

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

MARIANA RIVERO ARAUJO SILVA

**A APLICAÇÃO DAS TEORIAS CIVILISTAS DE REVISÃO CONTRATUAL ÀS
RELAÇÕES INDIVIDUAIS DE TRABALHO:
CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO ECONÔMICO DO PLENO EMPREGO**

MARÍLIA
2019

MARIANA RIVERO ARAUJO SILVA

**A APLICAÇÃO DAS TEORIAS CIVILISTAS DE REVISÃO CONTRATUAL ÀS
RELAÇÕES INDIVIDUAIS DE TRABALHO:
CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO ECONÔMICO DO PLENO EMPREGO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Lourival José de Oliveira.

MARÍLIA
2019

Silva, Mariana Rivero Araujo

A aplicação das teorias civilistas de revisão contratual às relações individuais de trabalho: concretização do princípio econômico do pleno emprego/ Mariana Rivero Araujo Silva – Marília: UNIMAR, 2019.

177f.

Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas – Universidade de Marília, Marília, 2019.

Orientação: Prof. Dr. Lourival José de Oliveira

1. Análise Econômica do Direito 2. Flexibilização 3. Princípio da Proteção 4. Princípio do Pleno Emprego I. Silva, Mariana Rivero Araujo

CDD – 341.6

MARIANA RIVERO ARAUJO SILVA

**A APLICAÇÃO DAS TEORIAS CIVILISTAS DE REVISÃO CONTRATUAL
ÀS RELAÇÕES INDIVIDUAIS DE TRABALHO:
CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO ECONÔMICO DO PLENO EMPREGO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Lourival José de Oliveira.

Aprovado pela Banca Examinadora em 09 de Agosto de 2019

Prof. Dr. José Lourival de Oliveira
Orientador

Prof. Dr. Emerson Ademir Borges de Oliveira

Prof^a. Dr^a. Alessandra Cristina Furlan

Meus mais sinceros agradecimentos ao
Prof. Dr. Lourival José de Oliveira

Dedico esse estudo aos meus familiares, que sempre estiveram à disposição para ajudar no que necessário em toda minha vida acadêmica.

**A APLICAÇÃO DAS TEORIAS CIVILISTAS DE REVISÃO CONTRATUAL ÀS
RELAÇÕES INDIVIDUAIS DE TRABALHO:
CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO ECONÔMICO DO PLENO EMPREGO**

RESUMO: O objeto da pesquisa é a possibilidade da aplicação da teoria civilista da imprevisão aos contratos individuais de trabalho. As mudanças ocorridas no mercado de trabalho, especialmente com a introdução de novas tecnologias e novos modelos de produção despertadas pelo período da “modernidade líquida”, juntamente com os altíssimos índices de desemprego conjuntural verificados no país, requerem uma nova leitura dos princípios protetivos laborais, os quais, em grave cenário de recessão econômica, podem ser temporariamente afastados, com vistas à preservação das empresas e, conseqüentemente, dos postos formais de trabalho. O estudo apresenta como objetivo geral demonstrar que a flexibilização de alguns direitos trabalhistas, de forma temporária e precária, não viola o princípio da proteção. Ao contrário, o privilegia, na medida em que o arcabouço teórico construído ao longo da pesquisa tem por escopo unicamente proporcionar efetividade ao princípio da busca do pleno emprego, cânone programático da ordem econômica pátria. Assim sendo, com sustentáculo nas ponderações de vários doutrinadores, bem como na jurisprudência acerca da matéria, compõe-se de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, processada pelo método dedutivo. Com o auxílio dos preceitos da Teoria da Análise Econômica do Direito, concluiu-se que uma nova leitura do princípio da proteção é necessária, desde que respeitadas uma série de condicionantes enumeradas ao longo do estudo.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Flexibilização. Princípio da proteção. Princípio do pleno emprego. Teoria da imprevisão.

**THE APPLICATION OF THE CIVILIAN THEORY OF CONTRACTUAL
REVIEW TO INDIVIDUAL WORK RELATIONS:
CONCRETIZATION OF THE ECONOMIC PRINCIPLE OF THE FULL
EMPLOYMENT**

ABSTRACT: The object of the research is the possibility of the application of the civilist theory of the unpredictability to the individual contracts of work. The changes in the labor market, especially with the introduction of new technologies and new models of production awakened by the period of “liquid modernity”, together with the high unemployment rates in the country, require a new reading of the labor protection principles, which, in a serious scenario of economic recession, can be temporarily removed, with a view to the preservation of companies and, consequently, of formal workplaces. The study has as a general objective to demonstrate that the flexibilization of some labor rights, in a temporary and precarious manner, does not violate the principle of protection. On the contrary, it privileges it, insofar as the theoretical framework constructed throughout the research is only intended to provide effectiveness to the principle of the search for full employment, a programmatic canon of the economic order of the country. Thus, with support in the ponderings of several doctrinators, as well as in the jurisprudence on the matter, it is composed of a bibliographical and jurisprudential research, processed by the deductive method. With the help of the precepts of Theory of Economic Analysis of Law, it was concluded that a new reading of the principle of protection is necessary, provided that a series of constraints enumerated throughout the study are respected.

Keywords: Economic Analysis of Law. Flexibilization. Principle of protection. Principle of full employment. Theory of unpredictability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 PÓS-POSITIVISMO COMO VETOR DE COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE O CARÁTER TUTELAR DO DIREITO DO TRABALHO E SUA FLEXIBILIZAÇÃO.....	12
1.1 JUSNATURALISMO.....	12
1.2 JUSPOSITIVISMO.....	15
1.3 PÓS-POSITIVISMO.....	19
1.4 EQUILÍBRIO CONTRATUAL: DA NECESSIDADE DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL E SEUS PRINCÍPIOS.....	22
1.4.1 Conceito e aplicabilidade dos princípios contratuais.....	22
1.4.2 Teoria do equilíbrio contratual.....	29
1.5 OCORRÊNCIA DO DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL.....	35
1.5.1 Teoria da Imprevisão.....	36
1.5.2 Pressupostos fáticos de aplicação da Teoria da Imprevisão.....	41
1.5.3 A Teoria da Imprevisão na Consolidação das Leis do Trabalho.....	43
2 APLICAÇÃO DAS TEORIAS CIVILISTAS REVISIONAIS NO DIREITO LABORAL.....	50
2.1 A REVISÃO CONTRATUAL NO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO..	50
2.1.1 Princípio da Criatividade Jurídica da Negociação Coletiva.....	59
2.1.2 Princípio da Adequação Setorial Negociada.....	61
2.1.3 Princípio da Especificidade do Acordo Coletivo de Trabalho.....	63
2.1.4 Previsão legal e hipóteses autorizadoras de revisão coletiva dos contratos de trabalho.....	68
2.1.5 Ações revisionais coletivas do contrato de trabalho previstas na CLT..	71
2.2 A APLICAÇÃO DO ART. 505, I DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ÀS RELAÇÕES JURÍDICAS CONTINUATIVAS LABORAIS.....	78
2.3 POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE ACERCA DA REVISÃO CONTRATUAL ATRAVÉS DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA.....	83
2.4 A REVISÃO CONTRATUAL NAS RELAÇÕES INDIVIDUAIS DE TRABALHO.....	87
2.4.1 Princípios protetivos das relações de trabalho e a necessidade de preservação da atividade empresarial.....	88
2.4.2 Princípio da Alteridade e da Irrenunciabilidade em consonância com o Princípio do Pleno Emprego.....	98
3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA AOS CONTRATOS DE TRABALHO.....	105
3.1 PREMISSAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO – AED.....	106
3.2 PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.....	113
3.3 PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.....	122
3.4 PRINCÍPIO DA BUSCA DO PLENO EMPREGO.....	127
3.5 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ, O DEVER DE INFORMAÇÃO E O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA.....	132
3.6 TEOREMA DE COASE E SUA APLICABILIDADE AO DIREITO DO TRABALHO.....	140

3.6.1 O Teorema de Coase.....	140
3.6.2 Direito do Trabalho e o Teorema de Coase.....	142
CONCLUSÕES.....	154
REFERÊNCIAS.....	158
ANEXOS.....	169

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo analisar as principais posições teóricas e jurisprudenciais acerca da aplicabilidade das teorias civilistas que autorizam a revisão contratual ao direito laboral, esmiuçando-se os principais institutos que as caracterizam, quais sejam, fato superveniente, imprevisibilidade, irresistibilidade e especialmente, o desequilíbrio econômico-financeiro de uma das partes.

O ordenamento jurídico nacional busca a proteção da parte hipossuficiente na relação de emprego, e assim sendo, estabelece um conjunto de normas laborais que salvaguarda o trabalhador, o qual está em posição de dependência em relação a seu empregador. Desde que a Consolidação das Leis do Trabalho foi promulgada, a Justiça do Trabalho atua aplicando princípios e regras de proteção, que, muitas vezes, acabam por onerar por demasiado os empregadores, especialmente nesse momento em que o país atravessa uma das piores crises econômicas de sua história.

Nesse contexto, indaga-se se o Direito Laboral ao ser aplicado por seus operadores deve buscar a preservação dos postos de trabalho, sopesando princípios aparentemente conflitantes, mesmo que para isso algumas “verbas” sejam afastadas, evitando-se assim mais demissões de funcionários.

É posição dominante na doutrina e jurisprudência pátria a inaplicabilidade da teoria da imprevisão nos contratos individuais de trabalho pela Justiça Laboral em favor do empregador, à luz dos princípios que informam o Direito do Trabalho.

O estudo ora proposto pretende demonstrar se no âmbito do Direito do Trabalho contemporâneo é possível a aplicação de tal teoria, desde que a empresa postulante da revisão contratual preencha alguns requisitos e não tenha concorrido de alguma forma (mesmo que indiretamente) no acontecimento tido como imprevisível.

Na medida em que a pesquisa tem como principal norte princípios laborais e princípios da ordem econômica, inicialmente foi apresentada a evolução do arranjo dos princípios na ordem jurídica. Posteriormente, o equilíbrio contratual foi abordado juntamente com as causas que geram sua instabilidade nos contratos de trato sucessivo, isto é, a teoria da imprevisão.

Considerando-se que o contrato de trabalho é uma avença contínua, sua execução ao longo do tempo padece dos mesmos infortúnios gerados por crises

econômicas, e nesse cenário, a aplicabilidade da teoria da imprevisão pode resguardar o empreendimento econômico e, conseqüentemente, os postos de trabalho.

A preservação de empresas sérias e idôneas deve ser buscada, na medida em que mantendo-se os empreendimentos econômicos perpetuam-se os postos de trabalho, evitando-se assim mais desemprego conjuntural no país.

É manifesto o esforço do Estado na busca pela preservação da empresa, tal qual como acontece através da denominada “Lei de Falência” (Lei nº 11.101/2015), bem como outras ações de viés tributário. Indubitavelmente, tais intervenções possuem como principal objetivo a continuidade do empreendimento econômico, posto que essa orientação acaba por estar contida no princípio do pleno emprego.

Destarte, o presente trabalho se justifica no sentido da busca da concretização do princípio da preservação da empresa, porquanto é necessário transpor, para o caso concreto, em especial quando da aplicação do direito pelo órgão judiciário, uma proposta que logre êxito na materialização do referido preceito, compondo assim um equilíbrio com os demais que constituem a ordem constitucional econômica.

Posteriormente, foi apresentada a posição doutrinária e jurisprudencial contrária à utilização da teoria da imprevisão em benefício do empregador, de modo a fazer um contraponto com a possibilidade de sua aplicação, o que poderá favorecer o princípio do pleno emprego, contido no artigo 170 da Constituição Federal.

Os postulados da Teoria da Análise Econômica do Direito são o arremate na demonstração de que é possível conciliar a revisão dos contratos individuais de trabalho em benefício do empregador com o princípio da proteção, posto que o custo social do desemprego é o infortúnio maior que uma pessoa pode enfrentar, o que fere, inclusive, sua dignidade.

