



**CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO:
MESTRADO PROFISSIONAL EM
DIREITOS SOCIAIS E PROCESSOS REIVINDICATÓRIOS**

THIAGO LINHARES PAIM COSTA

**A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO
SOBRE O LEGISLADO:**

A utilidade dos novos artigos 611-A e 611-B, da CLT, para uma negociação coletiva eficiente no
Brasil

Brasília

2020

THIAGO LINHARES PAIM COSTA

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO

SOBRE O LEGISLADO:

A utilidade dos novos artigos 611-A e 611-B, da CLT, para uma negociação coletiva eficiente no Brasil

Dissertação apresentada à banca examinadora do programa do Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios, do Centro Universitário IESB, na área de concentração Direitos Sociais, Relações de Trabalho e Desenvolvimento Sustentável, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. André Luiz Santa Cruz Ramos.

Brasília

2020

THIAGO LINHARES PAIM COSTA

**A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO
SOBRE O LEGISLADO:**

A utilidade dos novos artigos 611-A e 611-B, da CLT, para uma negociação coletiva eficiente no Brasil

Dissertação apresentada à banca examinadora do programa do Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios, do Centro Universitário IESB, na área de concentração Direitos Sociais, Relações de Trabalho e Desenvolvimento Sustentável, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. André Luiz Santa Cruz Ramos.

Brasília, 20 de fevereiro de 2020.

Banca Examinadora:

Professor Dr. André Luiz Santa Cruz Ramos – Presidente

Professor Dr. Paulo José Leite Farias – Membro Interno

Professora Dra. Any Ávila Assunção – Membro Interno

Professor Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy – Membro Externo

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho, apresentado como dissertação de mestrado no Centro Universitário IESB - Instituto de Educação Superior de Brasília, não teria sido concluído se não fosse o incentivo e apoio de algumas pessoas.

Em primeiro lugar agradeço a Deus pelo milagre da vida e por me permitir concluir esta difícil jornada que é o mestrado.

Em seguida, quero, especialmente, agradecer à minha amorosa esposa Yara Greyck, que me encorajou nos momentos de fraquejo. Também, quero agradecer aos meus filhos pela compreensão de minhas ausências em suas vidas neste período, principalmente nos finais de semana e feriados, ocasionadas pela necessidade de contínuo e permanente estudo. E ainda, aos meus irmãos Matheus e Mariah, ao meu pai Vicente e à minha mãe Regina, que sempre incentivaram os meus estudos.

Agradeço ao meu professor orientador, Doutor André Luiz Santa Cruz Ramos, por acreditar neste trabalho, aceitando a orientação da presente dissertação, e ainda, pelas correções, críticas e sugestões e a todos os professores que, de alguma forma, colaboraram com meu aprendizado.

De igual modo, agradeço a todos os colegas que estiveram presentes nos momentos acadêmicos, dos quais o apoio e a amizade fizeram a diferença para que todo o percurso fosse finalizado com êxito.

RESUMO

A presente pesquisa se debruça sobre os principais postulados da Análise Econômica do Direito, relacionando o ferramental desta vertente de conhecimento com o princípio constitucional da segurança jurídica e com os vinculados custos de transação, buscando antecipar os efeitos na eficiência das negociações coletivas que os novos artigos 611-A e 611-B, da CLT, podem ocasionar, tendo em conta o postulado da prevalência do negociado sobre o legislado, através da análise dos dados de 86.440 negociações coletivas trabalhistas entabuladas nos anos de 2017 (antes da entrada em vigor dos novos artigos) e 2018 (depois da entrada em vigor dos novos artigos). A conclusão do trabalho pretende servir de insumo à produção legislativa brasileira, de maneira a garantir que, na análise de qualquer proposição, sejam sempre e previamente avaliadas as consequências que as modificações legais poderão produzir, notadamente quanto a tornar mais claros os direitos e reduzir custos de transação, de maneira a permitir o adequado funcionamento do Teorema de Coase, com vistas à obtenção de resultados ótimos do ponto de vista econômico e social.

Palavras chave: Análise Econômica do Direito. Custos de Transação. Segurança jurídica. Prevalência do Negociado.

ABSTRACT

This research focuses on the main aspects of the Economic Analysis of Law, relating its tools with the constitutional principle of legal certainty and the related transaction costs, seeking to anticipate the effects on the efficiency of collective labor negotiations that the new articles 611-A and 611-B, of the CLT, may cause, taking into account the idea of prevalence of the negotiated over the legislated, through the analysis of the data of 86,440 collective labor negotiations in the years of 2017 (before the entry into force of the new articles) and 2018 (after the new articles came into force). The conclusion of the work intends to serve as an input to the Brazilian legislative production, in order to guarantee that, in the analysis of any proposal, the consequences that legal changes may produce are always and previously evaluated, notably as to clarify rights and reduce costs of transaction, in order to allow the proper functioning of the Coase Theorem, with a goal to obtain optimal results from the economic and social point of view.

Keywords: Economic Analysis of Law. Transaction costs. Legal certainty. Prevalence of the negotiated.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA	7
3 FUNDAMENTOS TEÓRICOS.....	10
3.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	10
3.2 OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO	20
3.3 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	23
3.4 A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO.....	39
4 O COMPORTAMENTO DOS ATORES SOCIAIS	46
4.1 CARACTERÍSTICAS DOS INSTRUMENTOS COLETIVOS NOS ANOS DE 2017 E 2018	46
4.2 RESULTADOS	56
4.2.1 Abono (art. 611-A, XIV, c/c art. 457, §2º, da CLT)	57
4.2.2 Adicionais (611-A, I e XII e 611-B, IV, X e XVIII, da CLT)	57
4.2.2.1 Adicional Noturno	57
4.2.2.2 Adicional de Periculosidade	58
4.2.2.3 Adicional de Sobreaviso	59
4.2.2.4 Adicional por Tempo de Serviço.....	59
4.2.3 Auxílios (611-A, <i>caput</i> , da CLT).....	60
4.2.4 Benefícios (611-A, <i>caput</i> , da CLT)	61
4.2.5 Jornada de Trabalho (611-A, I, II e III, da CLT)	63
4.2.6 Remuneração Variável / Participação nos Lucros - PLR (611-A, IX, da CLT) ..	64
4.3 ANÁLISE DOS DADOS REFERENTES AOS ANOS DE 2017 E 2018.....	64
5 CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68
APÊNDICE	74

1 INTRODUÇÃO

O estudo da Análise Econômica do Direito (“AED”) passa pelo estudo da própria natureza humana e dos milhares de anos que envolvem a formação das sociedades civilizadas.

Trata-se, portanto, de investigação voltada ao comportamento humano, lançando mão não apenas do direito e da economia, mas de todas as áreas afins do conhecimento para a adequada compreensão do fenômeno jurídico decorrente das relações sociais.

Não envolve a “mercantilização” dos eventos jurídicos, mas objetiva a avaliação conjunta dos diversos aspectos e facetas que tocam a atividade do homem e as relações por ele cristalizadas, notadamente em um ambiente capitalista.

Seria, assim, na conformidade do quanto iluminado por IVO TEIXEIRA GICO JR.¹:

campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências²

O presente trabalho acadêmico pretenderá conceituar os principais postulados da AED, relacionando o ferramental desta vertente de conhecimento com o princípio constitucional da segurança jurídica e com os custos que envolvem qualquer transação (“custos de transação”), buscando antecipar os efeitos na eficiência das negociações coletivas que os novos artigos 611-A e 611-B, da CLT, podem ocasionar.

A relevância do assunto deste estudo reside na extrema necessidade de se compreender os movimentos sócio-político-econômicos que sofrem o impacto, causando um movimento reativo, da não observação do princípio da segurança jurídica, gerando reflexos não apenas na decisão de se entabular negociações coletivas, mas em toda a sociedade e em seu

¹ Doutor em Economia pela Universidade de Brasília e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

² GICO JR., Ivo Teixeira. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: KLEIN, V.; RIBEIRO, M. C. P. **O que é Análise Econômica do Direito - Uma Introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 17.

desenvolvimento de maneira em geral, conforme bem ressaltado por GUIDO ALPA, professor catedrático de Direito Civil na Universidade de Roma (Itália), que reconhece a elevada importância de serem identificados os efeitos externos das posições adotadas no estudo do direito³.

³ ALPA, G. **A análise econômica do Direito na perspectiva do jurista**. Belo Horizonte: Movimento Editorial Faculdade de Direito da UFMG, 1997, p. 28-29.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA

Toda negociação envolve tomadas de decisões que, por sua vez, são diretamente influenciadas pelo comportamento dos atores que tomam parte dessa negociação, vez que estão inseridos em uma complexa rede de relações mútuas recorrentes. Neste sentido, a continuidade das interações sociais estabelecidas é construída a partir de compromissos intertemporais, ou seja, mecanismos sociais pelos quais as relações são ajustadas a um sistema econômico mutante e a comportamentos potencialmente divergentes.

Assim, é importante ressaltar, conforme indicado por DANIEL REZENDE, a existência de “custos de transação”, que se referem aos custos para se gerenciar o sistema econômico por meio da identificação, explicação e atenuação de riscos contratuais.⁴

A falta de certeza quanto à perenidade das decisões empresariais gera aumento desses custos e pode determinar a inviabilidade de negociações coletivas trabalhistas que, ao fim e ao cabo, poderiam ser muito mais benéficas aos trabalhadores e gerar mais empregos.

Nesse passo, o considerável número de ações e decisões judiciais envolvendo a anulação de cláusulas inseridas em instrumentos de negociação coletiva⁵, aponta para um ambiente de insegurança jurídica para a contratação desses instrumentos coletivos, visto que o custo de transação que sobre eles passa a incidir torna quase que proibitiva a efetivação das avenças.

De outro lado, a inexistência de regras claras, também maculando por insegurança jurídica as relações trabalhistas em âmbito coletivo, faz com que os custos de transação se tornem tão altos, a ponto de inviabilizar uma negociação coletiva eficaz – no sentido de criação de normas ou regras aplicáveis às características próprias de cada atividade ou local.

⁴ REZENDE, D. C. Integração entre a ECT e o enfoque evolucionista: um estudo de caso no agribusiness do leite. In: **Encontro Anual da Associação Nacional de Programas de Pós-Graduação em Administração**, 22., 1999. Foz do Iguaçu. Anais. Foz do Iguaçu: ANPAD, 1999. O autor aqui referenciado é professor da Universidade Federal de Lavras, pós-doutor em Marketing pela Universidade de Lancaster (Inglaterra).

⁵ Apenas no ano de 2016 foram contabilizadas 459.172 ações judiciais na Justiça do Trabalho com esse tema (FONTE: CNJ – Justiça em Números). Ainda, nos últimos 5 anos, apenas no Tribunal Superior do Trabalho, foram mais de 1.000 decisões por ano anulando cláusulas em instrumentos negociais coletivos. (FONTE: Sistema de Pesquisa de Jurisprudência do TST). Sublinhamos que não será objeto do presente trabalho a análise do mérito dessas demandas.

Tal como fixado por RONALD COASE, a turbidez do sistema legal faz com que as partes deixem de negociar, visto que a ausência de informação adequada, gerando natural receio de que o ajuste possa ser desfeito pelas esferas governamentais (notadamente através de decisões do Poder Judiciário), impõe custos tão elevados que a transação se torna inviável.

Soma-se à referida judicialização o fato de que, no Brasil, as negociações coletivas mostram-se extremamente limitadas, no que toca ao seu poder criativo, funcionando quase como meras repetições de textos legais.

Foi o que se constatou em pesquisa de doutoramento realizada pelo professor CARLOS HENRIQUE HORN, professor na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que analisou cláusulas de negociações coletivas brasileiras ao longo de quase três décadas, verificando que, das cláusulas benéficas aos trabalhadores, 63,3% delas já contavam com pelo menos uma norma estatal cuidando do assunto, sendo certo que, em relação às cláusulas benéficas aos empregadores, 93,4% delas já contavam com previsão legal a respeito. Apenas 34,5% das cláusulas benéficas aos empregados não estavam previamente reguladas em lei e tão somente 6,4% das cláusulas benéficas aos empregadores não encontravam disciplina no direito posto.⁶

Essa realidade leva a crer que há largo espaço, no Brasil, para tornar mais eficiente o sistema de negociações coletivas trabalhistas.

Assim, será avaliado neste trabalho se a fixação de regras mais claras no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que toca à amplitude e aos limites da prevalência do negociado sobre o legislado, poderia promover a redução dos custos de transação envolvidos nessas negociações coletivas, visto que, com isso, seria menor o espectro subjetivo que estaria sob a responsabilidade interpretativa do Poder Judiciário, maximizando a segurança jurídica que se espera em avenças como tais.

Nesse cenário é que surgem os novos artigos 611-A e 611-B, da CLT, cujos efeitos nas negociações coletivas serão avaliados através desta pesquisa, com o objetivo de se apurar se tais novos dispositivos legais poderão propiciar negociações coletivas mais eficientes do ponto de

⁶ HORN, Carlos Henrique. Negociações coletivas e legislação estatal: uma análise comparada da regulação da relação de emprego de fins dos anos de 1970 ao Plano Real. Novos Estudos. CEBRAP, v. 85, p. 173-199, 2009.

vista da Análise Econômica do Direito, observado o espírito de índole constitucional que estabelece a prevalência do negociado sobre o legislado.

3 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

3.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A opção cada vez mais frequente pelo estudo das relações humanas com base em uma Análise Econômica do Direito é decorrente, em grande medida, da falência do modelo positivista-legal.

A busca de Hans Kelsen pela fixação de uma linha pura do direito, segregando a sociologia e política, ao lado da análise excessiva das regras ou das normas, fez com que os estudiosos do direito nos países de tradição romano-germânica, como o Brasil, se mostrassem incapazes de lidar com questões complexas envolvendo economias gradativamente globalizadas e sociedades altamente industrializadas, mergulhadas em intrincados mecanismos de mercado.

Conforme apontado no trabalho de GUNTHER TEUBNER, sociólogo alemão responsável pelas cadeiras de Direito Privado e Sociologia na Universidade de Frankfurt (Alemanha), a hipercomplexização do mundo e das relações sociais passou a impedir que o direito, de modo autônomo, tenha a capacidade de explicar e regular todas as relações humanas⁷.

O direito deixou de deter condições de solucionar suas intrínsecas dificuldades, conforme percebido por RICHARD POSNER:

(...) membros criteriosos da profissão jurídica não mais se sentem no topo dos acontecimentos. Ao olhar para trás, vemos que os métodos convencionais de análise jurídica dos anos 50 eram frágeis demais para preparar a profissão jurídica para lidar eficazmente com os problemas que estavam por vir (e que talvez ainda sejam frágeis demais). (grifo do autor)⁸.

O professor catedrático de Direito na Universidade de Lisboa (Portugal), ANTÓNIO SOUSA FRANCO, torna clara essa problemática, que envolve a dificuldade de “sobrevivência da visão unidimensional do direito em sociedades cada vez mais multidimensionais”⁹.

⁷ TEUBNER, Gunther. As duas faces de Janus: Pluralismo Jurídico na Sociedade pós-moderna. In: **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimed, 2005. p. 79-104.

⁸ POSNER, R. A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 375.

⁹ FRANCO, António Sousa. **Análise económica do Direito**: exercício intelectual ou fonte de ensinamento. Sub Judice: Caderno Idéias, n. 2, 1992, p.64.

Mesmo movimentos como o Realismo Jurídico nos Estados Unidos (final do século XIX até 1920), que substituiu o conceitualismo jurídico pelo pragmatismo¹⁰, não se mostraram suficientemente capazes de lidar com tamanha complexidade social. POSNER aponta como fatores para o insucesso do Realismo Jurídico americano o fato de que a figura do juiz estaria indevidamente alçada à condição de legislador intersticial, equivocadamente comparando os juízes e legisladores, como se ambos fossem controlados pela mesmas metas, restrições, valores e estímulos.¹¹

Ainda segundo POSNER, o Realismo Jurídico, além de demonstrar demasiado entusiasmo pelo Estado, careceria de método:

Os realistas sabiam o que fazer (pensar coisas e não palavras, sondar as consequências reais das doutrinas jurídicas e buscar o equilíbrio entre visões diferentes do interesse público), mas não como fazer.¹²

É com esse espírito que POSNER estabelece que a AED compreenderia “a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico”.¹³

Assim, surgem os movimentos que relacionam o direito e a economia e seu sucesso é fruto, em um primeiro momento, das profundas mudanças na dinâmica da economia mundial, especialmente no que toca ao declínio do *welfare-state* norte-americano, alvo de duras críticas primeiramente pelas universidades de Chicago e Yale, que então se posicionam de maneira inovadora e passam a ser considerados como pós-realistas, dedicando-se ao estudo da AED.

A denominada Escola de Chicago¹⁴ se destaca pela defesa da exclusão do estado da dinâmica do mercado, sendo a grande responsável pela relação que se faz entre “eficiência” e “justiça”, tal como fixado por POSNER:

¹⁰ FREIRE, Alonso Reis. **Odisseu ou Hércules? Sobre o pragmatismo e a análise econômica do direito de Richard A. Posner.** Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro, Serro, n.3, p.21-45, abr.2011. Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1996/2179>. Acesso em 07 fev. 2020.

¹¹ POSNER, Richard A. **Para além do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

¹² POSNER, Richard A. Op. Cit. p. 415.

¹³ POSNER, Richard A. **The Economic Approach to Law.** Texas Law Review, v. 53, n. 4, 1975.

¹⁴ O presente estudo se restringirá aos postulados da Escola de Chicago, visto que mais influente mundialmente, conquanto haja outras relevantes escolas voltadas ao estudo da AED, tais como a Escola de Virgínia, a Escola de New Haven e a Escola Austríaca.

Algumas vezes [justiça] significa eficiência. Nós veremos, entre outros exemplos, que quando pessoas declaram ser injusto condenar uma pessoa sem submetê-la a juízo, desapropriar sem uma compensação justa, ou não obrigar um motorista negligente a se responsabilizar por danos a vítimas de sua negligência, isto não significa nada mais que um desperdício de recursos (...). Podemos não nos surpreender ao saber que, num mundo de recursos escassos, o desperdício deve ser considerado como imoral¹⁵.

