ainda mais empuxo na resposta dos problemas enfrentados.

Os Tribunais Regionais e Superior do Trabalho tem especial atuação neste sentido. A partir do momento em que uma cláusula convencionada é declarada nula e seus efeitos são cassados pelo julgador, os impactos na sociedade e na economia advirão em questão de tempo.

Antes disto, e paralelo ao desenvolvimento da ideia aqui proposta, algumas noções sobre a Negociação Coletiva de Trabalho precisam ser vencidas. Os princípios da Negociação Coletiva de Trabalho permitem o diálogo interdisciplinar entre a Economia e o Direito Coletivo do Trabalho que, não obstante receba ainda mais um recorte, apresenta relevantes princípios seus – portanto – próprios do Direito Coletivo do Trabalho.

2.1 PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO E A ORDEM ECONÔMICA ATUAL

O Direito Coletivo do Trabalho possui vários enunciados principiológicos que

compõe o substrato das relações coletivas. Todavia, o presente estudo concentrará esforços na delimitação de alguns deles, porque absolutamente conectáveis à racionalidade econômica, a saber: o princípio da criatividade jurídica da Negociação Coletiva de Trabalho, o princípio da adequação setorial negociada, o princípio da obrigatoriedade da atuação sindical, o princípio da simetria entre os contratantes e o da lealdade e da transparência das Negociações Coletivas.

Certo que inúmeras outras questões poderiam ser tratadas porque absolutamente pertinentes, atuais e polêmicas, como é o caso da reforma sindical. Entretanto, como o foco do presente estudo reside na conexão dos postulados da Negociação Coletiva de Trabalho à racionalidade econômica (Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics*), um recorte precisou ser feito dentro desta perspectiva.

A Negociação Coletiva de Trabalho enquanto instituição jurídica avoca um ambiente institucional estável para as relações privadas. Vale afirmar, quando a arena de negócios é um local propício para os jogadores, o aperfeiçoamento do processo de negociação atinge o seu ápice. Acontece que a racionalidade humana é limitada, o que pode, dentro do processo, gerar uma falha que atinge o mercado, exigindo uma correção de rota para minimizar seus efeitos deletérios.

2.1.1 O princípio da criatividade jurídica da Negociação Coletiva de Trabalho

Como todo ramo da ciência do Direito, o Direito Coletivo do Trabalho possui princípios próprios que lhe compõe a estrutura e lhe dão características singulares, vindo a se dissociar de alguns elementos do próprio direito individual do trabalho, porque a perspectiva passa a assumir contornos particulares.

DELGADO afirma que para este princípio nos processos negociais coletivos, as partes “têm real poder de criar norma jurídica (com qualidades, prerrogativas e efeitos próprios a estas), em harmonia com a normatividade heterônoma estatal”.¹ Vale afirmar, dita criação normativa pelas partes envolvidas jamais poderá contrariar a produção de normas estatais, vindo a derogá-las por completo, rompendo com garantias mínimas do

¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª. ed. São Paulo: Editora LTr, 2006, p.1317.

trabalhador. Portanto, ainda que exista criatividade jurídica para a elaboração de regras que irão disciplinar a prestação dos serviços, não existe poder para revogar os preceitos normativos que estruturam as garantias mínimas do Direito do Trabalho. Tem-se, portanto, um limite de ordem racional.

Acontece que a produção normativa negociada acaba por sofrer influências da ordem econômica, especialmente pelo inevitável contato do Direito com a Economia, mas este aspecto da pesquisa será melhor abordado no próximo capítulo.

Entretanto, algumas digressões acerca da criatividade jurídica das partes são necessárias. Observe-se no ambiente da Negociação Coletiva (seja ACT ou CCT) que o diálogo entre empregador e empregados é marcado pelas necessidades recíprocas de ambas as partes que pode gerar uma tensão natural entre interesses.

A discussão do conceito de Justiça empreendida por diversos filósofos da humanidade sempre envolveu a relação do homem com o poder. Aquele que, por excelência, detinha mais poder tendia a deste abusar.

Dizem que cometer injustiça é, por natureza, um bem; e sofrê-la, um mal. Mas, como é maior o mal recebido pelo que sofre do que o bem advindo ao que a comete, depois que os homens começaram a cometer e a sofrer injustiças e a experimentar as consequências desses atos, descobriram os que não tinham poder para evitar os danos nem para lograr as vantagens que o melhor seria pactuarem-se a fim de não cometer nem padecer injustiças. Daí surgiram as leis e os convênios mútuos, e chamou-se legal e justo àquilo que a lei prescreve. Essa afirmam ser a origem e essência da justiça: um meio termo entre o maior bem, que é cometer injustiça sem sofrer castigo, e o maior mal, que é sofrer injustiça sem poder castiga-la. E a justiça, situada entre esses dois extremos, é aceita não como um bem, mas como algo que se respeita devido à incapacidade do homem para cometer injustiça. Pois ninguém que mereça o nome de homem se submeteria jamais a tais convênios se pudesse resistir. Louco seria quem tal fizesse! Aí tens, ó Sócrates, a teoria geralmente aceita sobre a natureza e origem da justiça.²

A filosofia moral grega sempre esteve ligada à razão humana, ainda que a cultura helênica sempre estivesse vinculada a questões e fatos religiosos, narrados por Homero, por exemplo. Neste sentido, afirma RAWLS que “a filosofia moral grega se inicia dentro do contexto histórico e cultural da religião cívica de uma pólis em que as epopeias

² PLATÃO. **A República**. Tradução Leonel Vallandro - [Ed. especial]. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2011, p. 55.

homéricas, com seus deuses e heróis desempenham um papel central”.³

Mas a dinâmica do processo histórico informou que a razão, portanto, o que incrementa a criatividade jurídica das partes – pois dotadas de raciocínio – seria o principal e central elemento da filosofia, que, modernamente, vem impactando o Direito do Trabalho.

A prática informa que há uma distância muito considerável entre o trabalhador e o empregador, isto porque a firma estaria, em tese, oprimindo os trabalhadores com seu poderio econômico. Isso significa afirmar que a criatividade das partes estaria limitada pela superioridade econômica ou, por assim explicar, pela desigualdade entre os envolvidos. Mas o Direito Coletivo do Trabalho buscou solucionar essa distância criando o ser coletivo obreiro que permite, também, maior contato democrático entre as figuras envolvidas na negociação, calibrando esta distância.⁴

Concretamente, a visão utilitarista da atividade empresaria gera uma divergência de interesses entre os empresários e a classe obreira que pode se oprimir no cenário de lutas. As reivindicações das classes trabalhadoras chegam ao conselho de administração nas grandes empresas por meio da negociação coletiva, isto porque, não raras vezes, o majoritário ou o controlador é figura externa e desconectada da realidade empresarial.⁵ “O proprietário, o acionista, em geral são reconhecidos, até aplaudidos, mas não tem, evidentemente, qualquer papel executivo”.⁶

Ao passo que o mesmo instrumento permite a audiência dos trabalhadores, de suas necessidades, de suas vontades, etc., que aperfeiçoam o contato entre as classes sociais. Em outro momento já foi afirmado algo neste sentido, porque “somente a negociação coletiva de trabalho é capaz de dar palavra e voto aos empregados no âmbito da

³ RAWLS, John. **História da filosofia moral**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005, p. 06-07.

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª. ed. São Paulo: Editora LTr, 2006, p.1313.

⁵ “Nada disso é novidade. Há cerca de setenta anos, em um estudo célebre – *The modern Corporation and private property* – (A empresa moderna e a propriedade privada) –, dois conhecidos acadêmicos da universidade de Columbia e figuras públicas de destaque, Adolf A. Berle Jr. e Gardiner C. Means, quebraram a conexão entre a propriedade da empresa e o controle administrativo. Eles afirmavam que a direção da grande empresa moderna é multifacetada e exigente. Assim, como era um problema bastante prático, o poder acabou passando para os executivos mais inteligentes e participativos – e isso é irrevogável”. Cf.: GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 43.

⁶ *Idem*, p. 43.

empresa, bem como revelar os problemas vividos e prospectar soluções possíveis”.⁷

Portanto está aí um dos papéis mais significativos da negociação coletiva, pois além de compor os interesses antagônicos, é, também, capaz de expor a realidade empresarial, com seus problemas e seus aspectos positivos e negativos. Veja-se em SPRINGBORG:

Dado que Rousseau ao tratar da natureza humana mostrou a necessidade associativa como pré-condição de perfectibilidade do homem, somos forçados a concluir que não é a sociedade como tal que ele condena, mas uma forma específica de sociedade: aquela orientada para a busca do luxo e dos bens efêmeros, caracterizada pela desigualdade, o consumo imoderado, a corrupção, etc. – que Marx subsequentemente iria condenar como os males específicos da sociedade burguesa.⁸

A sociedade supra referida em ROSSEUAU diz respeito ao contrato social em que se ordenam as relações humanas, portanto, assumindo um aspecto de Estado. Aqui, contudo, a sociedade é empresarial. Isto implica reconhecer que determinados objetivos – tais como o lucro e o desenvolvimento empresarial – precisam se harmonizar com as necessidades dos trabalhadores que, noutra via, também poderão progredir economicamente, pois aspiram sonhos pessoais, objetivos profissionais, tal qual ocorre com a carreira dentro da empresa, etc.

A criatividade jurídica das partes se manifesta neste momento. Quando conhecedoras das necessidades internas, bem como das possibilidades do empregador, a composição acontecerá. Importante destacar, por oportuno, que a lealdade e transparência (que serão estudadas mais adiante) são forças motrizes dos processos de negociação que, inclusive, aperfeiçoam a própria perfectibilidade do homem.

Esta relação dinâmica e constante entre o homem e seus semelhantes fez nascer a distinção entre o que era comum do que comporia o patrimônio individual do sujeito. LOCKE enfatizou que a noção de coisa comum é marcante para o sistema capitalista, e atribuiu a noção da propriedade natural, pois:

⁷ KOLLER, Carlos Eduardo; GOMES, Eduardo Biacchi. **Negociação Coletiva de Trabalho – Veículo de Concretude Sustentável e Democrática dos Objetivos da República Federativa do Brasil na Empresa Ecológica**. Curitiba: XXII Encontro Nacional do CONPEDI/Unicuriuba. 2013, p. 04.

⁸ SPRINGBORG, Patrícia; FITZGERALD, Ross. **Pensadores políticos comparados**. Tradução de Antônio Patriota. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1980, p. 205.

A medida da propriedade natural foi bem estabelecida pela extensão do trabalho do homem e pela conveniência da vida. Nenhum trabalho humano podia subjugar ou se apropriar de tudo; seu prazer só podia consumir uma pequena parte; dessa maneira, era impossível para qualquer homem usurpar o direito do outro, ou adquirir para uso próprio uma propriedade em prejuízo de seus vizinhos, que ainda podiam se apropriar de um domínio tão vasto e produtivo (depois do outro ter tomado o seu) quanto antes de ter sido apropriado. Essa medida restringia a posse de todo homem a uma proporção bastante moderada, pois no início do mundo ele só podia tomar para si o que não prejudicasse ninguém, e nesses primórdios do mundo os homens se arriscavam mais a se perder vagando sozinhos pelos imensos espaços virgens da terra do que restritos por vontade própria em uma terra a ser cultivada.⁹

Têm-se que os homens teriam dificuldade em abusar da propriedade (seja do seu uso, ou de outros elementos atinentes ao domínio, e portanto, internos desta) fazendo com que o seu semelhante ocupasse e frutificasse apenas aquilo que lhe era útil.

Novamente SPRINGBORG:

... do momento que um homem precisa da ajuda de outro homem, do momento que parece vantajoso a qualquer um possuir viveres bastante para dois, a igualdade desapareceu, surgiu a propriedade, o trabalho tornou-se indispensável, e vastas florestas tornaram-se campos risonhos, que o homem precisa irrigar com o suor de seu rosto, e onde cedo germinarão escravidão e a miséria que crescerão juntamente com as colheitas.¹⁰

Mesmo que o conflito possa parecer inerente ao homem, ainda o é maior a tentativa de o superar, garantindo-se a composição dos interesses antagônicos, pois a necessidade do próximo pode parecer fatal quando a composição não tem mais espaço. É preciso colaboração.

Para não soar leviano, mas ainda assim o que se expõe por hora é simples, a exposição dos interesses das partes pode garantir a democracia dentro da empresa, o que é positivo e produtor à negociação, pois os interesses das partes serão atendidos, e a formação das normas levará em consideração estas mesmas imperiosidades. O Estado, por hora, legisla se atendo aos proclamos sociais, mas não conhecedor de cada especificidade empresarial.

⁹ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre el gobierno civil**. Barcelona: Altaya, 1994, p. 103-104.

¹⁰ SPRINGBORG, Patrícia; FITZGERALD, Ross. **Pensadores políticos comparados**. Tradução de Antônio Patriota. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1980, p. 207.

Paralelamente à intervenção estatal, deve ser reservado amplo espaço para que os atores sociais, de modo mais dinâmico do que o próprio Estado, possam acompanhar as mudanças sociais. Um bom exemplo desta concepção tem sido a atuação das chamadas câmaras setoriais, onde efetivamente houve um avanço, pois trabalhadores e empregadores perceberam a necessidade de sentarem-se à mesa e estipularem normas comuns. Tal experiência constitui um embrião de pacto social, pois se apresenta como negociação trilateral, contando também com a participação de representantes governamentais.¹¹

O legislador, por mais astuto ou precavido que possa ser jamais poderá domiciliar no ambiente laboral a fim de conhecer e compreender as necessidades dos empregados. Sua criatividade, portanto, é restrita ao que ele conhece e que está distante do convívio intersubjetivo entre empregados e empregadores.

O avanço dos fatores de produção coloca em cheque a velha noção de segurança jurídica, abrindo espaço para a efetividade normativa – eficácia do ponto de vista material – permitindo a atuação de indivíduos na condição de sujeitos especialmente livres, criativos e racionais.

Contudo, isso jamais pode impedir o otimismo acerca da produção normativa das Negociações Coletivas de Trabalho, pois atentas às especificidades de cada ambiente considerado.

Não por acaso que “o uso da negociação entre os atores sociais ou entre estes e o Estado, como método de regulação social, exige um contexto democrático”,¹² ou seja, o exercício da criatividade jurídica avoca a democracia para dentro da empresa, o que é benéfico ao trabalhador e já reconhecido direito seu de muito tempo.

2.1.2 O princípio da adequação setorial negociada

Pelo princípio da adequação setorial negociada se tem que a produção de normas internas precisam conviver pacificamente com a produção estatal, da mesma forma como se dá com o princípio da criatividade jurídica das partes no Direito Coletivo de Trabalho.

Contudo, algo de especial surge neste momento.

¹¹ VARGAS, Luiz Alberto; HELOANI, J. Roberto; SILVA, Walkure Lopes Ribeiro. **Democracia e Direito do Trabalho**. Estado democrático, tecnologia e relações de trabalho. São Paulo: Editora LTr, 1995, p. 75.

¹² *Idem*, p. 75.

Este princípio trata das possibilidades e limites jurídicos da negociação coletiva. Ou seja, os critérios de harmonização entre as normas jurídicas oriundas da negociação coletiva (através da consumação do princípio de sua criatividade jurídica) e as normas jurídicas provenientes da legislação heterônoma estatal. É princípio novo na história justralhista do país exatamente porque apenas nos últimos anos (a contar da Carta de 1988) é que surgiu a possibilidade de ocorrência dos problemas por ele enfrentados. Embora ainda não universalizado na doutrina, deriva ele do critério geral interpretativo que se tem percebido na prática dos tribunais do país quando enfrentando o dilema das relações entre normas trabalhistas negociadas e a normatividade heterônoma do Estado.¹³

Explicado de outro modo, a produção normativa que decorre do princípio da criatividade jurídica das partes, num momento anterior à esta análise – da adequação setorial negociada –, precisa se harmonizar com legislação vigente. Trata-se de uma reflexão acerca do modo que a produção das normas oriundas das Negociações Coletivas pode, ou não, se contrapor às normas imperativas e cogentes produzidas pelo Estado. Dessa forma para DELGADO precisam ser respeitados alguns momentos, especialmente: “a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável”,¹⁴ e, em seguida, “b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta)”.¹⁵

Fica claro que com o aumento da qualidade das condições estipuladas em lei pela negociação esta se sobrepõe, pois tanto não viola os direitos já desenhados pelo legislador, porque os expande, permitindo maior garantia à classe operária. No segundo momento pode haver a afronta às garantias já consagradas, mas pelo imperativo de se atenderem outras necessidades talvez mais emergentes.

É neste momento que se liga a Economia ao Direito do Trabalho. Por meio da análise do princípio da adequação setorial negociada é preciso que haja harmonia entre a produção das normas coletivas com aquela estatal, não se devendo cogitar de hipóteses que prejudiquem o trabalhador, de modo algum, mas que levem em consideração todos os aspectos econômicos, seja do contrato de trabalho, seja do próprio patrimônio econômico

¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2001, p. 109.

¹⁴ *Idem*, p. 109.

¹⁵ *Ibidem*, p. 109.

do trabalhador.

Já se defendeu posicionamento neste mesmo sentido, pois o Direito e a Economia acabam se tocando, ora porque a decisão judicial provoca efeitos sobre esta, ou porque dela é dependente. Veja-se que:

A relação que a Análise Econômica do Direito propõe é justamente reduzir, drasticamente, a distância existente entre economistas e juristas, fazendo com que o direito enriqueça com elementos da economia e, esta, por sua vez, beneficie-se com a atividade da norma (como elemento de previsibilidade das relações econômicas).¹⁶

Convém destacar que o diálogo entre Economistas e Juristas nem sempre foi pacífico. GIKO JR. enfatiza que “posturas e culturas de cada disciplina divergem marcadamente em vários aspectos, sendo o diálogo entre juristas e economistas muitas vezes truncado, para não se dizer antagônico”.¹⁷ Mas isso, de modo algum, não pode desencorajar a análise aqui proposta, qual seja, sobre a racionalidade econômica da Negociação Coletiva de Trabalho.

Uma ressalva de suma importância acerca do princípio em estudo se trata da impossibilidade de renúncia ou despojamento unilateral sem contrapartida do agente adverso, ou seja, essas possibilidades da criação de normas e da adequação delas com o ordenamento jurídico não são plenas, porque os limites que conformam a aplicação destes princípios protegem, em última análise, o trabalhador. Além do que, não podem ser negociáveis direitos indisponíveis, muito menos por meio da renúncia por terceiros (entidade sindical) que deve, somente, ater-se à transação destes direitos.¹⁸

No ordenamento jurídico brasileiro são três, ao menos, os grupos que protegem as garantias mínimas dos trabalhadores, a saber: normas constitucionais em geral, as normas de tratados e convenções internacionais vigentes no Brasil e normas infra constitucionais (leis, portarias, decretos) que tutelam a segurança e a saúde no trabalho, por

¹⁶ KOLLER, Carlos Eduardo; OLIVEIRA, Sônia. **O Contrato de Trabalho e a Constituição de 1988: o que mudou desde a sua edição até a efetivação dos direitos constitucionais**. In: Villatore, Marco Antônio; Busnardo, Juliana, Gunther, Luis Eduardo. (Org.). 25 da Constituição e o Direito do Trabalho. Curitiba: Editora Juruá, 2013, p. 279.

¹⁷ GIKO JR., Ivo Teixeira. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. *Working paper*, 01/2009. Brasília: UCB, 2009, p. 02.

¹⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2001, p. 110.

exemplo.¹⁹

Certo da importância destes grupos, todavia, não se almejará nesta pesquisa o aprofundamento destas posições, tampouco o estudo do Direito Comparado. Acontece que em algum momento será trazido ao texto determinadas Convenções da Organização Internacional do Trabalho que tratam de direitos sociais que aqui interessam.

Importa aqui o diálogo entre Direito e Economia, pois permite e viabiliza o adequado funcionamento das instituições, ou seja, a Negociação Coletiva de Trabalho em contato com os pressupostos econômicos garantem amplificação do atendimento às necessidades dos trabalhadores.

A produção das normas heterônomas estatais, quando muito, deixam de observar os efeitos econômicos das decisões, ou seja, a estrutura de incentivos dos agentes nem sempre é planejada de modo à melhor alocação de recursos. Vale afirmar, a criação da lei quando se atenta aos efeitos econômicos que esta produzirá, até mesmo por conta da eficácia normativa, sempre será mais benéfica à racionalidade econômica.

Ainda, numa negociação diversos custos estão envolvidos e não podem deixar de ser considerados em uma análise que leve em consideração os efeitos econômicos das decisões (sejam judiciais ou legais). SALOMÃO FILHO denominou de *Institucionalismo integracionista* ou *organizativo* a característica das leis que regulamentam a participação operária do trabalhador nos órgãos diretivos das grandes empresas. Haveria, para tanto, um novo interesse societário em que o trabalhador, agora, faria parte.²⁰

Mais que isso, “o que a teoria do custo das transações procura demonstrar é que ambos podem ser úteis para os interesses da empresa”.²¹ Significa afirmar, ambos os interesses devem ser tomados em consideração para a administração da empresa (do majoritário ou controlador, e dos trabalhadores), bem como a produção das normas na Negociação Coletiva de Trabalho, por mais que atente para a externalidade normativa, por

¹⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. *Op. cit.*, p. 111.

²⁰ “Na perspectiva econômica, o fundamento está na teoria dos custos das transações. O controle interno da empresa, obtido através da propriedade de suas ações, é naturalmente atribuído àquele grupo de pessoas com as quais transacionar no mercado é excessivamente oneroso para a própria empresa ou para esse grupo de pessoas, seja porque algum deles mantém uma situação monopolista (imaginem-se, por exemplo, um sindicato de trabalhadores bastante forte), seja porque o custo social ou o descontentamento gerado por uma determinada situação pode ser extremamente negativo para a empresa”. Cf.: SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. São Paulo: Editora Malheiros, 2ª. ed. reformulada, 2002, p. 41.

²¹ *Idem*, p. 42.

assim deduzir, para a produção das normas legais, poderia levar em consideração questões que o legislador deixou de lado. Isso significa compreender que os custos das transações podem ser contabilizados como parte da estrutura de incentivos dos agentes que estão negociando. Dessa forma, sempre que estes forem levados em consideração a produção normativa será, por sua vez, mais eficiente.

Em que pese outro seja o momento de se mencionar a eficiência nesta pesquisa já se aponta, aqui, um dos seus elementos constitutivos, qual seja, o custo das transações. “Assim, é que a participação dos trabalhadores nas decisões sociais é incentivada e até mesmo o controle por esses grupos é favorecido quando isso possa ser um meio para a eliminação de conflitos de interesses”.²²

Concluindo, importante salientar que em atualidade o interesse do trabalhador passa a compor o novo interesse societário, ou seja, o modelo de participação operária pode ser um aliado ao processo de desenvolvimento, bem como sua postura na criação das normas um fator de excelência para se atingir a eficiência.

Não se pode mais permitir que o interesse social, em uma visão moderna, fique adstrito apenas aos sócios que compõe a empresa. Ainda, a produção das normas na modernidade é conjunta com o interesse dos trabalhadores que, não obstante possam sofrer um conflito pela tensão de forças inerentes ao modelo capitalista tradicional, agora procuram dimensionar outra hipótese, porque

Sobre ele os órgãos sociais não tem qualquer influência (o que não ocorria na definição clássica pura, onde, ainda que formalmente identificado à maximização de lucros) o fulcro da definição do interesse era sua identificação com o interesse do grupo dos sócios atuais, qualquer que fosse. Tem, portanto, mais do que qualquer outra, o condão de engessar o desenvolvimento do direito societário e de outros a ele ligados.²³

A acepção acima advém do Contratualismo moderno e pode ser aplicada à participação dos operários, como anteriormente afirmado, postura esta que vem marcando o processo de desenvolvimento econômico como um todo. Portanto, a eficiência se dá em relação a todos os envolvidos na Negociação Coletiva de Trabalho.

²² SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. *Op. cit.* p. 49.

²³ *Idem*, p. 30.

2.1.3 Os princípios da obrigatoriedade da atuação sindical, da unicidade e da liberdade de filiação

A Negociação Coletiva de Trabalho vê na atuação sindical uma forma de estabilizar a luta de classes inerente ao modelo capitalista de mercado. Diante disso, é preciso percorrer um breve conceito de sindicato. Acontece que sempre que se visa estabelecer ou fixar um conceito na ciência do Direito há uma série de riscos que o intérprete passa a correr. Veja-se que um conceito restrito poderá extrair do significado o mínimo de sentido, ou seja, incapaz de atingir o objetivo pretendido. Por outro lado, se dimensionado excessivamente poderá ser genérico e não absorver densidade suficiente para se ter algum diagnóstico preciso.

HINZ indica uma saída. Para o autor, “os sindicatos são espécies de associações, aplicando-se a eles não só os ditames dos arts. 53 a 61 do CC, senão também as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho”.²⁴ Isso significa que a influência do Código Civil na disciplina das associações enfatiza que a lei poderá delimitar o seu funcionamento, vale afirmar, mesmo existindo liberdade na auto regulação destas entidades, tal como ocorre com os sindicatos, algumas disposições são desenhadas pelo legislador, inclusive, para garantir o seu melhor funcionamento.

Saliente-se que o artigo 45, do Código Civil enfatiza que a criação das pessoas jurídicas de direito privado está condicionada à inscrição de seus atos constitutivos no cartório de registro de títulos, sendo assim, um limite à própria existência e uma garantia de sobrevivência do sindicato vem desenhada pela própria lei civil.

Tornar-se-á importante essa dimensão quando do tratamento neste trabalho dos substratos da própria Nova Economia Institucional (Capítulo 3), porque a operação com regras claras, precisas, objetivas e previsíveis constituem uma alavanca para a perfeita atuação das entidades que, por hora, celebrarão as Negociações Coletivas de Trabalho.

Mais que isso, o ambiente institucional no qual estas vão atuar poderá ser crucial para determinar o modo de operação das entidades sindicais.

Registre-se mais uma ressalva. A formação dos sindicatos se deu tendo em vista que foi desenhado pela doutrina trabalhista, especialmente por DELGADO, o ser coletivo

²⁴ HINZ, Henrique Macedo. **Direito Coletivo do Trabalho**. 3ª. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 29.

obreiro, quando este previu os princípios assecuratórios das condições de emergência e afirmação do sindicato para a superação da hipossuficiência do trabalhador.²⁵

Por assim afirmar, não haveria assimetria entre os sujeitos envolvidos nas relações trabalhistas coletivas a partir do momento em que se consideram, de um lado, a empresa como pessoa jurídica (de modo aqui simplificado como a reunião de sujeitos), e de outro, os trabalhadores representados pelo seu sindicato.

Nisto implica, repetidamente, a ausência de hipossuficiência, porquanto as entidades sindicais suprimiriam a distância existente entre empregadores e empregados, fazendo com que haja maior igualdade nas relações coletivas.

Contudo, será apontada uma crítica à esta ausência de assimetria entre os sujeitos envolvidos no Direito Coletivo do Trabalho (próximo subitem). Trata-se dos limites da racionalidade humana, bem como a consideração da existência de questões econômicas advindas da Análise Econômica do Direito.

Ademais, importante destacar que a filiação ao sindicato será livre e decorre da previsão constante no artigo 8º., inciso V, da Constituição de 1988.²⁶ Para tal, basta que o empregado seja enquadrado em determinada categoria e, por conseguinte, terá a opção de filiar-se ou não a determinada entidade sindical. Já quanto à representatividade sindical existe obrigatoriedade de atuação, o que significa afirmar que a entidade sindical é autônoma, sendo que será também incondicional a defesa dos interesses dos seus filiados, sejam empregados ou empregadores. É justamente esta a noção da obrigatoriedade da atuação sindical.

RUSSOMANO compreende a liberdade sindical como uma figura geométrica triangular, porque “na verdade, ela é formada, conceitualmente, de três partes distintas, que se tocam nas extremidades, dando-nos a ideia de um perfeito triângulo jurídico”.²⁷

Trata-se de uma liberdade complexa do ponto de vista etimológico, na medida que “não se pode falar em liberdade sindical absoluta sem se admitir que exista, em determinado sistema jurídico, sindicalização livre, autonomia sindical e – em nosso juízo –

²⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª. ed. São Paulo: Editora LTr, 2006, p. 1302.

²⁶ BRASIL, Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. (Org.) Alexandre de Moraes. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p. 39.

²⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios Gerais de Direito Sindical**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. 65.

pluralidade sindical”²⁸.

Para o autor, destaque-se que a sindicalização livre é o oposto de compulsória, o que equivale a afirmar que o trabalhador não poderá ser coagido a participar de determinado sindicato, corroborando a liberdade constante no texto constitucional, notadamente a referência à não obrigatoriedade de filiação em associações.

Já a autonomia sindical é a máxima manifestação da democracia, porque diferencia-se do dirigismo característico dos governos autoritários, vindo a conferir existência livre para a atuação do sindicato.

Por fim, militando contra o princípio da unicidade, RUSSOMANO²⁹ defende a pluralidade sindical, mormente porque se trata de um caso de liberdade complexa, o que viria a garantir a efetividade da representação, bem como a qualidade desta, tendo em vista a fatídica e comprovada ação danosa que possa vir a subverter o sentido dos sindicatos, ocasionando o seu dirigismo, igualmente nocivo.

Neste contexto tem-se:

O sindicato – fato social, político e jurídico – é uma forma ou modalidade do direito de associação. Como esse direito crava raízes no ser, naquilo que de mais profundo possui o homem, podemos afirmar que esse direito de associação é parte integrante do conceito de liberdade.³⁰

A partir deste enfoque, o conceito de liberdade de filiação passa a assumir contornos definidos. A liberdade do trabalhador no caso de um único sindicato – regime de unicidade sindical – afigura-se como sendo somente a opção de ingressar ou não naquele sindicato único.

Mais que isso, “significa, ainda, aludido princípio a liberdade de se filiar ou de desligar-se de um sindicato”.³¹ Como se sabe, a referida liberdade vai se tornando rarefeita à medida em que o trabalhador possui somente um único sindicato para o qual poderá demonstrar o interesse de se filiar ou não. Mormente porque a “unicidade sindical é a possibilidade de existência de um único sindicato para representar a mesma categoria ou

²⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios Gerais de Direito Sindical**. *Op. cit.*, p. 65.

²⁹ *Idem*, p. 66.

³⁰ *Ibidem.*, p. 66.

³¹ HINZ, Henrique Macedo. **Direito Coletivo do Trabalho**. 3ª. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 49.

profissão em um mesmo município ou região”.³²

Dessa forma, a representatividade do trabalhador ou do empregador ficará adstrita à existência de uma única instituição que fará o seu papel, em um ambiente econômico institucional que, muitas vezes, sofrerá somadas e significativas ingerências externas.

A ausência de liberdade do trabalhador, em casos tais, questiona a própria dinâmica do processo de desenvolvimento. O estatuto jurídico do Direito Laboral coloca em crise, inclusive, a ideia de que o fluxo de vontades dos indivíduos livres poderia tornar mais igualitária a questão da discussão dos direitos, seja em Acordo ou em Convenção Coletivos de Trabalho. Ainda, o regime social e democrático de Direito preconiza enfoque decisivo nos debates dos direitos sociais, que demandariam um sindicato fortalecido e, especialmente, uma ampla liberdade ao trabalhador, o que não se verifica na prática.

2.1.4 O princípio da simetria entre os contratantes

No Brasil, a fraca expansão educativa, o auge da população em idade ativa, e o baixo ritmo de criação de emprego produtivo foram componentes decisivos para o aumento da pobreza. Ainda, o surgimento de uma classe média alta que se expande cada vez mais, alterando a estratificação social de modo ainda mais drástico influenciou nesse quadro da mesma forma.³³

Porém, em Laura Tavares Ribeiro SOARES convém lembrar que a taxa de atividade, ocupação secundária, ocupação terciária, trabalho precoce, trabalho informal, trabalho informal feminino e subemprego caracterizam a inserção dos pobres no mercado de trabalho. Para a autora, esses dados são indicativos importantes na consideração da inclusão dos menos favorecidos no mercado de trabalho. É certo, todavia, que a liberdade desses trabalhadores não pode ser considerada absoluta, vez que estão presos às suas próprias condições sociais que lhe limitam o exercício do seu poder de escolha. Seja a

³² MORALES, Cláudio Rodrigues. **Manual Prático do Sindicalismo**. São Paulo: Editora LTr, 1999, p. 33.

³³ SOARES, Laura Tavares Ribeiro. **Ajuste neoliberal e desajuste social na América Latina**. Petrópolis: Editora Vozes, 2001, p. 157.

escolha pelo seu ofício, seja pela forma como irão desenvolvê-lo³⁴.

Ainda, o regime democrático de Direito impõe ao homem livre – sujeito trabalhador –, que possa debater questões, participar de modo ativo nas discussões políticas, opinar sobre suas condições de trabalho, especialmente, revelar a realidade laboral que se vive, permitindo, assim, que o desenvolvimento social se dê de forma mais ampla, ou seja, para ambas as partes.

Todavia, isso somente será possível se o trabalhador adquirir um mínimo de condições ao exercício dessa liberdade, daí que merece destaque a noção de liberdade substantiva, qual seja, aquela que garante que o indivíduo desfrutará de uma série de condições que lhe habilitarão ao exercício de uma liberdade maior.

Compreenderiam as liberdades substantivas a liberdade de saciar a fome, a liberdade de obter uma nutrição satisfatória, a obtenção de remédios para as doenças tratáveis, a oportunidade de se vestir ou morar de modo apropriado, a liberdade de ter acesso a água tratada e ao saneamento básico, ainda, estar protegido por programas epidemiológicos com um plano de assistência médica e educação, a manutenção da paz por meio das instituições políticas e civis, fazendo com que o cidadão participe do processo político de modo ativo.³⁵ SEN revelou uma restrição a estes direitos sociais bastante evidente para a época em que se vive.

Acontece que a rejeição da liberdade de participar do mercado de trabalho é uma das maneiras de manter a sujeição e o cativo da mão de obra, e a batalha contra a privação da liberdade existente no trabalho adscritício é importante em muitos países do Terceiro Mundo hoje em dia por algumas das mesmas razões pelas quais a Guerra Civil americana foi significativa. A liberdade de entrar em mercados pode ser, ela própria, uma contribuição importante para o desenvolvimento, independentemente do que o mecanismo de mercado possa fazer ou não para promover o crescimento econômico ou a industrialização.³⁶

³⁴ A taxa de atividade diz respeito à intensidade no uso da mão de obra medida com referência a jornada de trabalho (40 hs semanais trabalhadas). Esse indicador de “subemprego” apresenta algumas deficiências já conhecidas, como por exemplo, a indevida inclusão de profissionais liberais e funcionários públicos com jornadas inferiores a 40 horas. Na situação oposta, são excluídos indevidamente biscateiros e outros trabalhadores eventuais, cujo tempo empregado na negociação somado à realização de tarefa propriamente dita supera a jornada-padrão. Cf.: SOARES, Laura Tavares Ribeiro. **Ajuste neoliberal e desajuste social na América Latina**. Petrópolis: Editora Vozes, 2001, p. 199.

³⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18.

³⁶ *Idem.*, p. 21.

Uma das formas de proporcionar e garantir a ampliação das liberdades substantivas se deu com o aumento da liberdade do trabalhador, pois “a importância da liberdade do contrato de trabalho em oposição à escravidão e à exclusão forçada do mercado de trabalho”³⁷ foi uma das principais conquistas do modelo capitalista.

Por isso que para estes objetivos se exigem recursos econômicos, ou seja, não basta uma lei que proteja esses direitos, mas sim é preciso efetivá-los na prática, pois não há milagre. Para um bom salário, obviamente, depende-se de um bom resultado econômico pela corporação.

Dessa forma, o sujeito que passe fome, que não desfrute de uma condição digna de vida, que não tenha acesso a tratamento de saúde, a condições básicas de higiene e de saneamento jamais poderá ser um indivíduo participativo na sociedade, tampouco contribuir para o desenvolvimento desta, eis que não possui o mínimo de condições para tal.

Em HINZ, portanto, a opção pelo emprego formal nem sempre resulta de uma escolha livre e consciente. O empregado, porque dependente economicamente do empregador, aceita as condições que lhe são impostas e discute, de modo parcial, outras que irão compor a forma da prestação dos serviços. Estaria aí a primeira assimetria.

A segunda assimetria tratada por HINZ estaria entre os contratantes porque, não obstante seja possível a contratação em massa de trabalhadores nos momentos em que o mercado está aquecido, um longo período de crise econômica pode fazer tudo mudar, de uma hora para outra, prejudicando grande massa de operários.³⁸

Quando os empregados, reunidos em torno de seu sindicato, estabelecem um processo negocial com um ou mais empregadores, tal assimetria desaparece, dado que também desaparece a concorrência entre os empregados para a obtenção desta ou daquela vantagem. Em bloco, em (aparente) unidade de interesses, ainda com a possibilidade de deflagrarem um movimento de greve, fazem desaparecer a assimetria, tornando possível a igualdade entre os agentes. Decorre, aliás, deste princípio a inaplicabilidade às relações coletivas de trabalho a maioria dos princípios regentes das relações individuais, e, o principal deles – o da proteção, do qual provém o da norma mais favorável – é substituído pelo da autonomia da vontade.³⁹

³⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. *Op. cit.*, p. 21.