Reafirmando o escopo basilar dessa pesquisa, qual seja, procurar demonstrar que em situações específicas, excepcionais e temporárias o princípio da proteção da parte hipossuficiente poderá ser afastado, sem, contudo, descaracterizá-lo. O Teorema de Coase é apresentado, demonstrando que em se tratando de normas dispositivas é possível a negociação entre empregados e empregadores visando a preservação dos empreendimentos econômicos, garantindo-se, assim, a efetivação do princípio da busca do pleno emprego.

O presente trabalho, baseado no posicionamento de inúmeros doutrinadores, bem como na jurisprudência acerca da temática proposta, compõe-se de um estudo bibliográfico e jurisprudencial, elaborado através do método dedutivo, posto que, trata-se, em síntese, do sopesamento dos princípios da ordem constitucional econômica e os princípios protetivos do Direito do Trabalho, realizado através de uma interpretação extensiva, levando-se em conta principalmente o princípio da manutenção da empresa, integrado à necessária produção de bens sociais, constituindo-se essa preservação uma finalidade que deve ser buscada não somente pelo Estado mas por toda a sociedade conjuntamente.

1 O PÓS-POSITIVISMO COMO VETOR DE COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE O CARÁTER TUTELAR DO DIREITO DO TRABALHO E SUA FLEXIBILIZAÇÃO.

Essa primeira parte do estudo é dedicada a expor brevemente as principais etapas do desenvolvimento da ciência jurídica, culminando no pós-positivismo, modelo jurídico que preconiza a força normativa dos princípios, os quais, entretanto, ao contrário das regras (modelo positivista de subsunção do fato à norma), são aplicados através da estratégia da ponderação diante da ocorrência de situações concretas.

Para tanto, serão apresentadas algumas premissas sobre jusnaturalismo, juspositivismo e finalmente o pós-positivismo, esse último alicerçado, como dito, na força normativa dos princípios.

Não é a pretensão de essa pesquisa professar nenhuma ideologia liberal ou que propague a total desregulamentação do direito laboral, todavia, o Direito do Trabalho não pode atualmente se enclausurar em seu ambiente especializado sem a interação com outros ramos do Direito, sustentando concepções e perspectivas peculiares apartadas da realidade sócio econômica em constante transformação hodiernamente no país e no mundo.

Por essa razão, mister se faz compreender como a noção de princípio foi formulada ao longo da evolução da ciência jurídica, uma vez que múltiplos pensamentos apresentados na pesquisa tem como axioma fundamental o balanceamento entre princípios tutelares laborais e princípios da ordem econômica.

1.1 JUSNATURALISMO

O Direito é consectário da vida em sociedade, motivo pelo qual os estudiosos de sua história sustentam que as coletividades primitivas não apresentavam nenhum tipo de normas de convívio social predispostas ou preconcebidas.

Posteriormente, a noção de família traz consigo a ideia de patriarcado e nessa fase os conflitos eram dirimidos pelo comandante da unidade familiar, que detinha o poder de decidir os padrões de comportamento e costumes, os quais deveriam ser observados por todos os seus membros.

Com o desenvolvimento de técnicas rudimentares de agricultura e escambo, as famílias, antes unidades apartadas umas das outras, se organizaram em torno de

interesses comuns, contudo, cada chefe de família, isoladamente, não detinha nenhum poder sobre os membros de outra unidade familiar. Nessa fase da história os conflitos eram solucionados pela autotutela, pela vingança privada. (MOLINA, 2013, p. 5)

Visando coibir vinganças privadas desproporcionais, desmedidas, tem-se notícia da lei escrita mais antiga da história, qual seja, a Lei do Talião, que trouxe a reciprocidade entre o crime e a pena.

Se a célebre Lei de Talião nos aparece atualmente como uma fórmula cruel e bárbara que descreve melhor a vingança do que a necessidade de se punir com justiça, é preciso, no entanto, que atentemos ao fato de que essa máxima é também baseada numa relação de equilíbrio entre o crime e a punição. Nesse sentido, o que a expressão “olho por olho, dente por dente” nos revela, antes, a ideia da necessidade de se obter uma exata medida entre a negação e a restituição da justiça. A própria palavra Talião, que vem do latim *talio*, significa “tal” ou “igual” e reforça essa tese, ao menos teórica, de equilíbrio. (DUARTE, 2009, p. 75-85)

A notória regra, tida como algo impiedoso atualmente, descreve a necessidade de punição justa, na medida do mal causado. Traz uma relação de proporção entre a ofensa e a punição.

Com algum esforço, pode-se dizer que a regra do “olho por olho, dente por dente” é o antecedente remoto do princípio da proporcionalidade, na medida em que balizou a atuação privada dentro de parâmetros de moderação, com verdadeira ponderação entre o mal sofrido e a vingança a ser, legalmente, praticada em contrapartida; solução harmoniosa entre os direitos do ofendido e os direitos naturais da vítima da vingança. (MOLINA, 2013, p.6)

A partir dessas legislações primitivas a técnica da composição é empregada e a autotutela abandonada, despontando-se a figura do julgador, isto é, o terceiro que decidirá a punição (ou retribuição) para a ofensa a um direito alheio.

Com o advento da codificação a ciência jurídica evolui no sentido de averiguar a existência de direitos anteriores à legislação, aplicáveis indistintamente (corrente jusnaturalista) ou, de forma antagônica, se apenas o direito legislado (direito posto) é válido e admissível (corrente positivista).

Na Grécia antiga uma das correntes que merece especial menção é a dos Sofistas (Século V, a.C), que questionaram a noção de justo. Para os sofistas, as

leis postas expressavam apenas a força, a vontade e o alvedrio dos poderosos. Em oposição, Sócrates afirmava que obedecer às leis do Estado era um dever de todo cidadão, mas também concordava com a existência de direitos inerentes à humanidade anteriores à legislação. (MOLINA, 2013, p. 11)

Na idade média o jusnaturalismo se associa à religião católica e seu grande representante foi São Tomás de Aquino. Nessa fase do jusnaturalismo a fonte do direito natural era Deus, sendo que o “justo” deveria seguir os princípios morais bíblicos.

Gradualmente o fundamento de validade divino do direito transmuta-se para a razão humana, e assim sendo, a lei, para dispor de legitimidade, deveria proteger e garantir os direitos naturais dos homens racionalmente reconhecíveis. O pensamento de Immanuel Kant exteriorizou notoriamente o Direito natural racionalista, posto que o Direito Natural advinha da liberdade humana, independentemente da legislação posta. (DICKSTEIN, 2018, p. 20)

Para o jusnaturalismo os princípios são regras jurídicas de direito natural, e nesse âmbito é que encontram a sua fonte de produção e de existência. Falar em princípios, assim, é o mesmo que se referir às ideias fundantes do direito, encontradas acima do direito positivo, mas como parte integrante do direito concebido como uma unidade que comporta não só leis positivadas pelo homem, mas aquelas que provêm de outras fontes mais profundas, como o direito natural. (NASCIMENTO, 2018, p. 142)

Diante dessa conjuntura, o direito positivo jamais iria se ajustar uniformemente às leis naturais, pois o direito posto engloba circunstâncias variáveis e modificáveis no tempo e no espaço (são limitados), enquanto o direito natural, contraditoriamente, seria aplicável de forma válida em qualquer tempo e espaço, posto que anterior ao direito legislado.

Inúmeras críticas são concebidas à teoria jusnaturalista sob vários pontos de vista, entretanto, sob o ângulo jurídico as críticas apresentam-se contundentes.

O mecanismo de aplicação do Direito para os adeptos do jusnaturalismo, em resumo, passa pela identificação da situação concreta sob apreciação, verificação de qual a solução dada pelo direito positivo, verificação da legitimidade dessa legislação em face dos direitos naturais e, após o teste, aplicam a sanção prevista na lei ou na solução recomendada pelo Direito natural, conforme sejam justas ou não as soluções legisladas, mecanismo que possibilita, por exemplo, a imposição de resultados distintos para situações

idênticas, bastando invocarem-se argumentos de Direito natural para deixar de aplicar a sanção em um dos casos. Os opositores do jusnaturalismo anotam que a adoção de um método que admita o afastamento da legislação, com o apoio no ideal rarefeito de justiça, ocasiona violação da segurança jurídica, da racionalidade e da previsibilidade, permitindo o decisionismo, com a possibilidade do emprego dos valores ideológicos de cada intérprete e do conceito de justiça de cada julgador. (MOLINA, 2013, p.12)

Para os jusnaturalistas os princípios possuíam caráter apenas informativo, eram instrumentos interpretativos sem normatividade alguma, uma vez que sua função era limitada a orientar o julgador a avaliar o que era certo ou errado, justo ou injusto. Situavam-se em um plano abstrato, transcendental, cuja utilização não era obrigatória, ficando a critério do intérprete utilizá-los ou não.

1.2 JUSPOSITIVISMO

Um dos maiores pensadores do positivismo jurídico foi o jurista e filósofo austríaco Hans Kelsen¹, que através de sua “Teoria Pura do Direito”, lançou os pilares de uma ciência jurídica genuína, sem elementos metajurídicos característicos do jusnaturalismo, tais como os conceitos de moral e justiça, que deveriam ser analisados por outras esferas de conhecimento, nomeadamente a sociologia, economia, psicologia dentre outras.

Destarte, os preceitos que apontam a existência de uma norma dentro de um determinado sistema jurídico são formais, isto é, independem de valores exteriores ao direito.

Os aspectos morais e éticos da existência concreta, portanto, não foram abraçados pelo modelo jurídico proposto pelo positivismo normativista, por consubstanciarem elementos que não podem ser descritos dentro de padrões lógico-formais. A validade da norma não se condiciona pela valoração do teor de seu comando, senão pela observância do procedimento a ser seguido para sua criação. (ARAÚJO, 2014, p. 19)

Nega-se a existência de direitos anteriores à norma legislada, pois para o juspositivista o conceito de direito confunde-se com o direito emanado das

¹ O pensamento juspositivista é anterior às teorias desenvolvidas por Hans Kelsen, podendo-se citar como exemplo Augusto Comte, filósofo francês cuja interpretação positiva dos fatos nega sua elucidação através de fenômenos naturais (natureza ou Deus). (WÖHLKE, 2006, p. 46).

autoridades que possuem poder para estabelecer as normas jurídicas de determinada sociedade.

A principal contribuição Kelseneana, ainda muito utilizada pelas correntes pós-modernas, tais como o pós-positivismo, objeto principal dessa parte do estudo, foi a diferenciação entre normas jurídicas e proposições jurídicas.

Para o jurista austríaco, é tarefa do legislador selecionar os fatos sociais significativos para o Direito, para então atribuir-lhes repercussões jurídicas, transformando esses fatos sociais em fatos jurídicos. É a diferenciação entre o “ser” e o “dever ser”, que não intenta classificar o Direito como justo ou injusto, mas apenas descrevê-lo.

A distinção entre ser e dever-ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato na nossa consciência. Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático – se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser – com o qual descrevemos uma norma – e que da circunstancia de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstancia de que algo deve ser se não segue que algo seja. (KELSEN, 1999, p. 6)

Exemplificando, um acidente no ambiente de trabalho é um fato social que apresenta inúmeras consequências jurídicas, tanto na seara trabalhista, quanto na civil, previdenciária, administrativa, tributária e eventualmente até penal, caso resulte em óbito do trabalhador.