Certo é que as origens da AED, tal como tratada pela Escola de Chicago, têm fundamento na ideia de “utilidade marginal” surgida bem antes, cuja caracterização é explicitada por ADAM SMITH:

O termo VALOR, deve ser observado, tem dois diferentes significados, e às vezes expressa a utilidade de um objeto em particular, em outras ocasiões a capacidade de adquirir outros bens por meio da transmissão da posse daquele objeto. O primeiro sentido pode ser descrito como “valor de uso”; o segundo, “valor de troca”. As coisas que possuem o maior valor de uso frequentemente têm pouco ou nenhum valor de troca; ao contrário, aquelas outras que tem o maior valor de troca, usualmente têm pouco ou nenhum valor de uso. Nada é mais útil que a água; mas adquiri-la não significa experimentar a escassez de coisa alguma; quantidade ínfima de qualquer coisa pode ser dada em troca dela. Um diamante, ao contrário, possui um escasso valor de uso; mas uma grande quantidade de outros bens frequentemente têm de ser dados em troca por ele.¹⁶

Trata-se da superação da ideia de que “o valor de um bem dependia da quantidade de trabalho necessária à sua produção”¹⁷, representando, portanto, evolução em relação à concepção até então reinante do “valor-trabalho”.

Assim, deixa de ser relevante tudo quanto envolvido na produção, para ganhar destaque aquilo que se relaciona com a troca e com as negociações que a antecedem, o que se denominou

¹⁵ POSNER, R. A. **Economia da Justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 34-35. De se destacar que o próprio autor abrandou essa tese. Neste sentido, a 8^a edição da obra *Economic Law Review* contém, logo após o trecho citado, a seguinte passagem, mais conciliadora: “mas a noção de justiça inclui mais do que preocupação com eficiência. Não é, obviamente, ineficiente tolerar pactos suicidas; tolerar discriminação isolada por razões sociais, religiosas, ou sexuais; permitir matar e comer o passageiro mais fraco em um barco em circunstâncias de desespero genuino; obrigar pessoas a dar testemunhos incriminando a si mesmo; açoitar prisioneiros; (...). Todos estes fatos ofendem o senso de justiça dos Americanos modernos e todos são ilegais em maior ou menor (usualmente maior) extensão.”

¹⁶ SMITH, Adam de **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations**. 5. ed. London: Methuen & Co, Ltd, 1904, . Livro I, capítulo 4, p. 122. Disponível em <http://econlib.org/library/Smith/smWn.html>. Acesso em: 18 abr. 2018.

¹⁷ ARAÚJO, Thiago Cardoso. Op. cit., p. 230.

de “utilidade marginal”, conforme fixado por RICARDO FEIJÓ¹⁸, professor da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, estabelecendo-se novo eixo, centrado em uma dimensão social do fenômeno jurídico-econômico.

A marca principal da Escola de Chicago, centrada na eficiência econômica e na melhor alocação de recursos, é especialmente bem delineada pelo economista e advogado austríaco, professor na Universidade de Buckingham (Inglaterra), CENTO VELJANOVSKI:

a marca principal daquela análise está na crença de que a simples teoria econômica do Mercado possui enorme poder de explicação em todos os campos das atividades humanas e institucionais. Aquela teoria aplica os simples princípios do comportamento maximizador a todos os aspectos da vida, com o propósito de enunciar proposições testáveis a respeito da maneira como pessoas e instituições reagem a mudanças em seus ambientes, e formular sugestões de reforma legal baseadas no critério de eficiência econômica.¹⁹

RICHARD POSNER fixa no comportamento humano a pedra angular da AED, estabelecendo que, mesmo em situações que não envolvam diretamente o mercado, “é possível manter a presunção de padrões de comportamento racionais ao mesmo tempo em que se elaboram implicações testáveis empiricamente”²⁰, confirmando, assim, a notável influência sobre esses postulados que exerceram os estudos de GARY BECKER, ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1992, por haver estendido o domínio da análise microeconômica ao amplo leque do comportamento humano e sua interação, inclusive nas relações que não digam respeito ao mercado propriamente dito.

Verdadeiro marco no desenvolvimento da Escola de Chicago, observa-se, no ano de 1958, o lançamento do *Journal of Law and Economics*, capitaneado por AARON DIRECTOR, economista docente na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago.

Assim que alçado à função de editor do referido *Journal of Law and Economics*, o economista inglês RONALD HARRY COASE, que viria a receber o prêmio Nobel de economia

¹⁸ FEIJÓ, R. **Economia e filosofia na escola austriaca**: Menger, Mises e Hayek. São Paulo: Nobel, 2000 , p. 33.

¹⁹ VELJANOVSKI, Cento. **A economia do direito e da lei**: uma introdução / tradução de Francisco J. Beralli – Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 28.

²⁰ POSNER, E.. Gary Becker's Contributions to Law and Economics. **The Journal of Legal Studies**, Vol. 22, No. 2, Jun., 1993, p. 212.

em 1991²¹, fez publicar, em outubro de 1960, no referido periódico, um artigo de sua própria autoria sob o título “O Problema do Custo Social”²², que se tornaria então o texto mais comentado e referenciado quando se trata da Análise Econômica do Direito em todo o mundo.

É assente que o artigo publicado por COASE representa verdadeira réplica ao pensamento de ARTHUR C. PIGOU, economista compatriota de COASE que, ao contrário deste último, defendia a presença e a atuação do estado em todas as relações que possam dar origem a conflitos com impactos na produção.

PIGOU adota como exemplo a hipótese que denominou de “Sparks from engines”²³, assim retratado por COASE:

Na Grã-Bretanha, a companhia ferroviária não tem a obrigação de indenizar aqueles que sofrem prejuízos provocados pelo fogo originado das faíscas dos motores de trens³³⁸. (...) Entendo que as recomendações políticas de Pigou são, primeiro, a de que deveria haver ação estatal para corrigir essa situação “natural” e, segundo, que as companhias ferroviárias deveriam ser obrigadas a compensar aqueles que têm suas matas queimadas.²⁴

A externalidade observada por PIGOU, significando os impactos causados a outrem que não possua relação direta com o ato que dá origem a tais impactos, deveria ser tratada pelo direito com a imposição de regras estatais que obrigassem o responsável pelos impactos negativos a ressarcir ou compensar os atingidos negativamente.

Assim, PIGOU propõe alternativas como a proibição ou a tributação da atividade que gera a externalidade negativa, de maneira que o responsável por essas externalidades negativas passasse a, pelo menos, considerar em seus custos os efeitos delas decorrentes, internalizando seus eventuais malefícios.

²¹ Motivação dos prêmios: “pela sua descoberta e clarificação da importância dos custos de transação e dos direitos de propriedade para a estrutura institucional e o funcionamento da economia” (tradução livre) “Prize motivation: for his discovery and clarification of the significance of transaction costs and property rights for the institutional structure and functioning of the economy” PRIZE, Nobel. **Ronald H. Coase Facts**. Disponível em https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1991/coase-facts.html Acesso em 18 abr. 2018.

²² COASE, Ronald Harry. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, Vol.3, Chicago: The University of Chicago Press, 1960, p. 1-44.

²³ Traduzido livremente por “Faíscas dos motores”.

²⁴ COASE, R. H. O problema do custo social. In: SALAMA, B. M. (). **Direito e Economia: textos escolhidos**. Tradução de Francisco K. F. Alves e Renato V. Caovilla. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 94.

COASE propõe uma visão diferente e oposta. A solução para a hipótese passaria, em primeiro lugar, por se estabelecer uma premissa de que se estaria diante de uma relação bilateral, formada entre o causador da externalidade negativa e aquele que sofre os impactos dela.

Nesse sentido, COASE sustenta que, desconsiderados eventuais custos de transação, entendidos como “custos para estabelecer, manter e utilizar os direitos de propriedade, ou seja, para transacionar; por exemplo, custo de redação de contratos, de monitoramento e imposição de contratos, de acesso a informação”²⁵, e sendo claros os direitos que cada parte possui, qualquer que fosse o direcionamento estatal, o resultado ótimo, do ponto de vista econômico, seria atingido:

Pigou parece ter tido uma visão equivocada dos fatos que envolviam a situação. Mas parece que ele também estava errado em sua análise econômica. Não é necessariamente desejável que a companhia ferroviária devesse ser obrigada a indenizar aqueles que sofreram os prejuízos decorrentes do incêndio causado pelos motores das locomotivas. Eu não preciso demonstrar aqui que, se a companhia pudesse barganhar com cada proprietário de terreno adjacente à linha ferroviária e não houvesse custos envolvidos em tal procedimento, não importaria se a companhia era ou não responsabilizável pelos prejuízos causados em razão do incêndio.²⁶

Surge aí o que se denominou de Teorema de Coase, bem enunciado pelo professor de economia da Universidade do Colorado (Estados Unidos), STEVEN MEDEMA: “Se os direitos estão completamente definidos e os custos de transação são iguais a zero, a barganha voluntária dos agentes irá levar a um resultado eficiente (e invariável), sem embargo de como os direitos foram inicialmente atribuídos.”²⁷

JULES COLEMAN, professor na Faculdade de Direito de Yale (Estados Unidos), ilumina o mesmo enunciado:

O entendimento tradicional do teorema de Coase pode ser sumarizado da seguinte forma: a eficiência alocativa, ou máximo uso produtivo dos recursos, não depende da designação inicial dos direitos. A designação inicial é apenas o

²⁵ KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. In: KLEIN, Vinicius RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **O que é análise econômica do Direito** – uma introdução. Belo Horizonte: Forum, 2014 , p. 72.

²⁶ COASE, R. H. O problema do custo social. Op. cit., p. 96.

²⁷ MEDEMA, Steven G. The Myth of Two Coases: What Coase Is Really Saying. **Journal of Economic Issues**, v. 28, n. 1, 1994, p. 209.

ponto de partida das negociações, que cessarão assim que se atingir o ponto eficiente de uso dos recursos.²⁸

Trazemos um exemplo para ilustrar o Teorema. Imagine-se que um advogado aufera R\$5.000,00 por mês trabalhando em seu escritório, já descontados os custos. Porém, para isso, precisa de um ambiente silencioso, que permita atender seus clientes e elaborar as teses jurídicas pertinentes. Suponha-se agora que uma fábrica resolva se instalar ao lado do escritório do advogado, gerando ruídos que inviabilizassem a atuação do advogado, mas gerando uma renda de R\$10.000,00 mensais, já descontados os custos da produção. Do ponto de vista estritamente econômico, a maior geração de riqueza em benefício da sociedade estaria presente na produção da fábrica, que gera R\$10.000,00 por mês.

Assim, caso as leis conferissem à fábrica o direito de produzir o ruído, o advogado nada receberia (pois não conseguiria trabalhar) e a fábrica produziria uma riqueza da ordem de R\$10.000,00. De outro lado, se as leis conferissem ao advogado o direito ao silêncio, a princípio o resultado final seria menos eficiente, pois a fábrica não poderia produzir e apenas o advogado geraria uma riqueza da ordem de R\$5.000,00 mensais.

Porém, supondo inexistirem custos de transação, a fábrica pode ter interesse em pagar ao advogado algo entre R\$5.000 e R\$10.000,00 para que o advogado abra mão de seu direito, permitindo que a fábrica produza. Supondo que a fábrica pague R\$5.100,00 ao advogado, temos que a riqueza líquida gerada por ela será de R\$ 4.900,00 (R\$10.000,00 – R\$5.100,00). Neste caso o advogado estará satisfeito, pois receberá mais do que receberia se estivesse trabalhando, e a fábrica também estará satisfeita, pois poderá exercer sua atividade produtiva e auferir lucro.

Note-se que nesta última hipótese o valor total da riqueza produzida também é R\$10.000,00 (R\$5.100,00 em favor do advogado e R\$4.900,00 em favor da fábrica), de maneira que, sobre esse valor, a distribuição legal dos direitos não produziu efeito algum.

Defendendo a tendência em direção à “eficiência”, característica marcante da Escola de Chicago, o já multicitado professor RICHARD ALLEN POSNER, advogado formado em Harvard e ex-professor de Direito na Universidade de Stanford, tornou público seu livro, hoje

²⁸ COLEMAN, Jules. **Moral, markets and the Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 71.

célebre, sob o título “*Economic Analysis of Law*”²⁹, logo após ter sido alçado à cátedra de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, em 1969.

Em resumo do quanto enfeixado pela Escola de Chicago, e nesse mesmo sentir, é que LIBERIO HIERRO, catedrático de Filosofia do Direito na Universidade de Madrid (Espanha), considera “a maximização de riqueza [como] valor social por excelência e que pode, ademais, servir como critério de explicação do Direito e de orientação para sua criação e aplicação.”³⁰

POSNER confirma seu intento ao estabelecer que o objetivo que persegue é:

desenvolver uma teoria moral que transcendia o utilitarismo clássico³¹ e que firme, como critério de julgamento da equidade de uma ação ou instituição, sua capacidade de maximizar a riqueza da sociedade. Essa abordagem permite a conciliação de três princípios éticos concorrentes: a utilidade, a liberdade e até a igualdade.³²

Também é digna de nota a contribuição do professor da Universidade de Yale (Estados Unidos) GUIDO CALABRESI³³, demonstrando a importância de se levar em conta a eficiência nos sistemas sociais, conforme aqui enunciada por VIERA:

Os custos dos acidentes seriam minimizados se a parte que poderia ter evitado o acidente ao menor custo fosse responsabilizada pelas perdas decorrentes, o que foi chamado por Calabresi, “o custo-mais-baixo-da-prevenção”. A ideia pode ser assim exemplificada: um taxista atropela um pedestre, causando-lhe danos no valor de \$200. Descobre-se que o acidente resultou de uma falha do motorista em equipar seu carro com freios novos, no valor de \$50. Resulta claro que os usuários da vias públicas e a comunidade em geral teriam sido beneficiados se o motorista tivesse trocado os freios do carro. Esse benefício seria de \$150 (a perda de \$200 menos o custo dos freios, \$50). No caso do motorista ser obrigado a pagar \$200 à vítima, sem a menor dúvida, teria preferido comprar freios novos. Uma regra de responsabilidade que transfere a perda sempre que estimulasse o motorista a colocar novos freios em seu carro, torna a solução mais barata para o indivíduo e maximiza a riqueza da sociedade com uma solução mais eficiente

²⁹ Traduzido livremente para “Análise Econômica do Direito”.

³⁰ HIERRO, L. L. **Justicia, Igualdad y eficiencia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 11.

³¹ Por “utilitarismo” se entende o movimento que defende a ideia no sentido de que “uma ação é boa quando ela é útil ou serve para o benefício da maioria”, conforme LEVENE, Lesley. **Penso, Logo Existo: Tudo o que Você Precisa Saber sobre Filosofia**. Tradução de Debora Fleck. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2013.

³² POSNER. Richard. **A Economia da Justiça**. Op. cit., p. 138.

³³ CALABRESI, Guido. **Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts**. The Yale Law Journal, vol. 70, n. 4, 1961. p. 499-553.

(produzir mais, ao custo mínimo), racional e que atende melhor aos interesses envolvidos.³⁴

Assim, dissociando-se da acepção econômica do termo, muito mais ampla, o direito passou a reduzir o quanto se entende por “eficiência” a “eficiência produtiva” ou economicidade, o que é objeto de severas críticas entre aqueles que enxergam aspectos mais amplos no termo, incluindo funções alocativas ou redistributivas, que se relacionam aos aspectos de justiça social e redistribuição de riquezas.

Estaria a se falar, assim, considerado o termo em seu aspecto mais restrito, do processo de produção de bens, tal como entendido por MANKIW, professor de economia da Universidade de Harvard (Estados Unidos), no sentido de que tal processo se caracterizaria pela “propriedade que a sociedade tem de obter o máximo possível a partir de seus recursos escassos”.³⁵

Tal característica que privilegia a eficiência e a maximização de riqueza, aliás, é uma das razões do enorme sucesso da AED entre os estudiosos da matéria no Brasil contemporâneo, especialmente posteriormente o advento do denominado Plano Real e ao maior contato da economia brasileira com a globalização econômica e principalmente após a ordem constitucional vigente passar a adotar, de maneira expressa³⁶, como um dos princípios da Administração Pública, justamente a “eficiência”.³⁷

Conforme destaca o professor da Fundação Getúlio Vargas – FGV, THIAGO CARDOSO ARAÚJO, o conceito da expressão elevada a nível constitucional trata “da máxima de fazer mais (produtos) com menos (insumos)”.³⁸

³⁴ VIEIRA, Robson Nunes. **Breves considerações sobre a análise econômica do Direito**. Revista Jurídica da FAMINAS. Muriaé-MG. V.2, N. 1, p. 133.

³⁵ MANKIW, N.G. **Introdução à Economia**. Tradução Allan Cidigal Hastings, Elisete Paes e Lima. Revisão técnica Carlos Roberto Martins Passos, Manuel José Nunes Pinto . São Paulo: Cengage Learning, 2009, p. 145.

³⁶ Mesmo antes da Emenda Constitucional nº 19 já havia em diversos pontos da Constituição de 1988 referência à “eficiência” Cf. MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/Terceiros/Autores/Modesto,Paulo/Princípio%20da%20Eficiência.PDF>. p.3 Acesso em: 07 fev.2020.

³⁷ Por força da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998.

³⁸ ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Uma proposta modesta**: uma visão da análise econômica do direito à luz da teoria dos sistemas e possibilidades da sua aplicação. 2015 Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 19.

Ao apontar como se aferir se determinada solução é a mais eficiente, o professor de Direito da Fundação Getúlio Vargas – FGV, BRUNO SALAMA apresenta interessante exemplo:

[...] um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos. Para ilustrar o conceito, suponha que cada acidente aéreo cause, no total, custos de \$100 milhões (refiro-me aqui à soma de todos os custos sociais relevantes que englobam tanto as perdas da companhia aérea quanto as das vítimas dos acidentes). Suponha também que uma empresa possa investir \$2 milhões em uma nova tecnologia de segurança aérea, e que essa nova tecnologia causará uma diminuição de 1% na probabilidade de ocorrência de acidentes. Será que este investimento é eficiente? A resposta é negativa. Afinal, a empresa investirá \$2 milhões para evitar custos de \$1 milhão ($1\% \times \$100\text{ milhões} = \1 milhão). O investimento nesta tecnologia diminui as chances de acidentes, mas torna a sociedade mais pobre, e por isso não é eficiente.³⁹

Porém, ainda seguindo SALAMA, é importante perceber que a questão em jogo não envolve apenas a discussão acadêmica que trata da disputa entre eficiência e justiça, mas sim “como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios. Noções de justiça que não levem em conta as prováveis consequências de suas articulações práticas são, em termos práticos, incompletas.”⁴⁰

O atual Secretário Nacional do Consumidor, LUCIANO BENETTI TIMM, também se debruçou sobre o tema, acrescentando que

Na eficiência, por sua vez, há clara preocupação com os mecanismos que foram usados para a obtenção do êxito na atividade do Estado. Assim, procura-se buscar os meios mais econômicos e viáveis, para maximizar os resultados e minimizar os custos. Em suma: é atingir o objetivo com o menor custo e o melhor resultado possíveis.⁴¹

³⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é “Direito e Economia”?** Disponível em <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2793/2033>. p.9. Acesso em 07 fev.2020.