³⁸ HINZ, Henrique Macedo. **Direito Coletivo do Trabalho**. 3ª. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 134.

³⁹ *Idem*, p. 134.

Então, a aparente unidade de interesses não denota certeza, tampouco absoluta credibilidade na interposição de manobras que deixem de resgatar o interesse da classe trabalhadora. Pode, inclusive, o sindicato estar agindo na contramão de um interesse majoritário.⁴⁰

Por fim, para haver crescimento, seja econômico, político ou social é imprescindível que a sociedade desfrute de condições essenciais ao seu desenvolvimento. Sociedade que passa fome, coletividade que não detém segurança pública, ou cidadãos que não desfrutam de políticas transparentes certamente não adquirirão formas de se expandir e de crescer. Neste caso, jamais existirá simetria entre os contratantes, ou seja, o trabalhador vai aceitar qualquer coisa que lhe retire do estado de miserabilidade social. É preciso desenvolver economicamente as duas partes.

Portanto, considerando o desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades substantivas, pode-se afirmar que quanto maior for a liberdade que o sujeito trabalhador desfrute, mais crescimento haverá na economia como um todo, expandindo e progredindo a sociedade em que se encontra inserido esse trabalhador.

Por fim, detentor de todas essas liberdades substantivas iniciais o indivíduo poderá, por meio da interligação destas liberdades, desfrutar de mais benefícios, pois parte de um mínimo necessário no qual todos estariam em igualdade de condições, em princípio, para se direcionar ao progresso como um todo, expandindo as mesmas liberdades substantivas, bem como a própria expansão do comércio e da sociedade. Em síntese apertada, o desenvolvimento de determinada sociedade se dá com a expansão das suas liberdades.⁴¹

⁴⁰ Em outro momento pretende-se abordar a NCT sobre o aspecto da Teoria dos Jogos. Desse modo, verificar a plausibilidade da aplicação dos jogos repetitivos com ou sem cooperação às negociações. Mais questões estão envolvidas em um jogo onde as escolhas nem sempre são racionais plenas, porque a ação dos agentes pode estar camuflada por interesses indiretos, objetivos não centrais ao processo, ou ainda pior, a falha na negociação pode estar induzida por um comportamento oportunista. Cf.: ZOTTO, Tânia Christina. **Informação assimétrica na negociação coletiva: uma análise da greve como estratégia pela teoria dos jogos**. Curitiba: Revista do TRT 9ª. Região, n. 55, 2005, p. 03.

⁴¹ “Liberdades políticas (na forma de liberdade de expressão e eleições livres) ajudam a promover a segurança econômica. Oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica. Facilidades econômicas (na forma de oportunidades de participação no comércio e na produção) podem ajudar a gerar a abundância individual, além de recursos públicos para os serviços sociais. Liberdades de diferentes tipos podem fortalecer umas às outras”. Cf.: SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. *Op. cit.*, p. 25-26.

Mas não existe somente esta forma de assimetria entre os contratantes. Em uma negociação qualquer – e aqui importa a negociação coletiva de trabalho – pode haver assimetria informacional entre as partes. Os contratantes não detém todas as informações necessárias para o aperfeiçoamento do processo de negociação.

TOKARS compreende que “os modelos econômicos tradicionais foram construídos não só com base na premissa da racionalidade do sujeito, como na de que a ele estão plena e equilibradamente disponíveis as informações necessárias ao seu processo decisório”.⁴² Contudo, “em uma relação econômica uma das partes naturalmente tem um conhecimento mais acurado sobre o objeto da transação”.⁴³

Para AKERLOF há ainda um alto custo econômico da desonestidade entre os jogadores, ou seja, quando a ação de um sujeito precede a de outrem na espreita, e ainda, com a intenção de causar algum prejuízo, o mercado absorve essa deslealdade e a transforma em custo.⁴⁴

Dessa forma, o que haveria de ser uma jogada positiva na negociação acaba sendo muitas vezes o que emperra o mesmo processo, ou seja, o aperfeiçoamento da composição. As partes escondem seus verdadeiros interesses e, notadamente, o mais forte se sobrepõe ao mais fraco, gerando alta assimetria informacional.

No exemplo do mercado de limões (forma como são chamados os carros ruins na América do Norte), AKERLOF sustenta haver maiores informações nas mãos do vendedor de carros usados, ao passo que aos compradores a oferta parece irresistível, porque o preço do carro usado acaba sendo menor. Porém, muitas vezes, com a compra de um carro usado este pode vir a se transformar em um *limão*, ou seja, em um carro ruim. Mas o vendedor tinha essa informação no momento da contratação, todavia ele a reteve com a intenção de ainda celebrar a negociata.⁴⁵

Trata-se, portanto, de um comportamento previsível e natural que gera um custo no mercado. Mais que isso, pode-se afirmar que o preço do carro usado de menor qualidade será sempre menor, pois precisa absorver a probabilidade de um produto não ser bom e

⁴² TOKARS, Fabio Leandro. **Assimetria Informacional**. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). O que é análise econômica do direito: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 89.

⁴³ *Idem*, p. 90.

⁴⁴ AKERLOF, George A. **The Market for “lemons”: quality uncertainty and the Market mechanism**. The Quarterly Journal of Economics, vol. 84, Issue 3 (Aug., 1970), p. 488.

⁴⁵ *Idem*, p. 490.

exigir reparos. O custo do possível reparo do carro ruim está embutido em seu preço que é, por assim afirmar, reduzido.

Dessa forma, poderá haver erros previstos por uma das partes que beneficia somente um dos envolvidos, tornando o modelo de eficiência individual, ou seja, ruim para o mercado.

2.1.5 O princípio da lealdade e da transparência das Negociações Coletivas

Como visto anteriormente, o princípio da simetria entre os contratantes preconiza que entre estes não haverá disparidades de nenhuma ordem, ou seja, as partes envolvidas no processo de negociação podem exercer sua autonomia da vontade de modo pleno, portanto, eficaz e absoluto, gerando benefícios recíprocos para ambas as partes envolvidas.

Mas isso não é toda verdade. Acontece que por lhes faltar lealdade e transparência nas negociações poderá ser vendido um *limão* ao invés de uma oportunidade de sucesso. HINZ enfatiza que

O princípio da lealdade e da transparência restringe-se, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, à vedação da realização da greve durante a vigência de norma coletiva, salvo ocorrência de substancial alteração nas condições fáticas em que tais normas se aplicam. Tal vedação vem expressamente prevista no artigo 14 da Lei nº. 7.783/89 (Lei de Greve). Tem ele outra finalidade, qual seja, a de garantir a boa-fé no processo negocial. Por ele, estariam os empregados e os empregadores obrigados a apresentar argumentos legítimos que fundamentem suas pretensões ou rejeições às propostas aduzidas.⁴⁶

Vale afirmar, a lealdade e a transparência aqui consideradas informam algo um pouco diferente do que se tem na seara contratual. Trata-se da vedação da realização da greve durante a vigência de norma coletiva, ressalvados os casos de alteração substancial da realidade fática para a qual foram formuladas as normas coletivas. Mais que isso, dever de apresentar também argumentos legítimos para as negociações, portanto, verdadeiros e não indiretos ou obscuros.

⁴⁶ HINZ, Henrique Macedo. **Direito Coletivo do Trabalho**. 3ª. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 134-135.

Veja-se que DELGADO já afirmara algo idêntico, porque

Em derivação ao princípio da lealdade e boa fé na negociação coletiva (outra denominação do princípio) não seria válida a greve em período de vigência de diploma coletivo negociado, em vista da pacificação traduzida por esse próprio diploma. É claro que uma mudança substantiva nas condições fáticas vivenciadas pela categoria poderia trazer a seu alcance a exceção da cláusula *rebus sic stantibus*. Porém o simples inadimplemento pelo empregador no tocante ao conteúdo do diploma coletivo negociado não justifica a greve, por existir no ordenamento jurídico a correspondente ação judicial de cumprimento. A noção de transparência é também de grande importância no conteúdo desse princípio podendo, inclusive, ser inferida da simples ideia de lealdade e boa fé. É evidente que a responsabilidade social de se produzirem normas (não meras cláusulas) conduz à necessidade de clareza quanto às condições subjetivas e objetivas envolvidas na negociação.⁴⁷

O acesso a informações adequadas precisa ser amplo nesta modalidade de negociação, porque se trata de negócio coletivo e não individual. Ainda, porque o objeto do negócio jurídico nesta oportunidade é a criação de normas jurídicas com eficácia vinculativa, porque no futuro irão integrar o contrato de trabalho.

Veja-se que ao se faltar transparência nas negociações coletivas o comportamento oportunista não pode ser descartado.⁴⁸ Claro. Onde a informação pode ser o trunfo entre o negócio bem sucedido ou a vantagem excessiva pela outra parte, a lealdade agora é vista como essencial ao aperfeiçoamento do processo.

Pois bem, de volta o caso dos *limões*. Quando o vendedor do carro ruim está ciente de que o produto ofertado contém vícios, por exemplo, que aparecerão em pouco tempo, e este negligencia ou muito pior, omite a informação, falta-lhe transparência. Quando o mesmo carro ruim, ao ser vendido, ocasiona um acidente por conta de um defeito mecânico não revelado pelo vendedor há falta de lealdade, e neste caso, pode custar uma vida.⁴⁹

⁴⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2001, p. 106.

⁴⁸ “O oportunismo significa o comportamento baseado na astúcia. Na maior parte das vezes, o oportunismo envolve formas sutis de engodo, que tanto podem ser formas ativas ou passivas e, também, formas *ex ante* e *ex post*”. Cf.: BEGNIS, Heron Sergio Moreira; ESTIVALETE, Vania de Fátima Barros; PEDROZO, Eugênio Avila. **Confiança, comportamento oportunista e quebra de contratos na cadeia produtiva do fumo no sul do Brasil**. São Carlos: Gest. Prod., vº. 14, nº. 2, maio-ago. 2007, p. 312.

⁴⁹ AKERLOF, George A. **The Market for “lemons”: quality uncertainty and the Market mechanism**. *Op. cit.* p. 490.

Como afirmado, há um custo embutido no comportamento desonesto que será suportado pelo mercado. “A partir do momento em que, no plano institucional, não se inibe eficientemente o comportamento desonesto, o mercado passa a trabalhar com a perspectiva da desonestidade, o que afeta o sistema de preços e a própria gama de realização de negócios”.⁵⁰

Em uma negociação trabalhista qualquer este custo pode ser ainda maior. Fala-se nesta modalidade de negócio de um direito trabalhista que pode ser negligenciado pelas partes, ou, quando pior, cassado do seu titular em verdadeira afronta decorrente de um processo furtivo, portanto, sem transparência e lealdade.

De todo modo configura-se, também, afronta a própria boa-fé negocial.

Quanto à boa fé, trata-se de um princípio geral do Direito. Presume-se a sua existência em todos os atos jurídicos, mas especificamente no que se refere ao seu posicionamento perante a negociação coletiva de trabalho, ganha importância plena, uma vez que o vetor ético é essencial direcionador para o sucesso numa empreitada negocial. É impossível pensar em negociar com desconfiança (que não se confunde com incerteza ou posicionamento diferente) ou falta de lealdade. É inexorável a presença de um comportamento ético por parte dos negociadores para a produção de uma composição eficaz e efetiva.⁵¹

Quando as partes estão negociando, contudo, não se pretende aqui afirmar que as estratégias devem ser reveladas, pois fazem parte do jogo. Estas podem ser pensadas, refletidas, como ocorre com o lançamento de um produto novo no mercado. É certo se a concorrência acabar descobrindo o modelo do protótipo, por exemplo, há grande risco do negócio se perder, o que acarretaria num prejuízo que poderia levar a derrocada da empresa.

Dito de outro modo, o erro é importante – jogada equivocada – para o mercado porque é capaz de concretizar o diferencial competitivo.

Um terceiro aspecto inerente ao funcionamento do sistema de direito comercial está relacionado ao erro do empresário. Os agentes econômicos algumas vezes adotam estratégias equivocadas, e esses enganos são previstos e desejados pelo sistema jurídico, na medida em que, diferenciando os agentes, permitem o estabelecimento do jogo concorrencial (que desembocará na *regulação natural do egoísmo*, para utilizar a

⁵⁰ TOKARS, Fabio Leandro. **Assimetria Informacional**. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 94.

⁵¹ AGUIAR, Antonio Carlos. **Negociação Coletiva de Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 110.

lição de Jhering. Ou seja, é a diferença entre as estratégias adotadas pelos agentes econômicos e entre os resultados obtidos (uns melhores, outros piores) que dá vida a um ambiente de competição (porque todos buscam o prêmio do maior sucesso, da adoção da estratégia mais eficiente).⁵²

O Estado ao interferir diretamente na prática negocial poderá experimentar maus resultados. Ao se tentar proteger a boa fé na sua acepção tradicional e garantindo o máximo de transparência e lealdade, fatalmente se inviabilizará o mercado sepultando por completo a concorrência. Parece não ser este o objetivo do legislador, tampouco das partes que estão negociando, porque “a autonomia privada não desapareceu e continua sendo uma viga-mestra do sistema de mercado”.⁵³

De todo modo, na seara trabalhista, o princípio da lealdade e transparência das negociações coletivas visa tonificar o processo de composição e torná-lo mais eficiente, ou seja, garantir o máximo de benefício para todos os envolvidos na questão.

2.2 NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO: ASPECTOS CONCEITUAIS

De modo algum um esboço histórico será tratado neste momento. Entretanto, um pequeno desenho de alguns marcos fáticos torna-se um facilitador para localizar o atual Direito Coletivo do Trabalho na ordem econômica atual (notadamente o período pós Constituição de 1988).

Oportuno destacar que o período pós Segunda Guerra Mundial – compreendidos entre 1945/1970 – foi marcado por profundas transformações no mundo. Veja-se o caso da formação das grandes potências como os Estados Unidos da América e a criação de mercados dependentes, aliados ao fato de o Estado ter assumido tarefas econômicas e sociais (Estado Interventor). A economia capitalista ficava cada vez mais forte e consolidava seu espaço pelo globo, com a ascensão dos mercados. “A interação mercado-Estado produziu a economia mista. O Estado planejava, racionalizava e orientava a produção. Comprometia-se com a previdência social e garantia o pleno emprego,

⁵² FORGIONI, Paula A. **A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, Revista de Direito Mercantil, ano XLII, nº. 130, abril-junho de 2003, p. 14.

⁵³ *Idem*, p. 17.

afastando o clima de instabilidade”.⁵⁴

Mas a racionalização do Estado, assim como do particular não é plena, sofrendo limites que serão abordados no próximo capítulo. Daí a necessidade de, para alavancar a produção de normas em matéria de Direito do Trabalho, as negociações coletivas ganharem o seu notório espaço.

Contudo, como se deu o crescimento do pós-guerra?

No que diz respeito à organização do trabalho, o que predominou na reconstrução do pós-guerra foi a expansão do sistema americano conhecido como *fordismo*. O sistema de trabalho montado pelo empresário Henry Ford consistia na adequação de tarefas sequenciais e repetitivas, existentes desde o século passado, com a inédita esteira mecânica, criando assim a linha de montagem. Fixando o trabalhador ao longo da esteira, reduzia o gasto inútil de energia e controlava a velocidade do processo do trabalho. Os ganhos em produtividade foram notáveis. Também estava implícita no fordismo a visão de que se se remunerasse melhor os trabalhadores, estes se tornariam consumidores. Ou seja, por que não ampliar o leque de consumidores se isto implicava mais produção?⁵⁵

Referido modelo fordista foi um dos pilares da expansão americana, em que pese fosse ligado ao Estado capitalista regulador, o modelo deu conta de solucionar os problemas de mão de obra existentes a época.

No Brasil, a Constituição de 1988 mantém a tendência de adoção de um Estado amplamente regulador do mercado,⁵⁶ fazendo com que sofra influências de políticas judiciárias de cunho social, restringindo a iniciativa privada.⁵⁷

O plano Inglês foi formidável e desenvolveu o país com a astúcia característica

⁵⁴ PADRÓS, Henrique Serra. **Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar Social in O Século XX: o tempo das crises. Revoluções, fascismos e guerras.** Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2000, p. 236.

⁵⁵ *Idem*, p. 236.

⁵⁶ De acordo com o texto constitucional brasileiro, no artigo 174, o Estado brasileiro atuará como agente normativo e regulador da atividade econômica, através das funções de fiscalização, incentivo e planejamento, determinantes ao setor público e apenas indicativo para o setor privado. Cf.: BRASIL, Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** (Org.) Alexandre de Moraes. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p. 194.

⁵⁷ A atuação direta do Estado na ordem econômica se dá com as empresas públicas, ao passo que em relação à iniciativa privada, a intervenção assume contornos normativos, ou seja, o Estado passa a criar regras legais que disciplinam e/ou orientam a atividade do particular. Controla, portanto, os agentes econômicos com o seu poder normativo. Cf.: SILVA, Américo Luís Martins. **A ordem constitucional econômica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 120.

dos anglo-saxões.⁵⁸ Porém, não há milagres e sempre é preciso recursos econômicos para promoção de melhorias sociais, programas de saúde, segurança, trabalho, previdência, etc.

No Brasil as categorias de trabalhadores ganham força, especialmente no período da ditadura militar com a crescente industrialização, ainda que tardia.

Na vida social e econômica ocorrem paralelamente ao desenvolvimento descrito, sérias transformações que determinam a passagem do feudalismo ao capitalismo. Além do aperfeiçoamento das técnicas, dá-se o processo de acumulação de capital e de ampliação dos mercados. O capital acumulado permite a compra de matérias-primas e de máquinas, o que faz com que muitas famílias que desenvolviam o trabalho doméstico nas antigas corporações e manufaturas tenham de dispor de seus antigos instrumentos de trabalho e, para sobreviver, se vejam obrigadas a vender sua força de trabalho em troca de salário.⁵⁹

Resumidamente, o legalismo acaba por ganhar força no Rio Grande do Sul: “os trabalhos de fôlego de Sérgio da Costa Franco e de Joseph Love e a recente erudição universitária gaúcha vêm reestudando com brio a questão da modelagem mental do positivismo”,⁶⁰ ou seja, a legislação trabalhista e a atuação dos sindicatos, por assim dizer, passam a ter maiores influências da massa operária, mas a lei ainda é determinante na ordenação do trabalho.

Acontece que “abandonadas ao jogo do mercado, as relações entre assalariados (o proletariado liberto) e os empresários e dirigentes (os chefes práticos da indústria; os chefes agrícolas) corriam o risco de uma opressão sistematizada”.⁶¹ Dessa forma, caberia ao legislador a pré formatação das condições em que se daria o trabalho livre que, não obstante maiores detalhes, redundaria na formação do próprio Estado-Providência ou Estado de

⁵⁸ “Na Grã-Bretanha, o fim da guerra trouxe um fato surpreendente. Winston Churchill, liderança maior na resistência ao nazismo, foi derrotado na eleição de julho de 1945. Clement Attlee, trabalhista, venceu com um programa de amplas reformas sociais e nacionalizações. O programa de nacionalizações atingiu o Banco da Inglaterra, os setores mineiros, as ferrovias, o gás e a eletricidade. Paralelamente, um ousado plano previdenciário amenizava o desemprego, garantia saúde pública e abria frentes de trabalho através de um programa de moradias populares. Para financiar tudo isto, além de uma política de austeridade, optava-se por diminuir o protagonismo internacional, ficando a reboque da orientação dos EUA e abrindo mão de importantes colônias (Índia, Paquistão, Birmânia e Ceilão).” Cf.: PADRÓS, Henrique Serra. **Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar Social in O Século XX: o tempo das crises. Revoluções, fascismos e guerras.** *Op. cit.*, p. 242.

⁵⁹ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; PIRES, Maria Helena. **Filosofando: introdução a filosofia.** 2ª. ed., São Paulo: Editora Moderna, 1993, p. 10.

⁶⁰ BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização.** Editora: Companhia das Letras, 2ª. ed., 2ª. reimpressão, 1992, p. 277.

⁶¹ *Idem*, p. 297.

Bem-estar social.

Mas em que medida estes fatos se relacionam com a Negociação Coletiva de Trabalho atualmente? Relacionam-se com o exercício da democracia para dentro da empresa, bem como conferem voz ao trabalhador que viveu por longas décadas calado, sem poder questionar suas condições de trabalho, sem olvidar do longo período em que trabalhou em troca de comida e de proteção militar; agora diante da possibilidade da militância na defesa de seus direitos e participação ativa na administração da empresa, aliados à atuação estatal (legiferante), este está incluído no processo de desenvolvimento como protagonista da sua própria história.

Modernamente os trabalhadores adquiriram identidade e se reuniram em torno das categorias que, de acordo com a CLT, em seu artigo 511, podem ser econômicas, profissionais e diferenciadas.⁶²

Há um sem-número de entidades sindicais no Brasil atualmente, o que torna impossível saber diante de uma dada situação concreta qual será o enquadramento de um trabalhador em uma das categorias supra referidas. “A ideia de categoria, no modelo corporativo decorre da noção de identidade de interesses e parte do princípio de que os integrantes de um mesmo grupo de empregados ou empregadores têm interesses comuns”.⁶³

Para se enquadrar o empregado ou o empregador em uma determinada categoria é preciso analisar a realidade normatizada, ou seja, o plano dos fatos. A realidade fornece elementos capazes de localizar o trabalhador ou o empregador tomando por base a atividade econômica exercida pelo próprio empregador. Em nada tem relação o recolhimento das contribuições sindicais com o enquadramento de determinado empregado ou empregador.

Entretanto, diante da modernidade e da globalização o empregador pode exercer diversas atividades econômicas, o que tornaria mais difícil o enquadramento dos trabalhadores nas respectivas categorias. Não por isso que o artigo 581, § 2º., da CLT, determina que se proceda à verificação da atividade preponderante e sempre em regime de conexão funcional.⁶⁴

⁶² BRASIL. CLT (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Organização de Armando Casimiro Costa, Irany Ferrari, Melchíades Rodrigues Martins, 37ª. ed., São Paulo: Editora LTR, 2010, p. 98.

⁶³ HINZ, Henrique Macedo. **Direito Coletivo do Trabalho**. 3ª. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 33.

⁶⁴ BRASIL. CLT (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. *Op. cit.* p. 98.

Apenas a título exemplificativo, a reunião de interesses – aqui marcadamente econômicos – já foi pensada em outro momento da AED. Veja-se o caso da cooperação. Quando os sujeitos envolvidos em um processo qualquer cooperam, a solução cooperativa será sempre positiva, o que irá determinar uma alavancagem maior dos resultados, ou seja, maior eficiência.⁶⁵

As categorias, portanto, resumem a ideia da cooperação, bem como irão compor seus interesses a todo o momento em um processo de negociação coletiva.

2.2.1 A Negociação Coletiva de Trabalho no Direito Coletivo do Trabalho

Como se pode definir uma Negociação Coletiva de Trabalho? De que modo os princípios anteriormente deduzidos podem contribuir para a racionalidade econômica da Negociação Coletiva de Trabalho? Parece que a eficiência é um bom indicador de que o resultado aqui pretendido pode ser atingido.

O conceito de negociação coletiva de trabalho é desenvolvido em HINZ como sendo “um processo cuja finalidade é, por meio de concessões recíprocas entre os representantes do capital e do trabalho, a celebração de acordos ou convenções coletivos de trabalho. Ou seja, enquanto esses instrumentos normativos são um fim, a negociação é o meio para sua obtenção”.⁶⁶

Ademais, do processo de negociação advirá um complexo de normas que irão regulamentar as relações de trabalho. Portanto, muito mais dinâmica que as providências legais, porque atentas à realidade do *locu* empresarial, bem como aptas à solução de controvérsias, porque “é um dos mais importantes métodos de solução de conflitos existentes na sociedade contemporânea”,⁶⁷ e, por fim, porque “sem dúvida, é o mais destacado no tocante a conflitos trabalhistas de natureza coletiva”.⁶⁸

⁶⁵ Para AXELROD a solução cooperativa sempre revela maior eficiência no processo de negociação. Veja-se o caso do dilema dos prisioneiros, porque quando ambos cooperam, ou seja, ambos confessam a prática de um determinado crime, suas penas reduzem, pois “uma maneira importante para promover a cooperação é fazer com que os mesmos indivíduos voltem a se encontrar, sejam capazes de se reconhecer, e de se lembrar qual foi o comportamento do outro até o momento”. Cf.: AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. São Paulo: Leopardo Editora, 2010, p. 118.

⁶⁶ HINZ, Henrique Macedo. **Direito Coletivo do Trabalho**. 3^a. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 132.

⁶⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. 2^a. ed., São Paulo: Editora LTr, 2003, p. 121.

⁶⁸ *Idem*, p. 121.

Interessante destacar a noção de negociação coletiva de trabalho na Convenção 154 da OIT, ratificada pelo Decreto nº. 1.256, de 29 de setembro de 1994, que dispõe em seu artigo 2º.,

Para efeito da presente Convenção, a expressão "negociação coletiva" compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de: fixar as condições de trabalho e emprego; ou regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.⁶⁹

Diante disso, a expectativa da negociação é bastante ampla. Veja-se que permite o exercício da criatividade jurídica das partes, seja na elaboração das normas que regularão as condições de trabalho ou criação de direitos e obrigações, como na solução de conflitos, permitindo maior vazão à autonomia das partes envolvidas no processo.

Porque referida produção normativa, também, como visto, deve manter sincronia com o princípio da adequação setorial negociada, sob pena de se instaurar um ambiente institucional instável e indesejável para as partes, pois não seguro, muito menos eficiente. O Sindicato, por sua vez, deverá atuar sempre na defesa dos interesses dos seus representados.

Mas é o princípio da simetria entre os contratantes que revela maiores curiosidades. Pode-se afirmar que com a criação do ser coletivo obreiro – com o objetivo de reduzir a já famigerada assimetria – a hipossuficiência deveria deixar de existir, tendo em vista as partes estarem em pé de igualdade para este tipo de processo negocial. Ao final desta pesquisa estudar-se-á um caso concreto em que se buscará demonstrar que a teoria acontece um pouco diferente da prática, ou seja, a teoria fornece subsídios abstratos que nem sempre ressoam na realidade. Todavia, a AED não visará assumir um lado nesta pesquisa (empregado ou empregadores), isto porque reduziria em muito a aptidão do

⁶⁹ Decreto nº. 1.256/94 que ratifica a Convenção 154, da OIT, sobre o incentivo à Negociação Coletiva, concluída em Genebra, em 19 de junho de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1256.htm. Acesso em 15 de novembro de 2013.

diagnóstico da racionalidade que já é limitada e não deve ser posicional.⁷⁰

A ausência de simetria real entre as partes leva-as a celebrar negociações sem ter noção completa da realidade. O próprio exercício da liberdade negocial cai por terra, tendo em vista que as opções que parecem atraentes às partes que estão envolvidas no processo não passam de um mero distrator. Ainda, o modelo moderno de racionalidade reconhece em si a existência de limites à operação racional, mesmo com as informações bem dispostas. Portanto, o comportamento oportunista pode gerar uma falha no processo negocial que vai encarecer com um custo a mais para as partes, qual seja, o preço da desonestidade.

Acontece que revelar o real interesse pode comprometer a composição destes mesmos interesses, ou seja, engrandecer ainda mais a luta entre capital e trabalho, vindo a desestimular a negociação.

Porém, a falta de transparência nas negociações é outro impasse que se deve vencer para se atingir a eficiência, ou seja, algum resultado frutífero ou bom para todos os envolvidos na tratativa.

Ressalte-se que de modo algum se está a propor a revelação de um segredo da empresa entre todos os empregados, por exemplo. Isso não seria viável e poderia comprometer a própria atividade do empregador, em alguns casos. O exemplo vem do direito concorrencial e do segredo do negócio. Se todas as partes envolvidas podem, em algum momento, levar a derrocada do interesse do empreendedor, a negociação pode representar um veículo de transporte da própria desonestidade, porque no mercado existem sujeitos na espreita para receber uma informação valiosa ou secreta. Corrompe-se a boa-fé, portanto, com o excesso de transparência, por mais paradoxal que possa parecer.

Mas quais interesses, então, estariam em jogo numa negociação no Direito Coletivo do Trabalho? AGUIAR apresenta uma noção de interesse na negociação bastante convincente e madura cientificamente. Para este autor haveria três interesses possivelmente captáveis numa análise do próprio comportamento humano na negociação.

O primeiro se apresenta como sendo um interesse pessoal do próprio ser

⁷⁰ A racionalidade posicional é discutida nos capítulos seguintes, sendo que aqui nesta pesquisa optou-se por inseri-la como um limite da racionalidade do julgador. Existe um ponto de partida que deve ser levado em consideração quando for feita uma análise racional. Este mesmo ponto de partida pode gerar uma falha no processo da racionalidade, ou seja, a criação de uma ilusão de ordem objetiva. (Capítulos 3 e 4).

coletivo, ou seja, da entidade sindical em si considerada. Trata-se do caso exemplificado pela invasão desta sede por um grupo de desordeiros dispostos a danificar o patrimônio da associação. A ação, portanto, que irá coibir essa violência atende a um interesse pessoal do ser coletivo, porque as atividades não poderiam ser desenvolvidas com a derrocada da estrutura física sindical. O segundo aponta que a mera reunião de interesses individuais não tem aptidão, por si só, para se transformar em interesse coletivo, porque o seu conteúdo continuaria sendo individual, e, por fim, o terceiro interesse residiria acima da simples união das vontades individuais, ou de uma única vontade coletiva. Trata-se da síntese dos interesses do grupo, ou seja, muito mais do que mera equação matemática.⁷¹

Parece que esta última noção de interesse na negociação coletiva de trabalho atenderia aos postulados modernos sobre a eficiência que, sinteticamente, imporiam um aumento do benefício para todos os envolvidos.

Não é tão simples a tarefa de definir, portanto, a negociação coletiva de trabalho, tendo em vista todas as variáveis apontadas, ora advindas da AED, ora do próprio problema acerca da busca de um sentido sobre um termo. Então AGUIAR a define como sendo “um ato jurídico complexo paramétrico comportamental, compreendido num duplo sentido, jurídico e sociológico”.⁷² Mas acrescente-se, por que não também econômico?

Sobre o comportamento humano a AED é capaz de dimensionar um estudo detalhado (Capítulo 3). Já em relação às acepções jurídica e sociológica:

Juridicamente, consiste no conjunto coordenado de disposições que disciplinam um procedimento pacífico de configuração do diálogo, a conversação espontânea e direta a ser observada pelos protagonistas sociais relacionados ao mundo do trabalho na produção regular comportamental, que se subdivide em atos do cotidiano e atos normativos sobre condições de trabalho, derivados de princípios emanados diretamente pela Constituição. Sociologicamente podemos defini-la como o conjunto de fatores reais que impulsiona interdependências estruturais, de acordo com comportamentos divergentes, absorção de incertezas, formação social de expectativas e direciona os atores sociais a exercitarem suas tarefas de positividade do direito, positividade essa que não se restringe à simples normatização.⁷³

Portanto, bem mais complexo do que se pode imaginar em uma primeira leitura. A negociação é atingida por diversos fatores, impactando o cenário jurídico,

⁷¹ AGUIAR, Antonio Carlos. **Negociação Coletiva de Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 95.

⁷² *Idem*, p. 96.

⁷³ *Ibidem*, p. 96-97.

sociológico, e agora, como proposta nesta pesquisa, econômico também, ou seja, ela atinge a todos os seus envolvidos o que garante, por assim afirmar, a máxima eficiência.

Adiante, algumas vantagens em se negociar.

2.2.2 Vantagens da Negociação Coletiva de Trabalho

Primeiramente se pode apontar a dinâmica do processo negocial, bem como a forma democrática em que são escolhidas as regras que regularão a atividade do empregador como as principais vantagens da NCT. Com isso se tem uma gama de possibilidades – escolhas diretas, quando há transparência – postas à disposição das partes para que estas optem pelo melhor modelo de jogada.

Mais que isso, permite a formação de vínculos de solidariedade entre os sujeitos, porque o interesse tutelado revela um benefício que se estende a todos os envolvidos, o que garante uma preocupação com o bem-estar coletivo.⁷⁴ A tarefa, portanto, deixa de pertencer somente ao Estado (quando da produção das leis que irão regular a atividade dos trabalhadores), e isto, porque

A posição do Estado foi de reserva e, até mesmo, de oposição à possibilidade de empresários e trabalhadores, diretamente ou por intermédio das entidades sindicais, celebrarem convênios normativos, ou seja, atos jurídicos com feitiço contratual, mas que, em lugar de criarem, como todos os contratos conhecidos na época, obrigações recíprocas para as partes contratantes, formulavam regras de conduta, que deviam ser respeitadas na prática de outros atos jurídicos: os contratos individuais de trabalho.⁷⁵

Com isso, notadamente, se tem que o respeito à negociação pelas partes é fundamental para o aperfeiçoamento desta, porque caso as partes negociassem mas não cumprissem o disposto no instrumento, de nada valeria a energia e o custo gastos no processo.

KAUFMAN crê na expansão das instituições (aqui englobando as negociações coletivas) no mercado de trabalho para a promoção de um maior desempenho das atividades, e isto porque promovem maior eficiência estática e dinâmica por meio da encampação de programas de cooperação e confiança, cidadania organizacional e lealdade,

⁷⁴ AGUIAR, Antonio Carlos. **Negociação Coletiva de Trabalho**. *Op. cit.*, p. 97.

⁷⁵ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios Gerais de Direito Sindical**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. 143.

bem como garantem voz e participação do trabalhador na resolução de problemas da firma.⁷⁶ Saliente-se que referidos temas compõe o substrato do Capítulo 3 desta pesquisa e serão na ocasião desenvolvidos.

Contudo, a história mostrou que a Negociação Coletiva de Trabalho não fora aceita de imediato, seja pelo Estado (em tese, um concorrente seu na produção de normas), ou pelos próprios trabalhadores, mas “embora se negasse a legitimidade e, portanto, a eficácia jurídica de tais convênios, ninguém podia contestar que os mesmos tinham vantagens práticas ostensivas”.⁷⁷ Mas especificamente quais seriam estas vantagens?

Em síntese, pois, pelo menos, tríplices foram, desde seu início, as vantagens oferecidas pelas convenções coletivas: a) para o Estado, instrumento de paz social; b) para o empregador, meio de negociação pacífica, sem campanhas políticas e sem o risco de eclosão de greves; c) para o trabalhador, a conquista de direitos sem os sofrimentos inerentes às lutas de classe, com o reconhecimento, pelo empregador, da legitimidade de atuação do sindicato e de sua representatividade.⁷⁸

O desenvolvimento econômico pela via democrática (assegurando-se não ser somente esta que proporciona crescimento) permitiu que a negociação se tornasse mais efetiva. O cidadão ao exercer seus direitos sociais inclui sua vontade na formulação das propostas para a solução das controvérsias, ou, na criação de normas. Portanto, alivia para o Estado a função de estabilizar os conflitos sociais, diminuindo o custo em ações desta natureza e, por via reflexa, aumentando a sua eficiência também.

Por outro lado o risco da greve diminui, em que pese esta possa ser utilizada para provocar a negociação, de alguma forma.⁷⁹ Mas a regra é que com a oitiva dos interesses dos operários, aliados às possibilidades do empregador – portanto lhe ouvir

⁷⁶ KAUFMAN, Bruce E. **Economic Analysis of Labor Markets and Labor Law: An Institutional/Industrial Relations Perspective**. Georgia State University: Workin paper, Jul., 2011, p. 25.

⁷⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Op. cit.* p. 144.

⁷⁸ *Idem*, p. 144.

⁷⁹ Um contraponto muito interessante advém da análise da Teoria dos Jogos aplicada à negociação coletiva de trabalho. Enxergando os trabalhadores e o empregador como jogadores, suas ações – portanto, escolhas – passam pelo crivo da racionalidade. Ou seja, o que determina uma escolha pode ser uma noção equivocada da realidade. Isso significa dizer, em outras palavras, que a assimetria aqui pode gerar um comportamento desonesto que prejudique a negociação. Veja-se que “um campo muito fértil nas relações de trabalho é a negociação coletiva, área na qual a teoria dos jogos pode ser utilizada diretamente; trata-se geralmente de um jogo de barganha, no qual as estratégias dos jogadores podem ser variadas, e especial atenção deve ser dada a questão da sinalização – como saber se uma oferta dita *final* da empresa é mesmo seu limite? uma greve pode ser uma boa estratégia? e um dissídio”? Cf.: ZOTTO, Tânia Christina. **Informação assimétrica na negociação coletiva: uma análise da greve como estratégia pela teoria dos jogos**. Curitiba: Revista do TRT 9ª. Região, n. 55, 2005, p. 03.

também é necessário – a negociação vence a possibilidade de paralisação dos serviços.