O caso de um operário da construção civil despencar de um andaime de uma obra em andamento é um fato social. E o legislador optou em conferir a esse fato implicações jurídicas que instituem repercussões nos diferentes ramos do Direito. Desta feita, do mesmo fato social (acidente de trabalho) decorrem várias interpretações resultantes da análise do sistema de direito positivo, que o transforma em fato jurídico:

O fato externo que, de conformidade com seu significado objetivo, constituiu um ato jurídico (lícito ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da casualidade. Simplesmente, esse evento como tal, como elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico – não é pura e simplesmente, algo jurídico. O que transforma esse fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como é determinado pela lei da casualidade e encerrado no

sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, o que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo essa norma. A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. (KELSEN, 1999, p. 8)

Para Teoria Pura do Direito, ao exercer sua função jurisdicional o juiz está automaticamente criando uma norma para o caso concreto, pois a aplicação do direito implicaria, simultaneamente, na sua produção. Entretanto, essa “criação judicial” não pode ser confundida com a função legislativa, que elabora normas gerais e abstratas. Para Kelsen, a norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser formulada a norma jurídica individual. Assim, a atividade hermenêutica-interpretativa dos Magistrados constitui o direito aplicável ao caso concreto em análise. (CUNHA, 2018, p. 44-45)

A disseminação do positivismo jurídico, que como citado, não considera aspectos morais, políticos, econômicos, sociais etc., legitimou inúmeros regimes totalitários, dado que não havia questionamentos acerca da essência das normas:

Todavia, a difusão do positivismo jurídico kelseniano tornou-se instrumento para que autoritarismos de variadas espécies operassem dentro dos limites normativos, já que à positivação de uma norma correspondia sua imediata dogmatização, com menoscabo de qualquer debate a respeito de seu conteúdo [...]. Noutro giro, a construção de uma ciência jurídica pura, autossuficiente, oportunizou aos Estados Totalitários europeus a possibilidade de manipular a ordem jurídica de modo a legitimar ideologias frontalmente opostas à concepção de direitos humanos, ainda incipiente à época. Afastando-se o Direito do compromisso de tutelar valores universais socialmente reconhecidos, viabilizou-se a legalização de condutas arbitrárias atentatórias aos parâmetros éticos e ao acervo jusfundamental adquirido pelo homem ao longo de sua evolução. A concepção "pura" da ciência do Direito permitia a juridicidade de qualquer regime, posto que a validade das normas condicionava-se tão somente a um juízo formal acerca do procedimento e da competência para sua elaboração. Nesse contexto, o nazismo alemão despontou como discurso justificador para a violação de direitos fundamentais. A barbárie nazista cometida em nome da purificação da raça ariana esteve a todo tempo amparada juridicamente pelo Reich, a partir das alterações normativas levadas a cabo pelo Führer. O distanciamento completo entre as esferas jurídica e ética, aliado à manipulação popular por meio da propaganda, produziu o ambiente necessário para a

consolidação do modelo de Estado autoritário que se corporificava na Alemanha. (ARAÚJO, 2014, p. 19-20)

Após as atrocidades perpetradas na Segunda Grande Guerra e considerando-se o teor das defesas dos criminosos nazistas no julgamento de Nuremberg, os quais alegaram que apenas cumpriam as leis vigentes à época, as reflexões entre Direito e Ética são retomadas, e em 1948 a Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) proclama a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Nesse cenário surge uma nova ordem social, baseada no modelo pós-positivista, que tem como proposta reaproximar o direito posto da ética e da moral. A ordem jurídica passa a preconizar um Estado Democrático de Direito, que tem nos princípios um de seus pilares vitais.

Dado que o escopo dessa parte da pesquisa é averiguar a evolução dos princípios na ciência jurídica, mister se faz mencionar que os juspositivistas não ignoravam por completo a existência dos princípios. Contudo, para essa corrente a introdução de princípios nas codificações não recebe força normativa irrestrita, apenas subsidiária.

Exemplo de resquício do positivismo jurídico² pode ser encontrado na Consolidação das Leis do Trabalho, que mesmo após a reforma perpetrada em 2017, ainda situa os princípios de direito como fonte subsidiária de interpretação das normas:

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

Nota-se que antes da utilização de princípios o texto legal estabelece preferência para a jurisprudência, a analogia e a equidade. Apesar da legislação trabalhista ora em comento estabelecer uma “ordem de preferência”, é uníssono entre os juristas e doutrinadores que os princípios não são apenas fontes

² Outro dispositivo legal que conferia prevalência a outras fontes de direito sobre os princípios é o artigo 126 do Código de Processo Civil de 1973, in verbis: Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

subsidiárias de aplicação do direito, mas fontes primárias, pois conforme a corrente pós-positivista, possuem força normativa plena.

INTERVALO INTRAJORNADA. SUPRESSÃO. IMPOSSIBILIDADE. -"Cabe salientar que o intervalo intrajornada é direito indisponível, eis que *afora os princípios gerais trabalhistas da imperatividade das normas desse ramo jurídico especializado* e da vedação a transações lesivas. Tais regras de saúde pública estão imantadas de especial obrigatoriedade, por determinação expressa oriunda da Carta Política de 1988. Recurso ordinário não provido." TRT-1 - RO: 01009314420165010342 RJ, Relator: VALMIR DE ARAUJO CARVALHO, Data de Julgamento: 23/05/2018, Gabinete do Desembargador Valmir de Araujo Carvalho, Data de Publicação: 06/06/2018. (grifo nosso)

Indubitavelmente, os princípios trabalhistas não são apenas vetores interpretativos secundários, mas constituem-se em pilares fundamentais do próprio Direito do Trabalho, que exerce atribuições fundamentais em um Estado Democrático de Direito.

1.3 PÓS-POSITIVISMO

O Pós-positivismo manifesta-se como uma corrente que propaga a normatividade dos princípios jurídicos, uma vez que a sua força normativa não encontrou satisfatória repercussão no jusnaturalismo e não malogrou êxito no positivismo, porquanto essa última sistemática de pensamento, puramente legalista, foi responsável por respaldar inúmeros sistemas legais totalitários, tais como o Nazismo na Alemanha e o Fascismo na Itália.

Tal concepção tem por desígnio atribuir aos princípios feição normativa, possibilitando-os a operar com natureza de norma jurídica imperativa. (MOTA PINTO, 2005, p. 40)

Além disso, resgata a noção entre ética e direito, discorrendo acerca de temas como valores, moral e direitos fundamentais, incorporando tais conteúdos aos textos legais.

A necessidade de superação da perspectiva do positivismo normativista exigiu que a Teoria da Constituição também fosse reformulada. Afinal, de nada adiantaria erigir à alçada constitucional postulados éticos relacionados à proteção da pessoa humana sem que lhes fosse conferida força normativa. A efetiva superação do positivismo jurídico pressupõe, assim, não apenas o

reconhecimento jusfilosófico da relação de implicação naturalmente existente entre fato, valor e norma, da qual resulta o Direito. Requer, ainda, que à axiologia consubstanciada pela Constituição seja dado caráter imperativo, por encontrar-se pautada em típica norma jurídica, ainda que de natureza principiológica. Erigem-se os princípios ao campo do dever ser, vale dizer, os comandos principiológicos ostentam a condição de norma jurídica, assim como as regras. Como norma jurídica, seu conteúdo é imperativo. Seu caráter constitucional lhes confere força normativa, dirigente. Sua realização é condição de possibilidade para o acontecimento constitucional em sua plenitude. Obrigatoriamente, então, devem impregnar, induzir e balizar toda atividade de elaboração, interpretação e aplicação do Direito. (ARAÚJO, 2014, p. 22)

A Constituição Federal de 1988 possui como princípios fundamentais, além de outros encontrados por todo texto constitucional, os princípios federativos, do Estado Democrático de Direito, da soberania, alternância de poder, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, do pluralismo político, separação de poderes e o principal, o princípio da dignidade humana.

O Pós-positivismo “se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto”. (BARROSO, 2018, p. 276)

Exemplo de norma que traz à luz a importância normativa dos princípios, sem menosprezar o direito posto, é encontrado no novo Código de Processo Civil, em seu art. 8º:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Ao tecer comentários ao novo código processual brasileiro, afirma o Professor Artur César de Souza:

A desformalização do processo civil brasileiro, colocando em evidência a necessidade de se garantir o direito material, sobrepondo-se a critérios puramente formais, a fim de potencializar a efetiva resolução de conflitos, sem dúvida é uma das mais importantes inovações introduzidas pela recente reforma processual. Foi também modificado o sistema no que respeita à concretização normativa dos princípios do contraditório (art. 10 do atual C.P.C) e o da cooperação (art. 6º do atual C.P.C), o da isonomia (art. 7º do atual C.P.C), o da publicidade e motivação (art. 11 do atual C.P.C). Outros princípios foram inseridos no atual C.P.C. como forma de reforço dos direitos e garantias fundamentais previstos na C.F., como, por

exemplo, o princípio do acesso a jurisdição (art. 3º do atual C.P.C); da celeridade processual (art. 4º do atual C.P.C). (SOUZA, 2015, p. 25)

E continua o processualista:

Porém, é necessário frisar que para essa ampla mudança de um texto legal regulamentador do processo civil brasileiro surta eficácia e traga resultados alentadores, não é suficiente apenas a inserção de preceitos num texto legal, sem que haja uma efetiva mudança de visão, comportamento e interpretação desses textos por partes dos agentes aplicadores das regras e princípios processuais. A mudança de mentalidade e de comportamento por parte dos aplicadores das normas jurídicas é de especial importância, especialmente pelo fato de que esses agentes do sistema normativo jurídico não são simples aplicadores de normas, mas efetivos construtores do Direito.

E com o intuito de reforçar a necessidade de se modificar a postura e o comportamento dos agentes aplicadores do direito no momento de se realizar a interpretação das normas contidas no novo C.P.C., foram introduzidas nesse novo diploma processual critérios de hermenêutica direcionados à necessidade de tornar mais rápida, eficaz e justa a intervenção dos órgãos judiciais no âmbito da concretização do ordenamento jurídico. Esses critérios que ditam a forma de ordenamento, disciplinamento e interpretação das disposições contidas no moderno processo civil brasileiro se dão com *base em valores e princípios fundamentais estruturantes previstos na C.F. de 1988* [...]. O novo sistema processual indica claramente para uma maior *maleabilização* do processo, sem descuidar das *garantias fundamentais* que potencializem o julgamento à prolação de uma decisão justa. (grifos do autor) (SOUZA, 2015, p. 25-26)

A potência das diretrizes dos princípios foi objeto de estudo de diversos juristas renomados tais como Ronald Dworkin e Robert Alexy e dentre os doutrinadores nacionais, pode-se destacar Humberto Ávila.

A finalidade desse estudo não é destrinchar a teoria dos princípios, e, assim sendo, não será introduzido um item específico sobre a matéria. A averiguação aqui proposta está voltada para o conflito entre princípios, razão pela qual, no decorrer do desenvolvimento da dissertação vários conceitos serão abordados, em especial a diferenciação entre princípios e regras, bem como será explanada a maneira de resolução de conflito entre uns e outros.

1.4 EQUILÍBRIO CONTRATUAL: DA NECESSIDADE DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL E SEUS PRINCÍPIOS

Nessa parte serão apresentados alguns princípios aplicáveis ao direito contratual que irão contribuir para a composição do raciocínio principal do estudo, qual seja, demonstrar que em algumas situações específicas, especiais e temporárias, princípios trabalhistas podem ser afastados, desde que obedecidos vetores como a proporcionalidade, a razoabilidade, a boa-fé objetiva, transparência, o dever de informação irrestrito ao obreiro dentre outras condicionantes, no intuito de dar efetividade ao princípio impositivo do pleno emprego presente na Constituição Federal.

1.4.1 Conceito e aplicabilidade dos princípios contratuais

Dando continuidade à pesquisa, esse tópico é dedicado à abordagem da temática do equilíbrio contratual, posto que é uma análise essencial às causas que ocasionam instabilidades aos contratos, e, conseqüentemente, possibilitam a revisão judicial a fim de restaurar o sinalagma entre as prestações dos contratantes.