⁴⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. Op. Cit. p.14.

⁴¹ TIMM, Luciano Benetti. TONIOLI, Giuliano. **A aplicação do princípio da eficiência à administração pública:** levantamento bibliográfico e estudo da jurisprudência do TJRS. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/457/475>. p. 44. Acesso em 07 fev.2020.

3.2 OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Refletindo as conclusões dos pioneiros trabalhos de RONALD COASE, um elevado número de pesquisadores tem dedicado atenção ao estudo do comportamento das organizações a partir dos custos de transação que se observam em cada negociação.

O conceito de transação foi definido pelo professor de economia na Universidade de Berkeley (Estado Unidos), ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 2009, OLIVER WILLIAMSON, como estando presente sempre que há a transferência de um bem através de uma interface tecnologicamente separável.⁴²

Conforme indicado por REZENDE, os custos de transação são os custos para se gerenciar o sistema econômico por meio da identificação, explicação e atenuação dos riscos contratuais.⁴³

Já para o professor de economia na Universidade de Washington (Estados Unidos) BARZEL, os custos de transação são definidos como os custos relacionados com a transferência, captura e proteção dos direitos de propriedade.⁴⁴

EGGERSTSSON, professor de economia na Universidade da Islândia, acrescenta que, normalmente, os custos de transação são os custos que aparecem quando os indivíduos trocam direitos de propriedade de ativos econômicos e reforçam seus direitos exclusivos.⁴⁵

De maneira mais abrangente, o economista americano, ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1972, ARROW define custos de transação como os custos associados à administração do sistema econômico. Segundo o autor, enquanto os custos de produção formam a variável de que se ocupou detidamente a Economia Neoclássica, os custos de transação

⁴² WILLIAMSON, O. E. **Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications** . New York: Free Press, 1975.

⁴³ REZENDE, D. C. Op. cit.

⁴⁴ BARZEL, Y. Measurement cost and the organization of markets. **Journal of Law and Economics**, v. 25, n. 1, p. 27-48, 1982.

⁴⁵ EGGERTSSON, T. **Economic Behavior and Institutions** . Cambridge, Survey of Economic Literature. Cambridge Univ. Press, 1990.

caracterizam-se por ser aqueles que ocorrem ao se colocar em funcionamento o sistema econômico.⁴⁶

Ainda segundo ARROW, são vários os elementos que influenciam na quantificação dos custos de transação, tais como oportunismo, racionalidade, incerteza e risco.

A marca principal do oportunismo relaciona-se ao padrão de orientação que o indivíduo estabelece para a busca do seu próprio interesse e que termina por refletir-se no padrão de relacionamento estabelecido entre os agentes econômicos. WILLIAMSON sustenta que o oportunismo é a busca pelo interesse próprio com dolo.⁴⁷

WILLIAMSON continua esclarecendo que, ao longo da Teoria Econômica, se distinguem três níveis de racionalidade: uma forma forte, considerada a partir dos esforços de maximização; uma forma semiforte, caracterizada com a racionalidade limitada; e a forma débil ou mais fraca, que se denomina de racionalidade orgânica.

Já a incerteza relaciona-se ao desconhecimento dos agentes de elementos relacionados ao ambiente econômico, institucional e comportamental, que exercem algum tipo de influência na gestão dos negócios. Segundo o professor da Universidade Federal de Santa Maria-RS, ARBAGE, há incerteza de três naturezas: incerteza primária, incerteza secundária e incerteza comportamental ou conductista.⁴⁸ Tratam-se de custos relacionados à assimetria de informações, identificados por DEMSETZ, professor de economia na Universidade da Califórnia (Estados Unidos) como os primeiros custos incorridos em uma transação⁴⁹, que implicam num acesso desigual dos agentes às informações pertinentes à troca por eles realizada.

A incerteza primária refere-se ao desconhecimento de informações relacionadas ao ambiente institucional, como, por exemplo, alterações em determinados padrões

⁴⁶ ARROW, K. The organization of economic activity: issues pertinent to the choice of market versus nonmarket allocation. In: **THE ANALYSIS AND EVALUATION OF PUBLIC EXPENDITURE: THE PPB SYSTEM**. Comité Económico Conjunto de los Estados Unidos, 91º. Congresso, 1ª.sesión, Washington, D. C.: U.S. Government Printing Office, 1969.

⁴⁷ WILLIAMSON, O. E. Op. cit.

⁴⁸ ARBAGE, A. P. **Custos de transação e seu impacto na formação e gestão da cadeia de suprimentos:** Estudo de caso em estruturas de governança híbridas do sistema agroalimentar no Rio Grande do Sul. 2004 Tese (Doutorado em Administração) – Faculdade de Administração, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004.

⁴⁹ DEMSETZ, H. (1991). The theory of the firm revisited. In: O. Williamson & S. Winter (Eds.), **The nature of the firm: origin, evolution and development..** Oxford: Oxford University Press, pp. 159-178.

comportamentais dos consumidores. A incerteza secundária caracteriza-se pelo desconhecimento, geralmente por falta de comunicação adequada, de elementos de natureza estratégica importantes para os agentes que se relacionam em torno de uma transação. Por seu turno, a incerteza comportamental é um subtipo da categoria analítica vinculada aos aspectos estratégicos e que se relacionam com o oportunismo: é a incerteza que decorre do desconhecimento do padrão de comportamento dos parceiros com os quais uma determinada organização realiza suas transações.

O risco se associa positivamente com os dois elementos referidos anteriormente, quer dizer, com o oportunismo e a racionalidade. Não fossem esses aspectos, não haveria o risco de as transações não ocorrerem da forma como foram planejadas, nem tampouco de que algo importante deixasse de ser previsto antecipadamente. Quanto maior o nível de oportunismo, assim como quanto menos informações estejam disponíveis para a tomada de decisão, aumenta o risco de que as “coisas não saiam como planejadas”. No entanto, como uma medida do risco pode ser obtida através de uma distribuição de probabilidade do evento, esse aspecto pode ser inserido no planejamento das organizações.

Segundo o economista americano NORTH, ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1993,

The costs of transacting arise because information is costly and assimetrically held by the parties to exchange and also because any way that the actors develop institutions to structure human interaction results in some degree of imperfection of the markets. In effect, the incentive consequences of institutions provide mixed signals to the participants, so that even in those cases where the institutional framework is conductive to capturing more gains from the trade as compared to an earlier institutional framework, there will still be incentives to cheat, free ride, and so forth that will contribute to market imperfections.⁵⁰

⁵⁰ NORTH, D. C. **Institutions, institutional change and economic performance.** Cambridge: Cambridge U. Press, 1990, p. 93. Livre tradução: “Os custos de transação surgem porque a informação é distribuída de modo assimétrico e custosamente diferente entre as partes envolvidas na troca e também porque qualquer que seja a maneira em que os atores desenvolvam institutos para estruturar interações humanas, o resultado será algum grau de imperfeição no mercado. Com efeito, os incentivos previstos como consequências dos institutos criados geram sinais nem sempre claros aos participantes, de maneira que, mesmo nos casos onde a moldura institucional é construída para capturar mais ganhos na avenida comparativamente com molduras institucionais precedentes, haverá sempre incentivos para trapaças, engodos, aproveitadores, etc, que irão contribuir para a manutenção de falhas no mercado.”.

3.3 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Apesar de aparentemente contraditória a inclusão de estudo a respeito de um Princípio em trabalho que se propõe a promover Análise Econômica de um fenômeno social, certo é que, neste caso, trata-se de Princípio com profundo reflexo em qualquer tomada de decisão, representando, portanto, inegável componente dos custos de transação, como se verá adiante neste capítulo, e cuja inobservância pode inclusive levar a produções legislativas e judiciais drasticamente negativas do ponto de vista da eficiência na alocação de recursos.

Assim, é importante lembrar que o viés legalista, que por longos anos permeou o estudo dos princípios, sustentava que eles serviriam apenas como fontes subsidiárias, confirmando o “primado da lei”, do que é um claro exemplo o artigo 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁵¹, de maneira que a prevalência dos princípios representaria ameaça à segurança jurídica, de maneira que caberia ao Direito repelir essa hipótese⁵². Na atualidade, porém, o que se observa é a crescente principalização do Direito, figurando entre aqueles princípios mais fundamentais, exatamente, o da segurança jurídica.

No princípio, se estabeleceu o gênero que se denominou como “norma”, do qual seriam espécies as regras e os princípios. De modo a esclarecer essa diferença, AGUSTÍN GORDILLO, professor de direito na Universidade de Buenos Aires (Argentina) leciona que

los principios de derecho público contenidos en la Constitución son normas jurídicas, pero no sólo eso: mientras que la norma es un marco dentro del cual existe una cierta libertad, el principio tiene sustancia integral. La simple norma constitucional regula el procedimiento por el que son producidas las demás normas inferiores (ley, reglamento, sentencia) y eventualmente su contenido: pero esa determinación nunca es completa, ya que la norma superior no puede ligar en todo sentido y en toda dirección el acto por el cual es ejecutada; el principio, en cambio, determina en forma integral cual ha de ser la sustancia del acto por el cual se lo ejecuta. La norma es límite, el principio es límite y contenido. La norma da a la ley facultad de interpretarla o aplicarla en más de un sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de un sentido; pero el principio establece una dirección estimativa, un sentido

⁵¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em 18 abr. 2019.

⁵² FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce. **Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional.** Madrid: Civitas, 1990, p. 37.

*axiológico, de valoración, de espíritu. El principio exige que tanto la ley como el acto administrativo respecten sus límites y además tengan su mismo contenido, sigan su misma dirección, realicen su mismo espíritu.*⁵³

O filósofo do direito alemão e professor na Universidade de Kiel (Alemanha), ROBERT ALEXY é preciso ao fixar que

Há portanto distintos graus de cumprimento. Se se exige a maior medida possível de cumprimento em relação com as possibilidades jurídicas e fáticas, se trata de um princípio. Se tão-somente se exige uma determinada medida de cumprimento, se trata de uma regra⁵⁴

Classificados como normas, tanto princípios como regras estabelecem um “dever-ser” que ordena, proíbe ou permite. Porém a “norma-regra” é cumprida quando, ocorrido em concreto o fato por ela previsto, tem-se também a consequência jurídica decorrente.

Já os princípios são normas que adotam, fundamentalmente, importante carga axiológica, cujo sentido ilumina uma região da ordem jurídica, presidindo sua interpretação e aplicação. As regras não têm essa “força expansiva” dos princípios, limitando-se a disciplinar uma específica situação fática.

Certo é, porém, que não se exclui a possibilidade de existência de princípios expressos, tal como observa o professor da Universidade de Turim (Itália), NORBERTO BOBBIO:

*Che i principi siano costruzioni dottrinali non esclude affatto che possano avere a tempo e luogo efficacia normativa: del resto anche norme speciali spesso sono, rispetto al modo com cui sono state enucleate e formulate, costruzioni dottrinali.*⁵⁵

⁵³ GORDILLO, Agustín. **Introducción al Derecho Administrativo**. Buenos aires: Perrot, 1962, pp. 176 e 177.

⁵⁴ ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica**. Doxa, Barcelona, n.5, 1988. Disponível em http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf. Acesso em: 30 set.2018.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **Principi generali di diritto, In Novíssimo Digesto Italiano**, Utet: Turim, s/d, t. XIII, p. 890. Livre tradução: “O fato de os princípios serem construções doutrinárias não exclui de modo algum que possam ter eficácia normativa no tempo e no espaço: afinal, mesmo normas especiais são frequentemente, com relação à maneira pela qual foram enucleadas e formuladas, construções doutrinárias.”

Característica importante também dos princípios jurídicos é a sua aplicação na interpretação das normas, de maneira a esclarecer o seu conteúdo gramatical e indicar a direção que deve se dar à conclusão de adequado entendimento.

Nesse sentido, é relevante que se tenha em conta a diferença entre texto e norma, de maneira que se tenha claro que a norma não está limitada ao seu conteúdo gramatical. O texto é o objeto da interpretação, enquanto a norma é o resultado da interpretação; a norma é, em síntese, o significado que emerge do texto normativo.⁵⁶

Nítido exemplo da atividade de dar significado a um texto normativo (estendendo-o, no caso que se apresenta), é o que ocorre no âmbito da Lei 8.036/90, que dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. O artigo 20 do referido diploma legal estabelece, como hipótese de saque dos valores depositados, a circunstância do trabalhador, ou dependente seu, se encontrar acometido por doenças especificadas. Porém, a jurisprudência passou a ampliar o conteúdo da regra, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana:

É tranqüila a jurisprudência do STJ no sentido de permitir o saque do FGTS, mesmo em situações não contempladas pelo art. 20 da Lei 8.036/90, tendo em vista a finalidade social da norma. 2. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com assento no art. 1º, III, da CF/88, é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil, e deve se materializar em todos os documentos legislativos voltados para fins sociais, como a Lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. 3. Precedentes da Corte. 4. Recurso Especial improvido. (REsp 200401511807, STJ, Ministra Eliana Calmon publicado em 23.05.2005)⁵⁷.

⁵⁶ ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Definiciones y normas**, El Lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1983, p. 14 e 15.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial nº 691715/RS** (2004/0151180-7). FGTS - LEVANTAMENTO DO SALDO - TRATAMENTO DE SAÚDE - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES. 1. É tranqüila a jurisprudência do STJ no sentido de permitir o saque do FGTS, mesmo em situações não contempladas pelo art. 20 da Lei 8.036/90, tendo em vista a finalidade social da norma. 2. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com assento no art. 1º, III, da CF/88, é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil, e deve se materializar em todos os documentos legislativos voltados para fins sociais, como a lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. 3. Precedentes da Corte. 4. Recurso especial improvido. Relatora: Min. Eliana Calmon, 22/03/2005, publicado no DJ de 23/05/2005, p. 236. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200401511807&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR. Acesso em 25 jun. 2019

Quase sempre, da interpretação de um texto normativo, podem ser objeto de identificação vários sentidos, ou várias normas, exigindo que o operador do Direito busque a adequada significação normativa do texto, de maneira a adequá-la ao caso concreto. Este é o âmbito de aplicação dos princípios, que então guiarão o aplicador na direção da aplicação consentânea com o ordenamento vigente.

Por constituírem as proposições mestras do sistema jurídico, os princípios irradiam seu conteúdo estimativo sobre as demais normas, imprimindo-lhes unidade e coerência. Assim, cada princípio unifica, sob o influxo do valor que carrega, uma plêiade de regras e de subprincípios, os quais, ao mesmo tempo que naquele se sustentam, a ele dão concretude. Trata-se de um vínculo normativo que se estabelece, de modo que a desatenção a qualquer das manifestações do princípio implica ofensa ao próprio princípio.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, no âmbito do Direito Constitucional, classifica os princípios constitucionais em princípios fundamentais e princípios constitucionais gerais, destacando o fato de que a expressão “princípios fundamentais” disposta no Título I da Constituição exprime a noção aqui adotada (disposição fundamental do sistema).⁵⁸

EMERSON GABARDO e ENEIDA DESIREE SALGADO, em estudo sobre o princípio como fundamento no desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo, defendem o mesmo conceito. Os autores destacam, portanto, que o princípio deve ser tomado como fundamento do sistema jurídico, ressaltando que, a partir desta perspectiva, pretender distinguir lógica e formalmente regras e princípios talvez não configure uma boa opção para a sua aplicação no contexto nacional (distinção estrutural), especialmente ao se constatar que grande parcela da doutrina brasileira toma o conceito de princípio justamente como disposição fundamental do sistema. Os autores sublinham, ademais, que no sistema jurídico fundado pela Constituição Federal de 1988 os princípios tornaram-se a chave de compreensão de todo o Direito.⁵⁹

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. e. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 89 e 95.

⁵⁹ GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. O princípio com fundamento no desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo. In: MARQUES NETO, Floriano de A.; ALMEIDA, Fernando D. M. de; NOHARA, Irene; MARRARA, Thiago (Org.). **Direito e Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 105-121.

Assim, princípios são normas jurídicas, explícitas ou implícitas, portadoras dos valores mais caros à comunidade jurídica e prestantes a guiar a interpretação dos enunciados normativos, a colmatar lacunas normativas, a invalidar aquelas regras que lhe são contrárias e a presidir a racionalidade do ordenamento jurídico, ao qual conferem conexão sistemática.

Por outro lado, HUMBERTO ÁVILA, diferentemente de ALEXY, defende que a distinção entre princípios e regras é de grau, sendo os princípios mais abstratos do que as regras. Enquanto as regras, na visão do autor, são as normas que descrevem o que é permitido, proibido e obrigatório, sendo representadas pela expressão “se, então”, os princípios jurídicos configuram normas que estabelecem um estado ideal de coisas e, para que sua realização seja necessária, devem ser adotados comportamentos que provocam efeitos que contribuem para sua promoção (e seu modelo é representado pela expressão “para, então é preciso”).⁶⁰

Em suma, a partir da compreensão empregada como disposição fundamental do sistema, o princípio jurídico, que deriva de um valor constitucional, configura uma norma que orienta a ação ou o juízo (sendo o seu critério de validade) “exigindo um cálculo de adequação que torna a ação e/ou o juízo em certa medida previsíveis”. Com efeito, os princípios consistem em enunciados normativos, e apesar de serem conceitos vagos e abertos, não permitem o arbítrio por parte do intérprete da norma, que está vinculado a vontades anteriores reveladas pelos valores constitucionais. A diferença em relação às regras é que essas, a despeito de também orientarem ações e decisões, indicam uma consequência jurídica determinada, derivando dos princípios (assim como esses derivam dos valores).⁶¹

Bem posta a noção de “princípio” que se pretende adotar neste trabalho, é possível avançar ao estudo do princípio da segurança jurídica.