Por fim, para o trabalhador, a conquista de direitos sem necessariamente passar pela luta de classes acima apontada, ou seja, sem um desgaste que em muito pode ruir o ambiente de trabalho, caso não seja bem conduzido, afigura-se como mais uma vantagem da NCT.

Mas o processo ainda aponta um alto grau de barganha que permite a análise dos problemas postos sob um crivo diversificado e dinâmico. O Direito, via de regra, está preparado para solucionar um problema que decorre da prática de um ato que lhe contrarie, vale afirmar, quando alguém causa um prejuízo a outrem fica assim obrigado a repará-lo.⁸⁰ Assim é a lei e será também a norma jurídica, em uma equação de subsunção lógico-positiva do conceito de fato ao conceito de norma.

Mas se dos fatos não houver lei que lhe administre ao menos um diagnóstico jurídico, como poderá o intérprete proceder? Atente-se para um caso trabalhado por COOTER e ULEN sobre o direito a órbita terrestre de satélite geossíncrona:

A Orbitcom, Inc. gastou US\$ 125 milhões no projeto, lançamento e manutenção de um satélite para a transmissão de dados entre empresas da Europa e dos Estados Unidos. O satélite está posicionado numa órbita geossíncrona 25 milhas acima do Oceano Atlântico. Recentemente, um satélite de monitoramento de recursos naturais que pertence à Windsong Corporation se desviou e chegou tão perto do satélite da Orbitcom que as transmissões da empresa entre a Europa e os Estados Unidos deixaram de ser confiáveis. Em decorrência disso, a Orbitcom perdeu clientes e processou a Windsong por infringir o direito da Orbitcom à sua órbita de satélite geossíncrona.⁸¹

Os autores acima trabalham esse exemplo em relação ao direito de propriedade, ou seja, questiona-se a quem efetivamente pertenceria a órbita terrestre, ou então, se seria possível a apropriação desta por alguém. Agora, no Brasil, se fosse o caso, qual lei regularia a órbita geossíncrona da Terra? Seguramente a composição dos prejuízos por via de uma negociação coletiva reperia os gastos e custos envolvidos de modo eficaz, sem avocar o Estado.

Entretanto, o que interessa para a presente pesquisa foi a solução encontrada à

⁸⁰ “Quem casou o dano fica obrigado a repará-lo, se capaz de entender e querer. Esse é o domínio da ilicitude, um dos aspectos mais importantes da antijuridicidade”. Cf.: GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 57.

⁸¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Boston: Addison Wesley, 2003, p. 90.

pergunta formulada naquele trabalho: “quais são os remédios jurídicos para a violação da propriedade?”⁸² Eles advém da Teoria da Barganha (algo muito próximo está para as negociações coletivas de trabalho em Teoria dos Jogos). Vale afirmar, “o fato de as partes poderem negociar é uma vantagem da negociação ou dos jogos cooperativos em comparação com outros jogos”.⁸³

Exemplificando, a Teoria da Barganha pode ser dividida em três passos, ou seja, “estabelecer os valores de ameaça, determinar o excedente cooperativo e chegar a um acordo quanto às condições para distribuir o excedente resultante da cooperação”.⁸⁴

Muito resumidamente, os valores de ameaça seriam para o caso dos satélites o que as mesmas partes tem antes do processo de negociação, ou seja, em valores econômicos quanto representa o mínimo que os jogadores poderiam ter ganhado com a operação dos equipamentos e a transmissão dos dados. O excedente cooperativo seria distribuído em caso de negociação, isto porque, “é o nome dado ao valor adicionado pela transferência de recurso para um uso mais valioso”.⁸⁵ Esse valor último varia muito, de acordo com o preço ofertado pelas partes em caso de negociação – tomando em consideração os mesmos valores de ameaça. Quase uma equação matemática de vantagens/desvantagens da negociação.

Então, se a composição entre as partes pudesse solucionar o caso da órbita terrestre antes da promulgação de uma lei para este caso, poderia, inclusive, servir de medidor ao próprio legislador de como este poderia, para ser mais eficiente, agir para solucionar a problemática. O mesmo acontece com a operação de racionalidade do julgador. A negociação aí auxilia a produção da norma jurídica em um segundo momento. São, dessa forma, infundáveis as vantagens.

Por fim, AGUIAR adverte para as novas funções reconhecidas e as vantagens percebidas com a celebração de uma NCT: a) função de instrumento de gestão da empresa, b) função de certificação quanto à responsabilidade social das empresas; e c) função de ouvidoria.⁸⁶

É instrumento de gestão da corporação porque inclui o trabalhador na gestão da

⁸² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. *Op. cit.*, 91.

⁸³ *Idem*, p. 93.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 95.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 93.

⁸⁶ AGUIAR, Antonio Carlos. **Negociação Coletiva de Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 169.

empresa.

A função de coordenação coletiva, em detrimento da valorização da proteção individual, pode ser constatada em regras de governança corporativa que, em vez de privilegiarem a defesa de acionistas atomizados, estimulam as negociações entre grupos de interesse internos às companhias, como as existentes entre os administradores e os acionistas com participação em bloco, um traço típico da regulação societária alemã.⁸⁷

A participação dos trabalhadores na gestão das empresas desestimula a figura dos acionistas atomizados, ou seja, altera o próprio interesse social da corporação, na medida que inclui mais interesses na balança, igualmente importantes. Deixa-se de lado somente o interesse de uma minoria diretiva e se passa a valorar a participação do trabalhador no processo de gestão corporativa.

O desenvolvimento econômico já foi assim definido em SEN, porque a expansão das liberdades do trabalhador inclui sua atuação no cenário empresarial de modo mais ativo, porque agora ele também está interessado no sucesso do empreendimento.⁸⁸ A forma pela qual são dispostas, portanto, as questões institucionais em uma dada realidade naturalística é determinante ao processo de desenvolvimento.

No tocante à função de ouvidoria é, simplificada, a predisposição à oitiva dos interesses das classes trabalhadoras acerca das suas necessidades, ambições, etc. Efetivamente, um canal democrático e eficaz na tomada das decisões na corporação.

2.2.3 Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho

As formas pelas quais uma negociação coletiva de trabalho se exterioriza se dá através dos Acordos Coletivos de Trabalho e das Convenções Coletivas de Trabalho.

⁸⁷ SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, Direito e Desenvolvimento: os limites do paradigma *Rule of Law* e a relevância das alternativas institucionais. São Paulo: **Revista de Direito GV**, Jan-Jun. 2010, p. 240.

⁸⁸ Em Amartya Sen a liberdade de um sujeito contribui de duas formas para o desenvolvimento, qual seja, através do que o autor chama de *razão avaliatória* e a *razão da eficácia*. Pela primeira, tem-se uma análise se houve ou não o aumento da liberdade das pessoas, enquanto que a segunda determina-se demasiadamente importante, porque vai aferir o que as pessoas tem condições de fazer com o aumento desta mesma liberdade. Ou ainda, elas estão realmente livres? “O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas”. Cf.: SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 19.

Contudo, o objeto desta pesquisa não reside na distinção destas figuras, conquanto o objeto da racionalidade econômica se liga ao gênero negociação, sendo assim, mais amplo.

Ademais, existem inúmeras outras formas de composição dos interesses entre o capital e o trabalho que sequer perpassam pelas formalidades normativas (ACT ou CCT), vale afirmar, encontros de interesses do empregador com seus empregados que não necessariamente irão se materializar em um acordo formal escrito.⁸⁹ Passa-se a uma breve distinção:

O Acordo Coletivo de Trabalho é previsto pelo artigo 611, § 1º, da CLT e sua definição é legal, compreendendo o pacto celebrado entre os sindicatos representativos de certa categoria econômica, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes, pelo que dito acordo estipulará condições de trabalho aos sujeitos envolvidos no processo.⁹⁰

Pela lei, por sua vez, dimensiona-se a Convenção Coletiva de Trabalho como sendo um acordo de caráter ou natureza normativa no qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho. Repare que o âmbito de abrangência da figura acaba sendo maior, pois aplicável no seio das respectivas relações individuais de trabalho.⁹¹

Esta distinção leva em consideração as partes que intervêm na Negociação, porque a Convenção Coletiva de Trabalho “possui natureza intersindical, ou seja, nasce de negociação realizada entre o sindicato operário e o correspondente sindicato de empregadores”.⁹² Há, dessa forma, uma maior abrangência inclusive entre as partes que irão celebrar o pacto normativo.

Por fim, “no que concerne, porém, aos seus efeitos, à natureza jurídica, aos seus fundamentos sociais e econômicos, não existe distinção entre as convenções e os acordos coletivos”.⁹³

Todavia, o sindicato pode permanecer inerte, especialmente na figura do dirigente sindical, abrindo-se a possibilidade de ocorrer uma negociação direta entre

⁸⁹ AGUIAR, Antonio Carlos. **Negociação Coletiva de Trabalho**. *Op. cit.* p. 152.

⁹⁰ BRASIL. CLT (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Organização de Armando Casimiro Costa, Irany Ferrari, Melchíades Rodrigues Martins, 37ª. ed., São Paulo: Editora LTr, 2010, p. 98.

⁹¹ *Idem*, p. 98.

⁹² RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios Gerais de Direito Sindical**. 2ª., ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. 165.

⁹³ *Idem*, p. 165.

empregados e empregador. Não se afirmará ser isto absolutamente vantajoso, tendo em vista a já alegada assimetria de informações que pode comprometer o modelo de eficiência entre as partes negociantes, bem como abrir margem ao comportamento oportunista.

Enfim, outros modos de distinção ainda podem ser enumerados entre as formas pelas quais se exteriorizam as negociações, contudo, não são objeto desta pesquisa.⁹⁴ É inegável a mudança pela qual o Direito do Trabalho vem se submetendo, especialmente as regras relativas ao direito individual do trabalho, porquanto não será diferente com o direito coletivo e a negociação coletiva de trabalho.

Os países agora não tem sua economia regulada apenas pelas normas legais, porquanto “não se pode dizer que a economia pertença verdadeiramente aos Estados-nação”.⁹⁵ Outros fatores irão moldá-la de acordo com as contemporaneidades e as vicissitudes sociais.

2.2.4 Dissídios coletivos de Trabalho: formatos, aspectos e efeitos

Quando o resultado esperado pela NCT não corresponde à expectativa das partes surgem os dissídios coletivos. Atente-se para o fato de que se trata de disposição processual de caráter especial da Justiça do Trabalho (Procedimento Especial Trabalhista), conquanto não se configura como objeto científico da presente pesquisa.

Mesmo assim algumas digressões podem contribuir para a racionalidade econômica.

São dois os formatos de Dissídios Coletivos no sistema jurídico-trabalhista brasileiro. Inicialmente há o Dissídio Coletivo de natureza econômica, e, em seguida, o dissídio coletivo de natureza jurídica. Os Dissídios Coletivos de natureza econômica vão calibrar as questões relativas às “condições de salário e de trabalho”,⁹⁶ ao passo que os dissídios coletivos de natureza jurídica “são aqueles que se prestam a interpretar, em vista

⁹⁴ Apenas a título exemplificativo tem-se outras classificações que tomam em consideração o âmbito profissional ou econômico da aplicação do convênio, o diâmetro geográfico de sua aplicabilidade, bem como o *job evaluation* que se externaliza por meio da adoção de tabelas com a qualificação do trabalhador na organização da empresa. Cf.: RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios Gerais de Direito Sindical**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. 167-170.

⁹⁵ AGUIAR, Antonio Carlos. **Negociação Coletiva de Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 152.

⁹⁶ MORALES, Cláudio Rodrigues. **Manual prático do sindicalismo**. São Paulo: Editora LTR, 1999, p. 154.

de dúvida sobre o sentido da norma legal conveniada e de regulamento de empresa”.⁹⁷

Exatamente aqui a racionalidade econômica começa a fazer sentido na prática. Isto se dá porque a partir do momento em que se frustra a negociação, e, portanto, as partes procuram o judiciário estão, por assim dizer, nas mãos do julgador. Agora a racionalidade é do Magistrado, figura esta que provavelmente estará distante da realidade empresarial e ignora os acontecimentos como verdadeiramente o são na prática e no dia a dia da corporação.

Mas este aspecto será melhor explorado no Capítulo 4 (com um estudo de caso aplicando-se a AED e a racionalidade econômica).

Resumidamente, uma reclamação trabalhista caracteriza-se como sendo um dissídio individual, isto porque cuida de interesses subjetivos singulares, ao passo que a mera cumulação de pessoas no polo ativo da demanda caracteriza a modalidade plúrima ou litisconsorciada, ou seja, ainda se está diante de um dissídio individual do trabalho, mas não coletivo. O Dissídio Coletivo era ajuizado particularmente pelo sindicato e tinha esta entidade a prerrogativa de instaurar a instância jurisdicional, ou seja, provocar o Estado-Juiz para que este se manifestasse (artigo 857, da CLT).⁹⁸

Todavia, com a promulgação da Emenda Constitucional nº. 45/2004 que alterou substancialmente o artigo 114, da Constituição de 1988, dando nova redação ao parágrafo 2º., do mesmo artigo, tem-se agora que “recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica”.⁹⁹

Muitas são as questões processuais que admitem discussão neste momento, mas o que importa é afirmar que os Tribunais do Trabalho vão conhecer das questões empresariais e decidir quando receberem um dissídio coletivo de trabalho. Podem, também, modernamente, julgar questões advindas dos dissídios individuais, o que importará ao presente trabalho quando do estudo de caso do Capítulo 4.

Por fim, quanto aos seus efeitos tem-se que a Justiça do Trabalho vai criar norma jurídica, decorrente do seu poder normativo, e isto, igualmente, vai conviver com a

⁹⁷ MORALES, Cláudio Rodrigues. **Manual prático do sindicalismo**. *Op. cit.*, p. 155.

⁹⁸ BRASIL. CLT (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. *Op. cit.* p. 127.

⁹⁹ BRASIL, Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. (Org.) Alexandre de Moraes. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p. 139.

lei. De todo modo, importa neste momento o ambiente institucional em que o comando normativo recairá.

Em síntese, haveria a possibilidade de um comando normativo coletivo sobreviver em um ambiente institucional instável? Parece que não, especialmente se a qualquer tempo ele puder ser alterado pelo julgador quando da análise de um dissídio coletivo, vindo a sepultar o princípio da autonomia da vontade das partes.

2.2.5 Negociação como fator elementar do desenvolvimento econômico e social

Neste momento uma pequena ressalva torna-se pertinente: o aparecimento das grandes empresas multinacionais que detém um poder de decisão muito incisivo sobre o mercado global.

Em que pese tenha feito crítica contundente acerca deste fenômeno – a crescente explosão das empresas potentes economicamente – GALBRAITH acaba por reconhecer em seu trabalho que existe algo de positivo dentro deste fenômeno, porque “a empresa moderna exerce um papel de extrema utilidade na vida econômica contemporânea, mais do que as precedentes entidades capitalistas, primitivas e agressivamente exploradoras”.¹⁰⁰ Aqui mesmo se pode aditar: em que medida as empresas provocam o desenvolvimento? Qual o melhor arranjo institucional que permite a correta ascensão dos mercados?

A forma como a propriedade é tratada, as instituições e as decisões judiciais sobre as empresas acabam impactando diretamente o processo de desenvolvimento. A postura do empresário segue a lógica do mercado. Uma falha provida pelo Estado mediante uma decisão judicial equivocada – que não leve em consideração os efeitos econômicos – pode ser grave o suficiente para emperrar a atividade empresarial e por fim à estrutura de incentivos dos agentes.

As instituições são o pano de fundo das trocas do mercado e do processo produtivo.¹⁰¹ Quando as mesmas são respeitadas a mecânica do processo de

¹⁰⁰ GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes**: verdades para o nosso tempo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 50.

¹⁰¹ MUELLER, Bernardo; CAMPOS, Nauro; IOOTY, Mariana. **Legal Institutions and Firm Performance in Brazil**. Brasília: Economic Analysis of Law Review, v. 04, Jan-Jun, 2013, p. 36.

desenvolvimento é instaurada. Acontece que esse respeito deve propiciar algum resultado efetivo e positivo à população, porque instituições eficientes são confiáveis, do mesmo modo que a lei.¹⁰²

A atuação do Poder Judiciário poderia ser um pouco diferente. Uma releitura dos princípios que embasam o Direito Individual e o Direito Coletivo do Trabalho é mais do que necessária. PINHEIRO e SADDI procederam a um estudo aprofundado sobre a função e a atuação dos Magistrados, notadamente na seara empresarial e qual era, naquele momento, o pensamento dos Juízes acerca do seu papel nas decisões que conferem.¹⁰³ A questão formulada era se os contratos deveriam ser respeitados ou se os membros do Poder Judiciário estariam incumbidos de buscar a justiça social.

As respostas foram as mais diversificadas, sendo que os membros do Poder Judiciário estavam convencidos de que a justiça social era algo que lhes competia no desempenhar de suas funções. Mais, em diversos momentos a desconsideração do contrato, portanto, a decisão judicial que viola o previsto pelas partes nos pactos privados seria algo a se encorajar. Mas o clima que se cria com posicionamentos desta natureza é de instabilidade institucional, o que seguramente recairá sobre o mercado e impactará, de igual modo, o processo de desenvolvimento. Ou seja, se torna mais um custo que recai sempre sobre a parte mais frágil.

Partindo das premissas de que a ponderação de custos e benefícios é intrínseca a tomada de qualquer decisão por parte dos indivíduos racionais, e de que as escolhas efetuadas sempre geram consequências, concluímos que a teoria econômica permeia de objetividade, e conseqüentemente de segurança jurídica, a atuação do julgador, o que pode contribuir para torná-la mais eficiente e justa.¹⁰⁴

O problema reside na ausência de um critério para se definir uma decisão judicial, sendo que a eficiência pode ser um bom sinal de que o caminho percorrido pelos fundamentos encontrados pelo Magistrado não esteja maculado por paixões e

¹⁰² TAMANAHA, Brian Z. **The Primacy of Society and the Failures of Law and Development**. Washington University: Cornell International Law Journal, 2009, vol. 44, p. 214.

¹⁰³ PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 07.

¹⁰⁴ BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. **“Princípio da Eficiência”**. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 35.

posicionamento excessivamente morais.¹⁰⁵

Tendo em vista as exigências internacionais a respeito da aplicação de Convenções que protejam os direitos humanos, apenas a título exemplificativo, pode-se encontrar uma justificativa para a atuação quase legislativa dos Juízes pelos Tribunais Regionais e Superior do Trabalho.

Talvez pelo fato de que a OIT, a nível internacional, determine a proteção do trabalhador em suas relações com o trabalho, promovendo a cooperação entre os povos e a primazia do social em toda a ordem econômica.¹⁰⁶ Por essa razão, PINHEIRO e SADDI realizaram uma pesquisa interessante a respeito da atuação e do papel dos Juízes, na visão deles próprios, de parcela da sociedade civil, de alguns empresários, etc.

A tabela abaixo foi reduzida e recortada do modelo original e reproduz uma amostra estratificada feita por PINHEIRO e SADDI naquele questionamento anterior:

Questão: “Na aplicação da lei, existe frequentemente uma tensão entre contratos, que precisam ser observados, e os interesses de segmentos sociais menos privilegiados, que precisam ser atendidos. Considerando o conflito que surge nesses casos entre os dois objetivos especificados, duas posições opostas tem sido defendidas:

A. Os contratos devem ser respeitados, independentemente de suas repercussões sociais;

B. O juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos.

Com qual das duas posições o (a) senhor (a) concorda mais?

	Concorda mais com a primeira (A)	Concorda mais com a segunda (B)	Outras respostas	Sem opinião
Grandes Empresários	72	15	7	6
Lideranças do segmento de pequenas e médias empresas	45	50	5	0
Membros do Judiciário e do Ministério Público	7	61	32	0

Fonte: Lamounier e Souza (2002)¹⁰⁷

¹⁰⁵ BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. “Princípio da Eficiência”. *op. cit.*, p. 35.

¹⁰⁶ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VILLATORE, Marco Antônio César. **Direito do Trabalho Doméstico**. 2ª ed., São Paulo: LTr, 2001, p. 68.

¹⁰⁷ Tabela comparativa entre o posicionamento de diversos setores da sociedade acerca dos questionamentos propostos. Interessante a posição dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, pelo que em sua grande maioria concordam em superar o acordo contratado e aplicar em maior grau a Justiça Social. Cf.: PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 07.

O interesse na tomada de decisões sociais varia muito entre os Magistrados, porque “a proporção de juízes que concordam com a segunda opção (o juiz tem um papel social a cumprir e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos) também varia conforme a área a que se refere a causa”.¹⁰⁸

Nas demandas que envolvem direitos do consumidor, meio ambiente e as de cunho eminentemente trabalhistas a visão social acaba por sobrepujar a decisão fundada na lei.¹⁰⁹ Isso nem sempre será adequado, tendo em vista as nuances que a racionalidade econômica impõe numa análise mais detida do caso concreto. A adequada alocação de recursos de modo a garantir a máxima eficiência aos agentes envolvidos pode se demonstrar contrária ao que parece óbvio, ou seja, a proteção desmedida do hipossuficiente. Nem sempre o Juiz acerta nesse intento.

Com a NCT não costuma ser diferente. Em que pese o reconhecimento constitucional da celebração de pactos coletivos como mais um direito social,¹¹⁰ tem-se que esta será afastada – especialmente as normas produzidas pelas partes envolvidas – quando o Magistrado a entender injusta ou socialmente impertinente. O clima de instabilidade institucional está assim configurado.

A título exemplificativo, as indústrias têxtil e de equipamentos eletrônicos também sofrem com as decisões judiciais que impactam o cenário econômico.¹¹¹ O uso adequado de arranjos institucionais e o respeito a estes, bem como o seu manuseio correto são eficazes na promoção do desenvolvimento econômico. O empresariado tem observado um maior respeito dos Magistrados quando se consideram relações comerciais. Isso acaba sendo positivo, porque um erro de mercado neste estrato social pode ser muito grave para a subsistência das transações privadas. Pode inclusive as extinguir, o que em último grau importa em extinção do negócio e dos empregos que ele gera.

Por fim, o respeito à Convenção da partes no ambiente de trabalho pode

¹⁰⁸ PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. *Op. cit.*, p. 06.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 06.

¹¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes, 38ª. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 24.

¹¹¹ Bernardo Mueller aponta pesquisa recente sobre a econometria das decisões judiciais. As percepções das empresas não foram tão positivas quanto a atuação do Poder Judiciário, seja em grau de imparcialidade, corrupção, eficiência – aqui sinônimo de celeridade processual, etc. Há uma visão geral negativa acerca da atuação da Justiça brasileira entre os Estados de Minas Gerais, São Paulo e Pernambuco. Cf.: MUELLER, Bernardo; CAMPOS, Nauro; IOOTTY, Mariana. **Legal Institutions and Firm Performance in Brazil**. Brasília: Economic Analysis of Law Review, v. 04, Jan-Jun, 2013, p. 41.

significar um avanço nessa modalidade de tratativa, especialmente quando vista como um aparato capaz de atualizar a legislação trabalhista e maximizar a eficiência.

Empresa que vive em um ambiente estável e previsível para praticar as transações no mercado tende a expandir seus postos de trabalho e propiciar mais desenvolvimento econômico. A NCT é um aparato de regras que garantam governança corporativa (em que pese não seja este o objeto da presente pesquisa não há como não mencionar como fato social) propiciam crescimento econômico e desenvolvimento social.¹¹²

O Estado não está mais sozinho na criação de regras jurídicas. Há um pluralismo jurídico-normativo que precisa ser reconhecido e respeitado quando o assunto é desenvolvimento econômico.

3 RACIONALIDADE ECONÔMICA E A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

A proposição desta pesquisa reside na racionalidade econômica e a negociação coletiva de trabalho. Para tal, diversos aspectos atinentes à racionalidade econômica serão abordados, sendo o ferramental teórico-empírico utilizado a Análise Econômica do Direito (AED).

Muitas decisões judiciais ignoram o impacto econômico provocado por elas, o que acarreta numa exigência comportamental da outra parte, ou seja, o empresário precisa planejar, inclusive, o formato das decisões judiciais que advirão e agir, nesse sentido, em favor de sua própria proteção. BRENNAN – ao estudar a obra completa de POSNER – entende que é necessário haver uma superação da lei,¹¹³ mas como sendo uma atividade complexa, naquele sentido isto representaria a superação de uma falha provocada pela própria lei e que poderá ser, também, em certa medida, provocada pela desconsideração do impacto econômico da decisão judicial.

¹¹² “Law is not any more exclusively conceived as the product of a self-referential State-centered legal discourse. Besides the space-time variety and relativity of legal systems, as well as the plurality of forms of legal pluralism as part of a wider, fragmented and hybrid, social construction, are now considered as uncontroversial facts”. Cf.: OLGATI, Vittorio. **The internationalization of sociology of law**. Porto Alegre: Revista da ABRASAD, v. 01, 2011, p. 26.

¹¹³ BRENNAN, Michael B. **Book Review: Overcoming Law by Richard Posner**. Chicago: Marquette Law Review, v. 79 Issue 1, 1995, p. 330.

Veja-se que a lei precisa ser mais realista e considerar a pesquisa empírica com dados e um quadro econômico teórico, com a finalidade de proporcionar mais realidade à lei e à decisão judicial.¹¹⁴

Em resenha detalhada sobre a obra de Richard Posner, BRENNAN define quatro elementos como sendo centrais à obra do clássico jus-economista: a crença na lei mais realista e menos conceitual, a necessidade de uma cutucada do jogo judicial um pouco mais para o jogo da ciência, a crença em que a economia possa testar e prever o comportamento humano e, por fim, quando a regra não for satisfatória com a realidade, seja porque ela não traz resultado algum, então que seja imediatamente alterada.¹¹⁵

De todo modo, mesmo para a realidade normativa brasileira o pensamento acima pode ainda ser considerado viável, pois não há, em negociação coletiva de trabalho, nenhuma incompatibilidade com o arcabouço proposto por POSNER.

Atente-se que a lei mais realista e menos conceitual pode ser considerada, por equiparação, com a norma produzida pelas partes em uma negociação coletiva qualquer. A partir do momento em que os sujeitos envolvidos no processo passam a estabelecer valores que serão importantes para o ambiente laboral, de igual modo, a realidade passa a se apresentar com dados mais objetivos, ou seja, a crença no idealismo da norma passa a ser subvertida por dados naturais que são mais eficazes na solução de problemas propostos. Interrompe-se a redação rebuscada da lei por algo mais pragmático, fundado em um quadro teórico e econômico de necessidades e vantagens da adoção de determinada regra. Trata-se de um exercício preditivo, exatamente como é sugerido pela AED positiva.

Em relação a cutucada do jogo judicial um pouco mais para a ciência tem-se que a decisão precisa vir embasada em algo mais consistente, como por exemplo na própria lei ou mesmo no respeito ao convencionado pelas partes, porquanto a visão ideológica do Magistrado precisa sofrer algumas limitações para garantir maior estabilidade e segurança jurídica nas decisões: “usar a teoria do Direito para uma melhor compreensão das instituições sociais”.¹¹⁶ Isso vem ao encontro da eficiência e da eficácia das negociações coletivas de trabalho, pois na eficiência se preserva a maximização dos resultados para todos os envolvidos, enquanto que na eficácia se protegem os efeitos pelas partes almejados

¹¹⁴ BRENNAN, Michael B. **Book Review: Overcoming Law by Richard Posner.** *Op. cit.*, p. 330.

¹¹⁵ *Idem*, p. 330.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 329.

e aqueles efetivamente atingidos.

A crença em que a economia possa testar e prever o comportamento humano re-soa em dados objetivos que articulam a estrutura de incentivos dos agentes, ou seja, naquilo que uma lei ou norma convencionada pode efetivamente fazer para alterar o comportamento das partes. Isso não implica reconhecer uma interpretação restrita da lei, mas tão apenas impedir que valores pessoais do julgador possam interferir na tomada de decisões.

A substituição da regra, em consequência, na Negociação Coletiva de Trabalho, ocorrerá toda a vez que for necessário para as partes, garantindo maturidade normativa e dinamismo para a melhor alocação de regras. É preciso reconhecer que uma regra inútil ou ineficaz não precisa conviver em um ambiente normativo qualquer, podendo a qualquer momento ser extinta pelas partes.

Por fim, a abordagem empírica para a Negociação Coletiva de Trabalho parece ser a melhor forma de se criar uma norma jurídica que atinja as partes de modo pleno e traga, por assim dizer, alguma utilidade para todos os envolvidos. Para isso, deveria ser levado em consideração mais elementos estatísticos e dados concretos, portanto, reais e que efetivamente possam trazer alguma melhoria para as partes.

3.1 NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Toda a vez que o comportamento humano estiver sob enfoque será admissível a intersecção da Análise Econômica do Direito. Com um ferramental teórico e ao mesmo tempo empírico, a AED oferece suporte para a compreensão da realidade que opera com recursos escassos. GIKO JR. defende:

Em outras palavras, o direito não possui uma teoria sobre o comportamento humano. É exatamente nesse sentido que a Análise Econômica do Direito – AED é mais útil ao direito, na medida em que oferece um instrumental teórico maduro que auxilia a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos. Assim como a ciência supera o senso comum, essa compreensão superior à intuição permite um exercício informado de diagnóstico e prognose que, por sua vez, é fundamental para qualquer exercício valorativo que leve em consideração as consequências individuais e coletivas de

determinada decisão ou política pública.¹¹⁷

Vale afirmar que a AED sugere o vencimento de um obstáculo de ordem metodológica, ou seja, uma superação do pensamento jurídico tradicional, aquele que historicamente vem buscando soluções com base em princípios e construções filosóficas distantes da realidade, o que foi denominado em SEN de *institucionalismo transcendental*.¹¹⁸

Especialmente a alteração na estrutura de incentivos dos agentes altera, também, o modo que estes irão operar. Referida alteração pode ser dar com a lei ou, noutro momento, com a própria Negociação Coletiva. No segundo caso, como é sabido, a modificação dos incentivos gera efeitos imediatos, mas, especialmente, planejados pelas partes.

As Negociações Coletivas de Trabalho denotam o que o homem possui de mais evidente, qual seja, a expressão de sua vontade como sujeito organizado – ser coletivo obreiro – ou, noutra ponta, o propósito do próprio empregador, porque articulando com recursos escassos, o pensamento humano pode ser captado pela AED, notadamente por conta do contato entre o Direito e a Economia.

Por outro lado, nem sempre economistas e juristas conviveram em um clima amistoso. Por diversas vezes o embate resultou em críticas severas, ora daquela ciência de mercado, ora daqueles que clamavam pela Justiça. Contudo, o que marcou esse movimento foi o período pós-positivista, porque:

No realismo jurídico norte-americano, a reação ao juspositivismo resultou em um clamor pela interdisciplinaridade com as demais ciências para aproximar direito da realidade social, afastando-se de seu formalismo estéril. Esse movimento acabou por gerar várias escolas de pensamento jurídico interdisciplinares, não necessariamente convergentes, que tentavam enxergar o mundo de forma mais realista e pragmática pela ciência, como a Análise Econômica do Direito e os Estudos Críticos do Direito

¹¹⁷ GIKO JR., Ivo Teixeira. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. *Working paper*, 01/2009. Brasília: UCB, 2009, p. 02.

¹¹⁸ SEN aponta que uma abordagem havia sido iniciada por Thomas Hobbes no século XVII e seguida de diferentes modos por pensadores como Jean-Jacques Rousseau, que concentraram-se na identificação de arranjos institucionais justos. A isso se denominou de *institucionalismo transcendental*, que acontecia em dois momentos: primeiro focalizava-se uma sociedade ideal, que não precisava ser viável, para, posteriormente, a busca da perfeição em um modelo afastado das sociedades reais. Portanto, completamente antagônica sobreveio a ética consequencialista focada em realizações. Cf.: SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2ª., reimpressão, 2013, p. 36.

(*Critical Legal Studies*), entre outros movimentos.¹¹⁹

No Brasil, o Direito sempre buscou calibrar o comportamento humano com a norma jurídica, mas pouco o estudou. Porém, a reação ao positivismo jurídico se deu com o neoconstitucionalismo que visou apontar a falha do processo metodológico de subsunção do fato a norma, na medida que a lei não teria, para estes pensadores, a capacidade de solucionar todo e qualquer fato concreto posto à sua disciplina. Para fundamentar “os neoconstitucionalistas fazem referência à linha de defesa de nazistas que, durante o julgamento de Nuremberg, alegaram não ter cometido qualquer crime, uma vez que teriam atuado rigorosamente em consonância com o ordenamento jurídico alemão”.¹²⁰

O que se pretende aqui, por óbvio, é demonstrar que o encontro do Direito com a Economia, atualmente, não é nada casual e não é desprovido de fundamento. Superou-se o dilema das duas grandes guerras mundiais, porquanto o desenvolvimento agora precisa se voltar para a tutela de interesses econômicos, também sustentáveis.

Mas os Tribunais ainda vem enfrentando a questão de modo tímido, pois “a politização das decisões judiciais se observa igualmente na tentativa de alguns Magistrados de proteger certos grupos sociais vistos como a parte mais fraca nas disputas levadas aos Tribunais”.¹²¹

No caso das Negociações Coletivas de Trabalho (aqui se valendo do gênero, pois englobante das subespécies ACT e CCT) toda vez que o Poder Judiciário altera a rota destas intenções particulares, modifica, também, a estrutura de incentivos dos agentes, porque será sempre um risco a mais a decisão do Tribunal, o que poderá, não raras vezes, comprometer o próprio processo de negociação e alterar substancialmente o comportamento das partes.

Foi por isso que PINHEIRO e SADDI, parafraseando NUSDEO, aduziram que “a divisão entre a ciência do Direito e a ciência da Economia vem se tornando menos rígida com as transformações que se observam na aplicação do Direito”.¹²²

O que implica reconhecer que a aplicação do Direito também será a causa da

¹¹⁹ GIKO JR., Ivo Teixeira. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. *Working paper*, 01/2009. Brasília: UCB, 2009, p. 06.

¹²⁰ *Idem*, p. 07.

¹²¹ PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 07.

¹²² *Idem*, p. 09.

mudança do paradigma proposta pela AED. NORTH aponta que o tratamento adequado das instituições, bem como o conjunto de regras formais e informais (para o direito norte americano aqui residiriam as convenções – ou seja, juntamente das regras informais) determinariam a estrutura de incentivos dos sujeitos, bem como o rumo da atividade econômica, sendo assim, deve-se dar atenção especial às instituições no âmbito do desenvolvimento.¹²³

Portanto, da mesma forma que a AED propõe o estudo do comportamento humano diante da criação de uma metodologia, em NORTH as instituições comporiam as restrições ao comportamento, idealizadas pelo próprio homem, na defesa da administração de uma estrutura de incentivos. Mais que isso, as instituições também ofereceriam um aumento do valor da renda agregada, porque reduzem os custos existentes entre as transações.¹²⁴

Todavia, relembro um último argumento sobre a AED: ela pode ser positiva ou normativa, ou seja, poderá anteceder o fato e dimensioná-lo de modo a lhe definir seus efeitos econômicos, ou, noutro momento, amplificar o resultado da norma com uma análise posterior (ocasião em que será normativa).

De forma geral, os juristas estão preocupados em tentar responder duas perguntas básicas: (i) quais as consequências de um dado arcabouço jurídico, isto é, de uma dada regra; e (ii) que regra jurídica deveria ser adotada. A maioria de nós concordaria que a resposta à primeira indagação independe da resposta à segunda, mas que o inverso não é verdadeiro, isto é, para sabermos como seria a regra ideal, precisamos saber quais as consequências dela decorrentes. A primeira parte da investigação refere-se à AED positiva (o que é) enquanto a segunda à AED normativa (o que deve ser).¹²⁵

Portanto, a norma negociada anteverá o fato e regulará seus efeitos, ao passo que a regra legislada deverá operar por meio da subsunção do fato à norma, sendo esta muitas vezes inapropriada, porque defasada. A solução negociada será sempre mais

¹²³ “Institutions are the humanly devised constraints that structure human interaction. They are made up of formal constraints (e.g., rules, laws, constitutions), informal constraints (e.g., norms of behavior, conventions, self-imposed codes of conduct), and their enforcement characteristics. Together they define the incentive structure of societies and specifically economics”. Cf.: NORTH, Douglas C. **Economic Performance Through Time**. In: *The American Economic Review*, v. 84, nº. 3. (Jun., 1994), p. 360.

¹²⁴ *Idem*, p. 360.

¹²⁵ GIKO JR., Ivo Teixeira. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. *Working paper*, 01/2009. Brasília: UCB, 2009, p. 13.

producente, porque mais eficaz que a legal.

Acontece que a forma pela qual se dá referida operação exige do sujeito que reconheça sua racionalidade como um recurso escasso também. No próximo subitem analisar-se-á a racionalidade humana como elemento protagonista do interesse do Direito pela Economia.

3.1.1 Racionalidade: noções e apontamentos

Porque não definir, pela semântica do termo, o conceito de racionalidade?