As teorias civilistas revisionais contratuais têm por base diretamente o desequilíbrio entre o que foi pactuado originalmente e sua execução após acontecimentos extraordinários e imprevisíveis à época do avençado

No decorrer do estudo argumentos serão expostos para demonstrar que a justiça laboral também pode ter a faculdade de os adotar nos contratos individuais de trabalho, privilegiando-se, dessa maneira, o princípio da ordem econômica insculpido no Art. 170, VIII da Carta Magna, ou seja, o princípio da busca do pleno emprego.

Entretanto, anteriormente à análise sobre o princípio do equilíbrio dos contratos, necessário se faz expor algumas breves considerações sobre princípios em geral, pois na medida em que se anuncia a existência e aplicabilidade do princípio do equilíbrio contratual, admite-se, em último plano, a existência de um sistema jurídico aberto, incompleto:

Para os juristas que sustentam o sistema jurídico aberto, não há como negar a existência de antinomias e lacunas, ainda que as mesmas não devessem ocorrer. Tal sistema é incompleto por ser-lhe

impossível acompanhar todos os fatos e mudanças da vida em sociedade. (ZANETTI, 2012, p. 41)

Sobre o sistema jurídico do tipo aberto, que está sempre em transformação devido a seu modo de atuação, afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

O sistema normativo jurídico é do tipo aberto, estando em relação de importação e exportação de informações com outros sistemas (o dos conflitos sociais, políticos, religiosos etc.), sendo ele próprio parte do subsistema jurídico (que não se reduz a normas, mas incorpora outros modos discursivos). [...] o resultado do funcionamento do sistema é impedir a continuação de conflitos, pondo-lhes um fim. Este resultado, como dissemos, não é determinado por condições iniciais do sistema (norma fundamental), mas pelo parâmetro do sistema, isto é, sua organização atual (e não sua origem). (FERRAZ JÚNIOR, 1997, p. 140)

Quanto aos princípios, doutrinadores e juristas das mais diversas áreas propagam, em uníssono, a importância que exercem na constituição e na interpretação do ordenamento legal como um todo, pois um sistema jurídico aberto apresenta imperfeições diante de uma realidade social heterogênea e dinâmica, a qual ostenta planos não apenas normativos, mas também valorativos e fáticos.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2006, p. 90)

Incontáveis são as definições de princípios, a maior parte delas circunscrita à noção de maior generalidade e abstração em relação às regras jurídicas e o modo de sua aplicação ao caso concreto quando incompatíveis e conflituosos entre si. Sobre a abrangência do conceito, funcionalidades e finalidades dos princípios, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios

que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (MELLO, 2001, p. 771)

A diferenciação entre princípios e regras, de grande importância para a interpretação do ordenamento jurídico, notadamente quando se apresentam conflitos entre essas espécies de normas jurídicas, é magistralmente lecionada por Humberto Ávila:

Regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e de abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, centrada na finalidade que lhes dá suporte, ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2005, p. 70)

Ultrapassada a sintética definição de princípios, imperioso nesse momento tecer algumas ponderações acerca das funções por eles exercidas no interior do sistema jurídico.

Os princípios têm como uma de suas atribuições inspirar a criação das normas jurídicas, posto que são seu fundamento, constituindo-se em “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas”. (REALE, 2003, p. 37)

Além dessa função inspiradora da criação do Direito posto, os princípios orientam a resolução de circunstâncias jurídicas não contempladas e não preteridas nas normas positivas, uma vez que o julgador não pode se eximir da análise da situação que lhe é posta alegando falta de norma regulamentadora do caso concreto, à luz do que preceitua a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (Art. 4º).

Semelhante regra é encontrada no Art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho³, bem como no Art. 140 do Código de Processo Civil⁴.

³ Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros

Comentando a disposição contida no Código de Processo Civil, reformado no ano de 2015, uma vez mais cita-se o professor Artur César de Souza, que dessa maneira explicita a definição e a graduação que exercem os princípios gerais de direito em um sistema jurídico aberto:

Numa perspectiva ampla, pode-se dizer que o princípio geral de direito é princípio, pois é suporte estruturante e fundamental do ordenamento jurídico; é *geral*, uma vez que diz respeito a todo ordenamento jurídico, transcendendo preceitos jurídicos particularizados; é de *direito*, porque tem aplicação no mundo jurídico e não é critério ou regra moral ou de bom comportamento [...]. É importante salientar que os princípios gerais de direito não são estáticos, vez que são influenciados pelas circunstâncias espaço-temporais, pela situação cultural, pela concepção do homem e do mundo. Por isso, os princípios gerais de direito costumam evoluir segundo as próprias mutações que possam acontecer no ordenamento jurídico, na medida em que representam verdadeiras convicções ético-jurídicas de uma dada comunidade. (SOUZA, 2015, p. 771)

Três são as primordiais finalidades exercidas pelos princípios no ordenamento jurídico: função informadora, normativa e interpretativa. Na presente pesquisa a ênfase se dará na função interpretativa dos princípios de direito, dado que os conflitos surgidos entre eles devem ser inevitavelmente solucionados por meio da técnica da ponderação, a qual demanda do julgador uma vasta interpretação valorativa e fática.

Nesse sentido, afirma Eros Roberto Grau:

Por isso, a interpretação não é apenas do texto da *constituição formal*, mas também da *constituição real*, hegelianamente considerada. O intérprete da Constituição não se limita a compreender textos que participam do mundo do *dever-ser*, há de interpretar também a realidade, os movimentos dos *fatores reais do poder*, compreender o momento histórico no qual as normas da Constituição são produzidas, vale dizer, momento da passagem da *dimensão textual* para a *dimensão normativa*. (grifos do autor) (GRAU, 2017, p. 161)

princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

⁴ Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Logo, a função interpretativa dos princípios atua no instante da subsunção do fato à norma, operando para que o processo hermenêutico perfaça um determinado percurso em busca da concretização e máxima efetividade possíveis no tocante ao problema enfrentado.

Nesse sentido, a direção emergente da noção de princípio – isto é, proposição diretora à compreensão de uma certa realidade – surge como um condutor importante à compreensão do sentido da norma e do instituto jurídico, do sentido do dever-ser jurídico. Noutras palavras, a premissa orientativa consubstanciada no princípio favorece à correta percepção do sentido do instituto e da norma no conjunto do sistema normativo em que se integra. Por essa razão, os princípios, na Ciência Jurídica, não somente preservam irrefutável validade, como se destacam pela qualidade de importantes contributos à compreensão global e integrada de qualquer universo normativo. (DELGADO, 2016, p. 191)

Por fim, analisa-se o contrabalanceamento, adotado quando ocorre incompatibilidades entre princípios, que acabam por induzir soluções distintas para uma mesma questão.

Como anteriormente citado, os princípios são mandamentos de otimização e tem como uma de suas funções a interpretação valorativa e fática do caso proposto, e lhes são atribuídos critérios de peso ou importância diante da temática enfrentada, sendo suscetíveis de relativização. Assim, ao utilizar-se da técnica da ponderação, busca-se preservar o máximo possível dos preceitos de cada um deles.

E como os princípios são mandamentos de otimização e não de absolutividade, tal qual afirma Alexy, eles podem ser balanceados, retraindo-se diante de situações que gerem conflitos entre si, para que estes sejam sanados de forma a ser garantida a máxima exequibilidade de cada um, com o mínimo de relativização do outro. De fato, deve-se questionar qual princípio deverá ceder um pouco em detrimento de outro, jamais suprimindo-o em sua totalidade. (BRAGA, 2004, p. 35)

A técnica do sopesamento entre princípios permite deduzir que não existe hierarquia entre eles, porquanto um princípio poderá prevalecer perante outro em determinado caso concreto, enquanto em outra conjuntura, esse princípio que sofreu detração em seu alcance anteriormente poderá preponderar. A escolha entre um ou outro dependerá sempre do quadro fático exteriorizado.

Os princípios têm um valor, um peso diferente nos casos concretos, de modo que o princípio de maior peso prevalece e o outro recua, o que não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza, já que a solução desponta no campo dos valores. (FIGUEIREDO, 2005, p. 77)

O Código de Processo Civil, ao tratar dos elementos essenciais da sentença, traz regra expressa e inovadora acerca da utilização da técnica entre normas, o que não impede que a ponderação seja implementada também entre os princípios, desde que devidamente motivada:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 2º. No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciado as razões que autorizam a interferência da norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

A utilização da técnica da ponderação de princípios, cujos principais idealizadores foram Ronald Dworkin e Robert Alexy, é matéria pacífica na jurisprudência, sendo amplamente empregada nas mais diferentes áreas do direito.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao julgar a Apelação Cível 70055271456, de relatoria do Desembargador Otávio Augusto de Freitas Barcelos, condensou a técnica da ponderação de maneira clara e precisa:

APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA, POR APLICAÇÃO DO ART. 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE ERIGIU A MORADIA À CONDIÇÃO DE DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL DE SEGUNDA DIMENSÃO OU GERAÇÃO. PRINCÍPIO DA RESSALVA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS INSCRITOS NA CARTA MAGNA E APLICAÇÃO DO MÉTODO DE SOLUÇÃO PARA OS CASOS DE COLISÃO E CONCORRÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRECONIZADO POR CANOTILHO.

[...]. 2. Neste ponto, o intérprete e aplicador do direito deve buscar a compreensão que dê concretude à Constituição Federal e seus postulados básicos, na medida em que, no Estado Democrático de Direito, os princípios maiores inscritos na Carta Magna não podem ser restringidos pela lei ordinária. 3. Portanto, impõe-se a releitura da norma de regência a partir do paradigma constitucional, e não ao contrário. Preservação dos princípios constitucionais que autorizam a construção de um conceito de impenhorabilidade do bem de família que resguarde a moradia como direito fundamental. 4. O status constitucional conferido à moradia com base no seu poder auto organizativo faz com que seus titulares sejam destinatários da

proteção estatal mínima e eficiente no contexto social. 5. Essa estrutura reflete a perplexidade interpretativa que demanda a construção de alicerces argumentativos teóricos capazes de justificar o processo decisório que refoge da trivialidade. *Estaríamos diante do que Ronald Dworkin e Robert Alexy denominariam de hard case.* 6. A solução não prescinde de uma releitura dos fundamentos do direito à moradia e da reconstrução da jurisprudência então dominante a partir da teoria dos sistemas autopoieticos (capacidade de “engendrar a si próprio”) inserida por Niklas Luhmann no quadro epistemológico (teoria do conhecimento) das ciências sociais e jurídicas e dos princípios constitucionais que regem a proteção da moradia como direito social fundamental. [...]

10. “O direito garantido por uma normal constitucional como direito, liberdade ou garantia “insusceptível de restrições” é mesmo, “*prima facie*”, um direito sem reserva de restrições. *Todavia, “a posteriori”, através do jogo de “argumento e contra-argumento”, da ponderação de princípios jurídico-constitucionais, pode chegar-se à necessidade de uma otimização racional, controlável, adequada e contextual, de várias constelações de princípios jurídico-constitucionais. Esta contextual, de várias constelações de princípios transportam dimensões objectivas possibilitadoras de uma “ponderação” de bens jurídico-constitucionais efectuada a partir da própria constituição* (CANOTILHO). Quando os vários direitos concorrentes estão sujeitos a limites divergentes, cabe ao aplicador do Direito determinar qual, dentre os vários direitos concorrentes, assume relevo decisivo. 11. *As regras do direito constitucional de conflitos devem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro. Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas e depois de um juízo de ponderação se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro, ou seja, um direito prefere outro em face das circunstâncias do caso em concreto.* 12. *Nessa ponderação, a concretude do direito à moradia apresenta maior relevo social que o exercício da mercancia, aqui representado pela exploração econômica da propriedade imobiliária para fins não residenciais.* Portanto, entre excepcionar a concretude do direito social fundamental à moradia, e a realização de um crédito decorrente da exploração imobiliária, aquele primeiro se apresenta com maior relevo social e merece a proteção constitucional, legal e jurídica do Estado. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. INVERSÃO E REDIMENSIONAMENTO. REJEITADAS AS PRELIMINARES, PROVERAM A APELAÇÃO. UNÂNIME. (grifo nosso).