No campo das modificações legislativas, “se o Direito precisa ser modificado, que o seja de uma forma que possa ser compreendida de maneira simples e direta, para que a ação possa ser conduzida adequadamente, com razoável garantia de que a ação orientada de acordo com a nova

⁶⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 126-127.

⁶¹ GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. Op. cit., p. 105-121.

lei não será considerada indevida quando os órgãos judicantes vierem a interpretá-la e aplicá-la.”⁶²

HUMBERTO ÁVILA se inclina na direção de um conceito de segurança jurídica fundado no controle argumentativo (no lugar de um conceito pautado exclusivamente na certeza), afastando-se da busca de uma “certeza absoluta”, isto é, a certeza para ele afigura-se uma questão de grau. O autor sustenta uma noção “constatável graças ao uso da linguagem, por meio do conhecimento de critérios e de estruturas hermenêuticas, e no qual o Direito é produto da experiência e resulta da conjugação de aspectos objetivos e subjetivos inerentes à sua aplicação.”⁶³

EGON BOCKMANN MOREIRA importa as ideias do vencedor do Prêmio Nobel Ilya Prigogine – que no campo das ciências exatas proclamou “o fim das certezas”.

O mencionado cientista ILYA PRIGOGINE foi o vencedor do Prêmio Nobel de Química em 1977 em virtude de suas contribuições à termodinâmica de não-equilíbrio e pela teoria das estruturas dissipativas. As ideias de PRIGOGINE inovam no que diz respeito às leis fundamentais da física que buscam explicar o universo. Segundo PRIGOGINE

a ciência clássica privilegiava a ordem, a estabilidade, ao passo que em todos os níveis de observação reconhecemos agora o papel primordial das flutuações e da instabilidade (...) desde que a instabilidade é incorporada, a significação das leis da natureza ganha um novo sentido (...) no mundo que é o nosso, descobrimos em todos os níveis flutuações, bifurações, instabilidades. Os sistemas estáveis que levam a certezas correspondem a idealizações, a aproximações.⁶⁴

Em relação aos contratos administrativos de longa duração, EGON BOCKMANN MOREIRA defende, por exemplo, que a instabilidade e a incompletude dos contratos são muito mais relevantes de serem estudadas do que sua pretensa estabilidade. O autor preocupa-se com o papel central que é concedido à certeza no Direito, alertando o risco de se vivenciar uma

⁶² MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito:** uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 p. 14-15.

⁶³ ÁVILA, Humberto. Op. cit, p. 701.

⁶⁴ PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas:** tempo, caos e as leis da natureza. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996, p. 12 e 57.

realidade que não mais existe, “um mundo em que as relações jurídicas não experimentam as vicissitudes do tempo, mas que se blindam em cápsulas de certezas intocáveis”.⁶⁵

Certo é que a segurança jurídica desponta como um elemento primordial para a consolidação do Estado Democrático de Direito.⁶⁶

Afinal, não pode haver Estado de Direito sem regras de Direito. Valores como a certeza e a segurança jurídica apenas podem ser efetivados à medida que determinado Estado seja governado com regras prévias e que sejam cristalinas em si mesmas.⁶⁷ É nesse contexto que JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO anota que alguns dos princípios concretizadores do Estado de Direito consistem nos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos (este compreendido como subprincípio daquele).⁶⁸

Para CANOTILHO, professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), o princípio da segurança jurídica exige

(1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos.⁶⁹

A partir disso, CANOTILHO conclui que o princípio pode ser exigível perante qualquer ato dos Poderes estatais, Legislativo, Executivo ou Judiciário.⁷⁰

Nesse sentido, em estudo tradicional dedicado ao princípio da segurança jurídica, COUTO E SILVA, professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do

⁶⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. **O fim das certezas.** *Gazeta do Povo*. Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/columnistas/egon-bockmann-moreira/o-fim-das-certezas-10h1avwr9qztjcfifkewr9rnf>. Acesso em: 25 set. 2018.

⁶⁶ VALIM, Rafael Ramirez Araújo. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2010, p. 34.

⁶⁷ MACCORMICK, Neil. Op. cit., p. 17

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 243 e 251.

⁶⁹ Ibid, p. 252.

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. loc. cit.

Sul, defende a ideia de que o princípio configura um dos pilares de sustentação do Estado de Direito.⁷¹

COUTO E SILVA, ao estudar o conflito existente entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica, critica o excesso de peso que se dá ao primeiro pela Administração Pública brasileira, afirmando que “desfigura-se o Estado de Direito, pois se lhe tira um dos seus mais fortes pilares de sustentação, que é o princípio da segurança jurídica (...).”⁷²

Ainda, ao tratar a respeito do multicitado dever da Administração Pública em anular seus atos ilegais, salienta COUTO E SILVA que

o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existe, quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular. Porque se deu a sanatória do inválido, pela conjunção da boa-fé dos interessados com a tolerância da Administração e com o razoável lapso de tempo transcorrido.⁷³

Nesse ponto é importante lançar mão de relevante distinção promovida por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, professor titular de direito administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, entre a segurança pelo direito e a segurança do direito.⁷⁴

A primeira expressão, “segurança pelo direito”, é representativa da concepção clássica da segurança jurídica, segundo a qual o direito corresponderia às aspirações de ordem e paz dos indivíduos. A mera positividade das normas proporcionaria segurança às pessoas, raciocínio cuja correção não colocamos em dúvida, mas que conduz, evidentemente, à confusão entre o direito e a segurança jurídica.

⁷¹ COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, 2003, p. 14.

⁷² Ibid, p. 31.

⁷³ COUTO E SILVA, Almiro do, loc. cit.

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 128.

Tal concepção, porém, pode conduzir à ideia de que todo direito verteria segurança aos indivíduos. Na verdade, a segurança jurídica de que trata este estudo é a “segurança do direito”, que pode ser entendida como concepção contemporânea deste princípio. Trata-se de ferramenta autogestora do Estado de Direito que, em face da cada vez mais crescente complexidade das relações jurídicas, busca estabelecer regras que garantam a segurança do próprio sistema jurídico.

Nesse sentir, certo é que o princípio da segurança jurídica permeia o direito positivo, condicionando toda sua dinâmica. À luz das funções exercidas pelos princípios, resulta que desde a Constituição até as normas individuais e concretas, toda produção do Direito deve se pautar pelas exigências do referido princípio.⁷⁵

Tal princípio deve ser enquadrado na classe de sobredireito, eis que permeia a produção e a aplicação de todas as normas jurídicas. Volta-se a todas as normas jurídicas, em homenagem à previsibilidade, mensurabilidade e estabilidade que deve guardar a atuação do Estado.

ARAUJO VALIM, professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e das Universidades de Oxford e Manchester (Inglaterra), esclarece que o princípio da segurança jurídica agasalha dois núcleos conceituais, quais sejam: a certeza e a estabilidade.

Esclarecendo o primeiro núcleo, que diz repeito à certeza, ARAUJO VALIM ressalta que

O aspecto da certeza reflete uma ideia comezinha e ínsita à fenomenologia do Direito. Os comandos jurídicos, como se sabe, mercê de sua abstração, estabelecem, para o futuro, a ligação de dados fatos a certas consequências jurídicas. Ampliativas ou restritivas, tais consequências orientam o agir de todos os destinatários das normas jurídicas, sejam os indivíduos em intersubjetividade, sejam em contato com a Administração Pública. Contudo, tal previsibilidade pressupõe, antes de tudo, a cognoscibilidade, dentro de padrões de razoabilidade, do conteúdo do comando jurídico. Em outras palavras, é imperioso que o indivíduo saiba, dentro de critérios objetivos e de antemão, as normas jurídicas que incidirão sobre o seu comportamento e sobre o comportamento dos demais, sem o quê não é dado exigir os respectivos comportamentos. A certeza encarna, portanto, a noção de que o indivíduo deve estar seguro não só quanto à norma aplicável, mas também quanto ao sentido deôntrico que encerra essa mesma norma. Isso implica aspectos técnico-formais de produção das normas jurídicas

⁷⁵ DERZI, Misabel Abreu Machado. **A irretroatividade do Direito no Direito Tributário**, Estudos em de Direito Tributário em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 184.

que podem ser reconduzidos à certeza da vigência, da projeção temporal e do conteúdo das normas jurídicas.⁷⁶

Ao se referir ao segundo núcleo do princípio, o mesmo autor acrescenta que

à previsibilidade oferecida pela certeza se acresça a estabilidade do Direito, de molde a assegurar os direitos subjetivos e as expectativas que os indivíduos de boa-fé depositam na ação do Estado. É sob tal prisma que tradicionalmente se aborda o princípio da segurança jurídica no Direito Brasileiro, mais especificamente em relação à estabilidade das relações jurídicas válidas involucradas pelos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI da CF).⁷⁷

HUMBERTO ÁVILA, professor titular do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, reforça que esse princípio é

uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor de respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsável o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.⁷⁸

Nesse passo, é possível vislumbar a existência do princípio da confiança legítima, desdobramento da segurança jurídica, valendo registrar que, conforme ensina JUAREZ FREITAS, professor de direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, “é essencial elevar a confiabilidade das instituições públicas, razão pela qual se impõe o controle mais qualitativo das políticas públicas, no sentido de promover forte redução da insegurança jurídica”.⁷⁹

Na mesma direção, entendendo que a Administração não deve violar as expectativas que razoavelmente tenha gerado, JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, professor titular de

⁷⁶ VALIM, RAFAEL RAMIRES ARAUJO . Op cit., p.42.

⁷⁷ Ibid, p.43.

⁷⁸ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 698.

⁷⁹ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 83-84.

Direito Administrativo da Universidade de La Coruña (Espanha) aponta que “hoje, no século XXI, o cidadão, como já observamos, já não é um sujeito inerte à mercê dos caprichos do poder. Hoje o cidadão participa na determinação do interesse geral, que não é mais definido unilateralmente pela Administração Pública.”⁸⁰

HUMBERTO ÁVILA sustenta, ainda, que a Constituição Federal de 1988 “não apenas garante a segurança jurídica, como ainda a protege em várias das suas dimensões, isto é, como segurança do Direito, pelo Direito, frente ao Direito, dos direitos e como um direito”.⁸¹

Por fim, é importante ressaltar que as manifestações do princípio da segurança jurídica no texto constitucional vigente podem ser demonstradas em vários momentos. Por exemplo, partindo do conceito de que o direito subjetivo consiste na realização efetiva de um interesse juridicamente protegido, tem-se que determinada lei nova, que revogou aquela sob cujo império formou-se o direito subjetivo, não pode prevalecer em detrimento da antiga. Trata-se de uma garantia constitucional consolidada no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, sob a disposição de que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.⁸²

O professor de economia da Fundação Getúlio Vargas – FGV e da Universidade Federal do Rio de Janeiro, ARMANDO CASTELAR PINHEIRO aduz que, no tocante às relações jurídicas de cunho econômico, “deve a norma dar ao indivíduo a possibilidade de calcular, com alguma previsibilidade, as consequências de suas ações”.⁸³ O autor defende que, em relação às relações econômicas, a segurança jurídica possibilita o estabelecimento de “regras do jogo” estáveis e confiáveis, promovendo o desenvolvimento socioeconômico de determinado país.

A professora colombiana MARCELA ANZOLA GIL, em estudo sobre segurança jurídica e os investimentos estrangeiros na Colômbia, destaca a importância da segurança na viabilização destes investimentos, salientando que

⁸⁰ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 158-159 e 171.

⁸¹ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 687-688.

⁸² SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 434-435.

⁸³ PINHEIRO, Armando Castelar. **PIB Potencial e segurança jurídica no Brasil**. In: SICSÚ, João; MIRANDA, Pedro (Org.). Crescimento econômico: estratégias e instituições. Rio de Janeiro: IPEA, 2009, p. 32 e 50.

se han implementado leyes y ‘contratos para garantizar la estabilidad jurídica’, y se han suscrito tratados internacionales para proteger la inversión extranjera”. A autora sublinha que “este conjunto de instrumentos ha consolidado, tanto em el plano internacional como nacional, la voluntad del Estado de mantener unas reglas de juego claras y estables a las inversiones extranjeras, sobre todo frente a posibles procesos de nacionalización o expropiación, o de restricciones al movimiento de capitales.⁸⁴

Certo é que não bastam leis claras e adequadas para a promoção do desenvolvimento socioeconômico. Outros fatores, como, por exemplo, os problemas relativos ao Poder Judiciário (por exemplo, a morosidade dos tribunais nacionais e a imprevisibilidade das decisões), contribuem sobremaneira para aumentar o panorama de insegurança jurídica.

Nesse cenário, ARMANDO CASTELAR PINHEIRO lembra que o Brasil ainda possui um grau baixo de segurança jurídica em virtude de três fatores principais: a má qualidade da produção legislativa, a politização desmedida do Judiciário e a reiterada quebra de contratos por parte da Administração Pública, com alterações frequentes nas “regras do jogo”⁸⁵, salientando que

[a segurança jurídica] busca facilitar a coordenação das interações humanas, inclusive econômicas, reduzindo a incerteza que as cerca. Ela se inspira na confiança que deve ter o indivíduo de que os seus atos, quando alicerçados na norma vigente, produzirão os efeitos jurídicos nela previstos.⁸⁶

A segurança jurídica se traduziria, na concepção do mesmo autor antes referenciado

como uma norma jurídica que seja estável, certa, previsível e calculável, tanto nas relações jurídicas entre particulares quanto, principalmente, naquelas que envolvam o Estado. Esse preceito geral deve aplicar-se não apenas ao ordenamento jurídico positivo como também à sua interpretação e aplicação pelo Judiciário.⁸⁷

⁸⁴ANZOLA GIL, Marcela. **El paradigma de la seguridad jurídica en un Estado en transformación: el caso de la inversión extranjera.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 96

⁸⁵PINHEIRO, Armando Castelar. **PIB Potencial e segurança jurídica no Brasil.** In: SICSÚ, João; MIRANDA, Pedro (Org.). **Crescimento econômico: estratégias e instituições.** Rio de Janeiro: IPEA, 2009. p. 50.

⁸⁶PINHEIRO, Armando Castelar. Ob. Cit. p. 50.

⁸⁷PINHEIRO, Armando Castelar. Ob. Cit. p. 50.

Portanto, a fim de que haja segurança jurídica para os agentes econômicos privados investirem, é preciso que haja cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade a partir da atuação dos três Poderes Públicos.

É o que ROBERT HIGGS denomina de “Incerteza do Regime”, característica marcante de países subdesenvolvidos e governos que afastam investidores:

o extremo ativismo político pode funcionar contra a prosperidade econômica, pois cria aquilo que chamo de "incerteza do regime", uma difusa e generalizada incerteza quanto à própria natureza da iminente ordem econômica, especialmente em relação a como o governo irá tratar os direitos de propriedade no futuro (Higgs 1997). Esse tipo de incerteza desestimula especialmente os investidores, deixando-os temerosos de colocar dinheiro em projetos de longo prazo. Tais investimentos de longo prazo, que desapareceram dos EUA quase que por completo após 1929, só vieram a se recuperar plenamente após a Segunda Guerra Mundial.⁸⁸

Por evidente, quanto menos segurança jurídica existe, mais arriscadas se tornam as relações sociais e, em especial, as transações econômicas. Isso porque as bases onde estas se calcam ficam mais instáveis, os seus efeitos, mais difíceis de prever, e os seus custos e benefícios, mais complicados de calcular.

Retorna-se neste ponto à Análise Econômica do Direito, registrando-se que a incerteza que advém da turbidez do sistema legal e da instabilidade na ordem jurídica, tal como bem retratado no já explicitado TEOREMA DE COASE, importará em grave sacrifício da eficiência econômica, gerando, fundamentalmente, três tipos de consequências: (i) a não realização de transações que têm alto nível de risco, abrindo-se mão dos ganhos que elas poderiam gerar; (ii) a realização dessas transações por outros meios, reduzindo apenas parcialmente o ganho obtido; (iii) ou compensar a baixa segurança com o uso mais intenso das instituições jurídicas disponíveis, consumindo mais recursos em atividades-meio.

Como já exposto nesse trabalho, certo é que a eficiência econômica depende, fundamentalmente, de dois fatores: clara definição e proteção dos direitos de propriedade e redução dos custos de transação.

⁸⁸ HIGGS, Robert. **Seis erros fundamentais da atual ortodoxia econômica.** Disponível em <https://www.mises.br/ArticlePrint.aspx?id=1002>. Acesso em 18 fev.2020.

Ora, a inobservância do princípio da segurança jurídica, seja através da constante modificação de regras legais ou em sua positivação de maneira obscura, seja em função da imprevisibilidade, morosidade e ativismo de decisões judiciais, acarreta a fragilização da definição e da proteção dos direitos de propriedade, majorando os custos de transação a incidirem na espécie.

Assim é lógica a conclusão de CASTELAR PINHEIRO, no sentido de que “ao tornar as transações econômicas mais incertas, a insegurança jurídica aumenta os custos de realizar negócios”.⁸⁹ O mesmo autor reforça que

Na presença de direitos de propriedade bem-definidos, a melhor forma de o direito estimular a eficiência econômica é reduzindo os custos de transação. Essa é, claramente, uma das funções da segurança jurídica, na medida em que ela reduz os custos incorridos em “redigir um contrato (e) monitorar o seu cumprimento de forma a garantir que os seus termos estão sendo respeitados”. Considerem-se, separadamente, essas duas etapas: *ex-ante*, a redação do contrato, e, *ex-post*, se e quando sua execução for colocada em risco.⁹⁰

Constantes modificações nas regras legais aplicáveis, ou a adoção de regras obscuras, suscetíveis à ampla interpretação, majoram sobremaneira os custos de transação, pois geram o dever de constante vigilância e aprendizado entre aqueles que pretendem contratar de um lado e constante sobressalto entre aqueles que já contrataram.