FERREIRA define racionalismo como sendo o “método de observar as coisas baseado unicamente na razão”.¹²⁶ Interessante, porque avoca, da mesma forma que a AED o faz, um método para analisar as coisas que se baseia na razão, por isso racional.

O comportamento humano é racional diante das escolhas, sendo que muitas vezes o indivíduo sujeita-se a determinada consequência sabendo que não poderia ser diferente, ou seja, esperou-se por aquele fato que decorreu de uma escolha lógica e racional.

Na Negociação Coletiva de Trabalho (aqui considerando o ACT e a CCT), os sujeitos envolvidos negociam direitos disponíveis, sendo que o interesse mais marcante orbita em torno das condições econômicas do contrato de trabalho. Isto porque o empregador almeja a redução dos custos e o aumento do lucro e o trabalhador, por outro lado, deseja melhorar sua remuneração e condição de trabalho.

Por assim afirmar, as Negociações Coletivas de Trabalho exprimem a vontade humana que, inevitavelmente, terão efeitos econômicos. Nenhuma oferta negociada está livre de ocasionar consequências econômicas. Imagine-se que determinada categoria de trabalhadores está postulando por um aumento na fração de horas extras laboradas à noite. Isso se dá tendo em vista que a Consolidação das Leis do Trabalho, para casos tais, determina o pagamento de no mínimo cinquenta (50%) sob o valor da hora trabalhada. Se o serviço for prestado à noite, deverá ser acrescido do respectivo adicional.

Caso as partes que negociam cheguem a uma conclusão que as beneficia

¹²⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Paulo Geiger, 3. ed., 1993, p. 458.

reciprocamente, a Negociação Coletiva será celebrada e os efeitos econômicos dela decorrentes sobrevirão em questão de tempo. Veja-se o caso sob uma nova perspectiva: e se fosse possível negociar para um limite abaixo do legalmente previsto, qual seja, menor do que cinquenta (50%)? Seguramente não haveria acordo, pois os trabalhadores não estariam dispostos a aceitar um prejuízo em suas respectivas remunerações. Mais que isso, pode-se afirmar que não estariam dispostos a trabalhar para o empregador sob estas condições.

Agora, se os mesmos trabalhadores ficarem convencidos de que uma redução mínima em suas remunerações protegeria o seu contrato de trabalho de uma despedida sem justa causa, pode se imaginar que a negociação seria celebrada, ainda que contrária ao interesse da maioria.

O legislador se precaveu de questões semelhantes, em que pese não esteja clara na redação da lei as formas que se exteriorizam prejuízos à remuneração dos trabalhadores, toda a vez que isto se der, o Poder Judiciário poderá corrigir, sumariamente, a direção destas negociações, vindo a declarar a nulidade de cláusulas negociais lesivas aos direitos dos trabalhadores.

Daí se extrai o modelo clássico de eficiência, pois “na visão clássica da economia, em que a unidade básica de análise da teoria econômica é o indivíduo, a eficiência é visualizada apenas em relação a um dos contratantes”.¹²⁷ Portanto, admitir a hipótese em que as cláusulas negociais estejam sempre em sintonia com o interesse de uma das partes, isoladamente consideradas, parece comprometer a eficiência da negociação.

Atente-se que referido modelo clássico foi contestado e se admitiu a existência de falhas da racionalidade, porque “prazer, ideais, objetivos indiretos podem influenciar o poder de escolha do contratante. Nesta circunstância, apontam as falhas de racionalidade que podem comprometer a eficiência que o modelo clássico associa às escolhas das partes no negócio”.¹²⁸

É claro que a redução do valor pago a título de horas extras noturnas, como no exemplo acima, desencoraja a análise da perspectiva aqui proposta sob o prisma do princípio protetivo do trabalhador. Todavia, se a medida for adotada em caráter de urgência

¹²⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Racionalidade Limitada**. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius (Org.). O que é análise econômica do direito: uma introdução. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 63.

¹²⁸ *Idem*, p. 66.

e de modo excepcional, por exemplo, a fim de salvar a vida econômica da empresa e os postos de trabalho que esta disponibiliza, os efeitos sociais de cumprir a regra clássica – irreduzibilidade salarial – podem corromper a existência do próprio negócio empresarial. Transgredir, neste caso, importará em preservar a empresa da ruína.

Referido comportamento manterá os postos de trabalho, bem como convergirá para a tutela dos interesses dos próprios trabalhadores, porque estes, em algum momento de crise, por exemplo, não deixarão de receber suas respectivas remunerações e manterão seus empregos.

COASE afirmou algo parecido ao que se pretende deduzir aqui, senão vejamos:

A abordagem tradicional tende a obscurecer a natureza da escolha que deve ser feita. A questão é normalmente pensada como uma situação em que **A** inflige um prejuízo em **B**, e na qual o que tem que ser decidido é: como devemos coibir **A**? Mas isso está errado. Estamos lidando com um problema de natureza recíproca. Evitar o prejuízo a **B** implicaria causar um prejuízo a **A**. Assim, a verdadeira questão a ser decidida é: **A** deveria ser autorizado a causar prejuízo em **B**, ou deveria **B** ser autorizado a causar um prejuízo em **A**? O problema é evitar o prejuízo mais grave.¹²⁹

Isto implica concluir que mais questões estão envolvidas no processo de escolha racional que encampa uma Negociação Coletiva de Trabalho. Claro que estes mesmos aspectos que apontam para as falhas da racionalidade humana também apontam para limites existentes neste processo, pois “a mente humana é visto com um recurso escasso”.¹³⁰

Costuma-se acreditar na escolha que identifique a causa e localize a adequada punição ante o descumprimento de uma norma legal ou convencional. Contudo, a racionalidade humana permite a expansão das hipóteses e, porque não, outras medidas de solução para o mesmo problema exposto, ou seja, não localizar somente o culpado, muito menos ficar restrito a puni-lo, e sim optar pela escolha que provoque o menor prejuízo recíproco para as partes envolvidas – ou seja, o modelo moderno de eficiência.

Outro fator importante é que muitas vezes as partes optam por ignorar algo, portanto, sua racionalidade será direcionada propositalmente para uma “ignorância

¹²⁹ COASE, Ronald. O problema do custo social. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**. Chicago, vol. 03, 2008, p. 01.

¹³⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Racionalidade Limitada**. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius (Org.). O que é análise econômica do direito: uma introdução. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 67.

racional”¹³¹.

Mas de que forma isso seria possível? Imagine-se que o sujeito está diante de uma escolha binária, portanto, está prestes a decidir se comprará um veículo ou se votará em determinado candidato político. Sabendo-se que a probabilidade do carro vir a lhe proporcionar maior bem-estar é muito maior do que a chance do político vencer uma eleição, dessa forma, o indivíduo opta por comprar um carro e não votar no seu candidato, por exemplo. Veja-se que independente do voto daquele sujeito, ainda assim é possível que seu candidato venha a vencer a eleição, portanto, seu voto naquele momento faria com que ele perdesse seu tempo e a oportunidade de realizar a compra do carro. Por isso, racionalmente, ele ignora a eleição do político e opta por comprar um carro, porque os resultados serão mais garantidos.¹³²

Foi por isso que NORTH afirmou que a racionalidade ainda pode ser instrumental, porque previne e pune o comportamento desonesto, por exemplo, ensinando aos jogadores (aqui se pode incluir os sujeitos envolvidos na negociação coletiva de trabalho) certos valores corretos de como jogar adequadamente. Por meio do fornecimento de *feedbacks* de informações e arbitragens, os atores irão corrigir os modelos de negociação equivocados, e atingir seus objetivos com um comportamento adequado, portanto, racional – ainda que limitado por paixões, prazeres e objetivos indiretos.¹³³

Em seguida analisar-se-á de que modo a racionalidade se tornou econômica, e, diante da Teoria Clássica, como era tratada e dimensionada.

3.1.2 Teoria Econômica Clássica e a racionalidade plena

Neste momento torna-se necessário estabelecer algumas considerações acerca da Teoria Econômica Clássica. É certo que seria impossível, metodologicamente, em um

¹³¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?** São Paulo: Cadernos de Direito GV, vº. 05, nº. 02, março de 2008, p. 19.

¹³² SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?** *Op. cit.* p. 19.

¹³³ “But the informational and institutional requirements necessary to achieve such efficient markets are stringent. Players must not only have objectives, but know the correct way to achieve them. But how do the players know the correct way to achieve their objectives? The instrumental rationality answer is that, even though the actors may initially have diverse and erroneous models, the informational feed back process and arbitrating actors will correct initially incorrect models, punish deviant behavior, and lead surviving players to correct models”. Cf.: NORTH, Douglas C. “**Economic Performance Through Time**”. In: *The American Economic Review*, v. 84, nº. 3. (Jun., 1994), p. 360.

único tópico, estabelecer todo o desenho da Escola Clássica Econômica e dimensioná-la de modo exato, garantindo a perfeita compreensão da proposição. Contudo, o objetivo agora reside na identificação de pontos imprescindíveis para o que se pretende abordar com a presente pesquisa, qual seja: a questão da racionalidade plena e da não previsibilidade dos custos de transação como elementos que alteram a rota das negociações.

Justamente neste aspecto, convém destacar a posição de SCHAPIRO, mormente pois “em relação ao *mainstream* neoclássico, os estudos de autores como Ronald Coase ou Oliver Williamson têm sugerido que, no mundo real, as trocas entre os agentes não são necessariamente instantâneas e perfeitas, e tampouco estes atores detêm uma racionalidade ilimitada”.¹³⁴

Por essa razão, COASE e WILLIAMSON trouxeram novas considerações acerca da realidade econômica. Mas que realidade era esta? Para uma abordagem resumida da Teoria Econômica clássica destaque-se o posicionamento dos estudiosos da NEI:

Diferentemente, os trabalhos da NEI têm procurado mostrar que nas transações econômicas não só ocorrem fricções (como os custos de transação), como a racionalidade dos agentes é limitada – a sua capacidade de decisão não é plena. Em razão disso, esses autores introduzem as instituições em suas análises, argumentando que as relações econômicas são reguladas por aparatos de coordenação, como a propriedade e o contrato.¹³⁵

Por assim afirmar, a economia clássica considerava plena a racionalidade dos agentes, bem como não considerava os custos de transação na operação econômica, o que deixava de considerar estes elementos. Ainda, não havia incluído as instituições como elemento relevante para a economia.

A eficiência era, como afirmado anteriormente, vista em relação a somente um dos envolvidos na negociação, portanto individualista. A teoria econômica clássica havia sido modelada para um mundo ideal e sem atritos (custos das transações). Neste momento passa-se à análise de alguns fatores que atualmente são salutares para a construção daquilo que se convencionou chamar de Teoria Econômica.

¹³⁴ SCHAPIRO, Mario Gomes. **Repensando a relação entre Estado, Direito e Desenvolvimento: os limites do paradigma *Rule of Law* e a relevância das alternativas institucionais.** São Paulo: Revista de Direito GV, p. 217, Jan-Jun 2010.

¹³⁵ *Idem*, p. 217.

A primeira crítica apontada na obra *Economic Performance Through Time* de Douglas NORTH consistiu em afirmar que haveria uma preocupação intensa dos economistas neoclássicos em como os mercados funcionam, mas se ignorou por completo o modo como eles se desenvolveram. Da mesma forma, ignorou-se a estrutura de incentivos incorporadas às instituições, o tempo e de que estas mesmas instituições não teriam importância alguma.

A Teoria Econômica Clássica não teria abordado o pressuposto da racionalidade limitada e a dimensão do tempo como elementos do pensamento econômico. Dispensou, também, como afirmado, as instituições. NORTH, no artigo específico sobre o desempenho econômico através do tempo, também atestou estarem os indivíduos sujeitos a escolhas que decorrem de um aprendizado, portanto, culturais. Na eleição dos arranjos institucionais que servirão como base ao desenvolvimento econômico serviriam-se desta mesma cultura e estariam limitados àquilo que sabem e que teriam aprendido através do tempo.

Os indivíduos, portanto, também teriam modelos subjetivos baseados em informações insuficientes, o que não fora percebido pelos neoclássicos. Ainda, os custos das transações também foram ignorados, pelo que o mercado trabalharia em um mundo sem atritos (na ausência destes mesmos custos): aí a negociação seria a absolutamente ideal.¹³⁶

As ações dos jogadores – agentes econômicos – não eram monitoradas, tampouco havia um estudo do curso destas ações. O mercado era governado por uma mão invisível – *invisible hand* – defendida por Adam Smith.

A consideração das instituições foi significativa na construção da moderna Teoria Econômica, porque incluíram-se elementos descartados pela análise neoclássica. Ademais, a interação entre estas instituições fez com que a economia evoluísse, porque seriam elas – as instituições – as regras do jogo e os empresários os seus jogadores.

Outro ponto a se destacar na análise das instituições através do tempo estaria no fato de que elas se modificam constantemente, bem como a forma pela qual se dá a contratação e as regras. Não obstante as alterações legislativas possam se dar do dia para a noite, as regras informais mantem-se, mas isso não quer dizer que elas também não estejam

¹³⁶ “Quando se é caro para transacionar, então as instituições importam”. Cf.: NORTH, Douglas C. **Economic Performance Through Time**. *Op. cit.* p. 360.

em constante movimento.¹³⁷

Em relação ao preço, por sua vez, a visão neoclássica econômica também acreditava que estes forneceriam as informações necessárias acerca da oferta e da procura, a ponto de ditar no mercado qual seria o seu funcionamento. Veja-se que “mercados fornecem informações, em parte, ao gerarem preço. Cada preço é um item de informação, potencialmente valioso, sobre oportunidades disponíveis”.¹³⁸

Mas sobremaneira importante numa análise moderna econômica é a intervenção do Estado quando houver falhas de mercado ou na hipótese de descumprimento dos contratos. Isto porque “mercados funcionam melhor dentro de uma estrutura legal estável contendo uma série de direitos bem definidos”.¹³⁹ Portanto, o mercado não pode se governar absolutamente sozinho.

É preciso que haja um “policimento dos direitos e contratos contra a fraude, a trapaça, a destruição e o roubo”.¹⁴⁰ Isto comporia uma estrutura legal bem definida de direitos econômicos e estabilizaria o ambiente institucional para aprimorar as negociações.

Por fim, uma pequena reflexão. Não estaria o Poder Judiciário do Trabalho a desconsiderar a presença destes elementos na economia ao decidir sem levar em conta como as instituições se desenvolvem? A questão será abordada no estudo de caso do capítulo 4.

3.1.3 A Nova Economia Institucional e os limites da racionalidade

Como se pôde constatar a racionalidade encontra uma série de limites. Paixões, interesses e objetivos indiretos vão influenciar o processo de escolha do indivíduo. No cenário das negociações coletivas de trabalho, a NEI passa a assumir papel importante colimando a arena dos jogadores com substratos que vão garantir maior estabilidade destes mesmos processos.

Mais que isso, para que o comando normativo prevaleça em um ambiente institucional não estável no qual a lei não é respeitada é preciso um esforço muito grande

¹³⁷ NORTH, Douglas C. **Economic Performance Through Time**. *Op. cit.*, p. 359-367.

¹³⁸ MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p. 36.

¹³⁹ *Idem*, p. 37.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 37.

por parte do julgador, isto porque culturalmente no Brasil é missão do Magistrado fazer justiça social.

Veja-se que TAMANAHA aponta inúmeras opções para solucionar o problema da instabilidade no cenário das negociações, tomando por consideração vários aspectos da realidade local, tais como: (i) a história da população, (ii) a tradição desta, (iii) a cultura da sociedade, (iv) seu sistema político-econômico, (v) a distribuição de riqueza e de poder, (vi) o grau de industrialização, (vii) a etnia e a língua, aliadas ao aspecto religioso (presença de tensão do grupo), (viii) nível de educação da população, (ix) grau de urbanização e aspectos geopolíticos.¹⁴¹

Diante de tais aspectos, portanto, ao se estabelecer uma negociação (compreendida como uma instituição) os referidos fatores por certo impactarão na produção de efeitos e nos objetivos pretendidos, podendo ocasionar resultados positivos ou negativos para as partes envolvidas. Vale afirmar, muitos aspectos, notadamente aqueles de ordem cultural e éticos, podem impactar a abordagem institucional e não servir adequadamente ao fim que se propõe, vindo, posteriormente, a ser corrompido o interesse das partes.

O Magistrado quando declara a nulidade de uma cláusula convencional sem levar em consideração os efeitos que sua decisão poderá acarretar na ordem econômica pode, inclusive, estar participando de um processo de falha no mercado ocasionado pelo próprio Estado (o que é muito mais grave do que uma falha de mercado gerada pelo próprio particular), tendo em vista que esta vem revestida de autoridade. TAMANAHA afirmou categoricamente que “o Estado de Direito não é algo que existe fora da cultura”.¹⁴² O papel do Magistrado e a cultura deste, também, irão convergir na sua decisão, ocasião em que os efeitos econômicos serão sentidos por todos.

Mas não se pode imputar somente ao Magistrado o fato deste estar inserido em um ambiente cultural que lhe propicie opiniões e posições políticas, porque o advogado também contribui para o processo decisório. Promover uma alteração na educação e no

¹⁴¹ Legal institutions and cultural attitudes toward law exist inseparably within a broader milieu that includes the history, tradition, and culture of a society; its political and economic system; the distribution of wealth and power; the degree of industrialization; the ethnic, language, and religious make-up of the society (the presence of group tension); the level of education of the populace; the extent of urbanization; and the geo-political surroundings (hostile or unstable neighbors)— everything about a particular society matters. Cf.: TAMANAHA, Brian Z. **The Primacy of Society and the Failures of Law and Development**. Washington University: Cornell International Law Journal, 2009, vol. 44, p. 214.

¹⁴² *Idem*, p. 213.

ensino jurídico nas universidades é uma forma amistosa de abordar o problema no futuro, bem como melhorar o apoio à cultura jurídica que se consubstancia, em última análise, no respeito à lei.¹⁴³ Fácil a percepção pela simples análise de um fato público e notório: o ensino do Direito Coletivo do Trabalho nas universidades é bastante difuso e rarefeito, quando muitas vezes sequer é abordado nas grades curriculares.

Mas em que implicaram os estudos da Nova Economia Institucional (NEI)?

RIBEIRO e AGUSTINHO sustentam ser o raciocínio desta modalidade de pensamento pautado pelo método dedutivo, em que as premissas são: (i) as instituições importam para a análise econômica, (ii) a teoria econômica é capaz de explicar a determinação destas instituições através de seu próprio instrumental, (iii) o desempenho econômico é substancialmente afetado pelo uso destas mesmas instituições.¹⁴⁴

Começando pelo segundo item: trata-se da noção de racionalidade limitada. Para os economistas da NEI, a racionalidade do agente econômico não é plena e está passível de falhas.

SIMON aponta a racionalidade como um recurso limitado. Para este autor haveria uma Teoria da Utilidade Subjetiva (*S.E.U. THEORY – Subjective Utility*) que classificaria limites cognitivos ao processo de racionalidade em três estanques: (i) um conjunto fixo de alternativas, (ii) a distribuição subjacente de probabilidades conhecidas e (iii) a maximização do valor esperado de uma dada função de utilidade.¹⁴⁵

Mas este modelo estaria defasado pela psicologia cognitiva moderna, a qual defende estarem os indivíduos interessados em um curso dependente de suas ações (uma trajetória), ou seja, haveria um gasto de tempo muito grande para analisar as consequências das tomadas de decisões, o que reafirma estarem as partes reconhecendo a sua racionalidade limitada neste modelo da NEI. Além disso, os limites da capacidade de prever o futuro influenciariam na avaliação das alternativas das consequências daquelas suas ações,¹⁴⁶ ou seja, este é o modelo da teoria da racionalidade limitada, pois “a teoria é

¹⁴³ TAMANAHA, Brian Z. **The Primacy of Society and the Failures of Law and Development**. *Op. cit.*, p. 211.

¹⁴⁴ AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Economia Institucional e a Nova Economia Institucional**. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 124.

¹⁴⁵ SIMON, Herbert A. **“Models of bounded rationality: empirically grounded economic reason”**. Massachusetts: The Mit Press, vº. 03, 1997, p. 291.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 291.

um aparelho destinado à predição das escolhas, supondo o que seria uma resposta objetiva ideal para a situação apresentada”.¹⁴⁷

NORTH crê que “é a cultura que fornece a chave para a dependência da trajetória - um termo usado para descrever a poderosa influência do passado no presente e no futuro”.¹⁴⁸ Trata-se do denominado *path dependence*.

Dessa forma, um ambiente institucional adequado para as partes negociarem seguramente tornará a composição dos interesses mais eficaz, ou seja, “é a confiança na promoção do desenvolvimento a partir da promoção de boas regras do jogo, capazes de amparar um ambiente econômico estável e seguro para as transações privadas”.¹⁴⁹

Isso exprime o significado de uma Nova Economia Institucional (NEI) que, conforme Mario Gomes SCHAPIRO:

No âmbito das ideias econômicas, a concepção prevalecente que informa esse paradigma provém de uma apropriação de estudos da Nova Economia Institucional (NEI), escola oriunda de uma revisão interna dos cânones da teoria econômica de matriz neoclássica, que introduziu as instituições como uma variável da análise econômica.¹⁵⁰

Um ambiente estável, previsível e especialmente protegido pelo Direito no qual as Negociações Coletivas de Trabalho são respeitadas. Com isso se conta com o auxílio do Poder Judiciário do Trabalho, preparado para enfrentar questões de cunho econômico, especialmente decidi-las de modo a propiciar a melhor alocação de recursos possível.

A inovação da NEI reside especialmente em incluir as instituições no quadro do desenvolvimento, porque internalizando-as como variáveis de uma análise econômica voltam a investigar, além de tudo, a qualidade de um bom ambiente institucional.

Quando as instituições são garantidas por políticas legislativas que as fortalecem, de igual modo ficam fortalecidas as interações entre os agentes e, evidentemente, o próprio mercado. Agora se as mesmas políticas legais acabarem por

¹⁴⁷ SIMON, Herbert A. “**Models of bounded rationality: empirically grounded economic reason**”. *Op. cit.*, p. 293.

¹⁴⁸ NORTH, Douglas C. “**Economic Performance Through Time**”. In: *The American Economic Review*, v. 84, nº. 3. (Jun., 1994), p. 364.

¹⁴⁹ SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, Direito e Desenvolvimento: os limites do paradigma *Rule of Law* e a relevância das alternativas institucionais. São Paulo: **Revista de Direito GV**, Jan-Jun. 2010, p. 214.

¹⁵⁰ *Idem*, p. 217.

comprometer a economia criando regras que evidenciem uma falha de mercado, muito mais drástico será o impacto negativo sobre o desenvolvimento econômico.

Mas de que forma pode ser voltada a NEI para o âmbito das negociações coletivas de trabalho? Justamente com a promoção de um ambiente propício para as transações privadas. Veja-se, repetidamente, em SCHAPIRO:

Outro exemplo possível são as regras jurídicas, também do regime societário alemão, segundo as quais trabalhadores e acionistas são igualmente representados no conselho de administração e estimulados a empreender processos de negociação coletiva, dos quais resultam as estratégias corporativas. Em ambos os casos (negociações com acionistas em bloco e com trabalhadores), o papel principal do direito societário não é oferecer mecanismos para uma proteção individualizada da propriedade, seja de acionistas ou de credores, realizada na forma de uma litigância personalista, mas sim garantir, por meio de regras de governança, espaços e instrumentos que estimulem barganhas entre grupos corporativos, resultando assim na representação dos interesses dos diversos *stakeholders*.¹⁵¹

Isso significa afirmar que as regras são produzidas e voltadas para o interesse de todas as partes envolvidas, o que significativamente é mais eficiente e poderá também expandir maior eficácia normativa e, noutro momento, terá a futura chancela do Poder Judiciário do Trabalho.

Mais uma vez destaque-se o que NORTH afirmou: “é a interação entre as instituições e as organizações que moldam a evolução institucional de uma economia. Se as instituições são as regras do jogo, as organizações e seus empresários são os jogadores”.¹⁵²

A interação entre as instituições, portanto, ocorrendo em um ambiente seguro e estável para as partes interessadas, promoverá ainda um maior desenvolvimento. Vale afirmar, a Negociação Coletiva de Trabalho interagirá com outras instituições, notadamente a propriedade, permitindo que os trabalhadores tenham voz e voto, inclusive, na administração da empresa.

A NEI, portanto, vê nas instituições um aparato confiável para a promoção do desenvolvimento econômico. Mas o que haveria levado a uma mudança de pensamento?

A razão para essa mudança de enfoque parece clara nesse momento: o modelo alemão

¹⁵¹ SCHAPIRO, Mario Gomes. *Op. cit.*, p. 241.

¹⁵² NORTH, Douglas C. **Economic Performance Through Time**. In: *The American Economic Review*, v. 84, nº. 3. (Jun., 1994), p. 361.

de participação operária, ao permitir a formulação teórica e a tutela de um interesse social não-redutível ao interesse do grupo de sócios e identificável ao interesse e manutenção da empresa, fixa os parâmetros para a discussão sobre o tipo de organização mais apta a garantir tal interesse. Daí poder ser denominado de *Institucionalismo organizativo*.¹⁵³

Por fim, reforça-se que a Negociação Coletiva de Trabalho sob o enfoque da racionalidade econômica permite, justamente, a composição de interesses de modo a valorizar a vontade de todos os envolvidos, permitindo, portanto, uma melhor organização da própria estrutura da empresa, o que notadamente, conta com a participação do trabalhador.

Passa-se, em seguida, a discorrer sobre mais uma premissa da racionalidade econômica, qual seja, sua posicionalidade que lhe atribui mais um novo limite.

3.1.4 Racionalidade posicional e o limite da criatividade jurídica das partes envolvidas

Ao se observar várias nuvens no céu a partir de um ponto fixo da Terra e a olho nu, como seria possível determinar a que distância elas estariam do sujeito observador? Ou então, entre as nuvens, qual a distância exata que as separam? Impossível saber, tem-se apenas uma ideia subjetiva de qual é o percurso que se deve percorrer com os olhos, mas jamais uma trajetória exata para se identificar em valores o quanto isto significa.

Decorrência de uma racionalidade limitada, o ponto que o indivíduo assume na análise da realidade significa mais um limite ao pensar que, não obstante possa retratar um significado mínimo, ainda assim será rarefeito ou impreciso.

O mais adequado para a hipótese acima seria investir em tecnologias para se auferir um resultado mais exato, contudo, assim como o ar é móvel, a hipótese das nuvens também se torna algo não palpável, isto porque o seu movimento impediria um resultado definitivo. Seria um esforço em vão e um custo sem resultado algum.

Mais que isso, esses equipamentos, medidores, satélites, os profissionais treinados para tal finalidade, tudo isso geraria um custo para se obter a informação necessária, o que encarece o processo de observação. Imagine-se o caso deste mesmo

¹⁵³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. São Paulo: Editora Malheiros, 2ª. ed. reformulada, 2002, p. 35.

processo precisar ser repetido diversas vezes, o quanto isso não representaria em despesas.

Na criação das normas o mesmo se dá. As partes podem, ainda que intencionalmente, negligenciar hipóteses em decorrência de sua racionalidade limitada e posicional, o que acarretará em um prejuízo recíproco, sendo, portanto, ineficiente ao fim que se propõe.

O princípio da criatividade jurídica das partes envolvidas é sintetizado pela própria semântica do termo, ou seja, às partes cabe exercer sua criatividade de modo que a criação das normas que irão compor a negociação coletiva melhor lhes satisfaça.

Neste momento, contudo, uma reflexão inicial é preciso ser feita. Será a criatividade ilimitada? Parece que não. SEN afirma algo nesse exato sentido:

Tentar ir além do confinamento posicional é também central para a epistemologia. Há, no entanto, um problema com a observação e, muitas vezes, um obstáculo à compreensão do que está acontecendo a partir da perspectiva limitada daquilo que observamos. O que podemos ver não é independente de onde estamos em relação ao que estamos tentando ver.¹⁵⁴

O *confinamento posicional* é um local que impede o homem, intelectivamente, de expandir seu campo de observação e ir além, ou seja, limita-lhe na sua compreensão da realidade, bem como na resposta esperada, afastando-lhe da ética. Quanto à esta (ética econômica), para o mesmo autor, tornar-se-ia mais adequado partir-se de local nenhum, por mais difícil que possa parecer, contudo, “a busca de algum tipo de compreensão do mundo que seja independente da posição é fundamental para o esclarecimento ético que pode ser procurado em uma abordagem não relacional”.¹⁵⁵

As partes envolvidas em uma negociação, portanto, são vítimas deste *confinamento posicional*, porque limitadas na sua racionalidade. Ainda, todas as informações podem não estar disponíveis no processo de negociação, vindo-lhes a impor gravames futuros por conta da incapacidade humana em prever e absorver toda a informação, seja disponível ou não.

Fácil a compreensão com o caso que se trabalhará no Capítulo 4: o adicional por tempo de serviço. Adiantando, o ATS varia conforme o decorrer da contratualidade.

¹⁵⁴ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2ª. reimpressão, 2013, p. 188.

¹⁵⁵ *Idem*, p. 193.

Neste caso, a celebração de um termo aditivo ao acordo coletivo de trabalho que lhe criou poderá fixar a progressão do respectivo adicional, o que implica afirmar, desnaturá-lo, fazendo com que sua fração deixe de variar conforme o passar do tempo.

Neste caso tem-se um prejuízo ao trabalhador, mais especificamente ao seu patrimônio econômico adquirido, eis que, hodiernamente, a cláusula negocial integra o contrato de trabalho, para todos os fins. Mas continuando, imagine-se que ao mesmo trabalhador fora oferecida uma soma em dinheiro – indenização para a fixação do valor do adicional – o que, *prima facie*, tendo em vista o dinheiro vivo, poderá parecer mais vantajoso, para que este mesmo sujeito aceite o congelamento do seu adicional. Pareceria vantajoso, mas matematicamente não o é.

Entretanto, pode-se presumir ilícita a conduta do empregador nestes casos, ou seja, uma indução – falha na racionalidade – do mesmo sujeito que aceitaria o acordo ofertado pelo seu empregador? Este posicionamento será melhor desenvolvido por ocasião do estudo de caso do Capítulo 04.

Mas prosseguindo, portanto, estaria o trabalhador apto a realizar um cálculo matemático que lhe forneça a precisão entre o valor da oferta inicial – pagamento de indenização – ou prosseguir com seu adicional por tempo de serviço variável? Repetidamente parece que não. Para o momento lhe faltam condições matemáticas e intelectivas – assimetrias informacionais – para realizar a melhor escolha, e isto poderá induzir a uma fraude na NCT.

TOKARS chama de *comportamento desonesto* a assimetria das informações entre as partes quando estas estão negociando e, uma delas, portanto, possui maior conhecimento acerca do produto da venda que, para o presente estudo, representa o interesse na Negociação Coletiva de Trabalho, e se prevalece disso, senão vejamos:

Da aplicação dos postulados básicos da teoria da assimetria de informação pode-se constatar os custos gerais da desonestidade de certos agentes econômicos. A partir do momento em que, no plano institucional, não se inibe eficientemente o comportamento desonesto, o mercado passa a trabalhar com a perspectiva da desonestidade, o que afeta o sistema de preços e a própria gama de realização de negócios.¹⁵⁶

¹⁵⁶ TOKARS, Fabio Leandro. **Assimetria Informacional**. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). O que é análise econômica do direito: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 94.

É certo que o empregador no caso do ATS era detentor da informação de que o pagamento de uma soma em dinheiro e à vista ao empregado, em troca da estagnação fracionária do progresso da parcela ao longo do tempo, era, também, significativamente mais vantajoso para os interesses da empresa, mas isso não lhe garante uma posição de usurpador dos direitos trabalhistas.

Mais que isso, não se pode afirmar que o trabalhador assumiu uma posição que lhe direcionou para uma *ilusão objetiva*.¹⁵⁷

Existe, sem dúvidas, um limite da criatividade jurídica das partes que pode representar um entrave ao progresso das negociações coletivas de trabalho. Todavia, o monitoramento do risco ao princípio da adequação setorial negociada pode auxiliar nestes casos, ou seja, impedindo que se danifiquem os direitos do trabalhador.

Dessa forma, passe-se adiante à uma breve reflexão sobre o fato de não ser possível estabelecer uma NCT.

3.1.5 Quando a legislação é necessária?

Toda a vez que as partes envolvidas numa negociação não puderem concluir o processo, seja porque inviável a barganha (e isso não significa que estarão sendo tratados alguns direitos indisponíveis, tendo em vista a vedação constitucional expressa direcionada a eles), mas quando o caminho da conciliação não se percorre, a intervenção estatal precisa ocorrer, seja pela atuação do Poder Judiciário, ou pela via legal.

Veja-se o caso das assimetrias informacionais decorrentes da ausência de lealdade e transparência das negociações coletivas de trabalho. Tem-se que as assimetrias informacionais anteriormente mencionadas geram grande obstáculo ao aperfeiçoamento das Negociações Coletivas de Trabalho.

E uma vez sendo inviável a prática das negociações, seja porque as partes não

¹⁵⁷ “O conceito de ilusão objetiva aparece nos escritos econômicos de Marx (e não apenas nos mais filosóficos), incluindo O Capital, v. I, e Teorias da mais-valia. Marx estava particularmente interessado em mostrar que a opinião comum sobre a justiça das trocas no mercado de trabalho é, na verdade, ilusória; contudo, essa pretensão de justiça é *objetivamente* aceita pelas pessoas que veem como as coisas são trocadas com relação a valores iguais em preços de mercado. Mesmo os trabalhadores explorados – que, na análise marxista, são roubados em parte do valor de seus produtos – podem achar difícil perceber que havia algo diferente de trocas de *valores iguais* no mercado de trabalho”. Cf.: SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2ª. reimpressão, 2013, p. 195.

irão demonstrar interesse na composição amigável de vontades antagônicas, seja qualquer outro o motivo que emperre uma negociação, a lei é o veículo de composição, neste sentido. “Segue-se disso que a lei é desnecessária e indesejável onde a negociação é bem-sucedida, e que a lei é necessária e desejável onde a negociação não dá certo”.¹⁵⁸

Mas não são somente as assimetrias informacionais que podem representar um obstáculo ao processo de Negociação Coletiva de Trabalho. Outros fatores somados podem se tornar verdadeiros entraves ao desenvolvimento do processo, especialmente o elevado custo das transações. Isso não pode, de modo algum, desencorajar o empresário a celebrar referidas negociações. Fosse o modelo de Direito brasileiro fundado na *common law* do direito norte americano, por exemplo, ter-se-ia uma regra por meio de um processo judicial que seria aplicada ao caso concreto, não importando a vontade das partes. Algo semelhante é feito pela Lei no sistema de direito brasileiro, mas em decorrência de um processo legislativo (democrático, no caso).

Ronald DWORKIN defende que é missão do juiz ajustar a vontade das partes quando estas estão inaptas a conciliar, ou seja, uma vez que a regra é escolhida, cumpre ao magistrado aplicá-la, independentemente dele vir a considerar a regra como a mais justa ou mais equitativa para as partes.¹⁵⁹

Vale afirmar, não se questiona em momento algum o interesse das partes, o que pode, sem dúvida, em algum momento ocasionar uma resposta ineficiente para ambos os envolvidos, o que não seria produtora. Dessa forma, a regra negociada será sempre melhor.

Por outro lado, o princípio da criatividade jurídica das partes também sofre limitações. Todavia, não são limitações propositais, mas em decorrência da impossibilidade de celebração de uma NCT, o que neste caso avocaria uma construção legal.

PINHEIRO e SADDI apontam quatro funções para a lei sob a perspectiva econômica:

Na perspectiva proposta por Coase, as leis atuam sobre a atividade econômica, por intermédio da política econômica, desempenhando quatro funções básicas: protegem os direitos de propriedade privados; estabelecem as regras para a negociação e a

¹⁵⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Boston: Addison Wesley, 2003, p. 99.

¹⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **Does law have a function? A comment on the two-level theory of decision**. Faculty Scholarship Series (Yale), Paper 3614, p. 641.

alienação destes direitos, entre agentes privados e entre eles e o Estado; definem as regras de acesso e de saída dos mercados; promovem a competição; e regulam tanto a estrutura industrial como a conduta das empresas nos setores em que há monopólio ou baixa concorrência.¹⁶⁰

Seguindo esta linha de pensamento, a lei seria um indutor de condutas e também um bom e adequado instrumento para a solução de conflitos toda a vez que a NCT fosse ineficaz. A proteção dos direitos de propriedade também é importante para a aferição do nível de desenvolvimento de determinado país e precisa ser incluída no discurso legal.¹⁶¹

Em relação ao Estado e sua relação com os agentes privados, tem-se que as falhas do mercado demandam a busca de soluções fora deste, ou seja, por meio de políticas legislativas e na administração do governo.¹⁶² A intervenção é necessária e saudável neste momento em que as partes estão maximizando seus interesses de modo egoístico, não permitindo que a racionalidade econômica garanta eficiência para todos os envolvidos.