Com o emprego do contrabalanceamento, as conjunturas fáticas atinentes ao caso concreto definirão qual princípio deverá apresentar mais importância e qual terá seu alcance relativizado diante do cenário que se apresenta.

Após a elaboração dessas concisas reflexões sobre definição, funções e resolução de conflitos entre princípios, passa-se a análise do instituto do contrato e o

princípio do equilíbrio contratual e sua aplicação aos contratos individuais trabalhistas.

1.4.2 Teoria do Equilíbrio Contratual

O objeto de estudo da presente pesquisa é o contrato individual de trabalho que, apesar de regido por regras e princípios distintos dos contratos comuns cíveis privados, não deixa de ser classificado como um contrato de trato sucessivo ou, em outras palavras, o contrato individual de trabalho constitui-se em contrato continuado, e como tal, é possível vislumbrar a aplicação de alguns institutos civilistas ao pacto laboral, tal qual será explanado no decorrer do estudo.

O contrato é o vínculo jurídico entre sujeitos com vistas a um propósito específico. É um acordo de vontades que institui direitos e obrigações para as partes contratantes. Segundo a clássica definição formulada por Caio Mário da Silva Pereira, “contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”. (PEREIRA, 2000, p. 2)

A mesma orientação é seguida pelo economista Ruy Orlando Mereniuk:

As relações entre os agentes econômicos desenvolveram-se ao longo da história humana no sentido de definirem direitos e obrigações recíprocas, possibilitando o desenvolvimento do universo econômico, sustentado e balizado pela convenção dos pactos. Assim a definição do termo contrato encontrou no âmbito da ciência jurídica, ampla definição, com extensa conceituação, abrangendo diversos tipos de convenções que possam estabelecer um elo, entre a vontade e a intenção dos contraentes, sujeitando-se, contudo, às flutuações das condicionantes econômicas. (MERENIUK, 2005, p.62)

No terceiro capítulo de sua clássica obra Enzo Roppo dedica-se ao estudo do regulamento contratual, entendido esse como o resultado ou o produto de um contrato, que engloba o conjunto de direitos e obrigações que, com o instrumento contratual as partes mutualmente assumem para conceber a operação econômica objetivada, ou seja, são as cláusulas impreteríveis às quais as partes se vinculam.

Esse conteúdo do contrato determina o que as partes devem fazer e o que os contraentes podem ensejar ou exigir da sua contraparte (efeitos dos contratos), elementos que podem ser resumidos na famosa afirmação civilista: “o contrato faz lei

entre as partes”. Roppo resume essas tratativas e convenções em uma única expressão: “regulamento contratual”. (ROPPO, 1988, p. 125-126)

O sistema capitalista tem como fundamentos os princípios da liberdade de iniciativa privada e a liberdade contratual, contudo, essas liberdades, como todas as demais previstas no ordenamento jurídico, não são absolutas.

Obedecendo os limites legais as partes são livres para determinar o regulamento contratual. Todavia, determinadas suas cláusulas e formalizado o contrato manifesta-se a responsabilidade contratual, que não pode ser elidida (rescindida) unilateralmente por um dos contraentes: *pacta sunt servanda*.

Nesse período liberal, o direito privado, notadamente o direito contratual, está alicerçado na autonomia de vontade das partes, exteriorizando a total liberdade individual na seara contratual, posto que o conteúdo da vontade não deveria sofrer nenhum tipo de controle estatal, pois na perspectiva liberal a reflexão do ordenamento jurídico não está voltada para a justa ou injusta equivalência das prestações pactuadas, mas sim volta-se apenas para a comprovação da licitude ou ilicitude da avença.

Em síntese, o direito moderno e a teoria contratual desenvolvida nesse contexto alocaram a vontade individual no centro do direito privado, consagrando a sua força jurídica. O positivismo legalista que surge a partir de então passa a se ocupar de garantir a validade da vontade livremente declarada e os efeitos obrigatórios dela decorrentes. (FILHO; RITA, 2016, p. 389-410)

Paulo Nalin procura demonstrar que esse perfil clássico liberal da relação jurídica obrigacional não abrange a moderna tendência constitucional pátria, que busca outorgar dignidade aos contratantes, baseada em princípios como solidariedade e igualdade material.

Para o autor, o valor jurídico a ser tutelado nessa contemporânea percepção da justiça contratual é o equilíbrio, que, através da solidariedade, deverá ser restaurado pelo judiciário em demanda revisionista, enfocando o desdobrar dos fatos econômicos de forma objetiva, uma vez que se julga a obrigação como um todo, não apenas o obrigado.

Um novo perfil de segurança jurídica contratual há de levar em conta a abertura do sistema privado, para que possa o intérprete localizar, na vocação constitucional solidária, o seu alicerce fundamental. Essa construção leva em conta, precipuamente, a justiça contratual

contemporânea, baseada na ideia do equilíbrio das obrigações reciprocamente consideradas. (NALIN, 2001, p. 213)

Desta feita, os princípios liberais clássicos dos contratos cedem espaço à teoria contratual contemporânea, alicerçada principalmente nos princípios da boa-fé objetiva, função social e equilíbrio das avenças.

A Ordem Econômica Constitucional Brasileira tem como um de seus fundamentos a livre-iniciativa, consagrando, nesse ponto, uma economia de mercado, a qual tem por finalidade precípua a circulação de riquezas na sociedade.

O instrumento previsto no ordenamento jurídico que instrumentaliza essa transferência de riquezas entre os agentes econômicos é o contrato, que tem na autonomia privada um dos seus elementos essenciais de formação.

Contudo, a autonomia (liberdade) conferida aos sujeitos para consumir relações negociais é nesse momento limitada pelo ordenamento em prol de interesses coletivos, posto que a constitucionalização do Direito Civil outorgou aos contratos uma função social, a qual está estipulada no Art. 421 do diploma civilista brasileiro.

O perfil neoliberal do negócio jurídico, com a contemplação do interesse individual e coletivo, passa a considerar o equilíbrio dos pactos, limitando, quando necessário, a autonomia privada de cariz liberal, tarefa das constituições sociais e econômicas, remarcadas pela intervenção estatal mínima e regulação do mercado. (FERREIRA, 2015, p. 354)

O princípio do equilíbrio contratual não foi expressamente incorporado pelo Código Civil de 2002, contudo, foi acrescentado no ordenamento jurídico pátrio através de algumas leis extravagantes, tal como o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art.

170, da Constituição Federal), *sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.* (grifo nosso)

As mudanças substanciais sofridas pelas relações mercadológicas em geral, não apenas consumeristas, intensificaram os debates sobre a necessidade de mudanças na antiga legislação civilista, posto que os contratos sofriam influências advindas de oscilações tanto econômicas quanto sociais.

A reforma de 2002, o Código Civil, inseriu mecanismos legais capazes de lidar com os acontecimentos que provoquem a perturbação da base do negócio jurídico originalmente acordado pelos contratantes. Preenchidos os requisitos exigidos, a intervenção judicial poderá ocorrer visando instaurar ou restabelecer o equilíbrio econômico do contrato oneroso e comutativo, seja na hipótese de violação genérica do sinalagma, seja nas hipóteses em que tenha sido afetado por situações que escapem à previsão das partes, sendo certo que seus efeitos desnaturam a base do negócio jurídico avençado (teoria da imprevisão ou onerosidade excessiva). (ZANETTI, 2012, p. 153-154)

O equilíbrio entre as prestações do contrato, ao indicar a impraticabilidade de uma das partes alcançar proveitos excessivos em relação à outra, corresponde ao novo paradigma de justiça contratual, no qual relativiza-se a força obrigatória das avenças baseadas na autonomia privada.

A justiça contratual, assim, passa a incorporar um conteúdo qualitativamente diverso: fala-se em justiça comutativa, de modo que o dirigismo contratual atuará para buscar o equilíbrio da relação contratual. Admite-se, pois a revisão do pactuado quando houver desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato no curso de sua execução. Se no contrato clássico o princípio da *pacta sunt servanda* era quase absoluto, na nova ordem principiológica ele é relativizado, abrindo espaço para a cláusula *rebus sic standibus*, reputada como ínsita a todos os contratos. Deslegitima-se, por conseguinte, a ideia de Fouillée, de matriz Kantiana, de que “quem diz contratual diz justo”. A justiça contratual não se dá pela simples convergência de vontades dos indivíduos, mas, em verdade, liga-se à ideia de equilíbrio contratual, imperando a justiça comutativa – que traz uma ideia de equivalência econômica das prestações. (RUZYK, 2002, p. 31)

Nessa perspectiva, o princípio ora em comento procura assegurar a equivalência das obrigações inicialmente pactuadas diante de conjunturas desfavoráveis para uma das partes do contrato, entretanto, não menospreza os

demais princípios constitucionais civilistas, tais como a função social dos contratos e, notadamente, o princípio da boa-fé objetiva.

Não obstante, é possível ainda elencar a ideia de vontade como uma importante ferramenta de representação da atuação da livre atividade econômica. Contudo, o que se pretende com a introdução do princípio do equilíbrio econômico nos contratos no ordenamento jurídico “é garantir uma relação minimamente justa, atuando em situações de desigualdade de forças entre os contratantes para prevenir e remediar abusos, a fim de garantir, em última instância, a própria liberdade do indivíduo”. (ZANETTI, 2012, p. 171)

Discorrendo sobre a inquietação atual com a justiça e utilidade dos contratos, a Professora Andrea Cristina Zanneti, cujas lições são o parâmetro para o estudo do princípio do equilíbrio contratual, elenca uma série de mudanças ocorridas no Direito Contratual Brasileiro:

a) Edição de leis para combater negócios usuários e lesão; b) aceitação, pelo ordenamento, da revisão dos termos de contrato pela teoria da imprevisão e onerosidade excessiva; c) nulidade de cláusulas abusivas nos contratos de adesão; d) observância de princípios como a função social, a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual no exame dos limites da liberdade contratual; e) possibilidade de redução da cláusula penal, quando se mostrar excessiva, dada a natureza e finalidade do negócio ou diante do adimplemento parcial e útil do contrato; f) enfim, ao intervencionismo do Estado, quando necessário. (ZANETTI, 2012, p. 172)

Destarte, é possível concluir que esse princípio, hodiernamente, não está limitado a uma preocupação simplista de puro equilíbrio econômico. É voltado para a busca de harmonia entre direitos e deveres e/ou uma melhor distribuição entre riscos e ônus, os quais poderão apresentar certas variações na execução da avença, sempre levando em consideração a ideia de adequação e justiça impostas por princípios que integram a moderna teoria contratual.

Por fim, sintetiza Paulo Luiz Netto Lobo que esse princípio visa à realização do equilíbrio real, não apenas formal (que imperava na teoria clássica dos contratos):

O princípio da equivalência material visa a equação justa e equilibrada entre as partes contratantes, o que poderá ocorrer tanto para preservar uma proporcionalidade de direitos e obrigações já existente na relação contratual quanto para restaurar desequilíbrios que surgiram nesta relação após sua celebração, mesmo que o acontecimento gerador do equilíbrio pudesse ser previsível. Afinal, o que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do

contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas. (LÔBO, 2002, p. 2)

A ampliação da área de mediação do princípio tem o condão de variar conforme as singularidades de cada caso concreto, não apenas para a obtenção de uma igualdade monetária, tal como era preconizada pela teoria contratual clássica, isto é, a igualdade formal, mas de obrigações e direitos, de forma a preservar um mínimo de proporcionalidade e razoabilidade, sem negligenciar as circunstâncias concretas de cada caso, o que abrange a intenção das partes e sua adequação aos preceitos legais, mantendo, entretanto, a estrutura do contrato. (ZANETTI, 2012, p. 175)

Consentir com a aplicação do princípio do equilíbrio contratual, ou para muitos autores princípio da equivalência material, significa afastar-se do antigo conceito de igualdade jurídica e formal, tal qual amplamente sustentado durante o período do liberalismo clássico.