Os professores da Universidade de Chicago e Harvard (Estados Unidos), HAY, SCHLEIFFER E VISHNY bem sintetizam a questão ao afirmarem que

O Estado de Direito significa em parte que as pessoas usam o sistema legal para estruturarem suas atividades econômicas e resolverem suas contendas. Isso significa, entre outras coisas, que os indivíduos devem aprender o que dizem as regras legais, estruturar suas respectivas transações econômicas utilizando essas regras, procurar punir ou obter compensações daqueles que quebram as regras e voltar-se a instâncias públicas, como os tribunais e a polícia, para a aplicação dessas mesmas regras.⁹¹

89 PINHEIRO, A.C. **Segurança Jurídica, Crescimento e Exportações**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2005. COMITÉ 22 IPEA texto para discussão | 1125 | out 2005, p.6

90 PINHEIRO, A.C. Ob. Cit. p.6

91 HAY, J., SHLEIFFER, A., VICHNY, R. **Toward a theory of legal reform**. European Economic Review, v. 40, n. 3-5, 1996.

Por outro lado, não só em face de modificações legislativas é que se pode falar em custos de transação majorados, mas também quando há modificação jurisprudencial, como anotado pela professora nas Universidades do Texas, Cornell e Vanderbilt (Estados Unidos) e na Fundação Getúlio Vargas – FGV, ÉRICA GORGA:

Os custos de ajuste (adjustment costs) são os que recaem sobre os agentes privados que se valem da estabilidade da norma para fazer investimentos por ela amparados. A reversão de precedentes dá margem a custos de ajuste significativos se as partes tiverem de se ajustar a um novo regime jurídico devido à mudança do precedente.⁹²

Como se vê, o princípio da segurança jurídica também reduz os custos de transação quando o conteúdo de uma determinada avença é colocado à prova, ou objeto de discussão entre as partes envolvidas. Nesse caso é que se torna de suma importância a existência de uma jurisprudência estável e previsível que, nos dizeres CASTELAR PINHEIRO, “de um lado, ajude as partes a remediar o contrato — em vez de rompê-lo — e, de outro, facilite a obtenção de uma solução para o conflito sem a necessidade de recurso ao Judiciário.”⁹³

Aliás, é nesse sentido que ÉRICA GORGA ilumina o assunto, fazendo referência aos precedentes judiciais:

[A] natureza de bem público do precedente fará com que terceiros se beneficiem do precedente sem terem para isso gasto recursos em processos judiciais. Assim, nos próximos litígios, a existência de precedente eficiente induzirá a que as partes não entrem em conflito judicial, já que o precedente, como diz Barzel, tem a função de delinear direitos (de propriedade). As partes, sabendo do precedente, poderão resolver seus conflitos fora da corte (settlement), adotando as definições manifestadas no precedente.⁹⁴

CASTELAR PINHEIRO deixa claro que a majoração dos custos de transação gera imediatos efeitos nos investimentos, pois tal majoração

distorce o sistema de preços, reduz a eficiência alocativa e compromete o desempenho de toda a economia. É o que ocorre, por exemplo, com a elevação dos custos do crédito e dos serviços de infra-estrutura como consequência da

92 GORGA, E. **Common law é mais eficiente do que a civil law?** Considerações sobre tradições de direito e eficiência econômica. In: ZYLBERSTAQN, D., SZTAJN, R. (orgs.). Direito & Economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

93 PINHEIRO, A.C. **Segurança Jurídica, Crescimento e Exportações.** Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2005. COMITÉ 22 IPEA texto para discussão | 1125 | out 2005, p.7

94 GORGA, E. Ob. Cit.

falta de segurança jurídica: suas consequências não ficam restritas a esses setores, mas se espalham por toda a economia, comprometendo a sua competitividade. É por isso que a evidência empírica sugere que países com menor grau de segurança jurídica se afastam mais das melhores práticas de produção e, assim, crescem mais devagar.”⁹⁵

Acrescentamos que, não apenas o crescimento mais lento é corolário de baixos níveis de segurança jurídica, mas também o é a completa inexistência de investimentos privados, notadamente em infraestrutura e bens de capital, por envolverem enormes necessidades de aportes, visto a magnitude das estruturas que a compõe (rodovias, ferrovias, portos, aeroportos e grandes complexos fabris).

Neste ponto, vale ser registrado que o Brasil foi classificado em 123º lugar (de um total de 190) no ranking do Doing Business 2017, que mede a facilidade para se fazer negócios, divulgado pelo Banco Mundial.⁹⁶

No mesmo sentido, o Índice de Complexidade Financeira de 2017, medido pela TMF Group, classifica o Brasil em 2º lugar no planeta entre as jurisdições mais complexas em matéria de compliance das obrigações contábeis e fiscais.⁹⁷

Como se vê, tais dados concretos tornam inafastável a constatação de que, no Brasil, a inobservância do princípio da segurança jurídica se traduz em grave elevação dos custos de transação, reduzindo, e até mesmo impedindo, o investimento privado em todos os setores da economia.

Aliás, tal estado de coisas se mostra, também, como preocupação do atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro DIAS TOFFOLI, para quem “a sociedade, as empresas e o mercado não podem ter desconfiança de que um contrato firmado só vai valer se

95 PINHEIRO, A.C. Ob. Cit. p.7

96 Disponível em <http://www.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2017>. Acesso em 30 set.2018.

97 Disponível em <https://www.tmf-group.com/pt-br/news-insights/press-releases/2017/june/financialcomplexity-index-global>. Acesso em 30 set.2018.

tiver uma certidão ou carimbo de trânsito em julgado”, ressaltando que o Judiciário deve sinalizar para a sociedade a previsibilidade das decisões.⁹⁸

3.4 A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

O início do processo de centralização e concentração do Estado brasileiro, que tem seu marco com a chamada Revolução de 1930, além do sistema político, envolveu também os direitos sociais e a legislação do trabalho.

O cientista político e professor de Teoria Política da Universidade Federal do Rio de Janeiro WANDERLEY GUILHERME DOS SANTOS, classifica esse período como o de nascimento de uma “cidadania regulada”, na qual os direitos sociais se expandiram paulatinamente por intermédio das normas incidentes sobre as relações de trabalho.⁹⁹

Leis cobrindo acidentes de trabalho (1907), trabalho infantil (1926), duração do trabalho (1932), férias anuais (1933/34), salário mínimo nacional (1940), notificação prévia em caso de dispensa imotivada e outros direitos do trabalho foram incorporados à então criada Consolidação das Leis do Trabalho - CLT em 1943.¹⁰⁰

Tal “cidadania regulada” se estabeleceu com um “patamar mínimo civilizatório”, termo cunhado pelo Ministro do Tribunal Superior do Trabalho MAURÍCIO GODINHO DELGADO, que o explica:

No caso brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo está dado essencialmente, por três grupos de normas trabalhistas heterônomas: as normas constitucionais em geral (respeitadas, é claro, as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); as normas de tratados e convenções internacionais vigorantes no plano interno brasileiro

⁹⁸ Consultor Jurídico. 28 setembro 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-set-28/judiciario-garantir-previsibilidade-decisoes-toffoli>. Acesso em 30 set.2018.

⁹⁹ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e Justiça: A Política Social na Ordem Brasileira**. Rio de Janeiro, Campus: 1979.

¹⁰⁰ BRASIL. [CLT (1943)] **Decreto-Lei nº 5.452, de 1ª de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 25 jun. 2019.

(referidas pelo art. 5º, §2º, CF/88, já expressando uma patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes à base salarial mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc).¹⁰¹

Isso deu origem a um sistema nacional com pouca ou nenhuma distinção entre regiões, setores ou categorias, a despeito das imensas disparidades internas, dos níveis de desenvolvimento ou padrões tecnológicos.

Argumentos baseados na diversidade tinham pouco apelo, já que os esforços se dirigiam à construção de uma nação, unitária.

Entretanto, vale lembrar que o sistema de relações de trabalho, embora nacional, não era universal. Os trabalhadores rurais, até então majoritários, não foram incluídos em boa parte dos direitos. Fora da CLT também estavam os servidores públicos e os domésticos.

Contudo, a despeito do claro avanço a partir da previsão fixada pelo art. 7º, XXVI, da Constituição Federal de 1988¹⁰², certo é que, ainda hoje, os instrumentos coletivos nacionais tendem a regular, justamente, aquilo que a lei já regula. Complementam a lei, mas raramente são capazes de normatizar aquilo que a lei não cobre.

Foi o que se constatou em sua pesquisa de doutoramento CARLOS HENRIQUE HORN, professor na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que analisou cláusulas de negociações coletivas brasileiras ao longo de quase três décadas, verificando que, das cláusulas benéficas aos trabalhadores, 63,3% delas já contavam com pelo menos uma norma estatal cuidando do assunto, sendo certo que, em relação às cláusulas benéficas aos empregadores, 93,4% delas já contavam com previsão legal a respeito. Apenas 34,5% das cláusulas benéficas aos empregados não

¹⁰¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2013, p.1400.

¹⁰² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2019.

estavam previamente reguladas em lei e tão somente 6,4% das cláusulas benéficas aos empregadores não encontravam disciplina no direito posto.¹⁰³

Praticamente inexistem outros estudos empíricos abrangentes sobre a evolução, em concreto, das negociações coletivas no Brasil, visto o nítido papel secundário dos acordos e das convenções coletivas para a maioria das categorias profissionais, a despeito da disposição constitucional já apontada.

AMAURY DE SOUZA, contabilista professor na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, comprova que poucos itens eram numericamente relevantes nas estatísticas de convenções coletivas na década de 1980. Entre eles estavam cláusulas que definiam procedimentos quanto ao desconto assistencial (80%), multas por não cumprimento de cláusulas de acordos coletivos (em 64% dos contratos), tópicos sobre comprovantes de pagamentos (59%), estabilidade temporária para gestantes (58%), abono de faltas para estudantes (48%) e cláusulas sobre hora extra (25%).¹⁰⁴

Como se vê, os sindicatos têm sido eficazes no papel de fiscal da legislação, de complementador da lei e de regulador do ambiente de trabalho, sem, no entanto, envolver matérias mais estratégicas ou relevantes da empresa. Apenas alguns sindicatos de ponta, junto a empresas de grande porte e de tradição negociadora, são capazes de alguma criação normativa, como ressaltado pelo professor de Ciência Política na Universidade Federal de São Carlos EDUARDO NORONHA¹⁰⁵.

Exemplo de tentativa criadora é trazido por NORONHA, citando fato ocorrido em fevereiro de 1996, quando então o Sindicato dos Metalúrgicos de São Paulo firmou com oito sindicatos patronais um acordo cujo objetivo era a redução dos encargos na folha salarial. O acordo, deliberadamente, estabelecia normas contrárias à CLT e à Constituição em vários pontos, mas curiosamente mantinha uma espécie de FGTS informal, onde a empresa depositaria 10% do

¹⁰³ HORN, Carlos Henrique. Negociações coletivas e legislação estatal: uma análise comparada da regulação da relação de emprego de fins dos anos de 1970 ao Plano Real. Novos Estudos. CEBRAP, v. 85, p. 173-199, 2009.

¹⁰⁴ SOUZA, Amaury de. *A Nova Política Salarial e as Negociações Coletivas de Trabalho no Brasil, 1979-1982: Um Estudo Exploratório*. Ministério do Trabalho, Brasília, mimeo.

¹⁰⁵ NORONHA, Eduardo G. O Modelo Legislated de Relações de Trabalho no Brasil. Dados - *Revista de Ciências Sociais*, vol. 43, núm. 2, Universidade do Estado do Rio de Janeiro: 2000.

salário bruto em uma conta do empregado, o qual poderia movimentá-la a cada três meses.¹⁰⁶ Contudo, mesmo essa tentativa de exercício da criatividade das partes negociantes foi barrada pela Justiça do Trabalho, que veio a anular a avença coletiva posteriormente, em observância à legislação que socorria a hipótese.

Com o advento da Lei 13.467/2017, dois novos artigos foram incluídos na CLT: os artigos 611-A e 611-B, fazendo reverência ao preceito constitucional contido no art. 7º, XXIV, da Constituição Federal:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

- I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
- II - banco de horas anual;
- III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
- IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;
- V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
- VI - regulamento empresarial;
- VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;
- VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
- IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
- X - modalidade de registro de jornada de trabalho;
- XI - troca do dia de feriado;
- XII - enquadramento do grau de insalubridade;
- XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
- XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
- XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos

¹⁰⁶ NORONHA, Eduardo G. Op. cit..

empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

- I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;
- II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
- III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);
- IV - salário mínimo;
- V - valor nominal do décimo terceiro salário;
- VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
- VIII - salário-família;
- IX - repouso semanal remunerado;
- X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;
- XI - número de dias de férias devidas ao empregado;
- XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;
- XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;
- XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
- XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;
- XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;
- XIX - aposentadoria;
- XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;
- XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;
- XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;
- XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir e quatorze anos;

XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;
 XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;
 XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;
 XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;
 XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;
 XXIX - tributos e outros créditos de terceiros;
 XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo¹⁰⁷.

Trata-se de verdadeira inversão na hierarquia das normas trabalhistas, de maneira a permitir que, exceto nas hipóteses ali expressamente fixadas, o negociado tenha supremacia sobre a legislação do trabalho, passando a se caracterizar a aplicação das normas celetistas por uma natureza bifronte (ou bidimensional), conforme impressões do professor da Universidade de Coimbra (Portugal) JOÃO LEAL AMADO¹⁰⁸.

Nesse sentido, como observado pelo professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ENOQUE SANTOS, após o advento da Lei n. 13.467/2017, para o direito individual do trabalho, no que respeita ao contrato individual de trabalho entre empregado e empregador, as normas da CLT apresentam-se como normas de imperatividade relativa e absoluta, devendo ser cumpridas em sua integralidade. Já para o direito coletivo do trabalho, estabelecido por meio da negociação coletiva e seus instrumentos jurídicos, as normas da CLT passam a ter a natureza dispositiva, supletiva, ou facultativa, podendo ser livremente afastadas,

¹⁰⁷ BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em 5 ago. 2019.

¹⁰⁸ AMADO, João Leal. **Os Desafios da Negociação Coletiva:** Negociado x Legislado. Palestra proferida no 2º Congresso Internacional de Direito do Trabalho “Novos Temas e Desafios no Mundo do Trabalho. Homenagem ao Acadêmico Arnaldo Süsskind”, em 25/02/2014.

mesmo *in pejus* pela negociação coletiva de trabalho¹⁰⁹, salvo naquilo que expressamente está excluído do âmbito de abrangência das negociações coletivas.

Ainda nessa direção é que ALEXANDRE CARVALHO, professor de direito na Universidade Potiguar, aponta a nova legislação como apta a reduzir o número de conflitos trabalhistas e trazer mais segurança jurídica, representando um momento histórico para a modernização das relações de trabalho no país,¹¹⁰ ao garantir a prevalência do negociado sobre o legislado.

Após se referir a estudos do professor francês e vencedor do Prêmio Nobel de Economia em 2014 Jean Tirole, no sentido de que, ao contrário do que se pensa, a atividade estatal, quando voltada a impor regras trabalhistas em detrimento da liberdade negocial coletiva, apresentaria como consequência maiores índices de desemprego e precarização nas relações de trabalho, o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho IVES GANDRA MARTINS FILHO conclui que, quanto aos aspectos que delineiam a prevalência do negociado sobre o legislado, a Lei 13.467/2017 traz maior segurança a trabalhadores e empregadores, ao estimular a negociação coletiva e o estabelecimento das regras e condições de trabalho pelos próprios agentes econômicos, “justamente aqueles que sabem o que é possível conceder e regular salários, jornadas e demais circunstâncias laborais.”¹¹¹

Ainda tratando da prevalência do negociado sobre o legislado conforme fixada na nova legislação, IVES GANDRA aponta que

Nisso, seguiu ela não apenas a orientação das convenções 98 e 154 da OIT, mas, especialmente, o princípio da subsidiariedade, encartado na encíclica *Rerum Novarum* (ns. 8 e 21-22) e na doutrina social cristã, e que faz par com o princípio da proteção. Por aquele, cabe ao Estado apenas

¹⁰⁹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Supremacia do negociado em face do legislado. A natureza bifronte (ou as faces) da nova CLT. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia** / Tribunal Regional do Trabalho da 5^a Região. Escola Judicial. - Ano 7 n. 10, Salvador: out. 2018. Disponível em <http://www.flip3d.com.br/web/pub/escolajudicial/?numero=10>. Acesso em 12 set. 2019.

¹¹⁰ CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de; CARVALHO NETO, Abimael Clementino Ferreira de; GIRÃO, Henrique Andrade. **A reforma trabalhista como consequência da necessidade de flexibilização das relações de trabalho diante da evolução da sociedade**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 49-66, set./dez. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i3.18546.

¹¹¹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A necessidade de reformas para promover o bem comum da sociedade**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-ago-01/ives-gandra-filho-necessidade-reformas-prol-bem-comum>. Acesso em 06 fev.2020.

apoiar, incrementar e incentivar as sociedades menores como as famílias, as escolas, as associações, os sindicatos, as empresas, naquilo que podem promover o bem particular e comum melhor que o Estado diretamente. Só quando se mostram incapazes disso é que o Estado deve intervir diretamente, para estabelecer regramento protetivo dessas entidades ou se substituir a elas na promoção do bem comum.¹¹²

Por fim, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 590.415-SC, conforme Acórdão da lavra do Ministro ROBERTO BARROSO, fixou entendimento na mesma linha, estabelecendo, com repercussão geral, que

não deve ser vista com bons olhos a sistemática invalidação dos acordos coletivos de trabalho com base em uma lógica de limitação da autonomia da vontade exclusivamente aplicável às relações individuais de trabalho. Tal ingerência viola os diversos dispositivos constitucionais que prestigiam as negociações coletivas como instrumento de solução de conflitos coletivos, além de recusar aos empregados a possibilidade de participarem da formulação de normas que regulam as suas próprias vidas. Trata-se de postura que, de certa forma, compromete o direito de serem tratados como cidadãos livres e iguais.¹¹³

4 O COMPORTAMENTO DOS ATORES SOCIAIS

4.1 CARACTERÍSTICAS DOS INSTRUMENTOS COLETIVOS NOS ANOS DE 2017 E 2018

Buscando observar eventuais impactos que a Lei 13.467/2017 e, em especial, que os novos artigos 611-A e 611-B, da CLT, trouxeram às negociações coletivas, lançamos mão de pesquisas promovidas no ano de 2017 (antes da entrada em vigor da nova legislação) e no ano de 2018 (depois da entrada em vigor dos artigos 611-A e 611-B, da CLT) pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – Fipe, organização de direito privado, sem fins lucrativos, criada em 1973, que tem entre seus objetivos o apoio ao Departamento de Economia da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo (FEA-USP). Trata-se

¹¹² MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Op. Cit.