Mais uma vez fica clara a posição de MITCHELL e SIMMONS pela exigência da intervenção estatal, ou seja, “quando os custos de se tomar decisões e negociações são reduzidos, novas oportunidades podem ser exploradas, e, conforme novas oportunidades são exploradas, a riqueza aumenta e ocorre o crescimento econômico”.¹⁶³

Muitos fatores podem convergir para a atividade legiferante intervir ou mesmo a Administração Pública regular o mercado, ocasião em que a NCT como instituição jurídica torna-se impraticável, porque ineficiente.

3.2 NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO E A EFICIÊNCIA ECONÔMICA

A eficiência não pode se justificar por si quando a justiça dialoga com a economia. Todavia, a sua importância revela-se central quando se está diante de recursos escassos, como é o caso, por exemplo, da remuneração do trabalhador.

¹⁶⁰ PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 12.

¹⁶¹ Therefore an essential part of development policy is the creation of polities that will create and enforce efficient property rights. Cf.: NORTH, Douglas C. “**Economic Performance Through Time**”. In: *The American Economic Review*, v. 84, nº. 3. (Jun., 1994), p. 366.

¹⁶² MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p. 33.

¹⁶³ *Idem*, p. 36.

A adequada alocação de recursos é um canal pouco sintonizado pelos membros do Poder Judiciário do Trabalho, pois como demonstrado em quadro analítico anteriormente citado, o posicionamento político dos Juízes, de forma geral, tem marcado suas decisões, ficando a mercê outros elementos de suma importância em uma decisão com racionalidade econômica.

A eficiência também pode variar conforme a estrutura de incentivos dos agentes. Essa variação pode ser provocada pela lei – o que é mais comum no sistema de civil law – mas também provocada pelas próprias partes em uma negociação coletiva. Para tanto, a sua racionalidade econômica vai se manifestar por meio da noção de eficiência.

O tema incentivos ainda pode fornecer mais informações acerca da própria eficiência econômica, pois assim como o Direito, se consubstancia em um *indutor de condutas*.¹⁶⁴ E isso seria feito pela NCT, porque “a influência no comportamento das pessoas está atrelada à capacidade que a norma jurídica tem de incrementar ou diminuir os custos e as vantagens vinculadas à determinada conduta, aliada à característica da racionalidade do ser humano”.¹⁶⁵

A produção das normas coletivas há de ser compatível com aquela heterônoma estatal, sendo pela via do princípio da adequação setorial negociada o principal veículo que sustenta este diálogo. Isso quer dizer, se a economia e os mercados podem influenciar o parlamento na elaboração de leis que tenham um lobby político-econômico, porque não poderia ser a NCT influenciada por noções econômicas?

A ligação do Direito do Trabalho com a Análise Econômica do Direito é remota. KAUFMAN já declarou que a postura interdisciplinar em muito contribuiu com a construção de um moderno Direito do Trabalho. Estudos como o de John Commons incluíram a análise institucional para dentro do ramo trabalhista e apontaram que os sindicatos precisavam ser vistos como estruturas capazes de serem neutras. Neutras o

¹⁶⁴ “Essa visão do Direito – como indutor de condutas – afasta-se da concepção dogmática tradicional, por pressupor que a efetividade social da norma está mais vinculada a uma análise egoística dos custos pelos indivíduos (avaliação de benefícios e prejuízos atrelados ao descumprimento do comando normativo), do que ao imperativo decorrente da mera subsunção do fato à norma”. Cf.: CAMPOS, Diego Caetano da Silva; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sucumbência recursal no Novo CPC: uma análise econômica**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 50, nº. 199, jul./set. 2013, p. 43.

¹⁶⁵ *Idem*, p. 43.

suficiente para atender aos interesses dos trabalhadores de modo eficiente.¹⁶⁶

A lei como principal instituto e o respeito às demais instituições são peças-chaves na AED e no Direito do Trabalho (*Economic Analysis of Labor Law*), porque desempenham um papel de retaguarda jurídica e amparam situações com previsibilidade e segurança. Mais que isso, a crença em que as estruturas jurídicas – instituições – admitem escolhas racionais e noções de equilíbrio econômico também compõe o ferramental da AED e o Direito do Trabalho.

A AED no Direito do Trabalho também pode ser positiva e/ou normativa, nos exatos moldes da Escola de Chicago.¹⁶⁷ São verificáveis seja no Direito Individual do Trabalho, mas especialmente no Direito Coletivo do Trabalho, porque “é usado no sentido amplo de cobertura de dimensões coletivas e individuais, sendo este último, por vezes, distinguido separadamente como direito do trabalho”.¹⁶⁸

Por fim, a busca pela visão realista da lei e das instituições, bem como o que elas efetivamente podem proporcionar e quais os estímulos a que elas possam responder, compõe o centro da racionalidade econômica.

Na brigada pela eficiência econômica aplicada ao Direito Coletivo do Trabalho estão a racionalidade econômica e o monitoramento dos custos de transação, ambos como formas de incrementar o desenvolvimento das Negociações Coletivas de Trabalho.

Tema de suma importância e que absorve muita relevância quando considerado o processo de negociação como fator de desempenho econômico da corporação. A eficiência, portanto, também precisa levar em consideração a questão do custo das transações. NORTH aponta como um elemento primordial para o perfeito desempenho econômico a preocupação com estes elementos.¹⁶⁹

O papel das instituições no desenvolvimento econômico é primordial. Elas indicam o avanço e o retrocesso histórico de uma dada população, bem como fornecem a estrutura de incentivos de uma dada economia. São divididas em instituições formais, tais como as Constituições, as leis e os direitos de propriedade, e informais, englobando neste

¹⁶⁶ KAUFMAN, Bruce E. *Economic Analysis of Labor Markets and Labor Law: An Institutional/Industrial Relations Perspective*. Georgia State University: Workin paper, Jul., 2011, p. 02.

¹⁶⁷ *Idem*, p. 03-04.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 05-06.

¹⁶⁹ NORTH, Douglas. “**Institutions**” Chicago: The Journal of Economic Perspectives in American Economic Association, vº. 05, nº. 01, 1991, p. 98.

último caso as sanções, os tabus, os costumes, as tradições e os códigos de conduta.¹⁷⁰

A moderna gestão das empresas multinacionais já incorporou a noção de eficiência como parâmetro para o seu desenvolvimento. Por isso, incluir o trabalhador de modo ativo na participação das questões da empresa, fazendo com que ele se sinta parte do negócio, permite, inclusive, a formação de um quadro de funcionários mais qualificados.

Mas somente isto não garante resultados efetivos. Alterar a estrutura de incentivos permite expandir novos horizontes, valorizar mais o trabalho humano e garantir maior distribuição da riqueza. Trata-se de uma nova concepção social, ou seja, agora incluindo o trabalhador no processo de tomada de decisões.

Veja-se o caso da AMBEV a título exemplificativo:

A eficiência na gestão da empresa advém de um quadro funcional qualificado e da forte influência de seus três principais executivos, Lemann, Teles e Sicupira, que implementaram uma cultura de resultados a curto prazo, um ambiente de trabalho informal, competição entre os funcionários, dedicação exaustiva à empresa. Para isso, pagam prêmios maiores que os do mercado, a fim de que seus executivos superem os resultados esperados, mas são firmes na substituição de funcionários que não se adaptam ao seu estilo de competição.¹⁷¹

Facilmente se pode perceber que o comportamento humano foi alterado pela implementação de uma política de incentivos, o que torna a rotina da empresa mais eficiente para todos os envolvidos. O trabalho em um clima informal aproxima os empregados e os prêmios pagos por maiores resultados incrementam esse objetivo com realismo.

3.2.1 O princípio da eficiência e o Teorema de Vilfredo Pareto

Neste aspecto a definição de eficiência econômica é subjetiva. No passado a liberdade econômica era considerada o principal norte do mercado, ou seja, centrava-se a ampla liberdade na tomada de decisões dos sujeitos. Na modernidade, a eficiência foi

¹⁷⁰ NORTH, Douglas. “**Institutions.**” *Op. ci.*, p. 97.

¹⁷¹ CAMARGOS, Antônio de. BARBOSA, Francisco Vida. **Da fusão Antártica/Brahma à fusão com a Interbrew: uma Análise da Trajetória Econômico-Financeira e Estratégica da AMBEV**, REGE REV. GESt. (online). 2005, vol. 12, nº 3, p. 53.

incluída no discurso econômico.¹⁷²

Para SEN, a eficiência segundo Vilfredo Pareto implica reconhecer que “a utilidade de ninguém pode ser aumentada sem reduzir o valor de utilidade de outra pessoa”,¹⁷³ e dessa forma quando não se pudessem mais realizar trocas no mercado se estaria diante de uma situação de equilíbrio ou Ótimo de Pareto.

RIBEIRO e GALESKI JR. compreendem o mesmo postulado como sendo aquele “o qual 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”.¹⁷⁴

A alocação de recursos também é um tema englobado pelo Teorema de Pareto, porque SALAMA defende que:

Dada uma gama possível de alocações de benefícios ou renda, uma alteração que possa melhorar a situação de pelo menos um indivíduo, sem piorar a situação de nenhum outro indivíduo, é chamada de *melhora de Pareto*. Uma alocação será ótima no sentido de Pareto quando não for possível realizar novas melhoras de Pareto.¹⁷⁵

Repetidamente, RIBEIRO e GALESKI JR. ao citar STZAJN concluem que para o conceito de eficiência em Pareto estariam sendo “o bens transferidos de quem os valoriza menos para aqueles que lhes atribuem maior valor”.¹⁷⁶

Neste aspecto o critério da eficiência segundo Pareto sintetiza o mercado pleno, ou seja, aquele em que a concorrência se dá sem a interferência do Estado, podendo ser plena e absolutamente eficiente. Mas isso implicaria reconhecer que o mercado é perfeito e que as falhas não estão aparentes (falhas como assimetria de informações, sobreposição de um poder econômico maior, externalidades, custos das transações, etc.).

Para Vilfredo Pareto, qualquer troca ou modificação na estrutura de incentivos dos agentes poderá comprometer todo o cenário a ponto de reduzir a eficiência da alocação de recursos ou, pior que isto, extirpar o aproveitamento máximo desses mesmos recursos escassos.

¹⁷² SEN, Amartya. “**Markets and Freedoms: achievements and limitations of the Market mechanism in promoting individual freedoms**”. Oxford University Press: Economic Papers, New series, vº. 45, nº. 04, 1993, p. 519.

¹⁷³ *Idem*, p. 521.

¹⁷⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos**. *Op. cit.* p. 79.

¹⁷⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?** *Op. cit.* p. 23.

¹⁷⁶ *Idem*, p. 86.

Em KAUFMAN estaria compreendida uma dimensão final de eficiência como sendo um alto grau de otimização, isto porque nenhuma folga ou resíduo do aproveitamento de recursos escassos poderia existir. Vale afirmar, a produção de bens e serviços (riquezas) está no limite máximo da economia de uma pessoa, portanto, somente alguém poderá obter mais bens e mais serviços se obrigatoriamente outra pessoa perder.¹⁷⁷

Para o Direito Coletivo do Trabalho dito modelo de eficiência sugere que somente a figura de um dos envolvidos no processo de barganha – NCT – deve ser levada em consideração, ou seja, a figura do empregado, mesmo porque é o que se tem, via de regra, diante de somadas decisões judiciais que articulam recursos escassos, bem como tendo em vista o princípio protetivo do trabalhador.

Imagine-se o caso em que numa disputa entre capital e trabalho, empregador e empregado possuem interesses completamente antagônicos. Há hipoteticamente uma indisposição acerca de uma suposta verba indenizatória qualquer, ou então, a discussão da ampliação (visão do trabalhador) ou redução (visão do empregador) da participação nos lucros e resultados de uma empresa qualquer. Caso somente uma das partes – trabalhador ou empregador – tenha seu direito atendido, estar-se-á diante de uma situação de Ótimo de Pareto, e, por assim afirmar, qualquer troca nesse quadro de incentivos implicaria em reduzir a eficiência do modelo, ou seja, comprometeria o aproveitamento dos recursos escassos por qualquer uma das partes.

Em alguns casos, tendo em vista o excesso de proteção conferido ao trabalhador pela posição ideológica do Magistrado, amparado nas normas aplicáveis, é perfeitamente visualizável esse modelo de eficiência nas decisões judiciais. Isso com toda certeza poderia ser modificado com uma nova compreensão da própria ideia de aproveitamento racional de recursos escassos.

Trata-se, como parece óbvio captar, de uma visão absolutamente anacrônica do Direito do Trabalho, seja ele relativo ao Direito Individual ou Coletivo do Trabalho. Para o caso de uma decisão judicial que declare a nulidade de uma cláusula de CCT ou ACT os efeitos ainda podem ser mais drásticos. É claramente perceptível que uma falha no mercado

¹⁷⁷ KAUFMAN, Bruce E. *Op. cit.* p. 07.

foi provocada pelo Estado, mas agora na figura do Poder Judiciário.¹⁷⁸

É imprescindível que se focalize a atenção nos efeitos sob terceiros das decisões judiciais, das normas convencionais e até da lei. Uma decisão legal, de igual modo e aqui compreendida como sendo aquela que o legislador entendeu como relevante num certo momento e num dado espaço geográfico, como por exemplo o aumento da tributação de certo produto em uma região qualquer da federação, poderá, seguramente, voltar-se contra o objetivo proposto e recair sobre o consumidor, como se fosse um efeito cascata.

Então, reduzir o consumo em um determinado local e fomentar em outro, fazendo com que a eficiência do mercado seja alterada porque fora, também, modificada a estrutura de incentivos dos agentes é sempre arriscado. É preciso muita cautela e exame minucioso das questões microeconômicas em qualquer tomada de decisão, seja ela legal, judicial ou privada.

Em que pese não seja o foco da presente pesquisa a fixação da análise em torno do princípio da eficiência, todavia, o referido princípio aponta para uma recente falha ocorrida em inúmeras decisões judiciais que são largamente protetivas da figura do trabalhador, vindo a sobrepujar os interesses do empresário. Ademais, nem sempre se está diante de um grande investidor, até mesmo porque hoje o empregador doméstico, por exemplo, mesmo não participando da celebração dos convênios coletivos, está, também, sujeito aos efeitos econômicos de uma decisão judicial que não levou em consideração o modelo moderno de eficiência.

Considerar o interesse de somente uma das partes garante a maximização de recursos escassos, mas somente em relação a quem se beneficiou com isso, ficando a outra parte com um prejuízo muitas vezes fatal. Por isso, “um ótimo de Pareto não tem um aspecto socialmente benéfico ou aceitável”.¹⁷⁹

Por essa razão, o critério de eficiência segundo Vilfredo Pareto foi aperfeiçoado com o Teorema de Kaldor-Hicks que se demonstrará a seguir.

¹⁷⁸ “No mundo real as coisas não funcionam exatamente assim. Raras vezes a melhoria na condição de uma pessoa, ou um grupo de pessoas, não prejudica outras pessoas. Por exemplo, o aumento da carga das contribuições previdenciárias obrigatórias beneficia os trabalhadores, porém retira dos empresários a possibilidade de investir em produção, o que implica modificação do valor do produto ao consumidor final, influenciando o preço de determinado bem ou serviço. No mundo dos recursos limitados são várias as situações em que nos deparamos com a condição de que para alguém ganhar, outra pessoa precisa perder”. Cf.: DOMINGUES, Victor Hugo. **Ótimo de Pareto**. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). *O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 40.

¹⁷⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?** *Op. cit.* p. 23.

3.2.2 O princípio da eficiência e o Teorema de Kaldor e Hicks

Nenhum critério é perfeito ou capaz de amparar todas situações dispostas. Contudo, pelo Teorema de Kaldor-Hicks tornou-se possível realizar uma melhoria na situação de uma dada pessoa, fazendo com que a vencedora retribua aquele que perdeu de modo a minimizar seu sofrimento, ou então, que isso seja possível ao menos no plano teórico.¹⁸⁰

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.¹⁸¹

Imagine-se o Teorema aplicado ao recente caso dos empregados domésticos, tendo em vista a modificação trazida pela Emenda Constitucional nº. 72, de 02 de abril de 2013. Neste mesmo caso específico, o Poder Constituinte Derivado Reformador (responsável pela edição de emendas à Constituição) entendeu por bem igualar os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais aos domésticos, porquanto agora deverá haver entre as espécies de trabalhadores a igualdade de direitos trabalhistas.¹⁸²

Independentemente de críticas, veja-se que o constituinte ignorou por completo os efeitos econômicos desta reforma constitucional. Passa-se a uma breve reflexão a partir do Teorema de Kaldor-Hicks.

Fato é que houve uma melhora na condição do trabalhador doméstico, porque este agora tem mais direitos garantidos. Acontece que o tomador de serviços não é uma empresa, tampouco exerce atividade econômica com fins lucrativos. Isso implica reconhecer que a informalidade é especialmente marcante neste tipo de serviço prestado no seio familiar (no qual estão ausentes figuras como contador, um administrador, um gerente de recursos humanos, etc.).

¹⁸⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?** *Op. cit.*, p. 23.

¹⁸¹ *Idem*, p. 24.

¹⁸² BRASIL. Emenda Constitucional nº. 72, de 02 de abril de 2013. **Estabelece a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 dez. 2013.

A melhora na condição destes trabalhadores provocou uma piora considerável na economia doméstica do empregador, porque agora ficou muito mais custoso manter um trabalhador dentro da residência e, ao mesmo tempo, assegurar-lhe uma gama de direitos.

De que modo, portanto, poderiam os empregados domésticos (aqui vencedores na reforma institucional) compensar as perdas dos seus empregadores (que sofreram com a mudança legislativa)? Parece pouco provável e até mesmo impossível que isto possa ocorrer.

Pior ainda, atente-se que a Emenda Constitucional nº. 72/2013 não incluiu o inciso XXIX, do artigo 7º., da Constituição de 1988 aos trabalhadores domésticos, desse modo, tem-se que a ação trabalhista ajuizada pelo empregado doméstico é imprescritível.¹⁸³

As prescrições bienal (de ajuizamento da ação) e quinquenal (retroativa aos últimos cinco anos contados da data do mesmo ajuizamento) não se aplicam a estes trabalhadores. Isso significa reconhecer que estes podem exigir os últimos dez, vinte ou trinta, até quarenta anos de trabalho, bem como direitos relativos à contratualidade como férias, acrescidas do terço constitucional, horas extras, intervalos intrajornada suprimidos, etc.

Economicamente, portanto, tem-se um caos estabelecido em função de um *lobby* congressista. A recente modificação trouxe eficiência para os empregados domésticos, mas não é real, tampouco fundada em dados ou quadros econômicos que amparem com baixo idealismo a efetividade da reforma normativa.¹⁸⁴

Ademais, o custo da providência destes direitos aos empregados domésticos tornou-se alto demais para fomentar este mercado de trabalho, ou seja, a reforma trazida pela EC nº. 72/2013 elevou a um patamar financeiro muito acima das economias domésticas, o que impactará de algum modo as futuras contratações.

Tanto é verdade que “a eficiência de Kaldor-Hicks como guia para políticas públicas também não está livre de problemas. A crítica mais comum é a de que este critério leva em consideração o nível de riqueza, mas deixa de lado o problema de sua distribuição”.¹⁸⁵

¹⁸³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes, 38ª. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 24.

¹⁸⁴ BRENNAN, Michael B. “**Book Review: Overcoming Law by Richard Posner**”. *Op. cit.* p. 330.

¹⁸⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?** *Op. cit.* p. 24.

Veja-se que RIBEIRO e GALESKI JR. compartilham do mesmo entendimento aqui aduzido ao tratarem do Teorema estudado:

Em regra, na elaboração de políticas públicas se verifica quais as medidas que, tendo por foco direto dirimir alguma espécie de mazela, podem acabar por assoberbá-las no longo prazo. Por exemplo, uma determinação às instituições financeiras no sentido da redução de juros com vistas ao bem-estar dos pequenos tomadores de crédito pode acabar incentivando de forma inversa que aqueles órgãos reduzam a oferta, prejudicando aqueles que necessitavam do mútuo.¹⁸⁶

Por isso, toda reforma precisa ser pensada em termos de eficiência global, vindo a beneficiar o máximo de pessoas envolvidas, especialmente quando se forem alteradas as estruturas de incentivos dos agentes econômicos.

Porque não o governo federal incentivar a contratação de empregados domésticos, ainda que assegurados todos aqueles mesmos direitos previstos, mas com a redução, por exemplo, da carga social para contratação? Isso seria um incentivo e uma forma de compensar a perda sofrida pelo empregador doméstico, porquanto, também, garantiria maior respeito a este mercado de trabalho tão crescente. Aí se tem, em prática, atendido o Teorema de Kaldor-Hicks com a compensação das perdas para além do plano teórico, portanto, de modo eficaz.

3.2.3 Eficiência econômica *versus* eficácia da Negociação Coletiva de Trabalho

No Direito do Trabalho brasileiro o princípio protetivo do trabalhador norteia a produção normativa em matéria trabalhista, seja diante da atuação do legislador, ora do intérprete aplicador da lei, mas não das partes interessadas em uma negociação coletiva qualquer, tendo em vista a obrigatoriedade da participação sindical que, ao menos em tese, afasta a hipossuficiência do trabalhador.

Todavia, o modelo clássico de eficiência já referido leva em consideração somente o interesse de uma das partes, ou seja, é incompleto em relação ao todo, sendo que as falhas da racionalidade aparecerão, seguramente.

Imagine-se agora um novo exemplo importado do direito norte americano, em

¹⁸⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos**. *Op. cit.* p. 88.

que cabe à firma decidir se determinará o afastamento do empregado por doença adquirida ou se manterá este na ativa.¹⁸⁷

Para o contexto justrabalhista brasileiro, admitir essa liberalidade empresarial subverteria o modelo jurisdicional e dogmático trabalhista, porque este não tem direito ao afastamento remunerado do trabalho em caso de doença contagiosa, sendo obrigado a trabalhar porque precisa da remuneração, vindo assim a comprometer a saúde dos colegas de trabalho, tendo o risco de infectar outras pessoas que também poderão adoecer. Formase um círculo vicioso por conta da extrema liberdade negocial, pois cabe ao empregador, conforme necessidade sua, decidir se irá pagar ou não aquele trabalhador doente para que ele fique em casa até se recuperar.

DWORKIN afirmou que para o cenário norte-americano a regra poderia ser escolhida (e aqui importa a regra que formularia uma decisão judicial sobre uma negociação, por exemplo), levando-se em consideração a escolha mais adequada para o caso concreto, porque “uma vez que a regra adequada é escolhida, ele (o Juiz) deve aplicar a regra para os fatos do caso e assim chegar a sua decisão, apesar de que ele (o Juiz) não poderia considerar essa decisão como a mais justa ou mais eqüitativa entre as partes”.¹⁸⁸

Em seu trabalho mencionado, este questionaria se a lei teria uma função, ou seja, espera-se que a lei antevê o fato e normatize a situação com anterioridade, criando um clima de estabilidade e confiança entre as partes, o que seguramente é do interesse do empresário e do grande investidor estrangeiro.

Mais que isso, caso exista um conflito entre uma norma coletiva (advinda da negociação coletiva de trabalho) diante do império da lei – *rule of law*¹⁸⁹ – evidente que se aplicará aquela que for mais benéfica ao trabalhador. Para o caso brasileiro tem-se, portanto, um parâmetro que leva em consideração a melhoria da situação do empregado.

¹⁸⁷ No direito norte-americano tem-se um triste exemplo da precariedade de condições de trabalho dos empregados que adoecem (com o recente surto de H1N1 Influenza – A) e acabam por ser acometidos pela gripe. Eles não tem direito ao afastamento remunerado e trabalham doentes, veja-se: “Firms that provide paid sick days and leave tend to have lower job turnover rates, lower recruitment and training costs, lower unnecessary absenteeism, and a higher level of productivity than firms that do not offer these kinds of benefits”. Cf.: HEYMANN, Jody. “Contagion nation: a comparison of paid sick day policies in 22 countries”. Washington, D.C.: CEPR, 2009, p. 09.

¹⁸⁸ DWORKIN, Ronald. “Does law have a function? A comment on the two-level theory of decision”. Faculty Scholarship Series (Yale), Paper 3614, p. 641.

¹⁸⁹ *Rule of law* trata-se do Império da Lei, ou seja, um sistema rígido de direitos que não oscila conforme a necessidade dos sujeitos – *stakeholders* – o que evita que se prevaleça o interesse do mais forte, no caso em apreço, a manifestação de vontade do empregador (maximização do lucro com o mínimo de recursos).

Neste momento, torna-se necessário distinguir eficiência de eficácia.

BITTENCOURT entende a eficiência: “quando um empresário toma decisões a respeito do processo produtivo no qual ele está envolvido, a preocupação deve ser a de se obter a maior produção possível com o menor uso dos recursos disponíveis”.¹⁹⁰

A decisão eficiente vai transparecer na inclusão de cláusulas convencionais que manejem uma melhor alocação de recursos escassos, como por exemplo, em uma hipotética redução do valor da hora extra em caso de necessidade proeminente ou de grave crise financeira da corporação. Caso o Poder Judiciário assim compreenda e não afaste a previsão do instrumento coletivo pelas causas já conhecidas no discurso juslaboral (seja pela nulidade ou prejudicialidade da economia do contrato de trabalho ou violação ao patrimônio econômico adquirido pelo trabalhador), neste mesmo caso haverá eficácia.

Novamente, BITTENCOURT entende que “a eficácia busca mensurar a distância entre os resultados obtidos e os objetivos de uma prática ou ação, a efetividade tenta aferir a capacidade de se produzir um impacto ou efeito”.¹⁹¹

Por fim, imaginar que as normas produzidas com eficiência não sobrevivam em um ambiente institucional porque não adquirem eficácia é acabar, por via reflexa, com a própria eficiência. O princípio da criatividade jurídica das partes acaba por sucumbir também, pois em uma dada situação na qual os envolvidos maximizaram recursos escassos com ideais que aloquem de modo eficaz os bens disponíveis, caso a efetividade emperre no cenário institucional, também decairá a eficiência.

3.2.4 Princípio do custo das transações e o novo modelo de eficiência

Em relação ao custo das transações a inclusão deste segmento na análise do caso concreto fez com que o modelo de eficiência se tornasse aperfeiçoado. Para o Direito Coletivo do Trabalho, notadamente no tema NCT, os custos das transações podem ser representados por diversas variáveis absolutamente intrínsecas à racionalidade econômica e que podem impedir o próprio processo negocial, quando mal administradas.

¹⁹⁰ BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. “**Princípio da Eficiência**”. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). *O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 30.

¹⁹¹ *Idem*, p. 30.

Primeiro se tem as despesas com a manutenção da entidade sindical, ou seja, para garantir sua autonomia e a plena atuação na defesa dos interesses dos trabalhadores é necessário que esta goze de independência financeira, não ficando restrita ao interesse de somente uma das partes.¹⁹²

Por outro lado, a própria legislação prevê outras formas de custeio da atividade sindical, tais como “as contribuições sindical, confederativa e assistencial, esta, inclusive, tendo por fonte os acordos ou convenções coletivos de trabalho, como contraprestação às despesas efetuadas no procedimento negocial”.¹⁹³

A CLT, em seu artigo 548, considera como patrimônio da entidade sindical as contribuições devidas à entidade pelos componentes das categorias econômicas ou profissionais, até mesmo das profissões liberais que sejam representadas pelas referidas instituições, as contribuições dos associados na forma estabelecida em seus estatutos, os bens e valores adquiridos e as rendas produzidas por estas, as doações e legados, e, por fim, as multas decorrentes das infrações e outras rendas eventuais.¹⁹⁴

Deste modo, ao se considerar que a atuação da entidade sindical, como toda e qualquer outra, gera um custo que compõe o valor da negociação, é claro que a maximização racional e a eficiência, neste aspecto, guardam absoluta conexão, e, “dessa ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos”.¹⁹⁵

A recente edição da Súmula 277, do TST, alterada substancialmente em seu texto trouxe uma novidade. Antes não se integrava o contrato de trabalho às modificações trazidas pela negociação coletiva e, hodiernamente, integram. Talvez, não se sabe ao certo, mas um dos fundamentos da edição de referida Súmula pode ter sido o custo das transações coletivas, eis que a cada momento de negociação, as partes dispõem gastos para a celebração de ditos instrumentos, devendo, igualmente, os sindicatos e toda a sua estrutura serem envolvidos na negociação.

Mais que isso, envolvem-se funcionários e demais profissionais da instituição

¹⁹² HINZ, Henrique Macedo. **Direito Coletivo do Trabalho**. 3ª. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 133.

¹⁹³ *Idem*, p. 133.

¹⁹⁴ BRASIL. CLT (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Organização de Armando Casimiro Costa, Irany Ferrari, Melchiades Rodrigues Martins, 37ª. ed., São Paulo: Editora LTR, 2010, p. 90.

¹⁹⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?** *Op. cit.* p. 23.

na celebração dos convênios coletivos, o que significa um custo a mais para o aprimoramento do processo.

A isso se permitiu conferir maior estabilidade nas relações negociais, o que sem dúvida alguma é um passo significativo para o futuro das transações. Atribuir-lhes o seu devido valor já consagrado anteriormente pela Constituição de 1988, quando esta reconhece a possibilidade de celebração dos Instrumentos Coletivos de Trabalho foi, também, garantir-lhe a sua eficácia.

Ronald COASE delimitou o problema do custo das transações. Para o autor, “tais operações são, geralmente, extremamente custosas. Custosas o suficiente para evitar a ocorrência de transações”.¹⁹⁶

Ademais, o mesmo modelo clássico de eficiência que deixou de considerar o custo das transações na economia alterou o modelo de negociação trabalhista quando conferiu maior proteção para o trabalhador. É certo que o interesse deste será o da maximização da sua remuneração, ainda que não seja possível, ante a insuficiência de recursos por parte do empregador. Mais que isso, ao seu lado milita o interesse político do Poder Judiciário do Trabalho toda a vez que declara a nulidade de uma cláusula de negociação coletiva de trabalho sem considerar os custos na sua elaboração, o que acarreta em um prejuízo muitas vezes fatal para o empresário.

Dito de outra forma, o modelo clássico de eficiência também considerou o interesse de uma única das partes, ou seja, tomou em consideração uma realidade singular, deixando de se ater ao conjunto de vontades que comporiam a negociação. Foi, portanto, individualista e excludente.

A negociação coletiva de trabalho também é uma instituição jurídica, assim como o contrato e a própria propriedade. E como instituição que é precisa residir em um ambiente institucional estável e previsível, para que se aperfeiçoe e garanta, também, o

¹⁹⁶ COASE, Ronald. “**O problema do custo social**”. Chicago: The University of Chicago Press, v. 3, 1960, p. 12.

progresso econômico.¹⁹⁷

A partir do momento em que os custos passam a ser considerados a realidade se apresenta de modo distinto. Em um universo ideal onde não haja custo de transação, a eficiência do modelo pode ser atingida de modo perfeito. Todavia, a realidade se apresenta bastante diversa. Os custos importam para a eficiência, sendo que podem, inclusive, demonstrar-se bastante elevados, o que irá ruir com a eficiência neste aspecto, ocasião em que superam o próprio lucro.

“Ocorre que em relações reais de mercado tais custos são sempre presentes e influem diretamente na interação entre agentes econômicos, alterando as condições de negociação, por conseguinte, de preço”,¹⁹⁸ e é claro, como estarão sempre presentes, a medida em que esses custos vão sendo reduzidos, será, indiretamente, maximizada a eficiência do negócio.

Na NCT, seja pela via do Acordo Coletivo de Trabalho, ou da Convenção Coletiva de Trabalho, a redução dos custos da transação importa em maior utilidade para o instituto, na medida em que o seu proveito econômico também se torna maior. Portanto, a decisão judicial não pode desconsiderar a existência destes elementos, porque “a Teoria dos Custos de Transação tem grande importância e apresenta importantes conclusões a serem consideradas na elaboração de regramentos legais”.¹⁹⁹

Portanto, em uma negociação coletiva qualquer os custos de transação precisam ser investigados, e, por sua vez, contabilizados. WILLIAMSON crê que, para a formação

¹⁹⁷ “Institutions and the technology employed determine the transaction and transformation costs that add up top the costs o production. It was Ronald Coase (1960) who made the crucial connection between institutions, transactions costs, and neoclassical theory. The neoclassical result of efficient markets only obtains when it is costless to transact. Only under the conditions of costless bargaining will the actors reach the solution that maximizes aggregate income regardless of the institucional arrangements”. Cf.: NORTH, Douglas C. **Economic Performance Through Time**. In: *The American Economic Review*, v. 84, nº. 3. (Jun., 1994), p. 360.

¹⁹⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos**. *Op. cit*, p. 105.

¹⁹⁹ *Idem*, p. 108.

de um contrato entre as partes, algumas etapas precisam ser consideradas.²⁰⁰

Para tanto é preciso desenvolver um mapa cognitivo do contrato, relacionar os pressupostos comportamentais das partes, elaborar um esquema rudimentar do contrato e atentar para questões contratuais que surjam no decorrer da atividade de uma empresa.²⁰¹

Mas tudo isso demanda profissionais capacitados, investimentos em estrutura e informação, bem como tempo para a realização destes mesmos monitoramentos.

Sendo assim, a questão dos custos de transação importa para o Direito, uma vez que, havendo presença exacerbada, seja de custos de busca, acordo ou execução, há necessidade de intervenção jurídica, como um arranjo institucional, a fim de tornar mais eficientes certas relações econômicas.²⁰²

Portanto, diversos custos estão envolvidos numa negociação coletiva de trabalho e precisam ser levados em consideração quando se está trabalhando com a eficiência dos procedimentos. Vale afirmar, é preciso incluir os custos das transações como um preço que se paga para operar as instituições jurídicas.

Por fim, COASE aponta para mais um elemento relacionado ao custo que acaba por assumir importante destaque: trata-se da consideração deste pela decisão judicial, ou seja, o Juiz, ao decidir no caso concreto em uma Negociação Coletiva, não pode se abster de analisar o quanto as partes efetivamente investiram para aperfeiçoar a convenção. Vale afirmar, “as cortes influenciam diretamente a atividade econômica”.²⁰³

Mais que isso, “seria aparentemente desejável que as cortes tivessem os deveres de compreender as consequências econômicas de suas decisões”.²⁰⁴

²⁰⁰ É preciso proceder a uma nota explicativa neste momento. A obra de Oliver Williamson intitulada “*The Economic Institutions of Capitalism*” toma em consideração os custos envolvidos em uma contratação. Pois bem, como se trata de uma produção científica com elevada complexidade, cinge-se neste momento ao estabelecimento de uma comparação do contrato com a negociação coletiva de trabalho. Ou seja, quando as partes estão negociando, os custos de transação surgem e eles precisam ser monitorados para maximizar a eficiência das contratações. Certo que o objeto da presente pesquisa não é o contrato, mas a semelhança com a NCT é muito grande. A primordial diferença é que ao final do processo de negociação serão produzidas normas que regulamentarão a atividade ou o trabalho desenvolvido pelas partes. Tem-se, portanto, um objeto distinto, mas os custos ainda estão presentes na análise.

²⁰¹ WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism**. New York: The Free Press, 1985, p. 18.

²⁰² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos**. *Op. cit.* p. 107.

²⁰³ COASE, Ronald. O problema do custo social. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**. Chicago, vol. 03, 2008, p. 15.

²⁰⁴ *Idem*, p. 15.

Mas isso somente ocorrerá quando o Advogado passar a ter formação jurídica que o capacite a enxergar mais questões subjacentes a uma análise de diagnóstico jurídico para que, posteriormente, possa encaminhar suas sugestões (aqui não só os pedidos que delimitam a lide, mas uma suposta pretensão de acordo, por exemplo) ao Magistrado. Portanto, a culpa do prejuízo não pode ser exclusivamente do Juiz.

Por fim, passa-se no capítulo seguinte ao estudo de caso do Adicional por Tempo de Serviço dos trabalhadores da Petrobras. Ainda, de que modo a racionalidade econômica das decisões judiciais pode contribuir com uma análise prudente e factível da realidade, aliadas ao fato de que a sua má administração causa impactos negativos pelos limites da racionalidade do julgador.

4 O ESTUDO DO CASO DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE PETRÓLEO BRASILEIRA

No realismo jurídico, o estudo do caso concreto permite visualizar o plano teórico tecido, sobreposto pela Teoria do Direito, com mais precisão. Pode-se afirmar que a realidade apresenta informações mais objetivas, portanto, mais próximas de uma solução jurídica com efetividade, ou seja, a distância entre a teoria e a prática torna-se drasticamente menor e a proposta desenvolvida passa a ter alguma utilidade.²⁰⁵

A alteração na estrutura de incentivos faz com que os agentes econômicos encontrem ações em um cenário pautado pela racionalidade. Nesse sentido o Poder Judiciário pode contribuir para uma abordagem comportamental, isto porque suas decisões também se pautam na racionalidade, ao passo que o próprio Magistrado compõe esta estratificação social.