Para o jurista alemão Karl Larenz a base do negócio jurídico é formulada por dois aspectos. O primeiro deles subjetivo, que está ligado à representação mental das partes envolvidas (são os motivos), ao passo que a segunda base do negócio jurídico é o aspecto objetivo do contrato, que, em suas palavras:

São o conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência pressupõe devidamente o contrato, já que, se não fosse assim, não se conseguiria o seu fim, o propósito das partes contratantes e a subsistência do contrato não teria sentido ou causa justificada. (LARENZ apud ZANETTI, 2012, p. 178)

Essa perspectiva objetiva das avenças contratuais representa o componente substancial do princípio do equilíbrio econômico, uma vez que qualquer alteração na dimensão objetiva dos contratos pode configurar hipóteses legais em que o desequilíbrio suscitado no sinalagma anteriormente pactuado tem o condão de possibilitar a intervenção judicial.

O princípio basilar do equilíbrio contratual determina que, em todo e qualquer momento situado ao longo da relação existente entre os

contratantes, a prestação de uma dada obrigação deve corresponder à equivalência de sua contraprestação, mantendo-se idênticas condições de proporcionalidade patrimonial quando da transferência material da prestação mediante a transferência monetária fornecida pela contraprestação. Do ponto de vista racional, é de pressupor, quando da execução contratual, que ambas as partes a ele vinculadas, postam-se no sentido da existência permanente das condições mantenedoras de equilíbrio das suas obrigações, geralmente expressa por uma equação econômico financeira que traduziria o equilíbrio econômico financeiro do contrato e das intenções das partes. (MARENIUK, 2011, p. 172)

Até a presente oportunidade o princípio do equilíbrio contratual foi apresentado de forma teórica e abstrata, como um princípio intrínseco ao sistema contratual, sendo manifesta a sua relevância para a teoria geral dos contratos, notadamente quando ocorre algum tipo de desequilíbrio no sinalagma.

Nos casos em que se verificam a desarmonia exacerbada entre prestações supervenientes à relação contratual, provocada por fato estranho às partes, extraordinário e imprevisível, desponta-se o desequilíbrio contratual e, assim sendo, ocorre a ruptura do sinalagma do negócio jurídico. (ZANETTI, 2012, p. 177)

Aplicadas essas premissas, na continuidade do estudo o princípio do equilíbrio contratual será apresentado em um contexto concreto, isto é, em qual momento se faz necessária sua utilização, quais são os fundamentos que autorizam a sua incidência e de que forma esses elementos externos justificam a intervenção judicial com o intuito de revisar os contratos, a fim de restabelecer a paridade material entre as obrigações pactuadas sem desnaturá-las por completo, mantendo-se assim a estrutura sinalagmática do contrato.

1.5 OCORRÊNCIA DO DESEQUÍLBRIO CONTRATUAL

No tocante ao direito contratual, uma vez celebrado o ajuste as partes criam mutuamente direitos e obrigações e devem cumpri-lo exatamente de acordo com o pactuado – *pacta sunt servanda*.

Não obstante, a execução do contrato consoante o celebrado pode ser influenciada por circunstâncias imprevisíveis que refletem de forma negativa sobre o pacto, tornando a prestação de uma das partes sobejamente dispendiosa e desproporcional em relação à sua contraparte.

No cumprimento, ou execução, todavia, o contrato pode sofrer impactos negativos de fatos e acontecimentos imprevistos na época da contratação, especialmente decorrentes de conjuntura crise econômica como aquelas que o mundo tem enfrentado, podendo em certas circunstâncias o cumprimento de a obrigação tornar-se excessivamente oneroso para uma das partes ou até mesmo em certas situações impossibilitar de forma absoluta o cumprimento. (FILHO, 2017, p. 209)

Nessas circunstâncias irrompe a possibilidade para o contratante penalizado pela conjuntura adversa evocar as teorias civilistas de revisão contratual. Nos próximos itens serão analisados os institutos da onerosidade excessiva e a teoria da imprevisão (*cláusula rebus sic standibus*).

Apesar de muitos doutrinadores⁵ considerarem que existem diferenças entre a teoria da imprevisão e *cláusula rebus sic standibus*, para os fins dessa pesquisa ambas serão tratadas como sinônimos.

1.5.1 Teoria da Imprevisão

Como já mencionado o contrato é um título privado de circulação de riquezas bilateral, isto é, pressupõe obrigações recíprocas e proporcionais. Em condições normais o contrato “faz lei entre as partes”.

Em síntese, o contrato é a própria afirmação da maior individualidade humana, pois originando da vontade das partes, ele somente se completa quando alcançam os contratantes um entendimento aceitável a ambos, através da tolerância de cada um. Essas prestações e contra-prestações, na sua interdependência orgânica, ou seja, a “causa objetiva”, formam o núcleo essencial do contrato. A causa está nele incorporada e define a sua estrutura e conteúdo. É o centro em torno do qual se movem os contraentes, que têm de aceitá-la e sujeitar-se aos limites e condições por ela impostos. É na causa, assim entendida, *que se localiza e realiza a justiça contratual como equilíbrio interno entre os valores objetivos das coisas ou serviços trocados. É nele que está o fundamento da obrigatoriedade do acordo, a razão por que o legislador o protege e dele faz lei entre as partes.* (grifo nosso) (OLIVEIRA, 2002, p. 30)

Todo contrato está baseado no equilíbrio existente entre as prestações recíprocas dos contraentes, e dessa estabilidade advém a obrigatoriedade de cumprimento da avença conforme seus termos originais: *pacta sunt servanda*.

⁵ Cita-se a clássica obra de Geraldo Serrano Neves, intitulada “*Teoria da imprevisão e cláusula rebus sic standibus*”, cuja primeira edição foi lançada em 1956.

Entretanto, a dinâmica fluída e oscilante das relações contratuais exigidas pela economia de mercado, não está em compatibilidade com a ideia de um contrato inalterável e invariável. Nesse cenário a revisão dos contratos busca conciliar a segurança jurídica com um desequilíbrio contratual superveniente. É a relativização do princípio da obrigatoriedade das avenças.

Henrique Stodieck, citado por Nelson Borges, identificou uma possibilidade de aplicação da imprevisibilidade (através da revisão) às avenças ainda na antiguidade, conforme a Lei 48 do Código de Hamurábi (1690 a.C):

Na *Lei 48* daquele código se encontrou a primeira manifestação (rupestre) do homem sobre a imprevisibilidade, ali registrada como uma hipótese de caso fortuito ou força maior, ângulo pelo qual o princípio era conhecido na antiguidade. O texto legal dizia: “Se alguém tem um débito a juros e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta d’água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, *deverá modificar a sua tábua de contrato* e não pagar juros por esse ano”. (grifos do autor) (BORGES, 2006, p. 186)

As modernas teorias revisionais dos contratos têm sua origem no Direito Medieval, através da cláusula *rebus sic standibus*.

Com efeito, se o Direito Romano não transigia com os conceitos tradicionais, os juristas da Idade Média, atentando em que nos contratos de execução diferida o ambiente no momento da execução pode ser diverso do que existia no da celebração, sustentaram, acreditando-se fundados em um texto de Neratius, em torna da aplicação da *condictio causa data causa non secuta*, que o contrato devia ser cumprido no pressuposto de que se conservassem imutáveis as condições externas, mas que, se houvesse alterações, a execução devia ser igualmente modificada. A teoria tornou-se conhecida como cláusula *rebus sic standibus*, que não se lê expressa, mas figura implícita, segundo a qual os contratantes estão adstritos ao seu cumprimento rigoroso, no pressuposto de que as circunstâncias ambientes se conservem inalteradas no momento da execução, idênticas às que vigoravam no da celebração. (PEREIRA, 2000, p. 98)

A teoria foi esquecida ao longo do tempo, ressurgindo após a I Guerra Mundial, uma vez que o conflito gerou um grande desequilíbrio nos contratos celebrados a longo prazo.

A I Guerra Mundial (1914-1918) trouxe completo desequilíbrio para os contratos a longo prazo. Franqueou benefícios desarrazoados a um contratante, em prejuízo do outro. Afetou a economia contratual, com prejuízo para a economia geral. Procurando coibi-lo, votou a França a Lei Faillot, de 21 de Janeiro de 1918, sobre os contratos de fornecimento de carvão, concluídos antes da guerra e alcançados por ela; ao mesmo tempo imaginou-se na Inglaterra a doutrina da Frustration of Adventure; retomou-se na Itália a cláusula rebus sic standibus; reconstituiu-se por toda parte o mecanismo da proteção do contratante contra a excessiva onerosidade superveniente. (PEREIRA, 2000, p. 99)

Apesar de aplicada em alguns casos, a Justiça ainda resistia em considerá-la como uma regra contratual, especialmente no Brasil, posto que a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) sempre simbolizou regra de ouro do direito negocial. Tanto é assim que o Código Civil Brasileiro de 1916 não apresentava menção à tese revisionista dos contratos; apenas com a promulgação do Novo Código Civil em 2002, a teoria da imprevisão, em sua roupagem contemporânea, foi positivada no direito pátrio, ainda assim de forma indireta. (RODRIGUES, 2004, p. 23)

A teoria da imprevisão é colorária ao princípio da equidade, pois, conforme suas premissas, um contratante não pode ser prejudicado por fatos que extrapolam seu domínio e sobre os quais não possui nenhum controle.

Não é mister, diga-se, que a prestação se torne irrealizável para que o devedor se libere do vínculo contratual. Torna-se satisfatória quando, através de fatos imprevisíveis, ela se torne demasiadamente dispendiosa para uma das partes. Caso isso sobrevenha, pode o prejudicado, amparado pela teoria da imprevisão, requerer a rescisão do ato jurídico. Assim a segurança das prestações não é considerada mais princípio absoluto, mercê da aplicação da regra “rebus sic standibus”, que permite a ruptura das convenções, uma vez verificado que, na sua execução, pela mudança de condições do fato, um dos contratantes possa arrastar o outro à ruína e ao desespero [...]. A cláusula “Rebus sic standibus” ou a moderna teoria da imprevisão decorreria da própria Equidade e da própria Justiça, pois o magistrado, na sua árdua função de realizar o direito, posto em contato com o caso prático, pelo inato e irresistível desejo de evitar a iniquidade, não pode fugir à natural tendência de humanizar a lei. (OLIVEIRA, 2002, p. 58-59)

Por representar uma exceção à obrigatoriedade contratual, a observância das teorias revisionais do contrato denota restrita aplicação, exigindo-se a ocorrência não de fatos supervenientes subjetivos, mas sim de circunstâncias nas quais a

modificação lesiva invocada pelo contratante prejudicado possa ser demonstrada de forma objetiva:

Admitindo-se que os contratantes, ao celebrarem a avença, tiveram em vista o ambiente econômico contemporâneo, e previram razoavelmente para o futuro, o contrato deve ser cumprido, ainda que não proporcione à parte o benefício esperado. Mas, se tiver ocorrido modificação profunda nas condições objetivas coetâneas da execução, em relação às envolventes na celebração, imprevistas e imprevisíveis em tal momento, e geradoras de onerosidade excessiva para um dos contratantes, ao mesmo passo que *para o outro proporciona em lucro desarrazoado*, cabe ao judiciário insurgir-se e recusar a prestação. Não o justifica uma apreciação subjetiva do desequilíbrio das prestações, porém a ocorrência de um acontecimento extraordinário, que tenha operado a mutação do ambiente objetivo, em tais *termos que o cumprimento do contrato implique em si mesmo e por si só, no enriquecimento e empobrecimento do outro*. Para que se possa, sob fundamento na teoria da imprevisão, atingir o contrato, é necessário que ocorram requisitos de apuração certa: a) vigência de um contrato de execução diferida ou sucessiva; b) alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto com o ambiente objetivo no da celebração; c) onerosidade excessiva para um dos contratantes e *benefício exagerado para o outro*; d) imprevisibilidade daquela modificação. (grifo nosso) (PEREIRA, 2000, p. 100)

Indubitavelmente, na seara laboral, não é possível exprimir a ideia de “lucro desarrazoado”, “enriquecimento” e “benefício exagerado” do trabalhador, entretanto, caso a onerosidade superveniente da execução do contrato de trabalho resulte em “ruína” da empresa, causando desemprego de todos os trabalhadores, algumas obrigações assumidas devem ser revistas de forma temporária a fim de preservar os postos de trabalho, prevalecendo, dessa maneira, o princípio do pleno emprego.