¹¹³ RE 590415, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, STF - Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-101 DIVULG 28-05-2015 PUBLIC 29-05-2015.

de renomada instituição brasileira que possui destacada atuação nas áreas de ensino, projetos, pesquisa e desenvolvimento de indicadores econômicos e financeiros,

A Fipe analisa os fenômenos econômicos e sociais com base no instrumental teórico e metodológico da Economia, com o propósito de contribuir, entre outros, para o debate dos problemas econômicos e sociais do Brasil, a expansão do conhecimento econômico, o desenho de contratos públicos e privados mais eficientes, a produção de conhecimento, dados e soluções de alto valor agregado, a formulação de políticas econômicas e outras políticas públicas voltadas para o aumento do bem estar, o crescimento econômico, o fortalecimento do sistema produtivo, o aumento da competitividade do País, a melhor distribuição da renda e a eliminação da pobreza e a formação complementar de profissionais de alto nível através de cursos de extensão, de aperfeiçoamento e de pós-graduação.¹¹⁴

A contar do ano de 2017, a Fipe passou a incluir em seu sistema Salariômetro¹¹⁵, que já tabulava os valores remuneratórios dos trabalhadores no Brasil, a análise de negociações coletivas, envolvendo as seguintes atividades econômicas:

- Administração Pública;
- Agricultura, Pecuária, Serviços Agropecuários e Pesca;
- Agronegócio da Cana;
- Artefatos de Borracha;
- Assessoria, Consultoria e Contabilidade;
- Atividades com Trabalhadores Inorganizados;
- Bancos e Serviços Financeiros;
- Bares, Restaurantes, Hotéis, Similares, Diversão e Turismo;
- Cemitérios e Agências Funerárias;
- Comércio Atacadista e Varejista;
- Comércio e Distribuição de Derivados de Petróleo e Gás Liquefeito de Petróleo;
- Condomínios e Edifícios;
- Confecções, Vestuário, Calçados e Artefatos de Couro;
- Construção Civil;
- Despachantes e Autoescolas;
- Distribuição Cinematográfica;
- Educação, Ensino e Formação Profissional;
- Empresas Jornalísticas;
- Energia Elétrica e Serviços de Utilidade Pública;

¹¹⁴ FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS. **Salariômetro:** Negociação coletiva. Disponível em <https://www.fipe.org.br/pt-br/institucional/sobre-a-fipe>. Acesso em: 30 ago.2019

¹¹⁵ Ibid.

- Estacionamentos, Garagens e Lava Rápidos;
- Extração e Refino de Petróleo;
- Feiras, Eventos e Divulgação de Produtos;
- Fiação e Tecelagem;
- Gráficas e Editoras;
- Hospitais, Casas de Saúde e Serviços de Saúde;
- Indústria Cinematográfica e do Audiovisual e Serviços de Fotografia;
- Indústria de Joalheria;
- Indústria do Vidro;
- Indústria Metalúrgica;
- Indústria Química, Farmacêutica e de Plásticos;
- Indústria de Alimentos;
- Indústrias Extrativas;
- Lavanderias e Tinturarias;
- Limpeza Urbana, Passeio e Conservação do Meio Ambiente;
- Outras Indústrias;
- Outros Serviços;
- Papel, Papelão, Celulose e Embalagens;
- Publicidade e Propaganda;
- Radiodifusão e Televisão;
- Refeições Coletivas;
- Reparação, Manutenção e Conservação de Aparelhos Eletrônicos;
- Seguros Privados;
- Serviços a Terceiros e Fornecimento de Mão de Obra;
- Telecomunicações, Telemarketing, Processamento de Dados e Tecnologia da Informação;
- Transporte, Armazenagem e Comunicações;
- Venda, Compra, Locação e Administração de Imóveis;
- Vigilância e Segurança.

São analisados e tabulados 40 pontos contidos nas negociações coletivas, sendo certo que, neste trabalho, serão considerados os seguintes pontos:

1. Abonos

Abono é uma gratificação ou um prêmio pago em dinheiro pelas empresas aos seus empregados, que pode assumir as sete formas listadas abaixo. Geralmente, compõe-se de um valor integral, pago de forma única. O Salariômetro apenas registra a existência de cada tipo de abono, sem detalhar as respectivas características.

2. Adicionais

2.1 Adicional Noturno. A legislação trabalhista estabelece que a hora noturna (a) é mais curta (dura apenas 52 minutos e 30 segundos) e (b) deve ser paga com adicional de 20%. Nossa legislação criou, portanto, dois adicionais para a hora noturna de 60 minutos:

- a) o adicional em porcentagem sobre o salário diurno, que é 20% e que o Salariômetro designa por adicional estrito senso;
- b) o adicional em minutos que equivale a 14,28% de 60 minutos.

O resultado final é um acréscimo de 37,14%, resultante da multiplicação de (a) por (b). A negociação coletiva pode modificar tanto a duração da hora noturna quanto o adicional previsto em lei. O Salariômetro tabula as seguintes informações:

- a) existência de adicional noturno no instrumento negociado;
- b) duração da hora noturna negociada, em minutos;
- c) acréscimo à hora noturna para completar 60 minutos, em percentual;
- d) adicional noturno estrito senso, sobre a hora diurna;
- e) resultado do adicional noturno estrito senso aplicado sobre o adicional em minutos da hora noturna, expresso em percentual sobre a hora diurna.

2.2 Adicional de Periculosidade. É previsto em lei e se aplica a ambientes que expõem o trabalhador a riscos de sofrer acidentes na execução do seu serviço. O valor previsto em lei pode ser modificado na negociação coletiva e o Salariômetro registra 3 características deste adicional: (a) existência, (b) valor quando expresso em Reais e (c) valor quando expresso em porcentagem do salário.

2.3 Adicional de Sobreaviso. Sobreaviso é a situação na qual o empregado fica à disposição da empresa, sem trabalhar, mas podendo ser convocado para o serviço. O Salariômetro registra 3 características deste adicional: (a) existência, (b) valor quando expresso em Reais e (c) valor quando expresso em porcentagem do salário.

2.4 Adicional por Tempo de Serviço. É um incremento permanente no salário do trabalhador de acordo com o tempo em que trabalha na empresa. O Salariômetro registra 6 características neste caso:

- a) existência;
- b) teto: existe limite máximo total em anos, expresso em porcentagem, valor em Reais, ou em uma faixa salarial máxima para a aplicação deste adicional;
- c) unidade em anos: informa a periodicidade com que o aumento é concedido;
- d) valor R\$: o valor do adicional é dado em uma quantia em Reais definida e fixa;
- e) valor %: quando o incremento é dado em porcentagem do salário do trabalhador;
- f) % sobre o piso: quando o incremento é dado em porcentagem do piso salarial ou salário normativo.

3. Auxílios

Na categoria auxílios, são negociados diversos tipos de benefícios. Os auxílios listados abaixo assumem diversos formatos e em razão desta diversidade, o Salariômetro registra apenas sua existência nos instrumentos negociados, sem detalhar as respectivas características.

3.1 Auxílio Creche;

3.2 Auxílio Doença / Invalidez;

3.3 Auxílio Educação;

3.4 Auxílio Funeral / Morte;

3.5 Auxílio Maternidade;

3.6 Auxílio Transporte.

4. Benefícios

O Salariômetro registra detalhadamente 6 tipos de benefícios descritos a seguir. São eles: (a) Benefícios de alimentação, (b) Aposentadoria complementar, (c) Plano odontológico, (d) Plano de saúde, (e) Seguro de vida, e (f) Convenio farmácia.

4.1 Alimentação. Este benefício assume as formas de:

- a) vale refeição: utilizado para refeições diárias em restaurantes e lanchonetes;
- b) vale alimentação: utilizado para compra de suprimentos em supermercados;
- c) cesta básica: fornecimento dos produtos de cesta básica in natura;
- d) refeição em restaurante da empresa.

O Salariômetro registra estes benefícios em duas tabelas. A primeira aponta os valores de cada benefício e a segundo apresenta a eventual participação do empregado no custeio do benefício.

4.2 Aposentadoria Complementar. O Salariômetro registra apenas a existência deste benefício, devido à diversidade de formatos que pode apresentar.

4.3 Plano de Saúde (Convênio ou Seguro). Este benefício pode assumir o formato de oferta regular de serviços de saúde estruturados em convênios ou seguros, ajuda monetária para custeio de serviços e outros formatos. A tabulação registra 8 características desse benefício:

- a) existência;
- b) participação do empregado no custeio;
- c) valor da participação em porcentagem da participação;
- d) base de incidência da participação do empregado;

e) valor em Reais da participação (quando for o caso);

f) extensão para dependentes;

g) cobrança da extensão para dependentes;

h) taxa por uso dos serviços médicos.

4.4 Plano Odontológico (Convênio ou Seguro). Este benefício inclui as despesas do empregador com tratamento odontológico e/ou plano de saúde odontológico de seus empregados. Inclui também os reembolsos de despesas com tratamento, como despesas de aparelhos ortodônticos, cirurgias bucais, etc. A tabulação registra 7 características deste benefício:

a) existência;

b) participação do empregado no custeio;

c) valor da participação em porcentagem da participação;

d) base de incidência da participação do empregado;

e) valor em Reais da participação (quando for o caso);

f) extensão para dependentes;

g) cobrança da extensão para dependentes.

4.5 Seguro de Vida. Benefício contratado coletivamente pela empresa a uma seguradora em favor dos empregados, com custeio total ou parcial a cargo da empresa. Cobre indenização por morte e invalidez e, às vezes, inclui custeio de funeral. O Salariômetro tabula 5 características deste benefício:

a) existência;

b) participação do empregado;

- c) valor da participação do empregado em porcentagem;
- d) base de incidência da participação em porcentagem;
- e) valor da participação em Reais.

4.6 Convênio Farmácia. Benefício utilizado para aquisição de medicamentos em farmácias, negociado em um dos seguintes 4 formatos:

- a) convênio: É um acordo firmado entre a empresa e uma farmácia (ou uma rede de farmácias) com o objetivo de facilitar a compra de remédios, produtos de higiene pessoal e cosméticos para os empregados;
- b) reembolso: A empresa reembolsa os empregados pelas compras efetuadas em farmácias de sua escolha, comprovados por receita médica;
- c) adiantamento: A empresa concede um adiantamento do salário ao empregado, mediante apresentação da receita médica e do orçamento da farmácia, para a aquisição dos medicamentos;
- d) vale farmácia: Benefício similar ao vale alimentação mensal, é um crédito mensal disponibilizado ao funcionário para compras em farmácias e drogarias.

Às vezes, o benefício é operado pelo próprio sindicato dos trabalhadores, como prestação de serviços aos representados, mas sempre custeado pela empresa. O Salariômetro examina e tabula 13 características deste benefício:

- a) existência;
- b) formato: convênio, reembolso, adiantamento ou vale farmácia;
- c) participação do empregado;
- d) valor da participação em porcentagem as compras efetuadas, desconto mensalmente no contracheque;

- e) participação diferente para sindicalizados;
- f) existência de limite mensal;
- g) limite mensal expresso em Reais;
- h) limite mensal expresso em porcentagem do salário;
- i) limite mensal expresso em porcentagem do piso salarial;
- j) existência de teto salarial para o limite mensal;
- k) existência de franquia no formato de convênio;
- l) financiamento da despesa pela empresa;
- m) número de parcelas mensais do financiamento.

5. Jornada de Trabalho

O Salariômetro analisa dois tipos de cláusulas que contemplam a jornada de trabalho: o adicional de horas extraordinárias (hora extra) e o banco de horas. Apesar de haver legislação específica que trata dos dois temas, eles são também temas recorrentes na mesa de negociação e o Salariômetro tenta captar os resultados que dela emergem.

5.1 Adicional de Horas Extras. A legislação prevê uma jornada máxima diária e semanal e também determina o adicional que deve ser pago quando há horas extraordinárias (50%). A negociação coletiva pode definir adicionais maiores e também adicionais diferenciados para domingos e feriados. O Salariômetro tabula 4 características:

- a) existência;
- b) Percentual adicional em dias úteis;
- c) Percentual adicional aos sábados;

d) Percentual adicional em domingos e feriados.

5.2 Bancos de Horas. O banco de horas é também regulado na legislação, mas a negociação coletiva o contempla com bastante frequência. O Salariômetro tabula 5 aspectos do banco de horas:

- a) Prazo para a compensação das horas acumuladas pelo trabalhador, em meses;
- b) Limite para a quantidade de horas acumuladas;
- c) Taxa de conversão das horas acumuladas (podendo haver diferentes taxas para dias úteis, domingos e feriados);
- d) Tratamento para as horas acumuladas e não compensadas na vigência do contrato de trabalho;
- e) tratamento para as horas acumuladas e não compensadas na rescisão do contrato de trabalho.

6. Remuneração Variável / PLR

6.1 Participação nos Lucros ou Resultados – PLR. Este tipo de cláusula só pode ser utilizada pelas empresas por meio de negociação coletiva com os representantes dos empregados assistidos pelos sindicatos ou diretamente com o sindicato. Trata-se, portanto, de um tema dependente de negociação coletiva e o Salariômetro tem acompanhado sua evolução, contemplando os seguintes aspectos dos programas negociados:

- a) Tipo de participação (no lucro, nos resultados, ou em ambos);
- b) Quantidade de programas negociados;
- c) Expressão do bônus (reais, porcentagem do salário, misto);
- d) Valor máximo quando expresso em Reais;

- e) Valor máximo quando expresso em porcentagem do salário;
- f) Existência de antecipação do bônus;
- g) Critérios de participação (lucro, produção, qualidade, faturamento, absenteísmo/disciplina, tempo de serviço, segurança/acidentes, fidelização de clientes, cumprimento de prazos, outros critérios).

4.2 RESULTADOS

Foram analisadas 46.877 negociações coletivas entabuladas no ano de 2017 e 39.563 negociações finalizadas no ano de 2018, conforme dados da base já indicada.

Inicialmente, é de se perceber a redução no número absoluto de negociações, o que denota que a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, em novembro/2017, causou uma retração inicial na quantidade total de acordos e convenções coletivas concretizadas.

Porém, tal reflexo, além de justificável ante um novo regramento legal, ainda sem precedentes judiciais a garantirem sua perenidade – o que também eleva os custos de transação envolvidos – deve ser analisado em conjunto com os dados relativos à modificação que a nova legislação impôs ao custeio das entidades sindicais¹¹⁶. Conforme dados extraídos da mesma base¹¹⁷, a quantidade de negociações coletivas contendo cláusulas tratando do que se denominou por “Contribuição Negocial”, em benefício de sindicatos de trabalhadores, saltou de 14,75% do total de negociações em 2017, para 42,18% do total de negociações em 2018, um aumento de quase 300%.

Essa constatação indica que a inclusão de cláusulas tratando desse tema (custeio das entidades sindicais) passou a ser determinante para a concretização da avença coletiva.

¹¹⁶ Conforme nova redação dada pela Lei 13.467/2017 ao art. 545, da CLT: “Art. 5º Os empregadores ficam obrigados a descontar da folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificados.”. BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**, op. cit.

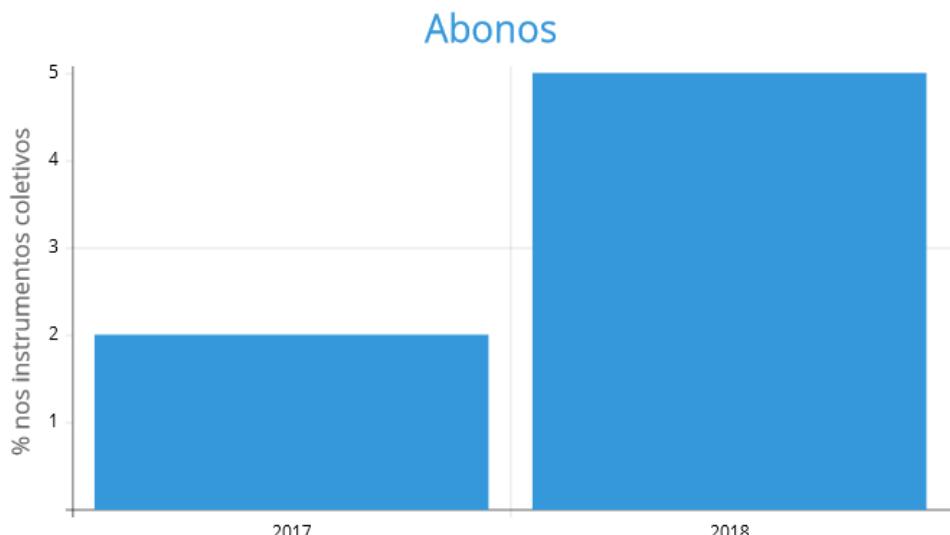
¹¹⁷ Conforme dados disponíveis em: <http://salariometro.fipe.org.br/negociacao-coletiva/contribuicoes-profissionais/negocial>. Acesso em: 30 ago.2018

De toda forma, interessará ao presente trabalho não a quantidade absoluta de negociações, mas a quantidade relativa de pontos de alguma forma relacionados com os novos artigos 611-A e 611-B, da CLT, conforme adiante se delineará.