Há iniciativas em andamento com vistas a reformar o sistema judiciário no Brasil, mas os investidores continuam a perceber problemas. É necessário avançar na luta contra a corrupção, tanto dos juízes quanto da administração do sistema judiciário, para facilitar a arbitragem das disputas comerciais e, mais geralmente, para fortalecer o

²⁰⁵ “A análise da justiça necessita limitar-se ao acerto das instituições básicas e das regras gerais? Não deveríamos também examinar o que surge na sociedade, incluindo os tipos de vida que as pessoas podem levar de fato, dadas as instituições e regras, e também outras influências, incluindo os comportamentos reais, que afetam inescapavelmente as vidas humanas”? Cf.: SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2ª., reimpressão, 2013, p. 40.

cumprimento dos contratos.²⁰⁶

A estabilidade e a previsibilidade das decisões judiciais denotam a forma como a propriedade, o contrato, os Direitos Sociais, dentre outros estão sendo tratados em determinado local. Importa também para o desenvolvimento.

Neste momento da pesquisa passa-se ao estudo de caso do Adicional por Tempo de Serviço (ATS) dos trabalhadores na Indústria de Petróleo Brasileira – PETROBRAS.

Em algum momento haverá comparativos com decisões prolatadas por Tribunais de Justiça, portanto, afetas ao Direito Civil. Todavia, o interesse pelas decisões está hospedado na postura dos Magistrados, bem como naquilo que a Justiça tem oferecido, efetivamente, como prestação jurisdicional aos cidadãos. Serão guardadas as devidas proporções, compatibilidades e afinidades entre os temas. Mais que isso, a metodologia empregada será a AED e a racionalidade econômica da Negociação Coletiva de Trabalho, haja vista que fora um instrumento normativo (ACT) que criara o ATS.

A AED, nesta pesquisa, será aplicada às decisões judiciais dos Tribunais Regionais e Superior do Trabalho naquilo que condiz ao respectivo adicional. Atente-se que os postulados da racionalidade econômica poderiam ter sido enfrentados no julgamento deste caso, contudo, os respectivos agentes jurisdicionais não o fizeram. O ATS é pago diretamente aos trabalhadores via folha de pagamento, o que implica reconhecer sua imediata integração ao salário, gerando os reflexos legais e servindo o mesmo de base de cálculo para os encargos sociais.

A remuneração do trabalhador é um recurso escasso, bem como o é o patrimônio do empregador quando considerado o contingente de empregados que passarão a receber o respectivo adicional em suas remunerações, tendo em vista a já mencionada criação mediante instrumento coletivo.

²⁰⁶ POMPEU, Gina Vidal Marcílio; FILHO BONFIM, Luis Régis. **As súmulas vinculantes como instrumento de previsibilidade do direito ante os interesses neoliberais.** Fortaleza: Revista Pensar, vº. 13, nº. 01, jan./jun. 2008, p. 119.

4.1 ANÁLISE ECONÔMICA DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO

Em recente notícia veiculada no Jornal Folha de São Paulo, a PETROBRAS informou ter interesse em uma política de investimentos mesmo diante de prejuízos econômicos, especialmente na remuneração dos trabalhadores recém contratados mediante concurso público. A intenção da empresa é alterar a estrutura de incentivos dos seus trabalhadores através de uma política de valorização do trabalho mediante ganhos reais.²⁰⁷

Justamente neste momento a AED é absolutamente pertinente para a compreensão do Direito Coletivo do Trabalho. Trabalhando com conceitos interdisciplinares, notadamente econômicos, as respostas às necessidades normativas passam a fazer mais sentido.

Operando-se com a AED positiva, portanto, preditiva porque anterior à edição das normas, percebe-se que a economia vem ditando o comportamento da empresa, tendo em vista que as oscilações do mercado tem poder para alterar as normas produzidas pelas partes mediante um ACT. BRENNAN, conforme trabalhado no capítulo anterior, propõe estudo detalhado sobre a obra de Richard Posner, porquanto haveria a necessidade, para este autor, “de uma cutucada do jogo judicial um pouco mais para o jogo da ciência”.²⁰⁸

Isso significa que a ciência econômica oportuniza elementos para o direito, haja vista que as partes estão interessadas em maximizar seus interesses simultaneamente. Haveria, portanto, a necessidade de se limitar a atuação do Magistrado quando este leva em consideração sua opinião política na tomada de decisões.²⁰⁹

Observe-se que “com base nas proposições keynesianas (1985), também presentes em Schumpeter (1976), percebeu-se que a relação entre o Estado e o mercado não é necessariamente antiética”.²¹⁰ É interessante que se firme uma relação entre estas duas superestruturas, tendo em vista as intensas mudanças econômicas de fundo estrutural no

²⁰⁷ “O sistema de promoções é vinculado a metas de desempenho e foi melhorado para reter e atrair novos talentos diante de um cenário de alta competitividade por mão de obra nos setores de óleo, gás, energia e biocombustíveis, áreas de atuação da Petrobras”. Cf.: SOARES, Pedro. **Petrobras eleva gasto com pessoal, apesar de lucro menor**. Rio de Janeiro: Folha de S. Paulo, ed. on line, disponível em: <http://folha.com/no1241360>, acesso em 25 de dezembro de 2013, notícia veiculada em 06 de março de 2013.

²⁰⁸ BRENNAN, Michael B. **Overcoming Law by Richard Posner**. *Op. cit.* p. 330.

²⁰⁹ Idem, p. 330.

²¹⁰ BARBOSA, Marcos Arzua; CARVALHO, Fabrício Castro. **Uma nova perspectiva teórico-analítica para as mudanças estruturais: a Nova Economia Institucional (NEI)**. Rio de Janeiro: Revista CADE, vº. 12, nº. 01, 2012, p. 143.

cenário internacional.²¹¹

Mesmo sendo este um tema da macroeconomia, a proposta da presente pesquisa não pode deixar de tomar em consideração que os efeitos econômicos são sentidos de um local distante. Para o caso do ATS, adiante-se, um termo de opção individual celebrado após a celebração do ACT – data base 2000/2001 – previu o seu congelamento, de modo que deixasse de variar conforme o passar dos anos.

Desse modo foi oferecida aos trabalhadores a possibilidade de “congelar” o respectivo anuênio, ou seja, estes receberiam uma importância em dinheiro e paga à vista para que a progressão ao longo do tempo fosse interrompida. O Tribunal Superior do Trabalho reconheceu, em decisão inédita, que as recentes privatizações do governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso estavam assombrando os trabalhadores que temiam perder seus empregos. Isso representou um grande incentivo para que estes aceitassem a oferta da PETROBRAS à época, ou seja, o recebimento de uma quantia à vista e em dinheiro para que *optassem* pela redução dos seus salários e consequente redução do ATS mediante um termo de opção individual, absolutamente prejudicial às suas remunerações.²¹²

Certo que referida opção foi influenciada pelo momento político vivenciado pelo Brasil, ou seja, as privatizações do governo Fernando Henrique Cardoso à época. Isso fez com que a racionalidade das partes, já limitada como se descreveu anteriormente, sofresse mais uma influência, especialmente o engrandecimento das assimetrias informacionais, porquanto os empregos estariam em risco, conforme apontado naqueles autos.²¹³

Dessa forma, o ambiente institucional foi crucial para a tomada de decisão dos trabalhadores acerca do ATS, tanto é que não foram todos os empregados que decidiram manter suas remunerações progressivas no tempo, ou seja, ter o ATS progressivo como na origem.²¹⁴ “Como há muitos conflitos endêmicos à competência, cabe ao Estado regular, participar e estimular a constituição de nexos sociais e institucionais capazes de acelerar a

²¹¹ BARBOSA, Marcos Arzua; CARVALHO, Fabrício Castro. **Uma nova perspectiva teórico-analítica para as mudanças estruturais: a Nova Economia Institucional (NEI)**. *Op. cit.*, p. 143.

²¹² Informações extraídas dos autos nº. TST-AIRR-118800-58.2011.5.21.0012. Brasília: Distrito Federal, Brasil. Acesso em 26 de dezembro de 2013, disponível em <http://www.tst.jus.br/consultaprocessual118800-58.2011.5.21.0012>, p. 02

²¹³ *Idem*, p. 02.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 02.

cooperação e a difusão de informações, assim como a negociação de pactos”.²¹⁵

No momento da criação do ATS o instrumento utilizado foi um ACT, ou seja, partiu-se de uma negociação coletiva que gerou um direito trabalhista. Mas para aquela realidade econômica e em distinto cenário social era possível o pagamento deste direito, porquanto “a experiência histórica demonstra que, em longo prazo, a mudança institucional é lenta e pausada. Em contraste, a mudança da estrutura econômica é mais rápida”.²¹⁶ Por fim, repetidamente destaque-se BARBOSA & CARVALHO:

Reconheceu-se que a mudança estrutural da economia modifica, em longo prazo, a dotação de recursos, as relações entre os agentes econômicos, os encadeamentos inter e intrassetoriais, os acordos entre os setores público e privado e, certamente, os acordos individuais prevaletentes.²¹⁷

Tanto é verdade que, recentemente, o ATS voltou a progredir no tempo, tendo em vista o último ACT – data base 2013/2015 – pactuado entre a PETROBRAS e o Sindicato dos trabalhadores petrolíferos.²¹⁸

Deste modo torna-se inegável que os efeitos econômicos sobre a produção de normas é irreversível. Esta é a proposta da AED, tendo em vista que “reconhece a imperfeição do pensamento jurídico tradicional, tanto no referente a objetivos como métodos de estudo”,²¹⁹ ou seja, o direito precisa enriquecer com contatos interdisciplinares, notadamente com a econômica. Por fim, passa-se ao estudo no próximo tópico de uma abordagem conjunta dos princípios da negociação coletiva de trabalho, a análise econômica do direito e o adicional por tempo de serviço.

²¹⁵ BARBOSA, Marcos Arzua; CARVALHO, Fabrício Castro. **Uma nova perspectiva teórico-analítica para as mudanças estruturais: a Nova Economia Institucional (NEI)**. Rio de Janeiro: Revista CADE, vº. 12, nº. 01, 2012, p. 144.

²¹⁶ *Idem*, p. 144.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 144-145.

²¹⁸ Informações extraídas do último ACT formalizado entre a Federação Única dos Petroleiros e Sindicatos representativos da categoria profissional dos trabalhadores na indústria da refinação e destilação do petróleo, dos trabalhadores na indústria de extração do petróleo e dos trabalhadores na indústria química e petroquímica do Estado da Bahia, em conjunto com a Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS, disponível em www.sindipetronf.org.br/Portals/0/ACT-2013-FUP.pdf, acesso em 26 de dezembro de 2013, p. 02.

²¹⁹ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações**. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bugallo_n.29.pdf. Acesso em 29 de dezembro de 2013, p. 51-52.

4.1.1 O ATS pelo princípio da criatividade jurídica das partes

Diante do exercício da criatividade jurídica das partes, convencionou-se pela criação do respectivo adicional por tempo de serviço, tanto é que não houve qualquer incompatibilidade com a produção normativa estatal, tendo em vista que a ampliação de direitos não viola a atividade legislativa.²²⁰ Ademais, reconhece-se que “o direito é cambiante, sendo indicador dessa mutabilidade a criação judicial”.²²¹

As partes envolvidas tem, por assim afirmar, real poder de criação de normas jurídicas, “com qualidades, prerrogativas e efeitos próprios a estas”.²²² Isso implica em reconhecer que, para aquele momento – o ano de 2001 – tudo conspirava para a modificação do respectivo ATS, seja a economia como um fator externo (receio com as privatizações), desde os incentivos do governo à própria atuação da Petrobras (que estariam sendo reduzidos por conta da alienação de muitas estatais), quanto o interesse das partes, portanto, internos à companhia.

CAVALCANTE, JORGE NETO e FRACAPPANI reconhecem que com o advento da Constituição de 1988, criou-se “o direito aos atores sociais para participarem da produção de normas que lhe regularão a atividade laboral, sem a interferência do Estado, desde que observados certos contornos jurídicos previamente delimitados”.²²³

Veja-se que agora torna-se bastante familiar a intersecção da AED ao Direito Coletivo do Trabalho. As respostas do ferramental empírico-teórico soam bastante razoáveis, até porque para aquele momento a economia exigiu, pela gestão da estrutura de incentivos dos agentes, a redução de direitos trabalhistas, notadamente atinentes à remuneração do trabalhador, congelando, assim, o ATS.

Nem sempre se poderia, portanto, permanecer o quadro econômico estável, tendo em vista as oscilações do mercado, os incentivos do governo, etc. Portanto, os trabalhadores para aquela ocasião foram contemplados com um cenário institucional

²²⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. *Op. cit.* p. 1317.

²²¹ PACHECO, Pedro Mercado *in* ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações**. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bugallo_n.29.pdf. Acesso em 29 de dezembro de 2013, p. 51-52.

²²² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. *Op. cit.* p. 1317.

²²³ CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira; FRACAPPANI, Adriano. **A negociação coletiva e a ultratividade da norma**. In: Villatore, Marco Antônio; Busnardo, Juliana, Gunther, Luis Eduardo. (Org.). 25 da Constituição e o Direito do Trabalho. Curitiba: Editora Juruá, 2013, p. 49.

propício para a negociação (opção pelo termo individual que congelou o ATS), o que, felizmente, não se manteve no decurso do tempo. Por essa razão NORTH afirma que o tempo influencia no aprendizado de como as instituições podem operar e sofrer influência da economia.²²⁴

Portanto, as crenças individuais ou aquelas de determinado grupo que foram adquiridas ao longo do tempo e repassadas de geração para geração também compõe aquilo que os indivíduos estão dispostos a negociar²²⁵, ou seja, o ATS não foi uma criação instantânea, tampouco espontânea, conquanto compõe a substância de uma regra informal porque não reconhecida pela legislação. Não existe lei que preveja o pagamento do adicional por tempo de serviço aos trabalhadores das indústrias de petróleo, mas culturalmente, no direito do trabalho, trata-se de um incentivo ao trabalhador para que permaneça na corporação e dedique-se ao trabalho de modo exclusivo.

Portanto, o ambiente institucional importa para a prevalência de um comando normativo, ao passo que as instituições, agora, compõe a estrutura de incentivos dos agentes.

No âmbito das proposições neoclássicas tradicionais, as instituições são dadas como exógenas à teoria econômica, formando apenas parte da História. Contrariamente, o neoinstitucionalismo considera que as relações econômicas se encontram fortemente implicadas pelo ambiente institucional. Nesse sentido, as instituições são percebidas como mecanismos reguladores da atividade econômica.²²⁶

Não é mais possível dispensar, portanto, a abordagem institucional, as falhas de mercado (seja a formação de monopólios, externalidades, bens públicos e bens comuns), a informação incompleta e assimétrica, bem como os custos das transações positivos.²²⁷

Do mesmo modo, impossível não destacar o papel do Poder Judiciário neste momento da pesquisa. Veja-se que as partes, ao criarem normas jurídicas, não esperam que estas sejam revogadas ou alteradas pelo Estado-Juiz, ou então, caso a corporação, para

²²⁴ “Isto é, as crenças que os indivíduos, grupos e sociedades possuem que determinam as opções são uma consequência do aprendizado ao longo do tempo - não apenas o tempo de vida de um indivíduo ou de uma geração de uma sociedade, mas o aprendizado incorporado em indivíduos, grupos, e as sociedades que serão cumulativos ao longo do tempo e repassados inter gerações pela cultura de uma sociedade”. Cf.: NORTH, Douglas C. **Economic Performance Through Time**. *Op. cit.* p. 360.

²²⁵ *Idem*, p. 360.

²²⁶ BARBOSA, Marcos Arzua; CARVALHO, Fabrício Castro. **Uma nova perspectiva teórico-analítica para as mudanças estruturais: a Nova Economia Institucional (NEI)**. *Op. cit.* p. 148.

²²⁷ *Idem*, p. 148.

determinado momento, entenda por bem dimensionar o trabalho com regras atinentes àquele momento e cria, por assim dizer, padrões de comportamento, o trabalhador não pode, num momento posterior, vir a requerer a restituição de uma verba ou de um direito porque deixou de ser vantajoso pra ele. Atente-se que o acordo sempre é firmado com o sindicato e tem a participação dos trabalhadores.

Mais que isso, a expectativa de que uma norma negociada, portanto, criada pelas partes, venha a ser alterada pelo Judiciário é negativa, porque desestabiliza o ambiente institucional, afastando a previsibilidade das negociações. O caso do ATS é um exemplo produtor. Durante o período em que este ficou congelado era interessante para a firma, economicamente falando, que referido adicional permanecesse estagnado ao longo do tempo. O fato dele voltar a ser pago novamente, bem como o número de contratações terem aumentado – com o aumento do incentivo por parte do governo – pode ser uma boa explicação, mas o pagamento retroativo não encoraja uma resposta eficiente. A questão é qual a expectativa que a empresa passará a ter das decisões judiciais, e se isto irá, de alguma forma, influenciar na contratação de novos trabalhadores ou reduzir o mercado de trabalho.²²⁸

Portanto, a criatividade jurídica das partes sofre, inegavelmente, influências de como em um determinado país as decisões judiciais são conduzidas, ao passo que se pode afirmar que o Poder Judiciário fornece a estrutura de incentivos de uma dada comunidade. “Estas podem afetar, por exemplo, a escolha do tamanho da empresa, a medida em que as empresas hão de reinvestir os lucros, e a decisão por parte de investidores externos para tornar-se proprietários minoritários”.²²⁹

Por fim, a criatividade jurídica das partes permite que uma empresa sobreviva em um ambiente institucional marcado pela proteção social excessiva que, muitas vezes, vem por sorratear a autonomia da vontade (princípio conectável à criatividade jurídica). Por outro lado, a lentidão do Judiciário e o número excessivo de recursos pode contribuir para um comportamento oportunista por parte da própria empresa.²³⁰ De todo modo, há muitas

²²⁸ “Our expectation is thus that firms with more negative expectations about the judiciary will tend to have higher capital labor ratios, controlling for growth in production and other firm characteristics”. Cf.: MUELLER, Bernardo; CAMPOS, Nauro; IOOTTY, Mariana. **Legal Institutions and Firm Performance in Brazil**. Brasília: Economic Analysis of Law Review, v. 04, Jan-Jun, 2013, p. 47.

²²⁹ *Idem*, p. 49.

²³⁰ *Ibidem*, p. 50.

nuances em uma análise pormenorizada do problema.

4.1.2 O ATS e o princípio da adequação setorial negociada

A remuneração do trabalhador é um recurso escasso, bem como o é o patrimônio do empregador quando considerado o número de empregados que passaram a receber o respectivo adicional em suas remunerações.

O ATS é válido em todo o território nacional, tendo em vista que os instrumentos coletivos de trabalho (ACT) celebrados pelo respectivo sindicato petroleiro (SINDIPETROS) tem eficácia ampla, abrangendo muitos estados da federação.

Entretanto, necessário neste momento fazer uma observação inicial. Uma das formas do Poder Judiciário do Trabalho receber uma controvérsia acerca das condições de trabalho se dá via dissídio coletivo, especialmente aquele de natureza jurídica.²³¹ Por essa razão, o princípio da adequação setorial negociada precisa harmonizar a criação das normas jurídicas convencionadas com aquelas heterônomas estatais, ou seja, com a produção legislativa, mas especialmente com conceitos da economia.

Com a criação e posterior modificação do ATS para os trabalhadores da Petrobras as condições estavam propícias ao investimento, ou seja, havia recursos econômicos para beneficiar os trabalhadores com o adicional por tempo de serviço. Por essa razão fora instituído mediante ACT dito benefício e também considerado como um incentivo para que os empregados permanecessem na empresa.

Levou-se em consideração, dessa forma, a realidade socioeconômica do momento, bem como outros fatores que permitiram a criação do incentivo. Todavia, imediatamente em seguida percebeu-se que a decisão foi equivocada. Parece que o ATS pago para os trabalhadores causaria um imenso rombo nas contas da corporação, ou seja, era preciso provocar uma mudança imediata nesse direito. O ATS foi, assim, *congelado*.²³²

Inegável, portanto, que a economia modifica a oportuna edição de normas por parte das empresas e dos trabalhadores, sendo certo que negar este contato ou desconsiderá-

²³¹ MORALES, Cláudio Rodrigues. **Manual prático do sindicalismo**. *Op. cit.* p. 155.

²³² Informações extraídas dos autos nº. TST-AIRR-118800-58.2011.5.21.0012. Brasília: Distrito Federal, Brasil, acesso em 26 de dezembro de 2013, disponível em <http://www.tst.jus.br/consultaprocessual118800-58.2011.5.21.0012>, p. 02.

lo em uma abordagem teórica sobre o Direito Coletivo do Trabalho é arriscado, quando não indesejável.

Mas o princípio em análise trata dos limites jurídicos da Negociação Coletiva de Trabalho.²³³ Isto significa afirmar que as partes precisam considerar outros elementos que possam informar o caminho dos convênios, notadamente a direção das normas e o momento em que estas teriam sido editadas, portanto, o tempo importa.²³⁴

Mas o que haveria de diferente para interessar na abordagem do princípio da adequação setorial negociada junto ao ATS? Parece que a resposta reside na interpretação das normas produzidas pela NCT: “segundo a lição de Ascarelli, um direito especial nasce em virtude da peculiaridade de seus princípios jurídicos e não da especialidade da matéria tratada”.²³⁵

Reconhecer, portanto, que a atividade do Magistrado, mormente quando está interpretando uma cláusula negociada mediante uma NCT precisa abordar os efeitos econômicos que desta decisão sobressairão. Negar estes efeitos pode comprometer a eficiência das negociações, ou então, ainda mais drástico, causar uma falha de mercado. Ou seja, parafraseando FORGIONI, o mercado precisa de normas que *azeitem* as condutas, porque ele tende a ser auto destrutivo.²³⁶

Neste momento passa-se à consideração de dois julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Como afirmado no início deste capítulo serão guardadas as devidas diferenças entre o Direito Civil e o Direito Coletivo do Trabalho. Neste tocante, o que se pretende afirmar é que poderia ser considerada, na análise judicial – entenda-se, no julgamento das questões – a Racionalidade Econômica das decisões.

Em julgado recente, datado de 19 de dezembro de 2012, o TJ/RS em decisão inédita decide reconhecer a vertente doutrinária de Direito e Economia na abordagem sobre a eficiência econômica das decisões. Mais que isso, reconheceu que se torna cada vez mais frequente a necessidade de se adotarem posicionamentos que provoquem o máximo de

²³³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. *Op. cit.* p. 109.

²³⁴ Relembre-se a importância dada ao tempo e como este pode influenciar nas instituições. Cf.: NORTH, Douglas. **Economic Performance Through Time**. *Op. cit.* p. 359.

²³⁵ ASCARELLI, Tullio *in* FORGIONI, Paula. **A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, Revista de Direito Mercantil, ano XLII, nº. 130, abril-junho de 2003, p. 07.

²³⁶ FORGIONI, Paula. **A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro**. *Op. cit.* p. 11.

benefícios aos envolvidos, com o menor custo possível.²³⁷

Em síntese, tem-se uma discussão que orbita ao redor do direito de propriedade. Inicialmente, uma questão possessória veio a ser debatida, postulando a parte que alegou ter sofrido esbulho a reintegração possessória, tendo em vista que o imóvel objeto daquele litígio havia sido vendido judicialmente. Em seguida, a mesma parte que alegou esbulho ajuizou uma ação de usucapião extraordinária, vindo a postular a propriedade do imóvel pela prescrição aquisitiva. Contudo, o imóvel pelo qual as partes litigavam fora vendido para o custeio do tratamento de saúde de um interditado. O TJ/RS reconheceu a existência de uma conexão entre as duas demandas, especialmente que uma delas poderia causar um impacto econômico na outra, se desconsiderado alguns elementos atinentes à alocação ótima de recursos escassos.²³⁸

Diz-se isto em razão das consequências que a decisão judicial proferida em um processo poderá representar sobre o outro – e vice versa. Vertente teórica relativamente recente tenta explicar, através da utilização de instrumental econômico, os diversos fenômenos jurídicos. Trata-se do movimento de direito e economia, também conhecido como análise econômica do direito. A linha básica deste ramo de pensamento é que, em um mundo de recursos escassos e de necessidades infinitas, as decisões dos agentes econômicos, entre eles os juizes de direito, devem ser racionais – ou seja, devem tentar alcançar o maior benefício com o menor custo possível. Sabe-se que as pessoas reagem a incentivos e o ordenamento jurídico pode ser considerado como uma estrutura abrangente e relevante de incentivos comportamentais.²³⁹

Deste modo, reconheceu-se que a Racionalidade Econômica das decisões judiciais tem impacto suficiente para alterar a estrutura de incentivos dos agentes, o que significa reconhecer que podem, por outro lado, determinar a forma como as normas serão produzidas pelas partes, caso se admita o estabelecimento de um paralelo com o tema desenvolvido nesta pesquisa. Por isso, naquele julgado consignou-se que “as decisões judiciais em ambos os processos são adequadas e eficientes, estabelecendo entre as partes uma situação de equilíbrio (Ótimo de Pareto)”²⁴⁰.

O segundo julgado diz respeito à quantificação do dano moral em ação

²³⁷ Informações extraídas dos autos de Apelação nº. TJ/RS 70051118800. Rio Grande do Sul: Porto Alegre, Brasil, acesso em 02 de janeiro de 2014, disponível em <http://www.tjrs.jus.br/consultaprocessual>, p. 08.

²³⁸ Informações extraídas dos autos de Apelação nº. TJ/RS 70051118800. Rio Grande do Sul: Porto Alegre, Brasil, acesso em 02 de janeiro de 2014, disponível em <http://www.tjrs.jus.br/consultaprocessual>, p. 08.

²³⁹ *Idem*, p. 08.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 09.

indenizatória, julgada pelo mesmo Tribunal de Justiça, tendo em vista a inscrição indevida nos serviços de proteção ao crédito. Veja-se que muito se afirmara nos Tribunais brasileiros que a suposta indústria do dano moral vem desencorajando os Magistrados a fixarem em suas decisões valores vultuosos a título de danos morais.²⁴¹

Mas isso fez com que as empresas sentissem um certo conforto em provisionar, para um momento no futuro, valores que serão destinados a estas indenizações, ou seja, dentro do seu patrimônio uma quantidade de dinheiro é destinada ao pagamento das indenizações que, em regra, não costumam ser altas.²⁴² Dito de outro modo, o Poder Judiciário, portanto, acabou por contribuir para um comportamento oportunista por parte das empresas de grande porte do ramo telefônico, como decidido neste julgado nº. 70024934069, em que estas efetivamente não se importam com as condenações, portanto, desrespeitam a própria instituição jurídica: o Poder Judiciário.

Mais uma vez, de modo inédito, o TJ/RS entendeu adequado, pelo voto do Desembargador José Aquino Flôres de Camargo, fixar um valor vultuoso a título de danos morais contra a empresa demandada (operadora de telefonia e internet banda larga BRASIL TELECOM) de modo a lhe advertir e punir pelo comportamento danoso aos direitos do consumidor. Isso significa dizer que a economia, através das estruturas de incentivos, dita o comportamento econômico, neste caso específico, registre-se, impondo o respeito à lei.

Na Justiça gaúcha, a lista dos mais processados, por ordem, é: IPERGS; Estado do Rio Grande do Sul; Brasil Telecom S.A. – casualmente a ré, aqui no presente feito –; Banco do Brasil; INSS; Banco Itaú; União de Bancos; Banco do Estado; Banco Santander; DAER; Bradesco; Município de Porto Alegre; EPTC; Credicard Administradora; CEEE; Agroterritorial Cidreira; SERASA; Fininvest; e a CDL. Os dados acima referidos demonstram que as indenizações que estão sendo fixadas pelo Poder Judiciário estão *valendo a pena* para que essas instituições continuem violando os direitos dos consumidores. Por outras palavras, os lucros e vantagens obtidos com as violações de direitos são maiores e, portanto, compensadores, diante das baixas indenizações fixadas. Importa referir que há empresas que nunca, ou muito raramente, aparecem como réus perante o Poder Judiciário no que diz com violações dos direitos dos consumidores. Isso mostra a exata distinção que tenho tentado colocar a fim de aumentar esses valores, porque, de fato, estamos vendo, pelos dados estatísticos, pelas circunstâncias, pelo contexto da realidade fática, que está literalmente *valendo a pena* violar os direitos dos consumidores, certamente já se computando os valores de

²⁴¹ Informações extraídas dos autos de Apelação nº. TJ/RS 70024934069. Rio Grande do Sul: Porto Alegre, Brasil, acesso em 03 de janeiro de 2014, disponível em <http://www.tjrs.jus.br/consultaprocessual>, p. 14.

²⁴² *Idem*, p. 14.

eventuais indenizações na contabilidade de custos dessas empresas.²⁴³

Veja-se que no julgado anterior a questão dos custos foi levada em consideração como um estímulo ao enfrentamento de condenações maiores, ou seja, que tomem em consideração uma punição eficiente. Ainda, na mesma decisão, afirma-se que deve ser levado em consideração “também os aspectos sociais e da corrente doutrinária denominada *Law and Economics*, que analisa a interação entre a ciência do direito e a economia”²⁴⁴.

Por fim, saliente-se que a atuação do Magistrado do Trabalho em sede de dissídio individual ou coletivo, neste último caso ainda se admitindo a hipótese de uma sentença normativa – portanto, da produção de norma jurídica que regulará a situação dos trabalhadores, precisa se harmonizar com a produção normativa estatal, mas não olvidar da influência que economia provoca no direito, notadamente junto ao ATS.

Também, sendo a remuneração do trabalhador um recurso escasso, a decisão judicial há de alocar de modo eficiente dito valor, causando o máximo de benefício a todos os envolvidos. Por outro lado, a empresa quando alterou o pagamento do ATS levou em consideração fatores econômicos na incorporação das normas coletivas.

Parece que a resposta também ecoa no texto da CLT, porque o Direito Comum poderá ser utilizado junto ao Direito do Trabalho, desde que compatível com referido ramo do direito.²⁴⁵ Situação esta que vem sendo amplamente aplicada pela Justiça do Trabalho, na falta de normas trabalhistas que amparem as questões à Ela submetidas.

4.1.3 Definição e momento de criação do Adicional por Tempo de Serviço

O Adicional por Tempo de Serviço, como a própria semântica do termo sugere, trata-se do adicional que varia conforme o tempo que o trabalhador permanece na corporação. Quanto maior for o tempo que este trabalhador permanecer prestando os seus serviços para a firma, maior deverá ser o incentivo para que ele permaneça neste emprego,

²⁴³ Informações extraídas dos autos de Apelação n°. TJ/RS 70024934069. Rio Grande do Sul: Porto Alegre, Brasil, acesso em 03 de janeiro de 2014, disponível em <http://www.tjrs.jus.br/consultaprocessual>, p. 14.

²⁴⁴ *Idem*, p. 15.

²⁴⁵ BRASIL. CLT (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Organização de Armando Casimiro Costa, Irany Ferrari, Melchiades Rodrigues Martins, 37°. ed., São Paulo: Editora LTr, 2010, p. 43.

vindo a recair, sobre a sua remuneração, um percentual variável.

Neste momento, entretanto, há de se verificar que o ATS, como qualquer outro adicional, recairá sobre a remuneração do trabalhador e, economicamente considerando, refletirá em outros direitos, especialmente naqueles pertencentes ao Estado brasileiro, como por exemplo, o direito à arrecadação fiscal via tributação, tal qual se dá com o imposto de renda, juntamente com demais encargos sociais devidos ao INSS.

O adicional por tempo de serviço é devido em função de um determinado espaço de tempo em que o trabalhador presta serviços para a empresa. Também pode ser chamado de anuênio ou prêmio por tempo de serviço. Geralmente, a sua fixação decorre de norma interna da empresa ou de ajustes normativos – convenções ou acordos coletivos de trabalho.²⁴⁶

O ATS foi criado por meio de um ACT celebrado entre o Sindicato dos Petroleiros e a Petrobras, variando conforme o tempo e por meio de percentual preestabelecido ano a ano.²⁴⁷ Deste modo, a partir de 01 de setembro de 1985, passou o ATS a ser pago anualmente, tendo em vista que anterior a esta data o mesmo se dava em triênios.²⁴⁸

Foi, portanto, dimensionado um incentivo aos trabalhadores para que estes permanecessem na corporação por longo período contratual, haja vista que um valor é agregado às respectivas remunerações pelo decurso do tempo. Acontece que o pagamento do adicional acabou por sobrecarregar o orçamento da empresa, mormente para os funcionários mais antigos que tinham as bases de cálculo de suas remunerações bastantes modificadas pela progressão do ATS.

Isso tudo contribuiu com que a PETROBRAS, para o ano de 2001, celebrasse um termo de opção individual que *congelou* o pagamento do adicional, haja vista as razões já mencionadas anteriormente, especialmente aquelas de ordem político-econômica. Em referido termo havia as seguintes opções: (i) permanecer com o respectivo adicional

²⁴⁶ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 7ª. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 559.

²⁴⁷ Informações extraídas do primeiro ACT celebrado entre a Petrobras S.A. e os Sindicatos representativos da categoria profissional dos trabalhadores na indústria de refinação e destilação do petróleo e dos trabalhadores na indústria de extração do petróleo (ano de 1985), disponível em www.sindipetroprsc.org.br, acesso em 03 de janeiro de 2014, p. 03.

²⁴⁸ *Idem*, p. 03.

progressivo no tempo, ou (ii) receber uma vultuosa soma em dinheiro e à vista e optar pelo seu “congelamento” no decorrer da contratualidade. Pela segunda opção o *quantum* recebido a título de *tempo de serviço* estaria estagnado por toda a contratualidade, sendo, portanto, subvertido o incentivo de manter um mesmo empregado na empresa.²⁴⁹

Seguramente, a segunda opção acabou por provocar inúmeros transtornos no país e movimentos sindicais de abrangência nacional pela impugnação da forma como vinha sendo pago o ATS aos trabalhadores da PETROBRAS.²⁵⁰ Os efeitos econômicos, portanto, foram inegáveis.

Entretanto, o que advirá a partir do descongelamento do ATS é nebuloso. O último ACT celebrado com vigência até o ano de 2015 guarda mistérios e a interferência do Poder Judiciário do Trabalho será, do mesmo modo, inevitável.

As regras postas na atualidade sobre a vida laboral, principalmente em nossa septuagenária Consolidação das Leis do Trabalho, bem como aquelas que dizem respeito ao processo de controle das atividades empresariais, estão obsoletas, na medida em que tem restado aos Tribunais Superiores a atualização das normas através da edição de Súmulas, sem sombras, questionáveis do ponto de vista constitucional.²⁵¹

É claro que o risco do Tribunal gerar uma falha no mercado sempre vai existir, conquanto a racionalidade do julgador encontra limites que serão tratados no próximo subitem. Portanto, a interferência do Estado nas relações privadas precisa ocorrer com muita cautela.

²⁴⁹ Informações extraídas do ACT celebrado entre a Petrobras S.A. e os Sindicatos representativos da categoria profissional dos trabalhadores na indústria de refinação e destilação do petróleo; dos trabalhadores na indústria de extração do petróleo e dos trabalhadores na indústria química e petroquímica dos Estados da Bahia e Sergipe (ano de 2001), disponível em www.sindipetroprsc.org.br, acesso em 03 de janeiro de 2014, p. 02.

²⁵⁰ Em notícia veiculada em março de 2011, na edição nº. 146, do Jornal do Sindicato dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo no Estado de São Paulo, uma maciça quantidade de trabalhadores manifestavam-se pelo recebimento do ATS de modo progressivo, isto porque alegam que “os planos do Governo FHC que queria privatizar a Petrobras, induziu os trabalhadores à venda desse seu direito de continuar recebendo o ATS (anuênio)”. Cf.: ROCHA, José Floriano da. **Jornal do Sindicato dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo no Estado de São Paulo**. São Paulo: PETROLUTA, ed. 146, abril/maio, 2011, p. 01.

²⁵¹ VILLATORE, Marco Antônio César; KOLLER, Carlos Eduardo. **A Consolidação das Leis do Trabalho e a Globalização: institutos em crise e os impactos na sociedade hegemônica e capitalista brasileira**. In: Villatore, Marco Antônio César; Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa. (Org.). **CLT 70 anos de Consolidação: uma reflexão social, econômica e jurídica**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 03.

O papel do Estado nos regimes livres é assistir como simples espectador à formação dos contratos e só intervir para assegurar os efeitos e as consequências dos contratos livremente realizados. Por essa forma, o Estado não limita, não diminui, mas amplia a ação da liberdade e da atividade individual, garantindo os seus efeitos. É inconveniente porque a lei se baseia no desconhecimento dos princípios econômicos.²⁵²

Ademais, a criação do ATS se deu por instrumento particular – Acordo Coletivo de Trabalho – que admite, como sabido, alterações pelas mesmas partes, levando-se em consideração o momento vivenciado, os aspectos da realidade apresentados, mas especialmente o fator tempo, aliados à uma análise econômica destas instituições.

Nenhum direito criado mediante um convênio coletivo precisa ser perpétuo, haja vista a já mencionada existência em um mundo de recursos escassos e de necessidades infinitas. O Estado tem um papel fundamental neste cenário, especialmente a figura do Magistrado, eis que tão relevante para a modernidade e atuante no cenário social.