Legalmente, as normas estão previstas nos artigos 478 e 479 do Código Civil Brasileiro: “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”

Incontestavelmente, a resolução do contrato de trabalho não será possível, em virtude do princípio da continuidade da relação empregatícia.

Nesses casos, aplicar-se-á a norma do art. 479 do mesmo diploma legal, que preconiza a remodelação das cláusulas contratuais a fim de restaurar o equilíbrio

econômico financeiro da avença: “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.”

Sintetizando, a teoria da imprevisão tem por função precípua reequilibrar as prestações dos contratantes, durante o tempo que os fatos supervenientes, imprevisíveis e irresistíveis estiverem provocando efeitos negativos para a parte.

Constitui exceção aos princípios da intangibilidade e da inalterabilidade do negócio jurídico, pois preserva a avença pela busca do equilíbrio contratual originário. Segundo a teoria da imprevisão, os contratos de trato sucessivo ou de execução diferida no tempo são passíveis de modificações decorrentes da ocorrência de eventos supervenientes. (LISBOA, 2005, p. 151)

O emprego dos critérios da teoria da imprevisão em benefício do obreiro é uniformemente aceito tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, todavia, sua aplicabilidade em proveito do empregador consiste em matéria imensamente polêmica, conforme será demonstrado no capítulo seguinte.

Entretanto, diante da grave crise econômica atravessada por vários países mundo afora, e notadamente no Brasil, uma nova corrente surge para tentar conciliar a preservação das empresas e em consequência, os postos de trabalho, posto que a finalidade do Direito laboral busca equacionar os interesses tanto dos trabalhadores quanto dos empregadores, e não proteger uns em detrimento dos outros, pois os interesses da empresa são importantes também e não podem ser totalmente sacrificados em benefícios dos empregados. (CARLI, 2005, p. 16)

O cenário econômico nacional está sempre em constante mudança, regras novas são criadas diariamente e outras são modificadas, fazendo com o que foi pactuado anteriormente entre empregadores e empregados torne-se extremamente oneroso de ser cumprido, existindo risco de onerosidade excessiva, o que pode levar até ao ponto de encerrar as atividades empresariais, com a consequente dispensa dos trabalhadores.

A propensão humana de efetuar previsões para determinar com a máxima exatidão as condições futuras, tem por objetivo a manutenção das condições presentes, de forma que toda e qualquer flutuação que venha a ocorrer por reflexo ou não, das ações vivenciadas tenham o menor impacto possível sobre a necessidade do *homo economicus* em se adaptar aos novos acontecimentos. Esta adaptação, contudo, não poderá ser dissociada dos fatores comuns ao seu ambiente, como alteração do padrão monetário, políticas econômicas, taxas de juros, inflação, especulação e principalmente

corrupção, contidos nos planos microeconômico e macroeconômico. (MERENIUK, 2011, p. 28)

Desta feita, o objetivo principal dessa nova corrente de pensamento, que reflete a flexibilização da rigidez de alguns dogmas laborais, é a preservação de postos formais de trabalho, através da preservação do empreendimento econômico, posto que analisa institutos jurídicos que, em casos de crise econômica ou onerosidade excessiva, buscam oferecer garantias de emprego e condições dignas de trabalho e remuneração, desde que apresente como contrapartida a sobrevivência da empresa. (WALDRAFF, 2009, p. 18)

Nesse cenário, fica claro que a subsistência dos postos de trabalho formais é um fator indispensável para o manutenção da ordem econômica e social do país, pois a desocupação da população é vista como uma das causas para o aumento da desigualdade social.

1.5.2 Pressupostos fáticos de aplicação da Teoria da Imprevisão

A definição da imprevisão é externa às estruturas jurídico-formais da composição do negócio jurídico sancionado entre as partes, sendo imprescindível a análise dos conceitos de imprevisibilidade, fato superveniente, irresistibilidade e desequilíbrio econômico, esse último citado brevemente no estudo do princípio do equilíbrio contratual.

Em qualquer caso, a parte prejudicada deverá demonstrar a ausência de contribuição direta ou indireta acerca do episódio classificado como imprevisível. Constatadas essas premissas no caso concreto caberá a revisão contratual baseada na cláusula *rebus sic standibus*.

O fato superveniente está relacionado com as modificações das circunstâncias socioeconômicas no momento da execução do contrato sucessivo, evidenciando que a manifestação de vontade anteriormente exteriorizada não condiz mais com o cumprimento equânime das condições e cláusulas contratuais originárias.

A existência de um contrato comutativo de execução diferida ou sucessiva é, a nosso ver, *conditio sine qua non* para a aplicação da teoria da imprevisão. Faz parte da própria essência dessa teoria, haja vista que nos contratos de execução imediata não teria sentido falar em fatos imprevisíveis que pudessem alterar o equilíbrio

contratual. A alteração radical das condições econômicas no momento da execução do contrato, em confronto com as do instante da sua formação faz com que as partes, se pudessem prever a alteração das circunstâncias, não teriam firmado a avença. (DONNINI, 2001, p. 64)

Além de exigir a ocorrência de fato superveniente, o emprego da teoria da imprevisão requer invariavelmente que esse fato seja considerado imprevisível. (SIQUEIRA, 2016)

O professor Nelson Borges assim conceitua a “doutrina da imprevisibilidade”:

Diferentemente do caso fortuito ou de força maior – em que a anormalidade do acontecimento se constatou ser de relativa importância, a ela se sobrepondo a *lesão objetiva*, decorrente da inevitabilidade e irresistibilidade do evento – a *excessiva dificuldade de adimplemento* deu origem a um dos mais importantes pressupostos do princípio da Teoria da Imprevisão, verdadeira *ratio essendi* de sua existência, também chamada de *doutrina da imprevisibilidade*. Sem a ocorrência do inusitado, do elemento *extraordinário*, situado fora dos quadros de previsões normais do cotidiano, da vivência do cidadão comum, modificador da base contratual que fez nascer a lesão virtual (ou ao desaparecimento do alicerce contratual), não haveria possibilidade de revisão ou resolução do pacto. Tanto a doutrina como a jurisprudência, em todo o mundo, têm como definitiva a conceituação de que, *imprevisível* tem sido considerado todo acontecimento *incomum*, cuja probabilidade de surgimento no instante da vinculação, a parte contratante não tinha a menor condição de prever, dado seu caráter extraordinário. Foi denominado de evento *possível*, mas não *provável*. (grifos do autor) (BORGES, 2006, p. 201)

Essa definição que o professor traz de “evento possível, mas não provável” é de extrema relevância para os fins dessa pesquisa, que defende a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos individuais de trabalho.

Nelson Borges constrói um exemplo bem didático em sua obra para diferenciar ambas as situações. O autor descreve uma situação hipotética de um contrato de longo prazo entre um argentino e um brasileiro. Supondo-se que os países entrem em guerra, esse fato é considerado como imprevisível.

Afirma ele que no cenário apontado, considerando-se a normalidade das relações entre os países, a guerra será avaliada como um *fato imprevisível*. Isso porque, não obstante *possível*, os elementos palpáveis não sustentavam a convicção de que poderiam, iminentemente, transformar-se de possível em provável. (BORGES, 2006, p. 202)

A obra do professor Nelson Borges utilizada como referência foi publicada no ano de 2006, ou seja, há 13 anos. O exemplo pode ser transportado para os dias atuais e relacionado ao Direito do Trabalho.

Considerando-se os infortúnios para as economias locais e até regionais, a falta de energia, de combustível e outros itens porventura fornecidos pelo país vizinho, causaria um desequilíbrio na contabilidade das empresas, que ficariam sem condições para produzir bens, escoar a produção e até mesmo a prestação de serviços básicos restaria prejudicada.

Indubitavelmente, devido a impossibilidade de geração de caixa das empresas, os contratos de trabalho seriam afetados e, nesse caso, caberia a revisão contratual com base na teoria da imprevisão, posto que a “guerra” era até possível, mas não provável na época da contratação dos trabalhadores.

Uma premissa que vale mencionar é a não ingerência (direta ou indireta) do contratante afetado sobre o fato superveniente. Recorrendo-se uma vez mais às lições de Nelson Borges, esse requisito representa a “inimputabilidade”:

Na composição do perfil jurídico da doutrina, com vistas à elaboração do quadro fático em que seus pressupostos de admissibilidade se ordenam, um outro requisito se apresentou desde logo como inafastável: a *inimputabilidade*. Haveria de existir, sempre, prova da negativa de autoria, por ação ou omissão, do fato alterador das circunstâncias, a ser atribuída àquele que do benefício legal, pretendesse se valer, ficando estreme de qualquer dúvida não lhe caber responsabilidade pela lesão virtual ou extinção da base negocial. Isto significaria que o acontecimento extraordinário causador do dano iminente – ou supressão do suporte contratual – não poderia ter sido provocado por quem invocasse o benefício legal. (BORGES, 2006, p. 206)

Presentes essas premissas fundamentais, a aplicação da teoria da imprevisão e conseqüentemente, a revisão contratual será possível, inclusive na seara laboral, desde que de forma temporária e visando à preservação dos postos de trabalho.

1.5.3 A Teoria da Imprevisão na Consolidação das Leis do Trabalho

A Consolidação das Leis do Trabalho contém disposição de revisão contratual na ocorrência de força maior. Existe uma grande discussão doutrinária acerca da diferenciação entre força maior e caso fortuito. Ao tecer comentários acerca da

possibilidade de revisão dos contratos administrativos, afirma José dos Santos Carvalho Filho:

Caso fortuito e força maior são situações de fato que redundam na impossibilidade de serem cumpridas as obrigações contratuais. O primeiro decorre de eventos da natureza, como catástrofes, ciclones, tempestades anormais, e o segundo é resultado de um fato causado, de alguma forma, pela vontade humana, como é o clássico exemplo da greve [...]. A distinção entre o caso fortuito e a força maior tem suscitado inúmeras discrepâncias. Entretanto, o que importa é que, independentemente do sentido que se lhes empreste, ambos se caracterizam como fatos imprevisíveis. A imprevisibilidade é que figura como núcleo central daquelas situações. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 217)

O Capítulo VIII da CLT traz a previsão de alteração do contrato de trabalho na ocorrência de força maior:

Art. 501 - Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.

§ 1º - A imprevidência do empregador exclui a razão de força maior.

§ 2º - À ocorrência do motivo de força maior que não afetar substancialmente, nem for suscetível de afetar, em tais condições, a situação econômica e financeira da empresa não se aplicam as restrições desta Lei referentes ao disposto neste Capítulo.

[...]

Art. 503 - É lícita, em caso de força maior ou prejuízos devidamente comprovados, a redução geral dos salários dos empregados da empresa, proporcionalmente aos salários de cada um, não podendo, entretanto, ser superior a 25% (vinte e cinco por cento), respeitado, em qualquer caso, o salário mínimo da região.

Parágrafo único - Cessados os efeitos decorrentes do motivo de força maior, é garantido o restabelecimento dos salários reduzidos.