4.2.1 Abono (art. 611-A, XIV, c/c art. 457, §2º, da CLT)

A presença de cláusulas prevendo a concessão de “Abonos” por parte do empregador, saltou de 2,4% do total, em média, no ano de 2017, para 5,07% do total, em média, no ano 2018:

Gráfico 1 – Presença de cláusulas sobre concessão de Abonos



Fonte: elaborado pelo autor com base nos dados de Salariômetro – Negociação Coletiva

4.2.2 Adicionais (611-A, I e XII e 611-B, IV, X e XVIII, da CLT)

4.2.2.1 Adicional Noturno

A presença de cláusulas tratando de “Adicional Noturno” saltou de 14,96% do total, no ano de 2017, para 35,07% do total, em 2018:

Gráfico 2 – Presença de cláusulas sobre Adicional Noturno



Fonte: elaborado pelo autor com base nos dados de Salariômetro – Negociação Coletiva

4.2.2.2 Adicional de Periculosidade

A presença de cláusulas tratando de “Adicional de Periculosidade” saltou de 8,47% do total, no ano de 2017, para 10,68% do total, em 2018:

Gráfico 3 – Presença de cláusulas sobre Adicional de Periculosidade

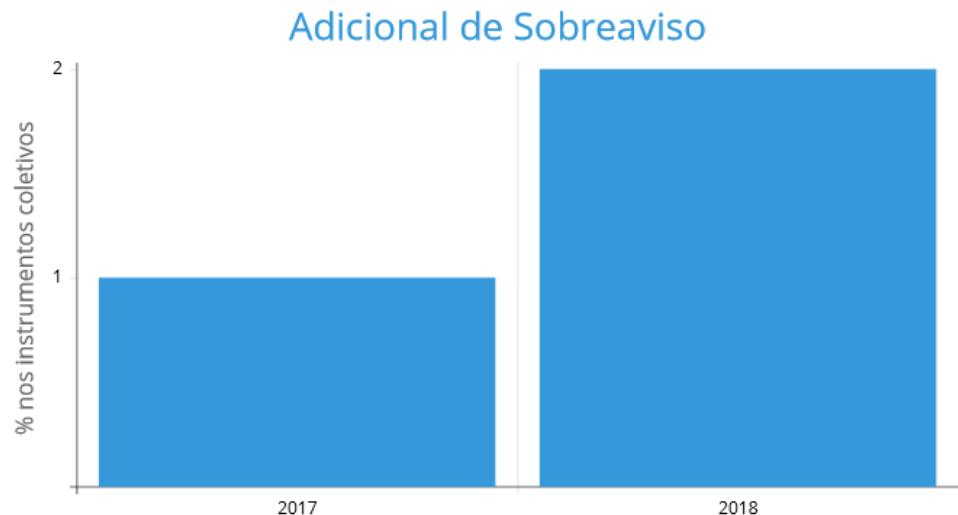


Fonte: elaborado pelo autor com base nos dados de Salariômetro – Negociação Coletiva

4.2.2.3 Adicional de Sobreaviso

A presença de cláusulas tratando de “Adicional de Sobreaviso” saltou de 1,98% do total, no ano de 2017, para 2,15% do total, em 2018:

Gráfico 4 – Presença de cláusula de Adicional de Sobreaviso



Fonte: elaborado pelo autor com base nos dados de Salariômetro – Negociação Coletiva

4.2.2.4 Adicional por Tempo de Serviço

A presença de cláusulas tratando de “Adicional por Tempo de Serviço” saltou de 5,44% do total, no ano de 2017, para 15,63% do total, em 2018:

Gráfico 5 – Presença de cláusula de Adicional por Tempo de Serviço

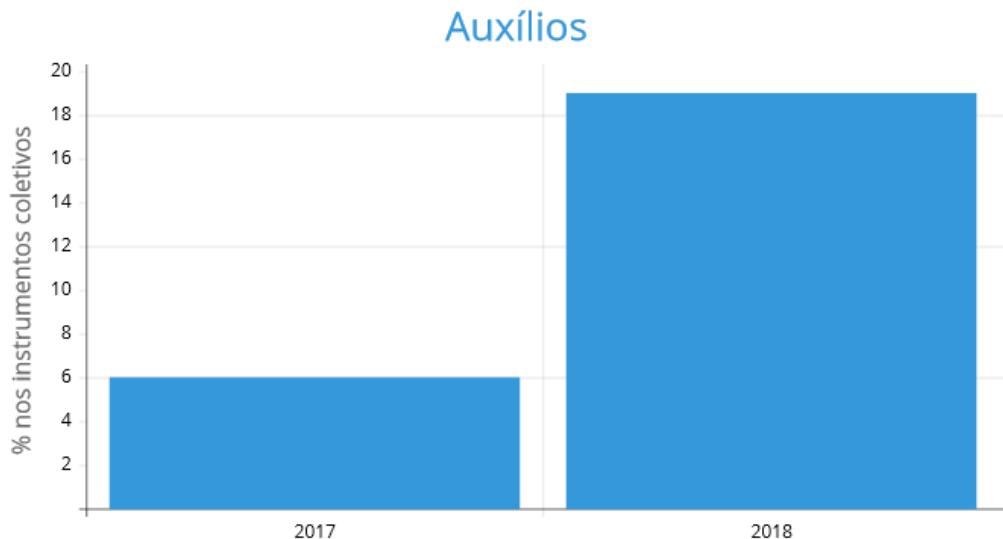


Fonte: elaborado pelo autor com base nos dados de Salariômetro – Negociação Coletiva

4.2.3 Auxílios (611-A, *caput*, da CLT)

A presença de cláusulas prevendo a concessão de “Auxílios”, como “Auxílio Creche” ou “Auxílio Educação” por parte do empregador, saltou de 6,55% do total, em média, no ano de 2017, para 19,48% do total, em média, no ano 2018:

Gráfico 6 – Presença de cláusula de Concessão de Auxílios

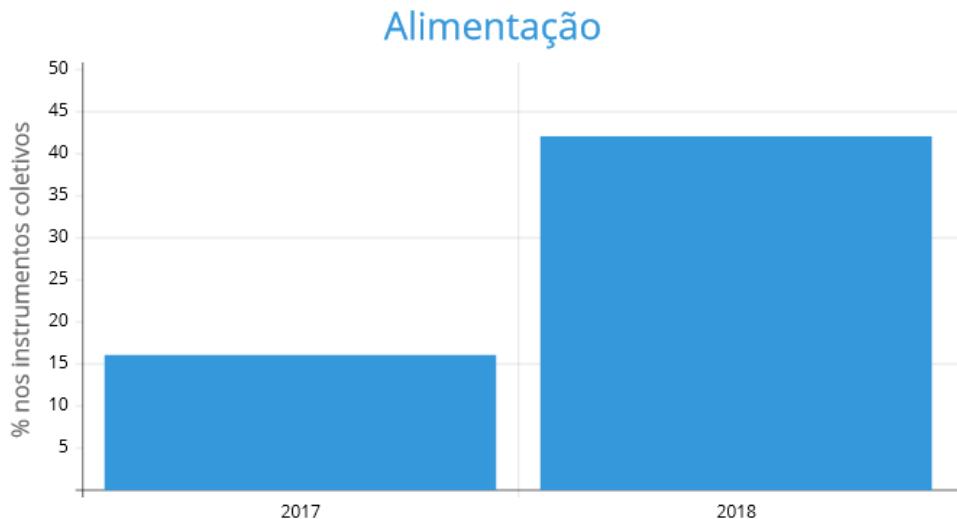


Fonte: elaborado pelo autor com base nos dados de Salariômetro – Negociação Coletiva

4.2.4 Benefícios (611-A, *caput*, da CLT)

A presença de cláusulas tratando de “Alimentação” saltou de 16,21% do total, no ano de 2017, para 42,11% do total, em 2018:

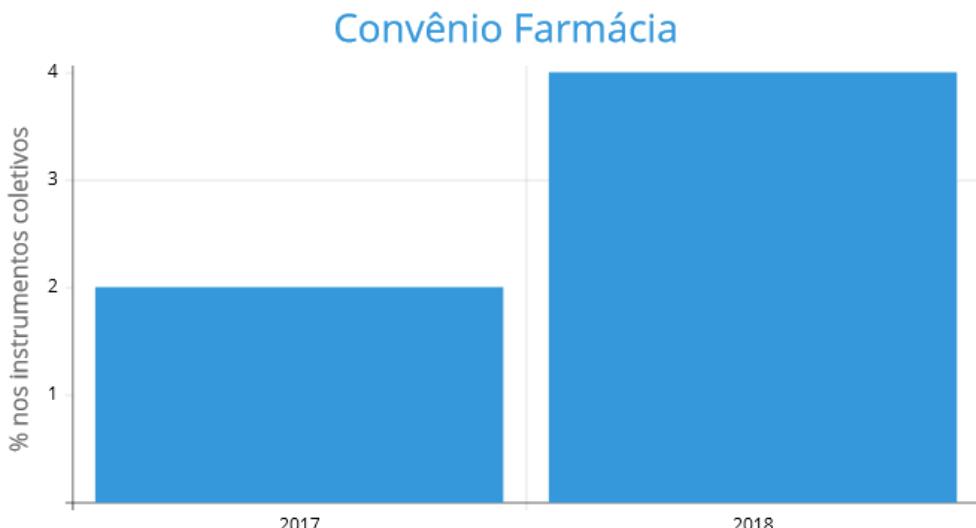
Gráfico 7 – Presença de cláusula de Alimentação



Fonte: elaborado pelo autor com base nos dados de Salariômetro – Negociação Coletiva

A presença de cláusulas tratando de “Convênio Farmácia” saltou de 2,02% do total, no ano de 2017, para 4,88% do total, em 2018:

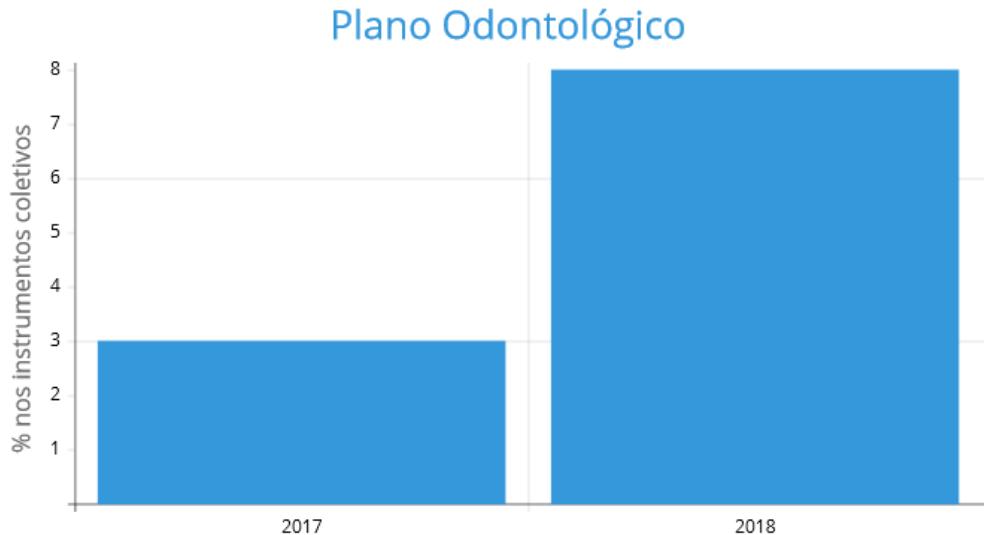
Gráfico 8 – Presença de cláusula de Convênio Farmácia



Fonte: elaborado pelo autor com base nos dados de Salariômetro – Negociação Coletiva

A presença de cláusulas tratando de “Plano Odontológico” saltou de 3,36% do total, no ano de 2017, para 8,20% do total, em 2018:

Gráfico 9 – Presença de cláusula de Plano Odontológico



Fonte: elaborado pelo autor com base nos dados de Salariômetro – Negociação Coletiva

A presença de cláusulas tratando de “Seguro de Vida” saltou de 2,14% do total, no ano de 2017, para 19,57% do total, em 2018:

Gráfico 10 – Presença de cláusula de Seguro de Vida



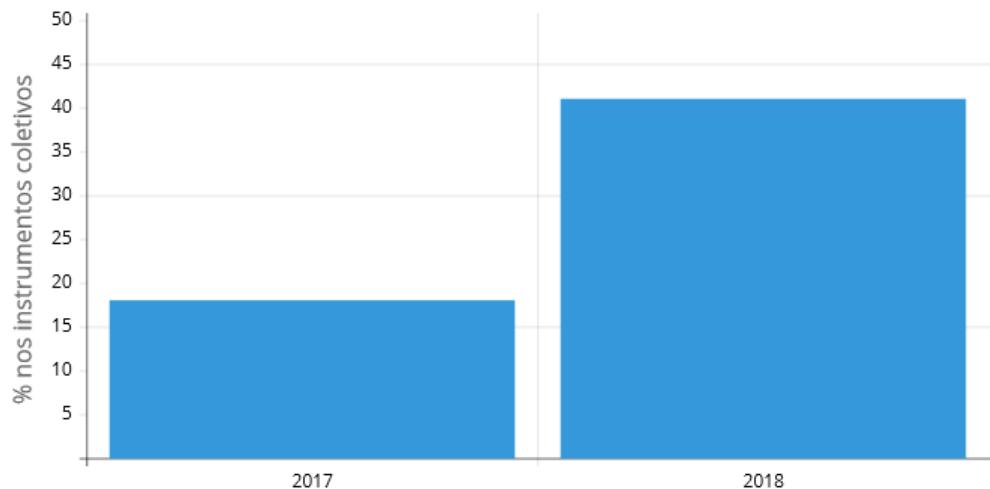
Fonte: elaborado pelo autor com base nos dados de Salariômetro – Negociação Coletiva

4.2.5 Jornada de Trabalho (611-A, I, II e III, da CLT)

A presença de cláusulas tratando de “Adicional de Horas Extras” saltou de 18,06% do total, no ano de 2017, para 41,47% do total, em 2018:

Gráfico 11 – Presença de cláusula de Adicional de Horas Extras

Adicional de Horas Extras

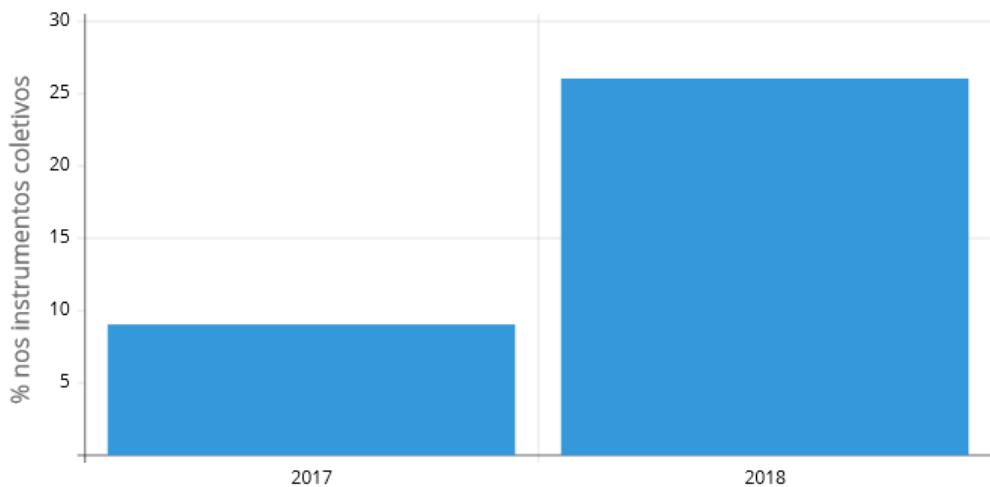


Fonte: elaborado pelo autor com base nos dados de Salariômetro – Negociação Coletiva

A presença de cláusulas tratando de “Bancos de Horas” saltou de 9,90% do total, no ano de 2017, para 26,26% do total, em 2018:

Gráfico 12 – Presença de cláusula de Banco de Horas

Bancos de Horas

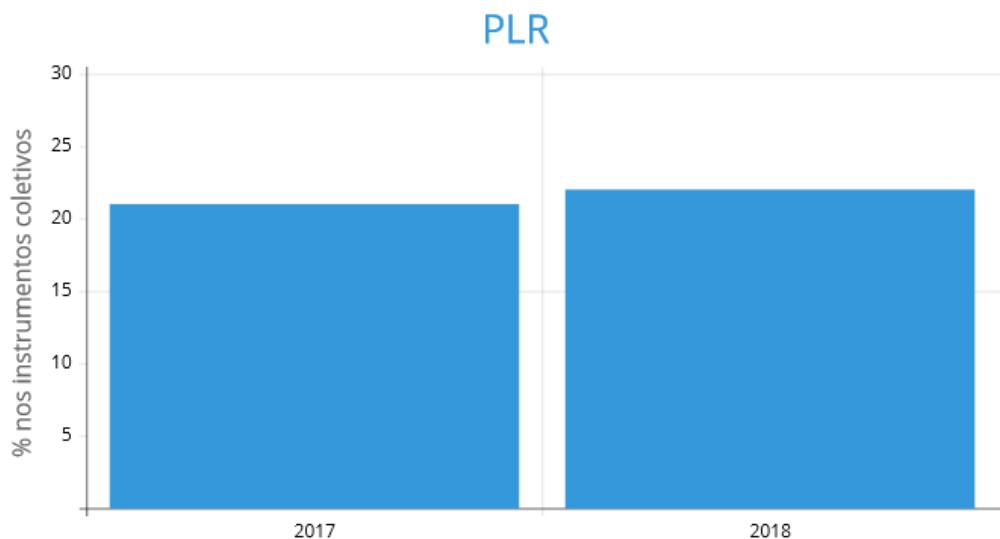


Fonte: elaborado pelo autor com base nos dados de Salariômetro – Negociação Coletiva

4.2.6 Remuneração Variável / Participação nos Lucros - PLR (611-A, IX, da CLT)

A presença de cláusulas tratando de “PLR” saltou de 21,23% do total, no ano de 2017, para 22,85% do total, em 2018:

Gráfico 13 – Presença de cláusula de PLR



Fonte: elaborado pelo autor com base nos dados de Salariômetro – Negociação Coletiva

4.3 ANÁLISE DOS DADOS REFERENTES AOS ANOS DE 2017 E 2018

A partir dos dados acima, verifica-se que em todos os indicadores pesquisados pela Fipe houve relevante aumento proporcional da quantidade de cláusulas presentes em instrumentos coletivos após a fixação de maneira clara e objetiva, no âmbito da CLT, das matérias aptas à negociação coletiva.

Vale ser destacado que o item que apresentou menor crescimento proporcional, após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, foi aquele que envolve o pagamento de Participação nos Lucros, justamente um dos itens que já contava com previsão legal expressa de seu cabimento em negociação coletiva¹¹⁸.