Mesmo diante de toda a criatividade jurídica das partes quando iniciam a criação de um direito, tal qual se deu com o adicional por tempo de serviço, nesta mesma criação foram envolvidos custos, tendo em vista que a empresa arcou com o pagamento de valores altos, pois existiam muitos empregados antigos que já se haviam beneficiado com outros prêmios anteriores em suas remunerações e, agora, passariam a receber referido adicional incorporado sobre a mesma remuneração (já contemplando outros benefícios revogados), pois é princípio norteador do direito do trabalho a irredutibilidade salarial e a inalterabilidade contratual lesiva.

Esta criação, também referente ao ATS, para o ano de 1985, harmonizou-se com uma realidade normativa em que não se cogitava, por razões óbvias, de um texto constitucional em que os direitos sociais haviam sido erigidos à direitos fundamentais. Repetindo-se, foi com o advento da Constituição de 1988 que o contato do direito com a economia tornou-se mais evidente.²⁵³

Por fim, veja-se que com o aumento real dos salários mediante a progressão do adicional por tempo de serviço tem-se, do mesmo modo, que os reflexos serão sentidos por

²⁵² SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. vº. 01, 17º. ed. São Paulo: Editora LTr, 1997, p. 57.

²⁵³ PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 07.

todos, especialmente para o fisco – mormente quando arrecadará o imposto de renda –, bem como para o INSS, tendo em vista que a base de cálculo para as contribuições sociais também se elastece.

4.1.4 O termo aditivo (de opção individual) sobre o Acordo Coletivo de Trabalho e o comportamento oportunista

Os trabalhadores da PETROBRAS, no ano de 2001, celebraram um termo aditivo ao ACT firmado entre a empresa e os Sindicatos dos Trabalhadores nas Indústrias de Petróleo, com o fim de alienar a progressão do ATS, entenda-se, *congelamento* da variação progressiva no tempo, em troca de uma soma em dinheiro e com pagamento à vista.²⁵⁴ Passa-se, neste momento, ao estudo deste comportamento, analisado sob o enfoque empresarial, bem como sobre a proteção de direitos trabalhistas.

Muito comum que se pareça inadvertida a afirmação de que a economia controla o comportamento humano pelas regras de incentivo, ou seja, afirmar que o agir humano é atrelado somente à estrutura de incentivos é inapropriado. Não é, senão outro, o objetivo neste aspecto. Todavia, a importância do efeito econômico sob as regras trabalhistas, provocado pela economia, acaba por colmatar o comportamento das partes.

As partes, portanto, estando em igualdade de condições, eis que de um lado há a presença atuante dos sindicatos, e, noutra ponta, os interesses do empregador, fez com que a assimetria existente entre elas se tornasse rarefeita, o que não significou dizer inexistente. Por essa mesma razão, a possibilidade do nascimento de um comportamento oportunista é muito grande.

Entretanto, o que se pode compreender por comportamento oportunista?

Imagine-se a possibilidade do comportamento oportunista a partir do momento em que um investimento específico acaba sendo realizado e as partes podem agir de modo predeterminado.²⁵⁵ Dito de outro modo, as mesmas partes precisam planejar os riscos e

²⁵⁴ Informações extraídas do ACT celebrado entre a Petrobras S.A. e os Sindicatos representativos da categoria profissional dos trabalhadores na indústria de refinação e destilação do petróleo; dos trabalhadores na indústria de extração do petróleo e dos trabalhadores na indústria química e petroquímica dos Estados da Bahia e Sergipe (ano de 2001), disponível em www.sindipetroprsc.org.br, acesso em 03 de janeiro de 2014, p. 02.

²⁵⁵ KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert G.; ALCHIAN, Armen A. **Vertical Integration, Appropriable**

evitar a formação destes comportamentos impertinentes.²⁵⁶

Para o caso do ATS, a partir do momento em que este passou a ser pago pela Petrobras, da mesma forma, tanto os empregados, quanto a própria empresa passaram a ter ampla possibilidade de um comportamento oportunista. Veja-se que o *congelamento* do respectivo adicional representou um ganho para a empresa, ao passo que os trabalhadores, ao postularem em juízo por uma decisão judicial que declare a lesividade deste ato e, conseqüentemente afaste dita cláusula convencional, acabam por permanecer com a indenização paga pelo mesmo *congelamento* e tornam a ter seu ATS progressivo, vindo a receber duas vezes. Matematicamente, portanto, é uma conduta oportunista.

Mas o que pode ter motivado a empresa a agir de modo oportunista? ou então, se o monitoramento dos custos envolvidos levassem a empresa a planejar referido termo de opção individual (alienação da progressão do ATS), não estariam fatalmente os trabalhadores sujeitos a um adicional não progressivo? Quer dizer, não teria sido o *congelamento* previsto como uma forma de reduzir o custo para um momento futuro? Não se pode saber ao certo qual foi a motivação para esta ação, até mesmo porque, convém lembrar, está-se diante de um caso nítido de limitação à racionalidade econômica.

Mais que isso, não são disponíveis para o ato da negociação todas as informações necessárias, o que faz com que as partes acabem por tomar decisões de modo quase intuitivo, ou seja, confiantes na conduta uma da outra.

Relembrando o caso do mercado de limões, veja-se que o vendedor do carro usado tem conhecimento de possíveis avarias ou defeitos que este possa apresentar. Por essa razão, no mercado, detém mais informações que o comprador, o que poderá, da mesma forma, induzi-lo a um comportamento oportunista, não obstante seja inapropriado presumir que isto ocorrerá.

E não é crível presumir o comportamento oportunista. COASE já afirmara algo semelhante quando do estudo de caso da compra da Fisher Body pela GM. Por muito tempo os economistas acreditaram que as disposições contratuais e a localização das plantas das fábricas da Fisher teriam induzido um comportamento oportunista por parte da

Rents, and the Competitive Contracting Process. Journal of Law and Economics, vº. 21, nº. 2 (Out., 1978). Chicago: The University of Chicago Press, 1978, disponível em: <http://www.jstor.org/stable/725234>, acesso em 04 de janeiro de 2014, p. 298.

²⁵⁶ *Idem*, p. 299.

GM. Mas isso não é adequado e, segundo COASE atesta, inclusive incorreto, porque “acreditando-se que certos comportamentos oportunistas originem-se de simples disposições contratuais, não é surpreendente que os economistas interpretem mal os fatos”.²⁵⁷

O que importa para estes casos é que seja tomada em consideração a realidade de modo amplo, ou seja, que todos os aspectos sejam analisados e processados sob o crivo da racionalidade, para que se possa atestar se houve, ou não, oportunismo na conduta. E mesmo assim, diante da limitação da racionalidade, poderá haver uma conclusão equivocada.

Outro argumento possível seria o fato de o Poder Judiciário estar condicionado a decidir, politicamente, em favor do mais fraco na relação contratual (aqui considerando uma NCT). Isto significa que a empresa planeja até mesmo uma possível decisão judicial desfavorável e contabiliza em seu orçamento, isto porque a atuação do estado via ordenamento jurídico é uma verdadeira estrutura de incentivos capaz de influir no comportamento econômico do homem.

Neste sentido TAMANAHA já se referira: “porque a lei fornece uma infraestrutura jurídica e tem a capacidade de prover mudanças sociais, econômicas e políticas”,²⁵⁸ e continua sua afirmação aduzindo que “desde que o apoio à cultura jurídica e o respeito às instituições se deem por melhorias nos hábitos das pessoas”.²⁵⁹ De modo algum crê, por sua vez, que somente a lei é capaz de ensejar mudanças. Portanto, elas necessariamente devem vir acompanhadas de uma releitura da própria cultura jurídica.²⁶⁰

Fica perceptível que a cultura jurídica é ocasionada por um equívoco na leitura dos postulados normativos e até mesmo dos fatos quando a atuação do Magistrado deixa de levar em consideração a existência destas condutas oportunistas, sendo, portanto, *míope*.²⁶¹

²⁵⁷ Em um estudo de caso sobre o comportamento oportunista da compra da Fisher Body pela GM, Ronald Coase expõe que o simples fato da empresa vendida (Fisher Body) ter localizado suas plantas em um local distante da GM, portanto, vindo a dificultar a atividade desta segunda, não pode levar o estudioso à conclusão de que houve, efetivamente, um comportamento oportunista. Cf.: COASE, Ronald. **The Conduct of Economics: the example of Fisher Body and General Motors**. Journal of Economics and Management Strategy, vº. 15, nº. 02. Chicago: The University of Chicago Law School, 2006, p. 275.

²⁵⁸ TAMANAHA, Brian Z. **The Primacy of Society and the Failures of Law and Development**. Washington University: Cornell International Law Journal, 2009, vol. 44, p. 211.

²⁵⁹ *Idem*, p. 211.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 211.

²⁶¹ Parafrazeando Anthony Ogus, a visão do juiz que desconsidera a eficiência econômica pode ser considerada preconceituosa ou até mesmo míope. Por essa razão, incluir a eficiência como um parâmetro de

na análise dos seus impactos, isto porque a “decisão judicial desempenha um papel significativo na interpretação da lei”.²⁶²

Desse modo, o que leva a uma convenção entre trabalhadores e empregadores a atingir um ponto de saturação que a torne eficiente é, por outro lado, a lealdade e transparência na conduta das partes.

Isto implica em reconhecer que tanto a conduta precisa ser leal e transparente, como para o seu aperfeiçoamento estar livre de comportamentos oportunistas, a fiscalização do curso destas ações – *path dependence* – poderá contribuir para um julgamento mais preciso e detalhado.

4.2 LIMITES DA RACIONALIDADE DO JULGADOR E O ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO

A racionalidade econômica também encontra limites. Como o processo de emancipação da racionalidade humana envolve a articulação de ideias, portanto, provenientes da mente humana, esta também é vista como limitada, porque incapaz de processar todas as informações disponíveis.

Neste universo de escassez a AED é capaz de ofertar uma análise da realidade que leva em consideração a limitação da atividade cognitiva. Não seria diferente com a racionalidade do julgador, até mesmo porque muitas informações lhe estão disponibilizadas para processamento, sendo reduzidas aquelas que envolvam somente a noção de justiça e que dispensem uma abordagem econômica.

Mas a racionalidade guarda ciladas a quem dela vale a mão. SEN desenvolve um exemplo curioso e até engraçado sobre o relógio estragado e a precisão das horas. Imagine-se um relógio parado, portanto, que não está funcionando. Se determinada pessoa olhar as horas neste relógio duas vezes ao dia e, coincidentemente, nos horários em que ele estiver registrando, por acidente, o instante correto, então, um mecanismo estragado,

juízo pode objetivar mais a decisão e afastar os problemas e os riscos de um julgamento estritamente moral ou político. Cf.: OGUS, Anthony. **What Legal Scholars Can Learn from Law and Economics**. Symposium Law and Economics and Legal Scholarship, vº. 79, Iss. 2. Chicago-Kent Law Review, 2004, disponível em: <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3896&context=cklawreview>, acesso em 06 de janeiro de 2014, p. 389.

²⁶² *Idem*, p. 388

portanto, falho, apontará uma resposta precisa,²⁶³ e completa: “na verdade, às vezes um procedimento muito duvidoso pode acabar produzindo por acaso uma resposta mais correta que uma argumentação extremamente rigorosa”.²⁶⁴

Mas o que isso significa em termos de limitação da racionalidade? Significa que mesmo partindo de um procedimento absolutamente correto e aceitável socialmente, as falhas da racionalidade poderão existir, do mesmo modo que os acertos estarão disponíveis em um procedimento duvidoso.

Outro parâmetro para se basear a racionalidade do julgamento e encontrar mais um limite está na imparcialidade do julgador. O Juiz deve ser imparcial, portanto, pautar-se em parâmetros cada vez mais objetivos e não inclinar seu posicionamento a favor ou em desfavor de nenhuma das partes.

Um espectador compreensivo, racional e imparcial é uma pessoa que adota uma perspectiva geral: assume uma posição em que seus próprios interesses não estão em jogo e possui toda a informação e todo o poder de raciocínio necessários. Assim posicionado, ele sente uma compreensão igual pelos desejos e satisfações de todos os que são afetados pelo sistema social. Respondendo aos interesses de todos da mesma forma, um espectador imparcial libera sua capacidade de identificação compreensiva, considerando a situação de cada pessoa na forma pela qual afeta essa pessoa. Assim, ele se imagina no lugar de cada pessoa, e após ter feito isso para todos, a força de sua aprovação é determinada pelo saldo de satisfações às quais ele se identificou pela compreensão. Quando completou a volta por todas as partes envolvidas, por assim dizer, sua aprovação expressa o resultado total.²⁶⁵

Interessante a visão sobre a imparcialidade em RAWLS, porque absolutamente próxima daquilo que SEN denominou de *racionalidade posicional* (próximo subitem), guardadas as críticas e contrariedades do segundo autor. Portanto, em busca de uma racionalidade que seja capaz de fornecer o máximo de benefício para todas as partes envolvidas – moderna noção de eficiência econômica – tem-se que a imparcialidade é algo bastante próximo de uma razão objetiva, capaz de impedir a formação de juízos particulares, políticos ou predefinidos.

²⁶³ Na tentativa de encontrar uma ética baseada em uma razão objetiva, SEN afirma que o uso da argumentação racional ainda é a melhor opção quando se está diante de outras variáveis. “O argumento a favor da análise arrazoada não depende de que esta seja uma via infalível para acertar (tal via não pode existir), mas de que seja tão objetiva quanto for razoavelmente possível”. Cf.: SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2ª., reimpressão, 2013, p. 71.

²⁶⁴ *Idem*, p. 70.

²⁶⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000, p. 203.

O julgamento não pode ser putativo, porque uma falha neste processo que toma em consideração a posição que o julgador ocupa (ideia desenvolvida no próximo subitem) pode ser muitas vezes definitiva para a higidez econômica das partes. Colocar-se no lugar de todas as pessoas é ocupar a posição destas pessoas, portanto, estar racionalmente posicionado.

Mas “o lugar da imparcialidade na avaliação da justiça social e dos arranjos sociais é fundamental para a compreensão da justiça, vista a partir dessa perspectiva”.²⁶⁶ SEN subdivide a imparcialidade em *fechada* e *aberta*. No primeiro caso estar-se-ia diante de uma razão imparcial destinada a somente um grupo selecionado, por exemplo, a determinado povo ou nação, ao passo que no segundo caso levarias em consideração outros juízos globais, portanto, evitando aquilo que o mesmo autor chama de *viés paroquial*.²⁶⁷

Arremata sua posição sobre a imparcialidade e opina pela segunda forma, portanto a *imparcialidade aberta*, valendo-se do *homem dentro do peito* de Adam SMITH: “na solidão, estamos aptos a sentir bem fortemente o que diz respeito a nós mesmos... a conversa de um amigo melhora nosso temperamento, a de um estranho, mais ainda”.²⁶⁸ Ou seja, aumentar a objetividade das decisões é sinônimo de providenciar maior ética aos julgados, afastando-lhes definitivamente dos juízos políticos ou sentimentais.

É, portanto, um limite a mais a posição que o julgador ocupa quando partirá em busca de uma análise racional, porque suas crenças, experiências e grau de cultura irão influenciar na tomada de decisões. Se possível, adequado que o julgador possa vencer estes obstáculos, ao menos no plano teórico. “A imparcialidade impede distorções causadas pelo preconceito e pelo interesse próprio”.²⁶⁹

Do mesmo modo, a racionalidade como premissa tomada em consideração neste trabalho se aproxima daquilo que SEN chamou de ética consequencialista focada em realizações.²⁷⁰ Veja-se que RAWLS reconhece que a principal crítica ao seu posicionamento

²⁶⁶ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. *Op. cit.*, p. 153.

²⁶⁷ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. *Op. cit.*, p. 153.

²⁶⁸ SMITH, Adam. Teoria dos sentimentos morais in SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2ª. reimpressão, 2013, p. 155.

²⁶⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. *Op. cit.* p. 203.

²⁷⁰ Como já abordado nesta pesquisa por ocasião da AED e a Negociação Coletiva de Trabalho – naquele exercício teórico – afirmara-se que as teorias que se afastam da realidade para propor um arranjo institucional justo ou mais adequado padecem em algum momento, isto porque quando plasmadas na realidade subjacente podem não se representar práticas ou viáveis, ou seja, não demonstrar utilidade ou então, pior que isto, serem inapropriadas. Cf.: SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2ª., reimpressão,

de que uma teoria da justiça não precisa, necessariamente, ser edificada para uma realidade factível se encontra na objeção de que o procedimento adotado está distante desta mesma realidade.²⁷¹

Por esta razão, justifica-se mais uma vez, o estudo de caso do ATS dos trabalhadores da PETROBRAS, medida em que se pode aferir, do ponto de vista prático, que a epistemologia da AED é adequada à proposição de uma análise de prognose e diagnose, portanto, racionalmente econômica.

Outro limite contundente nesta abordagem trata-se da *ignorância racional*.²⁷² Quando as partes ignoram por escolha voluntária e consciente determinada opção posta em negociação, por exemplo, ou até mesmo quando o Magistrado resiste em reconhecer que mais elementos podem comprometer a análise no julgado, subentenda-se, quando ele mesmo ignora os aspectos econômicos de dada decisão, compromete-se a racionalidade com mais um limite cognitivo, contudo, desta vez, por incrível que pareça, voluntariamente. É algo negativo, por certo.

Por fim, a racionalidade encontra série de limites. RIBEIRO já advertiu que prazeres e objetivos indiretos podem e vão influir no momento em que as partes estabelecerão uma contratação qualquer, vindo a comprometer o seu poder de escolha,²⁷³ ou seja, quanto maior for a objetividade do julgado, menor será a zona de permissividade dos julgamentos morais ou políticos por parte do Juiz, o que encoraja a análise aqui proposta. Passa-se, no próximo subitem ao estudo de mais um limite da racionalidade do julgador.

4.2.1 A racionalidade posicional como limite real

Retomando o caso da órbita geossíncrona da Terra. Veja-se que o exemplo dos satélites girando ao redor do Planeta estudado por COOTER e ULEN pode ser um bom

2013, p. 36.

²⁷¹ “Uma outra objeção ao nosso procedimento é a de que ele está por demais distanciado da realidade. Certamente, os homens são acometidos por esses sentimentos”. Para RAWLS, o sentimento referido nesta ocasião seria a inveja, conquanto esta motivaria o curso racional das ações pelos sujeitos e que, não seria prudente, afastar-se da realidade e deixar de dimensionar no procedimento adotado em busca de uma teoria da justiça, os sentimentos e as vivências dos homens. Cf.: RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000, p. 155.

²⁷² SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?** *Op. cit.* p. 19.

²⁷³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **“Racionalidade Limitada”**. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius (Org.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. *Op. cit.* p. 66.

indicativo sobre a posicionalidade do observador racional.

Inicialmente, para enfrentar este exemplo, necessário definir o que vem a ser órbita terrestre geossíncrona. Referida órbita corresponde àquela que gira em torno da Terra exatamente na mesma velocidade em que esta tem sua rotação. Posicionada a aproximadamente 35.800 km de altura, lá são hospedados satélites de monitoramento ambiental que fornecem informações sobre o tempo e preveem catástrofes naturais e provocadas, bem como níveis de precipitação de chuvas, etc.²⁷⁴

A cada minuto de cada dia, um arranjo de *satélites ambientais operacionais geossíncronos* (geoestacionários) (GOES) monitora as condições atmosféricas em todo o mundo. Os satélites medem comprimentos de onda selecionados, por meio de sensores ativos e passivos. As imagens processadas por computador, especialmente na faixa do infravermelho (calor), tornaram-se familiares pela televisão e pelos sistemas de previsão de tempo baseados na WEB. A órbita do sistema GOES situa-se aproximadamente a 35.800 km acima da superfície e se move ao redor da Terra exatamente na mesma velocidade com que a Terra gira. Isso mantém o satélite sobre o mesmo ponto acima do equador, e permite cobertura contínua de quase todo o planeta, de polo a polo.²⁷⁵

Para o que se pretende nesta pesquisa, o exemplo dos satélites e das órbitas terrestres geossíncronas é bastante apropriado. Portanto, um ponto em que um observador ocupa na Terra e consegue, mediante o uso de equipamentos apropriados, observar referido satélite, percebe-o parado, portanto, absolutamente sem movimento. Entretanto, se este mesmo observador ocupasse um outro ponto, evidentemente fora do planeta Terra, perceberia o mesmo satélite girando, assim como a Terra gira em torno do seu próprio eixo.

A posição que o observador ocupa é significativa na análise que sua racionalidade estará fornecendo. Justamente aí se pode definir a racionalidade posicional com um limite real, portanto, absolutamente evidente. Surge, disto, uma *ilusão objetiva* que compromete o modelo de racionalidade do observador.

Já se definiu por ocasião do capítulo 3 desta pesquisa o que vem a ser uma *ilusão objetiva*. Por este conceito, reafirmando-se, tem-se que é muito comum que os trabalhadores não enxerguem algo que ultrapasse o seu *confinamento posicional*. Ou seja,

²⁷⁴ PASSOW, Michael J. **TRMM – Tropical rainfall measuring mission: bringing remote sensing of precipitation into your classroom**. São Paulo: Terrae Didática, Universidade de Campinas – Unicamp –, disponível em <http://www.ige.unicamp.br/terraedidatica>, acesso em 10 de janeiro de 2014, p. 04.

²⁷⁵ PASSOW, Michael J. **TRMM – Tropical rainfall measuring mission: bringing remote sensing of precipitation into your classroom**. *Op. cit.*, p. 04.

pouco provável que visualizem que, por exemplo, a manutenção dos seus empregos dependa de uma redução em alguns custos que oneram o empregador. Isso representa, em primeira análise, uma violação dos direitos e garantias individuais, mormente quando se reduz os salários ou as remunerações, tendo em vista a superação de um momento de crise econômica.

Porém ao julgador este *confinamento posicional* pode ser superado com uma análise econômica da realidade apresentada. Afirma-se, caso o juiz convença-se de que a garantia dos empregos, bem como a permanência das atividades empresariais no mercado implique em uma redução de um custo, seguramente manterá a empresa ativa e evitará uma dissolução da sociedade, por exemplo. Portanto, a adequada alocação de recursos que são escassos é um tema que encoraja a discussão aqui proposta, ao passo que é evidente que os recursos são finitos, e que as necessidades são permanentes.

Em busca de uma ética econômica, SEN afirma ser necessário ir além do *confinamento posicional* quando se engendra esforços na observação racional.²⁷⁶

Ao observador racional esta cilada já está aparentemente visível, pois como no caso dos satélites e na análise do seu movimento, veja-se que em uma observação superficial a primeira suposição está completamente equivocada. Ou seja, ao se pressupor que o satélite está parado junto à órbita terrestre quando visualizado de um ponto qualquer da Terra, justamente esta suposição se dá via inversa, perfeitamente porque ele está, também, em movimento.

Não seriam muitas análises comprometidas por uma observação posicional que criariam uma ilusão de ordem objetiva na mente do julgador? Seguramente a resposta é afirmativa, mas isso não significa concluir que impossível de ser superada. Trata-se de um ponto de vista que precisa de muita cautela para não gerar uma falha cognitiva.

Parece que uma das formas de solucionar o *confinamento posicional* é aparentemente sair de dentro dele, ou seja, trocar de lugar com as pessoas e passar a visualizar outros pontos de vista que possam significar alguma verdade.²⁷⁷ Assim fora a proposição de RAWLS quando discutiu a imparcialidade.²⁷⁸

²⁷⁶ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. *Op. cit.* p. 188.

²⁷⁷ “A libertação do isolamento posicional pode nem sempre ser fácil, mas é um desafio que o pensamento ético, político e jurídico tem de incorporar”. Cf.: SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. *Op. cit.* p. 187.

²⁷⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000, p. 203.

A título exemplificativo, se o julgador parte do pressuposto da hipossuficiência do trabalhador para se lançar em uma sentença de mérito, em se tratando de direito coletivo do trabalho, incorrerá em um equívoco, porque a fragilidade do empregado, neste caso, fora superada pela estrutura sindical, ao menos em tese.²⁷⁹

Vários são os exemplos possíveis neste caso. Imagine-se uma outra hipótese de comprometimento da racionalidade do julgador. Em uma hipotética audiência de instrução e julgamento – ocasião em que serão produzidas provas, ou seja, valoradas pelo Magistrado e com cognição exauriente – o julgador acaba falhando, e compromete-se o seu processo de cognição tendo em vista que se baseou em uma prova produzida por testemunhas em conluio e que estão mentindo. Dessa forma, o resultado final da demanda será desfavorável a uma das partes, isto porque o Juiz se fundamentou no ônus probatório, ou seja, sua atividade de cognição vertical e exauriente falhou.²⁸⁰

Portanto, a posição do observador racional em dado lugar é crucial na análise que este realizará, sendo que as falhas da racionalidade são previsíveis em alguns casos, mas na grande maioria deles acontecem à revelia das partes. Daí nasce mais um problema a saber: a instabilidade das decisões judiciais. Analisar-se-á em seguir.

4.2.2 A ausência de previsibilidade da decisão, a Nova Economia Institucional e o sistema lotérico dos Tribunais

Diante de um quadro de racionalidade limitada e das possíveis falhas que podem surgir neste processo de cognição, a ausência de previsibilidade das decisões judiciais é um dos mais destacados na Justiça do Trabalho.

Mas a relação que se estabelecerá por esta ocasião não será processual. Será, com sorte, ligada à NEI e ao *sistema lotérico* dos Tribunais Superiores, ou seja, de que forma a atuação do julgador poderá comprometer a economia e gerar instabilidades? Ainda, o que vem a ser o *sistema lotérico* dos Tribunais?

Antes disto, porém, convém destacar que na economia o papel do *agente*

²⁷⁹ HINZ, Henrique Macedo. **Direito Coletivo do Trabalho**. *Op. cit.* p. 134.

²⁸⁰ Para Watanabe, a cognição do Juiz pode ser superficial ou exauriente. No segundo caso o processo de racionalidade mergulha nos fatos e nas provas de modo profundo, tendo em vista a necessidade de produção do julgamento, depurando todos os fatos e filtrando os elementos dispostos em juízo. Cf.: WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 58-59.

racional assume grande relevância na formulação das decisões. Amartya SEN, ao citar Jon ELSTER, enfatiza que “o agente racional é aquele que age por razões suficientes”.²⁸¹ Interessante que nem sempre essas razões serão bastantes racionais o suficiente para serem consideradas plenas, isto porque já se muito afirmou ser a racionalidade um recurso limitado, como o é a mente humana. Mas a tentativa de um comportamento racional não precisa ser desencorajada por conta destas limitações.

Ademais, as pessoas também agem por impulso, por paixões, por interesses indiretos, etc. Isto implica em reconhecer que a decisão judicial também sofrerá desse problema, pois o que seria o julgador senão um sujeito racional?

É racional diante das escolhas e precisa eleger, através de determinados critérios, qual será sua decisão num dado caso posto à análise, sempre levando em consideração, ao menos no plano teórico, o máximo possível de elementos objetivos à formação da sua cognição. É indesejável que o julgador se pautem em critérios estritamente políticos e subjetivos na análise dos fatos, tendo em vista ser a racionalidade limitada.

Mais que isso, deve pautar-se nestes critérios objetivos – pode-se dizer que um dos critérios objetivos e o principal deles seja mesmo a lei – para formular seus juízos de valor. Ainda assim será sujeito à *fraqueza de vontade*.²⁸²

Como não se inclinar por um posicionamento ideológico diante dos fatos se ele parece convincentemente justo ou mais adequado que a disposição legal? Bastante difícil se torna a atividade de julgar, mas reconhecer a limitação da racionalidade já é o primeiro passo para se tornar mais objetiva uma escolha real. Também, reconhecer a limitação da racionalidade não deve indicar um impedimento à sua utilização, isto porque os seres humanos tendem a fazer um bom uso – ainda que não absolutamente pleno – da sua racionalidade limitada.

Mas em que isto se relaciona com a NEI? Relaciona-se toda a vez que o Magistrado valer-se exageradamente da proteção de um segmento social desfavorecido, de modo quase irracional, gerando um clima de profunda instabilidade nas relações econômicas, ao ponto de afastar a previsibilidade dos julgamentos e dos posicionamentos

²⁸¹ ELSTER, Jon. **Reason and rationality** in SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. *Op. cit.* p. 208.

²⁸² Fraqueza de vontade ou também chamada de *força de vontade limitada* ou *autocontrole insuficiente* porque, mesmo diante da escolha racional, o sujeito toma uma decisão contrária ao seu julgamento razoável porque é vencido pela tentação de agir de outra forma, ainda que reconhecidamente menos racional, por exemplo, uma visão ideológica ou política. Cf.: SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. *Op. cit.* p. 210.

jurisprudenciais, que são, em regra, muito inconstantes.

Hipótese não descartada em relação ao ATS foi um precedente jurisprudencial do Tribunal Regional do Trabalho da Nona Região – Estado do Paraná. Após a PETROBRAS celebrar o Termo Aditivo sobre o ACT formalizado entre as partes (ano de 2001), o TRT, em decisão singular, entendeu por bem declarar a nulidade de referido termo tomando em consideração o momento político vivenciado pelas partes quando optaram pelo *congelamento* das progressões do ATS.²⁸³ Isto se deu de modo individual, contudo, acabou por mover todo o sindicato na busca destes direitos, ou seja, uma única decisão judicial promoveu um clima de instabilidade social de grande repercussão. As demais decisões posteriores foram pela improcedência dos pedidos e o fundamento maior foi a prescrição dos direitos dos trabalhadores.

De modo algum se pretende tomar algum partido nesta pesquisa, vale afirmar, permanecer constantemente ao lado dos interesses dos trabalhadores, ou então, ficar indiscutivelmente ao lado dos interesses da empresa. Todavia, apontar que a racionalidade pode gerar falhas e comprometer o mercado é um dos objetivos aqui presentes.

Tem-se que a “racionalidade é uma disciplina bastante permissiva, que exige a prova do raciocínio, mas permite que o auto escrutínio arrazoado assumam formas bastantes diferentes, sem necessariamente impor qualquer grande uniformidade de critérios”.²⁸⁴ Ou seja, não se pode admitir uma verdade absoluta ou um partido definitivo. A racionalidade permite um exercício à favor da eficiência, no sentido de Kaldor-Hicks (que provoque o maior benefício a todos os envolvidos).

A estabilidade na formulação e na preservação das regras de uma negociação qualquer compõe o substrato da NEI e já foram esclarecidas neste trabalho, por conta do subitem “3.1.3”, do Capítulo 3. Todavia, convém lembrar que TAMANHA dimensionou algumas opções para superar o problema das instabilidades, especialmente levar em consideração aspectos locais e culturais de uma dada comunidade, a tradição desta, o seu sistema político-econômico, o seu grau de industrialização, etc.²⁸⁵

Portanto, as instituições (aqui tomando em consideração uma NCT) importam

²⁸³ Informações extraídas dos Autos n°. TRT-PR-08987-2006-007-09-00-0. Paraná: Curitiba, Brasil. Disponível em http://www.trt9.jus.br/internet_base, acesso em 13 de janeiro de 2014, p. 02.

²⁸⁴ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. *Op. cit.* p. 229.

²⁸⁵ TAMANHA, Brian Z. “*The Primacy of Society and the Failures of Law and Development*”. *Op. cit.* p. 214.

na análise econômica, bem como a teoria econômica é capaz de explicar a determinação destas instituições pelo seu ferramental e, por fim, o desempenho da economia é substancialmente afetado pelo uso delas.²⁸⁶

Finalmente, o *sistema lotérico* dos Tribunais apareceu na análise realizada por POMPEU e BOMFIM FILHO quando do estudo dos impactos das súmulas vinculantes ante os interesses neoliberais, bem como da previsibilidade do direito.

Há uma necessidade de uma uniformização dos entendimentos jurisprudenciais. Os agentes neoliberais repudiam o sistema lotérico marcante em nossos tribunais. Observa-se uma insegurança jurídica ao constatar-se que uma tese pode ser acatada em determinada sala e em outra sala do mesmo tribunal, como se houvesse relevância na mudança de ambiente, a mesma tese abordando a mesma questão é repelida.²⁸⁷

Independente de qualquer juízo valorativo neste aspecto, já há muito é tido como fato notório nos Tribunais Regionais do Trabalho no Brasil que o entendimento de suas turmas pode e muito variar conforme a composição de Desembargadores ou Ministros, conforme a formação jurídica destas autoridades, etc. Fato é, portanto, incontroverso que se tem diante da realidade uma indefinição quanto a previsibilidade das decisões e dos posicionamentos.

Como afirmado, de forma alguma se pretende afirmar de modo autoritário que o único caminho a ser trilhado pela Justiça brasileira seja o de atender aos interesses destes investidores estrangeiros que temem o posicionamento dos Magistrados, muitas vezes influenciados por posições ideológicas distantes da realidade. Mas passar a manter uma reflexão cotidiana sobre o excesso de proteção das camadas menos favorecidas é crucial e necessário ao sistema de direito brasileiro.

Portanto, avaliar a decisão judicial pode manter um curso dependente que será também crucial para o desenvolvimento econômico, ou seja, o que se decide hoje vai influenciar o dia de amanhã, ainda que não imediatamente, mas a trajetória desta decisão é incontestavelmente dependente de um curso racional e que pode ser planejado por todos, especialmente pelo julgador.

²⁸⁶ AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Economia Institucional e a Nova Economia Institucional**. *Op. cit.* p. 124.

²⁸⁷ POMPEU, Gina Vidal Marcílio; FILHO BONFIM, Luis Régis. **As súmulas vinculantes como instrumento de previsibilidade do direito ante os interesses neoliberais**. Fortaleza: Revista Pensar, vº. 13, nº. 01, jan./jun. 2008, p. 119.

4.2.3 Decisionismo político e o ambiente institucional

Neste momento uma questão precisa ser levantada, notadamente, o que levaria o Tribunal a assumir uma postura ativa? Muito se tem debatido sobre ativismo judicial, representado pela atuação quase legislativa dos Tribunais, mormente quando o assunto envolve direitos fundamentais ou garantias sociais. Mas isso é um risco e se pretende demonstrar que pode existir excessos.

Mais uma vez, necessário estabelecer um breve conceito jurídico, notadamente acerca do ativismo judicial. Neste sentido BARBOZA aposta que cabe ao Poder Judiciário, “interpretando os direitos sociais, especialmente os de cunho prestacional, de forma a lhes dar a maior efetividade possível, como única forma a se alcançar a justiça e a democracia, erigindo o Brasil a um verdadeiro Estado Democrático de Direito”.²⁸⁸

Tem-se afirmado ser papel do Poder Judiciário a interpretação das normas constitucionais, especialmente aquelas de aplicabilidade imediata, portanto, normas que não são programáticas. Dar efetividade aos comandos normativos constitucionais pela via da hermenêutica jurídica, ou seja, quando do contato do julgador com um caso que envolva um direito social, a prioridade ao seu cumprimento deve preceder qualquer análise jurídica.

Por ocasião desta pesquisa, neste momento, torna-se assertiva a conclusão de que não se faz milagres com uma decisão judicial. Aliás, não tem a lei este feitio, talvez por ser um instituto jurídico incapaz de providenciar todos os acontecimentos sociais num prescritor normativo. Isto significa afirmar que somente a lei não pode resolver crises como em um passe de mágicas. Entretanto, uma lei ou uma decisão judicial, em algum aspecto, guardam certa semelhança, pois são normas jurídicas que acompanham, em regra, uma coerção jurídica, portanto, tornam-se exigíveis numa dada comunidade.

É justamente aqui que se reafirma a necessidade do contato do Direito com a Economia, porquanto as decisões judiciais, sejam implícita ou diretamente, causam efeitos sobre o mercado e sobre as empresas, de modo geral. Daí que o ambiente institucional vai importar na análise das instituições. Mas antes de adentrar neste último aspecto, algumas

²⁸⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **O papel ativo do Poder Judiciário enquanto efetivador dos direitos sociais da Constituição Federal de 1988**. Curitiba: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil. vº. 06, nº. 06, Jan/Dez 2006, p. 64.

outras digressões acerca do ativismo judicial.

No sistema jurídico brasileiro há grande disputa de poder entre as instituições políticas, sendo que uma interfere na atuação da outra, ao passo que deveriam se compatibilizarem e atuarem juntas.

O que vemos hoje é que as instituições continuam separadas, ou seja, o compartilhamento do poder já não se passa mais. Na verdade, o que temos são instituições separadas que não mais compartilham o poder, mas disputam o poder. O Executivo, muitas vezes, quer ser Legislativo, tem instrumentos para isso e abusa de determinados instrumentos para suplantar e se impor tanto em relação ao Judiciário como em relação ao Legislativo. O Legislativo, por sua vez, também, em determinadas circunstâncias, pretende que políticas de governo se produzam no seio do Legislativo e passa a agir como se Executivo fosse, como também pretende, às vezes, se interpor em relação às ações exclusivas do Poder Judiciário. E o Judiciário, também, em determinadas circunstâncias, em determinados momentos, além de ser Judiciário, também tem condutas e ações que pretendem ser condutas executivas e legislativas. Isso hoje é nítido: a disputa de poder.²⁸⁹

Pode ser que esta indisciplina entre os Poderes não lhes permitam enxergar algo que está disposto à sua frente. Direitos tem um custo e não são implementados sem recursos econômicos. Realmente, não será a disputa de poder que efetivará direitos sociais ou que implementará normas com conteúdo programático, sejam eles quais forem.²⁹⁰

Ademais, no Brasil, as regras do jogo perpassam por motivações pessoais muitas vezes, por exemplo, quando se está discutindo questões que envolvam a discricionariedade, tal qual se dá na nomeação para cargos de comissão junto a Administração Pública atinentes as atribuições de direção, chefia ou assessoramento.²⁹¹

Mas o início desta transformação da Justiça, enquanto poder constituído, em um agente político-decisório se deu, segundo JOBIM, pela modificação do pensamento de juristas, advogados e de litigantes que transformaram “as cortes da federação em tribunais

²⁸⁹ JOBIM, Néelson Azevedo. **As tendências do Poder Judiciário no Brasil e no mundo**. Brasília: Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. Série Cadernos do CEJ, vº. 14, 1995, p. 10-11.

²⁹⁰ Uma dúvida pode surgir neste momento. Em relação aos poderes, cabe a cada um exercer sua função típica, o que não significa afirmar que não poderão exercer funções atípicas, portanto, dentre as mais variadas atribuições legais e constitucionais, passar a exercer uma função que não lhe compete. Isto é saudável e pertence à estrutura federativa. Claro que o que se pretende deduzir, por esta ocasião, são os excessos que podem comprometer o adequado funcionamento dos mesmos poderes. Cf.: MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 71/2012. 29ª. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p. 515.

²⁹¹ BRASIL, Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. (Org.) Alexandre de Moraes. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p. 61.

de justiça às partes”,²⁹² ou seja, o tema enfrentado por estes tribunais deixou de ser relativo à federação e aos poderes em geral, e passou a atender aos interesses individuais das partes.

Isso fez com que os Tribunais se avolumassem de demandas que envolvem os mais variados assuntos, de interesses pessoais, de favoritismos e, por assim afirmar, tornaram-se insuficientes, incapazes de processar todas as causas de modo eficaz e célere.²⁹³

Creio que deveríamos pensar em certas modificações ou perspectivas para o Poder Judiciário, com a finalidade de ser um só no que diz respeito aos seus recursos adequados de operacionalização, mas que, também, tenha a perspectiva de otimizar a capacidade de definitividade das decisões nas Justiças nos Estados, com o fim de reduzir ou recompor a destinação das Justiças nos Tribunais Superiores no sentido federativo.²⁹⁴

No Brasil as reformas precisam trazer modificações. Muitas delas acabam ficando nos textos das codificações e não se traduzem reais quando avocadas para a prática. Reforçando, a mudança pode ocorrer no ensino do Direito nas instituições próprias para este fim. Capacitando os Estudantes, os jovens Advogados, os Magistrados, etc., a defenderem uma postura menos litigante e mais confiante nas instituições (tais como o contrato, a negociação coletiva e a própria lei) podem garantir uma maior utilidade ao Direito. Mais que isso, poderá providenciar maior eficácia à estas mesmas instituições, especialmente quando estas visarem a garantia de direitos. Para isso, como já afirmado nesta pesquisa, as instituições precisam trazer algum benefício real para as partes para que, oportunamente, as mesmas partes venham a confiar nestes modelos instituídos.

Essa flexibilidade de posicionamentos jurisprudenciais que advém dos Tribunais do Trabalho, seja no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho ou do próprio TST, coloca em risco a segurança jurídica e a credibilidade das mesmas decisões.²⁹⁵

²⁹² JOBIM, Néelson Azevedo. **As tendências do Poder Judiciário no Brasil e no mundo**. *Op. cit.*, p. 13.

²⁹³ *Idem*, p. 13.

²⁹⁴ JOBIM, Néelson Azevedo. **As tendências do Poder Judiciário no Brasil e no mundo**. *Op. cit.*, p. 14.

²⁹⁵ Interessante o exemplo trabalhado por Néelson A. Jobim: “é que Nelson formou-se na Escola de Direito da Faculdade de Direito de Porto Alegre, teve um professor de Direito que tinha uma posição doutrinária *x* e que sustentou durante toda a sua vida essa posição doutrinária, uma minoria dentro do contexto das posições doutrinárias sobre o mesmo tema, em que a posição dominante é *y*. Doutrina *x* derrotada pelas decisões judiciais precedentes e anteriores. Nelson ingressa na judicatura. Nelson é suscitado para julgar, processar e presidir processo sobre o tema que diz respeito àquela matéria. Nelson sabe que a posição dos Tribunais está definitivamente consolidada na posição *y*. Mas não pode abrir mão de sua consciência, porque tem a

Por fim, claro que a importância do ambiente institucional exsurge ainda mais evidente. Nasce sem outra provocação, senão pela própria postura do Magistrado quando este adota o posicionamento não prevalecente, ou, muito mais grave, quando adota um posicionamento que ocasiona uma falha no mercado.

Ainda, em relação às proposições da NEI tem-se que a informação incompleta, as assimetrias entre os contratantes, a inclusão dos custos de transação nas negociações coletivas, bem como a má distribuição de riqueza e as falhas nas escolhas individuais comprometem-se ainda mais com a atuação do Magistrado quando este escolhe, racionalmente, ignorar tais aspectos e decidir, embasado unicamente, na justiça social.²⁹⁶

Para o caso do ATS, reafirme-se, as decisões dos Tribunais do Trabalho podem, inclusive, modificar a forma como a empresa vem adotando o pagamento deste benefício, a partir do momento que sobre este mesmo pagamento recair um custo muito elevado que desconsidere as mudanças econômicas. De modo sintetizado, um exemplo hipotético advém da possibilidade que o Tribunal tem, para este momento, de considerar lesiva a postura da empresa e decidir, retroativamente, portanto, obrigando ao pagamento de toda a contratualidade e em relação a todos os trabalhadores. Tal postura seria aceitável socialmente, mas economicamente representaria o fracasso da corporação.

4.2.4 Eficiência econômica, assimetria informacional e a previsibilidade do Adicional por Tempo de Serviço

Por fim, os temas eficiência econômica, assimetria informacional e a previsibilidade do ATS serão tratados por ocasião desta pesquisa. Veja-se que a previsibilidade do adicional é incerta. Um dos fatores que determina esse cenário é a atuação do Poder Judiciário. Interessante destacar que as mudanças na economia precisam compor ao menos parcela dos argumentos da decisão, conquanto a sua inobservância pode gerar um prejuízo demasiado para as partes.

convicção de *x*. Ele usa o processo para sustentar o seu ponto de vista. Ele pode fazê-lo, não tenho a mínima dúvida, mas não em cima dos interesses dos outros, porque alguém está pagando essa divergência doutrinária que se manifesta no conteúdo da sentença”. Cf.: JOBIM, Néson Azevedo. **As tendências do Poder Judiciário no Brasil e no mundo**. *Op. cit.* p. 15.

²⁹⁶ BARBOSA, Marcos Arzua; CARVALHO, Fabrício Castro. **Uma nova perspectiva teórico-analítica para as mudanças estruturais: a Nova Economia Institucional (NEI)**. *Op. cit.* p. 148.

Quando os sujeitos envolvidos na NCT criam determinado direito, a sua existência, por outro lado, depende do mútuo respeito das partes, tanto no âmbito do Poder Judiciário, quanto aos negociantes. Por essa razão, NORTH afirmou que as instituições importam no âmbito do desenvolvimento e precisam ser levadas em consideração. Tanto é que os indivíduos que estão negociando vão trabalhar com *feedbacks* de informações que terão o condão de corrigir o modelo equivocada, via de regra, anterior.²⁹⁷

Ademais, as partes não gozam de racionalidade ilimitada, isto porque os modelos disponíveis de informação nem sempre fornecem todas as características da realidade, ao passo que alguns aspectos subjacentes podem ser deixados de lado em uma análise superficial.²⁹⁸

Ao se tomar em referência o benefício de somente uma das partes na negociação, tem-se o modelo Paretiano de eficiência, aquele no qual não será mais possível alterar a estrutura de incentivos dos agentes sem que um deles saia perdendo, ou seja, o estado de Ótimo de Pareto não é, como visto no capítulo anterior, um aspecto socialmente viável ou adequado, ainda mais em sede de Direito Coletivo do Trabalho, ante a ausência da hipossuficiência do trabalhador que marca estas relações sociais.

Já advertindo que a ligação interdisciplinar do Direito com a Economia era imprescindível à construção de um moderno Direito Coletivo do Trabalho, KAUFMAN inclui para dentro deste ramo a noção de maximização racional e eficiência econômica.²⁹⁹ Por esta razão, o ATS precisa ser monitorado e a realidade econômica externa, quando os incentivos governamentais, por exemplo, são reduzidos, pode infelizmente vir a reduzir o valor da parcela.

Ademais, como defendido neste trabalho anteriormente, a eficiência econômica pode ser um bom instrumento para reduzir as ambiguidades das decisões, especialmente quando os conceitos envolvem noções de moralidade e de justiça corretiva.³⁰⁰ Isto significa

²⁹⁷ NORTH, Douglas C. “**Economic Performance Through Time**”. In: *The American Economic Review*, v. 84, nº. 3. (Jun., 1994), p. 360.

²⁹⁸ SCHAPIRO, Mario Gomes. **Repensando a relação entre Estado, Direito e Desenvolvimento: os limites do paradigma *Rule of Law* e a relevância das alternativas institucionais**. São Paulo: Revista de Direito GV, p. 217, Jan-Jun 2010.

²⁹⁹ KAUFMAN, Bruce E. “**Economic Analysis of Labor Markets and Labor Law: An Institutional/Industrial Relations Perspective**”. Georgia State University: Workin paper, Jul., 2011, p. 02.

³⁰⁰ OGUS, Anthony. **What Legal Scholars Can Learn from Law and Economics**. Symposium Law and Economics and Legal Scholarship, vº. 79, Iss. 2. Chicago-Kent Law Review, 2004, disponível em: <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3896&context=cklawreview>, acesso em 06 de

que a eficiência pode superar noções duvidosas acerca da boa-fé, do enriquecimento sem causa, do devido processo legal, dentre outras questões de justiça corretiva.³⁰¹

Pois bem, mas em que momento poderá haver a assimetria informacional? Imagine-se o caso em que várias pessoas estão dispostas em uma mesa. Cada uma delas precisa memorizar o nome da pessoa que está imediatamente ao seu lado esquerdo e, subsequentemente, da pessoa ao seu lado direito. Ao se trocarem estas mesmas pessoas de lugar, cada uma delas deverá levar consigo as informações sobre o nome das pessoas que estavam ao seu lado, mas agora, também, precisam memorizar a nova sequência que se formou.

Imagine-se, também, que este exercício seja repetido mais duas vezes, somente. Pergunta-se: caso seja escolhida aleatoriamente uma destas pessoas para que aponte os nomes iniciais das primeiras pessoas que ocuparam seus lados direito e esquerdo na primeira rodada, a resposta seria correta? Em que pese todas as informações estarem disponíveis, pouco provável que a memória desta pessoa eleita no exemplo venha a lhe auxiliar, haja vista a existência de limites à racionalidade, mormente porque não é possível processar toda a informação disponível.

Mas isso representa, de alguma forma, um acréscimo àquilo que se denominou de assimetria informacional, pois além de toda a informação faltante, ainda podem as partes restringi-la, vindo a praticamente impedir o processo de negociação.

Com a celebração do termo aditivo de opção individual que *congelou* a progressão no tempo do ATS as partes acabaram por consentir com um prejuízo em suas remunerações. Disto não se discute. Mas as razões que levaram à esta tomada de decisão por parte do empregador não podem ser consideradas de todo ruim, até mesmo porque as ameaças de privatização não se destinavam somente aos trabalhadores, mas de um modo geral, a própria subsistência da corporação.

Dessa forma, mais interesses estavam em jogo. Além do que, por outro lado, não houve a extinção do direito, o que é vedado pelo princípio da adequação setorial negociada, conquanto tão somente a sua estagnação (sequer sua redução). Pode-se considerar, porque não, que houve uma mudança criativa para suplantar um momento ruim

janeiro de 2014, p. 395.

³⁰¹ *Idem*, p. 396.

vivenciado pela empresa.

Naquilo que condiz ao destino do ATS pago aos trabalhadores da PETROBRAS a incerteza ainda é existente. Como visto, através do último Acordo Coletivo firmado entre a empresa e o respectivo Sindicato se postergou a data/base do referido termo para 2015. Mas a economia pode mudar, especialmente a estrutura de incentivos fornecidas pela lei, pelo governo e até mesmo pelo Poder Judiciário.

Para isto, basta que as partes provoquem o Estado-Juiz através de um Dissídio Coletivo de natureza jurídica, ou até mesmo mediante uma Reclamação Trabalhista individual, para que as questões negociadas em NCT cheguem ao Juiz e este decida em sentença com caráter normativo.

Uma mudança de paradigma precisa ser proposta. A situação do Poder Judiciário no que condiz a sua atuação em relação às empresas, sejam elas públicas ou privadas, muitas vezes ignora os impactos econômicos dos julgados. Através da racionalidade econômica, bem como da eficiência como um parâmetro possível para reduzir ambiguidades no âmbito da operação racional, e afastar juízos políticos ou morais, se pretende propor um novo momento para a sociedade brasileira. Dessa vez, as mudanças precisam trazer alterações que efetivamente mudem as coisas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema Negociação Coletiva de Trabalho há muito tem instigado juristas que caminham para a defesa da sua expansão, isto porque as grandes empresas e até mesmo aquelas de menor proporção vem aplicando, seja em que grau for, as regras produzidas pelos instrumentos normativos coletivos.

As questões polêmicas e comuns que envolvem o Direito Sindical não foram tratadas nesta pesquisa, propositalmente. A perspectiva que se passa a assumir, nesta ocasião, levou em consideração a racionalidade econômica aplicada às Negociações Coletivas de Trabalho.

Diversos autores foram trabalhados, especialmente aqueles da Escola de Chicago, conquanto a abordagem sirva para outro sistema de Direito, é inquestionável a utilidade para o presente momento jurídico vivenciado nacionalmente, qual seja, a atuação quase legislativa dos Tribunais Regionais e Superior do Trabalho.

A abordagem feita pela AED é capaz de demonstrar cientificamente que em alguns julgados a questão econômica vem sendo tratada de modo equivocado – mormente quando o aparelho judicial gera uma falha no mercado – ou então, por uma opção política, o Magistrado acaba por desconsiderar os efeitos econômicos que de sua decisão sobressairá.

Em que pese não seja o único aspecto da abordagem da AED, a eficiência precisa ser compreendida nesta perspectiva de acordo com os parâmetros da NEI. Isso significa afirmar que o ambiente institucional para o qual as regras estão sendo formuladas há de ser levado em consideração.

A estrutura de incentivos foi outro problema enfrentado. Capaz de alterar o curso da ação das partes em uma negociação, os incentivos à que elas respondem precisam ser compreendidos e, também, oportunamente, questionados. O comportamento humano irá variar conforme se alteram estas estruturas, ao passo que ignora-las pode impor um risco desnecessário ao Magistrado, ao Advogado e ao Jurista, de um modo geral. Este risco afigura-se em recair numa dedução equivocada da realidade e num julgamento que pode, muitas vezes, ser economicamente fatal.

As Negociações Coletivas de Trabalho, como componentes do direito coletivo,

também possuem seus princípios próprios, que, analisados caso a caso, são absolutamente conectáveis à AED. Vale afirmar, o canal utilizado para esta conexão da Economia com o Direito Coletivo do Trabalho opera-se a partir dos seus princípios, mas especialmente a adequação setorial negociada (primado voltado à sincronização das normas produzidas pelas partes em uma negociação qualquer com as regras legisladas pelo Estado).

O excesso de politização das decisões judiciais tem afastado a objetividade com que o Direito foi construído. Não se nega que os avanços da ciência do direito precisam acompanhar a dinâmica da sociedade, contudo, quando as regras do jogo são ignoradas pelas partes tende-se a criar um clima de instabilidade que não é positivo para o desenvolvimento econômico, tampouco para a ascensão dos mercados.

O contato interdisciplinar, portanto, é uma das formas de se reconhecer essa falha provocada pela postura dos Magistrados do Trabalho quando deixam de analisar mais questões que são igualmente importantes para o Direito Coletivo do Trabalho e que, em último caso, recairão sobre os trabalhadores, pois onde não há recurso econômico, não poderá haver oferta de empregos.

Interessante destacar que não é somente pela via do Dissídio Coletivo que o Tribunal conhecerá das questões coletivas. Claro que mais comum essa primeira ingerência, mesmo porque o sindicato atua na defesa dos trabalhadores, o que afasta a hipossuficiência da abordagem teórica do direito do trabalho, pois onde há sindicato, tende-se a inexistir a hipossuficiência, ao menos no plano teórico.

Por outro lado, nada impede que a parte procure o Poder Judiciário via Dissídio Individual, ou seja, levante a questão da prejudicialidade de uma dada cláusula convencional, por exemplo, em uma Reclamação Trabalhista individual. A decisão judicial que acatar os pedidos do empregado neste caso poderá aumentar o problema da instabilidade e das tensões naturais entre empregadores e empregados, isto porque aniquilará com a autonomia da vontade coletiva das partes e desconsiderará, por via de consequência, o reconhecimento dos Acordos e das Convenções Coletivos de Trabalho. Tudo exige muita cautela, especialmente com os efeitos econômicos das decisões.

Por isso a racionalidade econômica centrada às Negociações Coletivas de Trabalho poderá ofertar mecanismos e meios capazes de reduzir essa distância, notadamente entre o Direito e a Economia. Mas não somente isto, a postura do Poder

Judiciário também deve incluir em seus julgados a questão econômica, ou seja, a preocupação de que a efetivação de direitos sociais gera um alto custo para as empresas, podendo, como visto, aniquilar as suas atividades.

Um outro aspecto que se pretendeu comprovar foram as vantagens que um processo negocial pode trazer para as partes envolvidas, e, num momento posterior, atingindo estes benefícios até mesmo para terceiros que dele não participaram.

Veja-se que em uma negociação qualquer são formados vínculos de solidariedade entre as partes, o que não é diferente na NCT. Portanto, a preocupação com o bem-estar coletivo é significativa, ao passo que os interesses egoísticos vão se dissolvendo ao passo que a negociação vai progredindo.

Ainda, a formação de regras deixa de pertencer somente ao Estado e passa, porque não, a ser mais uma tarefa dos indivíduos que irão desempenhar este trabalho. Quem melhor para conhecer das necessidades do que aquele que as vive? Estas necessidades, no entanto, precisam se resumir à edição de normas, notadamente, compatíveis com a atuação do Estado.

Ademais, houve um progresso significativo na aquisição de direitos por parte dos trabalhadores, mesmo porque atualmente não há mais a necessidade tão frequente de greves ou de revoltas motivadas por interesses desprotegidos. Em regra, a negociação amplia os direitos catalogados na Consolidação das Leis do Trabalho.

Por outro lado, aumenta a eficiência da corporação, torna dinâmica a prestação dos serviços e promove a confiança entre as partes, a cidadania organizacional e a lealdade, incluindo o trabalhador na participação ativa dos interesses sociais empresariais. Muitas vezes o alto custo dos encargos sociais impede que o empregador promova maiores benefícios aos trabalhadores, haja vista a escassez dos recursos, mas mediante um processo de barganha muito se pode ser adquirido e distribuído, especialmente.

O mesmo ocorre quando o fato acaba não recebendo a proteção ou o tratamento da lei. Veja-se o caso trabalhado no Capítulo 2, sobre o direito à propriedade da órbita de satélite geossíncrona terrestre. Claro que o tratamento legal para estes casos demandaria tempo, muito estudo, especialmente da comunidade internacional, haja vista que se está articulando com um interesse de todos, portanto, mundial, no sentido literal da palavra.

Caso o prejuízo que sobreveio do encontro entre os sinais dos satélites possa ser

resolvido pela barganha entre as partes, fazendo com que aquele que causou o prejuízo possa compensar de alguma forma aquele que recebeu, ou então, que este mesmo prejuízo possa ser fruto de uma outra forma de composição entre as partes, estar-se-á diante de uma regra negociada que, fatalmente, será mais eficiente do que um padrão legislado, mas especialmente ante a dinamicidade dos fatos e das necessidades.

Como desenvolvido ao longo desta pesquisa são muitas as vantagens de uma NCT, tanto para o corpo de empregados participantes do processo negocial, quanto para os empregadores que dela se utilizam. Quando as instituições trazem benefícios reais para as pessoas elas tendem a ser mais respeitadas. É dentro deste arcabouço que a noção de eficiência se aperfeiçoa. A partir do momento em que os efeitos positivos das regras negociadas atingem ao maior número de pessoas torna-se, também, eficiente.

Por essa razão, portanto, a eficácia torna-se necessária, ou seja, de nada adianta as partes convencionarem as regras se o ambiente institucional – portanto o aspecto externo ao processo de negociata – não gera condições propícias à estabilidade dos acordos celebrados. É neste momento que a atuação do Poder Judiciário do Trabalho precisa reconhecer os efeitos econômicos das decisões proferidas.

Ademais, inexistente a situação de hipossuficiência, ao menos aquela existente nos modelos de Dissídio Individual, ou seja, a figura do ser coletivo obreiro (Sindicatos, Federações Sindicais, Confederações, etc.) fornecem uma estrutura razoável capaz de reduzir, drasticamente, a distância entre empregadores e empregados.

Por fim, veja-se o estudo de caso detalhado no último capítulo. Os trabalhadores da PETROBRAS celebraram ACT para a criação de um adicional por tempo de serviço. Posteriormente, alguns fatores político-econômicos (crescente privatização do Governo FHC e a ameaça de perda de um emprego estável) fizeram com que os empregados da Petrobras aceitassem, quase que de modo coativo (mediante o recebimento de uma indenização), a oferta de *congelamento* da progressão de seus adicionais.

Não se pode afirmar que o comportamento da empresa fora oportunista ou que os trabalhadores foram vítimas de uma ação com curso malicioso, vale afirmar, qualquer julgamento neste momento poderá apresentar uma resposta equivocada. Fato é que a economia prevaleceu sobre as regras formuladas naquela ocasião, ao passo que neste momento, para o ano de 2014, a PETROBRAS investe na carreira de seus empregados e o

respectivo ATS volta a progredir no tempo.

Não se pretendeu demonstrar que o contato do Direito com a Economia é a única fonte de respostas para problemas conhecidos, contudo, a desconsideração destes elementos seguramente cataboliza as deficiências de uma administração empresarial. Mais que isso, a interdisciplinaridade torna-se cada vez mais marcante em nosso cenário judicial, ao passo que, conforme pesquisa apontada neste trabalho, o Magistrado tem sentido que é papel seu realizar a Justiça Social.

O caso do ATS dos trabalhadores da PETROBRAS, por exemplo, explica como uma empresa que recebe investimentos do governo, tendo em vista sua natureza jurídica – sociedade de economia mista – precisa alocar valores e controlar suas despesas de modo a se compatibilizar com as exigências de mercado que nem sempre lhe estão favoráveis. Para o caso de uma empresa estritamente privada isto poderia ainda ser mais drástico, a partir do momento em que se desconsidera a hipótese de investimentos no escuro (portanto, mesmo diante de prejuízos).

6 REFERÊNCIAS

1. AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Economia Institucional e a Nova Economia Institucional**. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). O que é análise econômica do direito: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
2. ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações**. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/âs_direito/Bugallo_n.29.pdf. Acesso em 29 de dezembro de 2013, p. 51-52.
3. AGUIAR, Antonio Carlos. **Negociação Coletiva de Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
4. AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. São Paulo: Leopardo Editora, 2010.
5. ASCARELLI, Tullio *in* FORGIONI, Paula. **A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, Revista de Direito Mercantil, ano XLII, nº. 130, abril-junho de 2003.
6. ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; PIRES, Maria Helena. **Filosofando: introdução a filosofia**. 2. ed., São Paulo: Editora Moderna, 1993.
7. AKERLOF, George A. **The Market for “lemons”: quality uncertainty and the Market mechanism**. The Quarterly Journal of Economics, vol. 84, Issue 3 (Aug., 1970).
8. Autos nº. TRT-PR-08987-2006-007-09-00-0. Paraná: Curitiba, Brasil. Disponível em http://www.trt9.jus.br/internet_base, acesso em 13 de janeiro de 2014.

9. Autos nº. TST-AIRR-118800-58.2011.5.21.0012. Brasília: Distrito Federal, Brasil. Acesso em 26 de dezembro de 2013, disponível em <http://www.tst.jus.br/consultaprocessual118800-58.2011.5.21.0012>.
10. Autos de Apelação nº. TJ/RS 70051118800. Rio Grande do Sul: Porto Alegre, Brasil. Acesso em 02 de janeiro de 2014, disponível em <http://www.tjrs.jus.br/consultaprocessual>.
11. Autos de Apelação nº. TJ/RS 70024934069. Rio Grande do Sul: Porto Alegre, Brasil, acesso em 03 de janeiro de 2014, disponível em <http://www.tjrs.jus.br/consultaprocessual>.
12. Acordo Coletivo de Trabalho formalizado entre a Federação Única dos Petroleiros e Sindicatos representativos da categoria profissional dos trabalhadores na indústria da refinação e destilação do petróleo, dos trabalhadores na indústria de extração do petróleo e dos trabalhadores na indústria química e petroquímica do Estado da Bahia, em conjunto com a Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS, disponível em www.sindipetronf.org.br/Portals/0/ACT-2013-FUP.pdf, acesso em 26 de dezembro de 2013.
13. Acordo Coletivo de Trabalho formalizado entre a PETROBRAS S.A. e os Sindicatos representativos da categoria profissional dos trabalhadores na indústria de refinação e destilação do petróleo e dos trabalhadores na indústria de extração do petróleo (ano de 1985), disponível em www.sindipetroprsc.org.br, acesso em 03 de janeiro de 2014.
14. Acordo Coletivo de Trabalho formalizado entre a PETROBRAS S.A. e os Sindicatos representativos da categoria profissional dos trabalhadores na indústria de refinação e destilação do petróleo; dos trabalhadores na indústria de extração do petróleo e dos trabalhadores na indústria química e petroquímica dos Estados da Bahia e Sergipe (ano de 2001), disponível em www.sindipetroprsc.org.br, acesso

em 03 de janeiro de 2014

15. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **O papel ativo do Poder Judiciário enquanto efetivador dos direitos sociais da Constituição Federal de 1988.** Curitiba: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil. vº. 06, nº. 06, Jan/Dez 2006.
16. BARBOSA, Marcos Arzua; CARVALHO, Fabrício Castro. **Uma nova perspectiva teórico-analítica para as mudanças estruturais: a Nova Economia Institucional (NEI).** Rio de Janeiro: Revista CADE, vº. 12, nº. 01, 2012.
17. BRASIL. Emenda Constitucional nº. 72, de 02 de abril de 2013. **Estabelece a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 dez. 2013.
18. BRASIL. CLT (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho.** Organização de Armando Casimiro Costa, Irany Ferrari, Melchiades Rodrigues Martins, 37º. ed., São Paulo: Editora LTr, 2010.
19. BRASIL, Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** (Org.) Alexandre de Moraes. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.
20. BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização.** Editora: Companhia das Letras, 2ª. ed., 2ª. reimpressão, 1992.
21. BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

22. BEGNIS, Heron Sergio Moreira; ESTIVALETE, Vania de Fátima Barros; PEDROZO, Eugênio Avila. **Confiança, comportamento oportunista e quebra de contratos na cadeia produtiva do fumo no sul do Brasil**. São Carlos: Gest. Prod., vº. 14, nº. 2, maio-ago. 2007.
23. CAMPOS, Diego Caetano da Silva; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sucumbência recursal no Novo CPC: uma análise econômica**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 50, nº. 199, jul./set. 2013.
24. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira; FRACAPPANI, Adriano. **A negociação coletiva e a ultratividade da norma**. In: Villatore, Marco Antônio; Busnardo, Juliana, Gunther, Luis Eduardo. (Org.). 25 da Constituição e o Direito do Trabalho. Curitiba: Editora Juruá, 2013, p. 49.
25. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Boston: Addison Wesley, 2003.
26. COASE, Ronald. O problema do custo social. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**. Chicago, vol. 03, 2008.
27. COASE, Ronald. **The Conduct of Economics: the example of Fisher Body and General Motors**. Journal of Economics and Management Strategy, vº. 15, nº. 02. Chicago: The University of Chicago Law School, 2006.
28. DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª. ed. São Paulo: Editora LTr, 2006.
29. DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2001.

30. DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. 2. ed., São Paulo: Editora LTr, 2003.
31. DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
32. DWORKIN, Ronald. **Does law have a function? A comment on the two-level theory of decision**. Faculty Scholarship Series (Yale), Paper 3614.
33. Decreto nº. 1.256/94 que promulga a Convenção 154, da OIT, sobre o incentivo a Negociação Coletiva, concluída em Genebra, em 19 de junho de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1256.htm. Acesso em 15 de novembro de 2013.
34. ELSTER, Jon. **Reason and rationality in SEN**, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2ª., reimpressão, 2013.
35. FORGIONI, Paula A. **A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, Revista de Direito Mercantil, ano XLII, nº. 130, abril-junho de 2003.
36. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Paulo Geiger, 3. ed., 1993.
37. GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
38. GIKO JR., Ivo Teixeira. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. *Working paper*, 01/2009. Brasília: UCB, 2009.

39. GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
40. HINZ, Henrique Macedo. **Direito Coletivo do Trabalho**. 3ª. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
41. HEYMANN, Jody. **Contagion nation: a comparison of paid sick day policies in 22 countries**. Washington, D.C.: CEPR, 2009.
42. JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 7ª. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2013.
43. JOBIM, Néelson Azevedo. **As tendências do Poder Judiciário no Brasil e no mundo**. Brasília: Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. Série Cadernos do CEJ, vº. 14, 1995.
44. KAUFMAN, Bruce E. **Economic Analysis of Labor Markets and Labor Law: An Institutional/Industrial Relations Perspective**. Georgia State University: Workin paper, Jul., 2011.
45. KOLLER, Carlos Eduardo; GOMES, Eduardo Biacchi. **Negociação Coletiva de Trabalho – Veículo de Concretude Sustentável e Democrática dos Objetivos da República Federativa do Brasil na Empresa Ecológica**. Curitiba: XXII Encontro Nacional do CONPEDI/Unicuritiba. 2013.
46. KOLLER, Carlos Eduardo; OLIVEIRA, Sônia. **O Contrato de Trabalho e a Constituição de 1988: o que mudou desde a sua edição até a efetivação dos direitos constitucionais**. In: Villatore, Marco Antônio; Busnardo, Juliana; Gunther, Luis Eduardo. (Org.). 25 da Constituição e o Direito do Trabalho. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

47. KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert G.; ALCHIAN, Armen A. **Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process.** Journal of Law and Economics, vº. 21, nº. 2 (Out., 1978). Chicago: The University of Chicago Press, 1978, disponível em: <http://www.jstor.org/stable/725234>, acesso em 04 de janeiro de 2014.
48. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre el gobierno civil.** Barcelona: Altaya, 1994.
49. MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia.** Tradução de Jorge Ritter. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.
50. MUELLER, Bernardo; CAMPOS, Nauro; IOOTTY, Mariana. **Legal Institutions and Firm Performance in Brazil.** Brasília: Economic Analysis of Law Review, v. 04, Jan-Jun, 2013.
51. MORALES, Cláudio Rodrigues. **Manual Prático do Sindicalismo.** São Paulo: Editora LTr, 1999.
52. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 71/2012. 29ª. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.
53. NORTH, Douglas C. **Economic Performance Through Time.** In: *The American Economic Review*, v. 84, nº. 3. (Jun., 1994).
54. NORTH, Douglas. **Institutions.** Chicago: The Journal of Economic Perspectives in American Economic Association, vº. 05, nº. 01, 1991.
55. OLGIATI, Vittorio. **The internationalization of sociology of law.** Porto Alegre: Revista da ABRASAD, v. 01, 2011.

56. OGUS, Anthony. **What Legal Scholars Can Learn from Law and Economics.** Symposium Law and Economics and Legal Scholarship, vº. 79, Iss, 2. Chicago-Kent Law Review, 2004, disponível em: <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3896&context=cklawreview>, acesso em 06 de janeiro de 2014.
57. PLATÃO. **A República.** Tradução Leonel Vallandro - [Ed. especial]. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2011.
58. PASSOW, Michael J. **TRMM – Tropical rainfall measuring mission: bringing remote sensing of precipitation into your classroom.** São Paulo: Terrae Didatica, Universidade de Campinas – Unicamp –, disponível em <http://www.ige.unicamp.br/terraedidatica>, acesso em 10 de janeiro de 2014.
59. PACHECO, Pedro Mercado *in* ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações.** Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bugallo_n.29.pdf. Acesso em 29 de dezembro de 2013, p. 51-52.
60. PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VILLATORE, Marco Antônio César. **Direito do Trabalho Doméstico.** 2ª. ed., São Paulo: LTr, 2001.
61. PADRÓS, Henrique Serra. **Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar Social *in* O Século XX: o tempo das crises. Revoluções, fascismos e guerras.** Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2000.
62. POMPEU, Gina Vidal Marcílio; FILHO BONFIM, Luis Régis. **As súmulas vinculantes como instrumento de previsibilidade do direito ante os interesses neoliberais.** Fortaleza: Revista Pensar, vº. 13, nº. 01, jan./jun. 2008.
63. PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

64. RAWLS, John. **História da filosofia moral**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.
65. RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.
66. ROCHA, José Floriano da. **Jornal do Sindicato dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo no Estado de São Paulo**. São Paulo: PETROLUTA, ed. 146, abril/maio, 2011.
67. RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios Gerais de Direito Sindical**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.
68. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade Limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius (Org.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
69. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; Junior, Irineu Galeski. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Belo Horizonte: Editora Elsevier, 2009.
70. SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. São Paulo: Editora Malheiros, 2ª. ed. reformulada, 2002.
71. SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?** São Paulo: Cadernos de Direito GV, vº. 05, nº. 02, março de 2008.
72. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

73. SEN, Amartya. **Markets and Freedoms: achievements and limitations of the Market mechanism in promoting individual freedoms.** Oxford University Press: Economic Papers, New series, vº. 45, nº. 04, 1993.
74. SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** São Paulo: Companhia das Letras, 2ª., reimpressão, 2013.
75. SIMON, Herbert A. **Models of bounded rationality: empirically grounded economic reason.** Massachusetts: The Mit Press, vº. 03, 1997.
76. SMITH, Adam. Teoria dos sentimentos morais *in* SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** São Paulo: Companhia das Letras, 2ª., reimpressão, 2013.
77. SILVA, Américo Luís Martins. **A ordem constitucional econômica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.
78. SPRINGBORG, Patrícia; FITZGERALD, Ross [Org.]. **Pensadores políticos comparados.** Tradução de Antônio Patriota. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1980.
79. SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, Direito e Desenvolvimento: os limites do paradigma *Rule of Law* e a relevância das alternativas institucionais. São Paulo: **Revista de Direito GV**, Jan-Jun. 2010.
80. SOARES, Laura Tavares Ribeiro. **Ajuste neoliberal e desajuste social na América Latina.** Petrópolis: Editora Vozes, 2001.
81. SOARES, Pedro. **Petrobras eleva gasto com pessoal, apesar de lucro menor.** Rio de Janeiro: Folha de S. Paulo, ed. *on line*, disponível em: <http://folha.com/no1241360>, acesso em 25 de dezembro de 2013, notícia veiculada em 06 de março de 2013.

82. SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. vº. 01, 17º. ed. São Paulo: Editora LTr, 1997.
83. TAMANAHA, Brian Z. **The Primacy of Society and the Failures of Law and Development**. Washington University: Cornell International Law Journal, 2009.
84. TOKARS, Fabio Leandro. Assimetria Informacional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
85. VARGAS, Luiz Alberto [Org.]; HELOANI, J. Roberto; SILVA, Walkure Lopes Ribeiro. **Democracia e Direito do Trabalho**. Estado democrático, tecnologia e relações de trabalho. São Paulo: Editora LTr, 1995.
86. VILLATORE, Marco Antônio César; KOLLER, Carlos Eduardo. **A Consolidação das Leis do Trabalho e a Globalização: institutos em crise e os impactos na sociedade hegemônica e capitalista brasileira**. In: Villatore, Marco Antônio César; Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa. (Org.). **CLT 70 anos de Consolidação: uma reflexão social, econômica e jurídica**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.
87. WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism**. New York: The Free Press, 1985.
88. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
89. ZOTTO, Tânia Christina. **Informação assimétrica na negociação coletiva: uma análise da greve como estratégia pela teoria dos jogos**. Curitiba: Revista do TRT 9ª. Região, n. 55, 2005.