¹¹⁸ Conforme art. 2º, da Lei 10.101/2000: “Art. 2º A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante um dos procedimentos a seguir descritos, escolhidos pelas partes de comum acordo: [...] II - convenção ou acordo coletivo.” BRASIL. **Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000**. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. Brasília,

8 CONCLUSÃO

A Análise Econômica do Direito surge como método apto a fornecer as necessárias ferramentas ao enfrentamento da hipercomplexa realidade atual, onde sociedades globalizadas vivem em forte disputa pelo mercado igualmente globalizado.

Trata-se de avaliar as consequências da ação estatal, seja no que se refere à elaboração do direito a ser positivado, seja no que toca à interpretação e às decisões judiciais. O objetivo a ser perseguido é no sentido de que, de um lado, estejam claramente definidos os direitos e, de outro lado, restem reduzidos os custos de transação, especialmente no que toca aos aspectos que envolvem a segurança jurídica.

Respeitadas tais premissas, tem-se como funcional o Teorema de Coase, sendo então possível que as partes interessadas, em negociação autônoma, alcancem o resultado ótimo do ponto de vista econômico e social.

O Estado brasileiro, cada vez mais, tem se dado conta do quanto vital para um desenvolvimento econômico e social sustentável essas premissas se mostram, sendo claros exemplos dessa constatação as advertências quanto às consequências práticas das decisões fixadas na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB¹¹⁹ e na exigência de uma Análise de Impacto Regulatório fixada na chamada Lei da Liberdade Econômica¹²⁰.

Assim também se dá quanto aos novos artigos 611-A e 611-B, da CLT. A fixação de maneira clara da distribuição (amplitude e limites) dos direitos que podem, ou não, ser objeto de negociação coletiva, bem como a redução dos custos de transação que se alcança com a certeza

DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10101.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

¹¹⁹ Decreto-Lei 4.657/42, com a redação da Lei 13.655 de 25 de abril de 2018: Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

¹²⁰ Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019: Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

da prevalência do negociado sobre o legislado, albergando em segurança jurídica as transações coletivas, mostrou ter elevado poder de garantir melhor resultado nas negociações sindicais.

A análise dos dados estatísticos reunidos na presente pesquisa demonstra que as novas regras legais, tornando o direito envolvido mais claro, trouxe imenso ganho social. Após o advento dos novos artigos 611-A e 611-B, na CLT, todas as cláusulas coletivas analisadas tiveram um aumento no percentual de adoção nas negociações coletivas entabuladas. Nesse sentido, tomando alguns exemplos, notamos que as cláusulas que envolvem a concessão de abonos tiveram um crescimento proporcional de 111,25%, cláusulas prevendo o pagamento de auxílios diversos, como auxílio creche, tiveram um aumento proporcional de 197,40%, cláusulas estabelecendo o pagamento de benefícios, como convênio farmácia, apareceram 141,58% mais vezes proporcionalmente e cláusulas tratando de adicional de horas extras tiveram um crescimento proporcional de 129,62%.

Como se vê, trata-se da comprovação de que, atendidos os pressupostos do Teorema de Coase, as partes sempre buscarão negociar os resultados ótimos, também na seara trabalhista. Por evidente, as falhas inerentes à relação de trabalho devem ser (e são) tratadas pelo Estado, que então fixa um patamar civilizatório mínimo, expressão cunhada pelo Ministro do Tribunal Superior do Trabalho MAURÍCIO GODINHO DELGADO.¹²¹

Assim, atestamos ser possível utilizar a teoria econômica para analisar ou gerar proposições legislativas e políticas públicas. Ao analisar determinado projeto de lei, por exemplo, a questão a ser explorada, na ótica da AED, é se essa norma é mais eficiente do que a situação posta. Caso a norma tenha potencial para gerar um resultado mais eficiente, então ela deve ser introduzida.

Por fim, registramos que, para ampliar o acesso da população ao Poder Legislativo, a Comissão de Legislação Participativa – CLP, da Câmara dos Deputados¹²², criou uma ferramenta chamada “Banco de Ideias”, disponível para acesso através do endereço eletrônico https://camara.custhelp.com/app/utils/login_form/redirect/home.

¹²¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr,2013, p.1400.

¹²² Criada por meio de Resolução nº 21, de 30 de maio de 2001, da Câmara dos Deputados.

Através de tal ferramenta, qualquer cidadão pode apresentar à Câmara dos Deputados as suas ideias, que então serão organizadas em temas e ficarão disponíveis para consulta pelos Parlamentares e pelas entidades da Sociedade Civil.

Assim, o produto final do presente trabalho é apresentado no Apêndice, representado por minuta de Ofício a ser enviado à presidência da Comissão de Legislação Participativa – CLP, da Câmara dos Deputados, para ser inserido no Banco de Ideias da Câmara dos Deputados, passando a servir como elemento concreto a fundamentar e direcionar as opções legislativas brasileiras em seu correspondente campo de aplicação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, João Leal. **Os Desafios da Negociação Coletiva**: Negociado x Legislado. Palestra proferida no 2º Congresso Internacional de Direito do Trabalho “Novos Temas e Desafios no Mundo do Trabalho. Homenagem ao Acadêmico Arnaldo Süsskind”, em 25/02/2014.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Definiciones y normas, El Lenguage del derecho**: homenaje a Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1983.

ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica**. Doxa, Barcelona, n.5, 1988. Disponível em http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.

ALPA, Guido. **A análise econômica do Direito na perspectiva do jurista**. Belo Horizonte: Movimento Editorial Faculdade de Direito da UFMG, 1997, p. 28-29.

ANZOLA GIL, Marcela. **El paradigma de la seguridad jurídica en un Estado en transformación**: el caso de la inversión extranjera. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Uma proposta modesta**: uma visão da análise econômica do direito à luz da teoria dos sistemas e possibilidades da sua aplicação. 2015 Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

ARBAGE, A. P. **Custos de transação e seu impacto na formação e gestão da cadeia de suprimentos**: Estudo de caso em estruturas de governança híbridas do sistema agroalimentar no Rio Grande do Sul. 2004 Tese (Doutorado em Administração) – Faculdade de Administração, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004.

ARROW, K. The organization of economic activity: issues pertinent to the choice of market versus nonmarket allocation. In: **THE ANALYSIS AND EVALUATION OF PUBLIC EXPENDITURE**: THE PPB SYSTEM. Comité Económico Conjunto de los Estados Unidos, 91º. Congresso, 1ª.sesión, Washington, D. C.: U.S. Government Printing Office, 1969.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARZEL, Y. Measurement cost and the organization of markets. **Journal of Law and Economics**, v. 25, n. 1, p. 27-48, 1982.

BOBBIO, Norberto. **Principi generali di diritto**, in **Novíssimo Digesto Italiano**, Utet: Turim, s/d, t. XIII.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 18 abr. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em 18 abr. 2019.

BRASIL. [CLT (1943)] Decreto-Lei nº 5.452, de 1ª de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 25 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10101.htm. Acesso em 19 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em 5 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Recurso Especial nº 691715/RS (2004/0151180-7). FGTS - LEVANTAMENTO DO SALDO - TRATAMENTO DE SAÚDE - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES. 1. É tranquila a jurisprudência do STJ no sentido de permitir o saque do FGTS, mesmo em situações não contempladas pelo art. 20 da Lei 8.036/90, tendo em vista a finalidade social da norma. 2. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com assento no art. 1º, III, da CF/88, é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil, e deve se materializar em todos os documentos legislativos voltados para fins sociais, como a lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. 3. Precedentes da Corte. 4. Recurso especial improvido. Relatora: Min. Eliana Calmon, 22/03/2005, publicado no DJ de 23/05/2005, p. 236. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200401511807&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR. Acesso em 25 jun. 2019

CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts.* The Yale Law Journal, vol. 70, n. 4, 1961.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COASE, Ronald Harry. O problema do custo social. In: SALAMA, B. M. (). *Direito e Economia: textos escolhidos.* Tradução de Francisco K. F. Alves Alves e Renato V. Caovilla. São Paulo: Saraiva, 2010.

COASE, Ronald Harry. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, Vol.3, Chicago: The University of Chicago Press, 1960.

COLEMAN, Jules. **Moral, markets and the Law**. Cambrigde: Cambridge University Press, 1998.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, 2003.

DEMSETZ, H. (1991). The theory of the firm revisited. In: O. Williamson & S. Winter (Eds.), **The nature of the firm: origin, evolution and development** (pp. 159-178). Oxford: Oxford University Press.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **A irretroatividade do Direito no Direito Tributário**, Estudos em de Direito Tributário em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 2007.

EGGERTSSON, T. Economic Behavior and Institutions . Cambridge, **Survey of Economic Literature**. Cambridge Univ. Press, 1990.

FEIJÓ, R. **Economia e filosofia na escola austriaca: Menger, Mises e Hayek**. São Paulo: Nobel, 2000.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce. **Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional**. Madrid: Civitas, 1990.

FRANCO, António Sousa. **Análise económica do Direito**: exercício intelectual ou fonte de ensinamento. Sub Judice: Caderno Idéias, n. 2, 1992.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2013.

FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS. **Salariômetro**: Negociação coletiva. Disponível em <https://www.fipe.org.br/pt-br/institucional/sobre-a-fipe>. Acesso em 30 ago.2019

GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. O princípio com fundamento no desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo. In: MARQUES NETO, Floriano de A.; ALMEIDA, Fernando D. M. de; NOHARA, Irene; MARRARA, Thiago (Org.). **Direito e Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2013.

GICO JR., Ivo Teixeira. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: KLEIN, V.; RIBEIRO, M. C. P. **O que é Análise Econômica do Direito - Uma Introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GORDILLO, Agustín. **Introducción al Derecho Administrativo**. Buenos aires: Perrot, 1962.

HAY, J., SHLEIFFER, A., VICHNY, R. **Toward a theory of legal reform.** European Economic Review, v. 40, n. 3-5, 1996.

HIERRO, L. L. **Justicia, Igualdad y eficiencia.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

HIGGS, Robert. **Seis erros fundamentais da atual ortodoxia econômica.** Disponível em <https://www.mises.br/ArticlePrint.aspx?id=1002>. Acesso em 18 fev.2020.

HORN, Carlos Henrique. **Negociações coletivas e legislação estatal: uma análise comparada da regulação da relação de emprego de fins dos anos de 1970 ao Plano Real. Novos Estudos.** CEBRAP, v. 85, 2009.

KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. In: KLEIN, Vinicius RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **O que é análise econômica do Direito – uma introdução.** Belo Horizonte: Forum, 2014.

LEVENE, Lesley. **Penso, Logo Existo:** Tudo o que Você Precisa Saber sobre Filosofia. Tradução de Debora Fleck. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2013.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito:** uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MANKIW, N.G. **Introdução à Economia.** Tradução Allan Cidigal Hastings, Elisete Paes e Lima. Revisão técnica Carlos Roberto Martins Passos, Manuel José Nunes Pinto . São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MEDEMA, Steven G. **The Myth of Two Coases:** What Coase Is Really Saying. Journal of Economic Issues, v. 28, n. 1, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/Terceiros/Autores/Modesto,Paulo/Princípio%20da%20Eficiência.PDF>. p.3 Acesso em: 07 fev.2020.

MOREIRA, Egon Bockmann. O fim das certezas. **Gazeta do Povo.** Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/o-fim-das-certezas-10h1avwr9qztjcfifkewr9rnf>. Acesso em 25 set. 2018.

NORONHA, Eduardo G. O Modelo Legislado de Relações de Trabalho no Brasil. Dados - **Revista de Ciências Sociais**, vol. 43, núm. 2, Universidade do Estado do Rio de Janeiro: 2000.

NORTH, D. C. **Institutions, institutional change and economic performance.** Cambridge: Cambridge U. Press, 1990.

PINHEIRO, Armando Castelar. **PIB Potencial e segurança jurídica no Brasil.** In: SICSU, João; MIRANDA, Pedro (Org.). Crescimento econômico: estratégias e instituições. Rio de Janeiro: IPEA, 2009.

POSNER, Richard. **A Economia da Justiça.** Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard. **Gary Becker's Contributions to Law and Economics.** The Journal of Legal Studies, Vol. 22, No. 2, Jun., 1993.

POSNER, Richard A. **Para além do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard A. **The Economic Approach to Law.** Texas Law Review, v. 53, n. 4, 1975.

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

PRIZE, Nobel. **Ronald H. Coase Facts.** Disponível em https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1991/coase-facts.html Acesso em 18 abr. 2018.

REZENDE, D. C. Integração entre a ECT e o enfoque evolucionista: um estudo de caso no agribusiness do leite. In: **Encontro Anual da Associação Nacional de Programas de Pós-Graduação em Administração**, 22., 1999. Foz do Iguaçu. Anais. Foz do Iguaçu: ANPAD, 1999.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é “Direito e Economia”?** Disponível em <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2793/2033>. Acesso em 07 fev. 2020

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Supremacia do negociado em face do legislado. A natureza bifronte (ou as faces) da nova CLT. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia / Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.** Escola Judicial. Ano 7 n. 10, Salvador: 2018 Disponível em <http://www.flip3d.com.br/web/pub/escolajudicial/?numero=10>. Acesso em 12 set. 2019.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e Justiça.** A Política Social na Ordem Brasileira. Rio de Janeiro, Campus: 1979.

SELLTIZ, C.; WRIGHTSMAN, L. S.; COOK, S. W. **Métodos de pesquisa das relações sociais.** São Paulo: Herder, 1965.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 34. ed. rev. e. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

SMITH, Adam. **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations**. 5. ed. London: Methuen & Co, Ltd, 1904, Livro I, capítulo 4. Disponível em <http://econlib.org/library/Smith/smWn.html>. Acesso em 18 abril 2018.

SOUZA, Amaury de. **A Nova Política Salarial e as Negociações Coletivas de Trabalho no Brasil, 1979-1982: Um Estudo Exploratório**. Ministério do Trabalho, Brasília, mimeo.

TEUBNER, Gunther. **As duas faces de Janus: Pluralismo Jurídico na Sociedade pós-moderna**. In: Direito, sistema e policontextualidade. Piracicaba: Editora Unimed, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. TONILO, Giuliano. **A aplicação do princípio da eficiência à administração pública**: levantamento bibliográfico e estudo da jurisprudência do TJRS. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/457/475>. Acesso em 07 fev.2020.

VALIM, RAFAEL RAMIRES ARAUJO . **O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro**. 1a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

VELJANOVSKI, Cento. **A economia do direito e da lei: uma introdução / tradução de Francisco J. Beralli** – Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

WILLIAMSON, O. E. **Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications** . New York: Free Press, 1975.

APÊNDICE: MODELO DE ENCAMINHAMENTO DE CONCLUSÕES

Brasília, de 2020.

Ao Exmo. Sr. Deputado Federal
Presidente da Comissão de Legislação Participativa – CLP
Câmara dos Deputados

Ref. Encaminhamento de contribuição ao Banco de Ideias

Exmo. Sr. Presidente,

Servimo-nos do presente para noticiar que, no âmbito do programa do Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios, do Centro Universitário IESB, na área de concentração Direitos Sociais, Relações de Trabalho e Desenvolvimento Sustentável, foi produzido, sob orientação do Professor Dr. André Luiz Santa Cruz Ramos, trabalho de pesquisa com o seguinte tema: A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO: A utilidade dos novos artigos 611-A e 611-B, da CLT, para uma negociação coletiva eficiente no Brasil, conforme anexo.

Após estudar os postulados da Análise Econômica do Direito, avaliar as estruturas do que se denomina de custos de transação e adentrar aos aspectos de segurança jurídica e prevalência do negociado sobre legislado no Brasil, foi possível constatar que a Análise Econômica do Direito surge como método apto a fornecer as necessárias ferramentas ao enfrentamento da hipercomplexa realidade atual, onde sociedades globalizadas vivem em forte disputa pelo mercado igualmente globalizado.

Trata-se de avaliar as consequências da ação estatal, seja no que se refere à elaboração do direito a ser positivado, seja no que toca à interpretação e às decisões judiciais. O objetivo a ser perseguido é no sentido de que, de um lado, estejam claramente definidos os direitos e, de outro

lado, restem reduzidos os custos de transação, especialmente no que toca aos aspectos que envolvem a segurança jurídica.

Respeitadas tais premissas, tem-se como funcional o que se denomina de Teorema de Coase, sendo então possível que as partes interessadas, em negociação autônoma, alcancem o resultado ótimo do ponto de vista econômico e social.

Assim, buscando observar eventuais impactos que a Lei 13.467/2017 e, em especial, que os novos artigos 611-A e 611-B, da CLT, trouxeram às negociações coletivas trabalhistas, lançou-se mão de pesquisas promovidas no ano de 2017 (antes da entrada em vigor da nova legislação) e no ano de 2018 (depois da entrada em vigor dos artigos 611-A e 611-B, da CLT) pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – Fipe, organização de direito privado, sem fins lucrativos, criada em 1973, que tem entre seus objetivos o apoio ao Departamento de Economia da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo (FEA-USP).

Em conclusão, foi constatado que as novas regras legais, tornando o direito envolvido mais claro, e garantindo maior segurança jurídica ao fixar a prevalência do negociado sobre o legislado, trouxe imenso ganho social. Após o advento dos novos artigos 611-A e 611-B, na CLT, todas as cláusulas coletivas analisadas tiveram um aumento no percentual de adoção nas negociações coletivas entabuladas. Nesse sentido, tomando alguns exemplos, foi possível notar que as cláusulas que envolvem a concessão de abonos tiveram um crescimento proporcional de 111,25%, cláusulas prevendo o pagamento de auxílios diversos, como auxílio creche, tiveram um aumento proporcional de 197,40%, cláusulas estabelecendo o pagamento de benefícios, como convênio farmácia, apareceram 141,58% mais vezes proporcionalmente e cláusulas tratando de adicional de horas extras tiveram um crescimento proporcional de 129,62%.

Assim, serve o presente como contribuição cidadã ao processo legislativo brasileiro, a servir de insumo junto ao Banco de Ideias da Comissão de Legislação Participativa e às futuras proposições legislativas, que deverão então buscar atender aos pressupostos do Teorema de Coase, sempre almejando clarificar os direitos postos e reduzir os custos de transação envolvidos, especialmente no que toca à segurança jurídica, como forma de maximizar os resultados econômicos e sociais da correspondente proposta.

Renovando protestos da mais alta admiração e respeito, permanecemos disponíveis para quaisquer esclarecimentos.

Atenciosamente,

Thiago Linhares Paim Costa
Mestre em Direito pelo Centro Universitário IESB.