Art. 504 - Comprovada a falsa alegação do motivo de força maior, é garantida a reintegração aos empregados estáveis, e aos não-estáveis o complemento da indenização já percebida, assegurado a ambos o pagamento da remuneração atrasada.

A hipótese de “comprovados prejuízos” não é aceita no Direito do Trabalho contemporâneo devido ao princípio da alteridade, que proíbe a transferência dos riscos da atividade econômica para o obreiro. Nessa esteira, eventuais crises econômicas não são consideradas como motivo de força maior na Justiça Laboral:

RECURSO ORDINÁRIO DAS RÉS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATRASO NO INADIMPLEMENTO DE VERBAS TRABALHISTAS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CRISE FINANCEIRA NACIONAL. CASO

FORTUITO OU FORÇA MAIOR. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRINCÍPIO DA ALTERIDADE. ASSUNÇÃO DOS RISCOS. APLICABILIDADE. As dificuldades financeiras enfrentadas pelo empregador, decorrentes de má gestão empresarial ou de acontecimentos externos, no mercado local, nacional ou global, não configura "caso fortuito" ou "força maior" para fins de lhe evitar o adimplemento das verbas trabalhistas, porquanto, diante do princípio da alteridade, assume os riscos do empreendimento. Nada obstante a possível crise enfrentada pelo empregador, os serviços prestados por seus empregados ostentam cunho econômico e impõem o pagamento regular e pontual da contrapartida pecuniária. Recurso improvido. (TRT-7 - RO: 00012192520155070027, Relator: JOSE ANTONIO PARENTE DA SILVA, Data de Julgamento: 18/05/2017, Data de Publicação: 01/08/2017)

Entretanto, apesar de crise econômica não ser considerada motivo de força maior para a revisão do contrato de trabalho, caso exista risco de extinção do empreendimento econômico, o princípio da alteridade e proibição do retrocesso devem ser sopesados com o princípio do pleno emprego.

A busca pelo pleno emprego é um princípio impositivo da ordem econômica pátria, esculpido no art. 170, VIII da Carta Magna. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de forma simplória, atribui o seguinte sentido à busca pelo pleno emprego “criar oportunidades de trabalho, para que todos possam viver dignamente, do próprio esforço”. (FERREIRA FILHO, 2001, p. 356)

Tamanha sua importância na concretização de outra norma diretriz pátria, isto é, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, na medida em que o desenvolvimento nacional que cumpre realizar também o pleno emprego, que pressupõe “assegurar economia autossustentada, suficientemente equilibrada para permitir ao homem reencontrar-se consigo próprio, como ser humano e não apenas como um dado ou índice econômico.” (GRAU, 2017, p. 249)

O emprego é condição de dignidade para os trabalhadores em geral, ao mesmo tempo em que consiste em uma premissa fundamental para o progresso e a estabilidade social. Todo ser humano tem direito a um emprego honesto, logo, cabe ao Poder Público fomentar o mercado de trabalho através de políticas econômicas e sociais que garantam oportunidades de emprego a todos com rendimentos justos.

Não obstante, consubstancia também, o princípio da busca do pleno emprego, indiretamente, uma garantia para o trabalhador, na medida em que está coligado ao princípio da valorização do trabalho humano e reflete efeitos em relação ao direito social do trabalho art. 6º,

caput). Do caráter conformador do princípio decorrem consequências marcantes, qual, dentre eles, o de tornar inconstitucional a implementação de políticas públicas recessivas. (GRAU, 2017, p. 251)

Maílson da Nóbrega fez um diagnóstico preciso em seu discurso na academia acerca da situação econômica pela qual atravessa o país:

Escolha de “campeões nacionais”; expansão insustentável dos gastos públicos; ressurgimento do protecionismo e da política de substituição de importações; restabelecimento do controle de preços, como no caso da gasolina e do diesel, que prejudica a Petrobrás e os produtores de etanol; intervenção na economia, como na desastrosa mudança das regras do jogo na energia elétrica. E por aí vai. Essa é a “Nova Matriz Econômica”. Não tinha como dar certo. Bastava olhar para trás. [...]. A demanda se intensificou nos serviços, grande absorvedor de mão de obra, mas de produtividade mais baixa. O mercado de trabalho se estreitou, permitindo ganhos reais de salários acima da produtividade. O custo unitário do trabalho subiu, ao tempo em que se deterioravam a infraestrutura, o sistema tributário e a legislação trabalhista. Por tudo isso, a indústria perdeu competitividade”. (NOBREGA, 2013, p. 6)

Nesse quadro fático caótico, a justiça do trabalho, como citado, deve ponderar os princípios protetivos do direito laboral com o princípio da busca pelo pleno emprego, priorizando esse último em casos específicos, ainda que de forma temporária, analisando as ferramentas jurídicas que possibilitam, em casos de crise econômica, a revisão contratual transitória, visando a sobrevivência da empresa e preservação de postos de trabalho, na medida em que a crise econômica pode ser considerada como um dos fatores geradores do alto índice de desemprego no país atualmente.

Dados mostram que o mercado vem sofrendo com o cenário econômico do país. A taxa de desemprego praticamente dobrou desde o primeiro trimestre de 2014, antes da crise econômica, quando era de 7,7%. Desde então, 6,9 milhões de pessoas entraram na fila do emprego no país. Na indústria, o número de empregados caiu de 13 milhões para 11,3 milhões entre o trimestre de fevereiro de 2014 e o desde ano. ‘É o agrupamento mais formalizado e perde praticamente 1,7 milhão de pessoas desde a crise’, afirma o economista do IBGE, Cimar Azeredo. Mesmo para quem ficou no mercado de trabalho, as condições têm piorado: o número de trabalhadores com carteira assinada caiu 337 mil no trimestre e 1,1 milhão na comparação com o mesmo período do ano anterior. ‘Ao se destruir um posto de trabalho, a recuperação leva tempo’, comentou o economista do IBGE. (PAMPLONA, 2017, p. 2)

O contrato laboral possui uma característica não encontrada em contratos civis, qual seja, traz consigo o princípio da continuidade da relação empregatícia. Tal princípio, juntamente com o princípio econômico da busca do pleno emprego, deve ser interpretado simultaneamente para se recorrer às teorias revisionais cíveis em favor do empregador.

A necessidade de proteção ao trabalhador com vistas a se alcançar a tão almejada justiça social vem sendo defendida ao longo da história, ocorre que o passar dos anos acabou testemunhando a crescente e excessiva rigidez das normas de proteção ao trabalhador de tal maneira que se chegou à necessidade de se flexibilizarem alguns direitos como mecanismo para tornar possível um controle relativo sobre um dos problemas sociais mais graves deste fim de século, o desemprego. (CARLI, 2005, p. 54)

A flexibilização de que trata os autores que defendem mudanças na legislação trabalhista é permanente. Diferentemente, o uso de teorias revisionais em casos específicos, visando exclusivamente a preservação da empresa e postos de trabalho é temporária, característica implícita às causas que autorizam a revisão contratual.

Nesse caso privilegiam-se os princípios da continuidade da relação da relação laboral e o princípio programático da busca do pleno emprego. Cessadas as causas, volta-se ao status anterior, privilegiando-se os demais princípios protetores trabalhistas.

Desta feita, o princípio em questão pode ser utilizado com o intuito de justificar o afastamento de certos direitos trabalhistas de forma temporária, pois em nada contribuiu para a afirmação social do empregado eventual recuperação judicial ou falência da empresa.

Cabe ao Estado, do mesmo modo, a responsabilidade de implementação dos princípios-fins contidos no art. 170, sempre visando a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. No desempenho de tal atribuição, compete-lhe, por exemplo, levar a efeito programas que promovam a redução da desigualdade ou que visem ao pleno emprego. Ao mesmo tempo, é dever do Estado, como agente da ordem econômica, criar mecanismos de incentivo que estimulem a iniciativa privada a auxiliar na consecução desses mesmos fins. (BARROSO, 2001, p. 198)

Um dos modos de prestigiar o trabalho humano é assegurar o pleno emprego, uma vez que o desemprego representa um dos cenários mais degradantes e desiguais que uma pessoa pode enfrentar.

O pleno emprego é um corolário da economia em amplo e eficiente funcionamento. O Estado pode operar identificando situações econômicas que afetem determinado setor produtivo com consequências para o mercado de trabalho, eis que deve fomentar os agentes de produção econômica a proporcionar maior quantidade possível de efeitos sociais e a geração de empregos é um dos mais relevantes. (MASSO, 2016, p. 71)

Compreender os motivos que levaram o legislador a erigir a busca do pleno emprego um dos princípios constitucionais da ordem econômica não é tarefa das mais difíceis. É somente através da atividade laboral que o indivíduo consegue obter seu sustento e de toda sua família, é a remuneração recebida em troca de seu trabalho que custeará as despesas gerais da unidade familiar.

A valorização do trabalho humano por meio da política de pleno emprego tem como resultado a progressiva eliminação das desigualdades socioeconômicas, da pobreza e o aumento dos salários reais. Indiretamente, o pleno emprego contribui para a melhoria das condições de trabalho e do trabalhador e para a recuperação da economia e das finanças públicas. O Pleno Emprego é condição indispensável para construir uma sociedade efetivamente democrática, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, além de possibilitar aos que não dispõem de renda da propriedade a realização individual segundo suas potencialidades. (ASSIS, 2002, p. 122)

Na medida em que o pleno emprego é consequência de uma economia forte e eficiente, em tempos de crise e recessão, é natural que haja diminuição das ofertas de postos de trabalho. Assim sendo, imperioso se faz preservar o funcionamento das empresas de alguma forma.

Além disso, em significativos e duradouros períodos de crise e recessão, a manutenção dos postos de trabalho é fundamental também para o Estado, na medida em que reduz gastos com seguro-desemprego e mantém a arrecadação de impostos sobre as folhas salariais estável, além de conservar a circulação de riquezas oriundas da injeção de ativos na economia – os vencimentos dos trabalhadores.

Algumas decisões que aplicam o raciocínio da ponderação entre os princípios da continuidade da relação empregatícia, a busca pelo pleno emprego e consequente preservação de postos de trabalho através da preservação das empresas já começam a surgir em alguns Tribunais Regionais do Trabalho:

[...] 3. ALIMENTAÇÃO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCORPORAÇÃO À REMUNERAÇÃO. SUPERAÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSUBSTANCIADO NA SÚMULA 241 DO COLENDO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - Considerada a realidade social de crise vivenciada pela grande maioria das empresas, decorrente de uma das mais graves crises por que passa o país, razoável a superação do entendimento constante da Súmula 241 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho em nome da preservação das empresas e, como consequência, do emprego de muitos trabalhadores. Recurso desprovido. (TRT-24 - RO: 0025752-52.2015.5.24.0002 MS. Relator: Des. FRANCISCO DAS C. LIMA FILHO. Publicado no DEJT em 12/12/2017).

Claro que a revisão contratual trabalhista não deve ser a única medida adotada, contudo, em situações singulares, pode contribuir com o objetivo de salvaguardar postos de trabalho até a recuperação da conjuntura econômica do país.

2. APLICAÇÃO DAS TEORIAS CIVILISTAS REVISIONAIS NO DIREITO LABORAL

No presente capítulo serão apresentadas as possibilidades de revisão contratual dos contratos de trabalho pela via coletiva, através da revisão de sentenças continuativas proferidas pelos Tribunais em Dissídios Coletivos, além de novas regras dispostas na reforma trabalhista ocorrida em 2017.

Também serão estudados os princípios do direito laboral, os quais usualmente são invocados para fundamentar a impossibilidade da revisão dos contratos laborais em desfavor do trabalhador, com o intuito de demonstrar que em circunstâncias excepcionais devem ser sopesados a fim de se preservar o empreendimento econômico, privilegiando-se, de forma temporária, o princípio programático⁶ do pleno emprego disposto no Art. 170 da CF.

2.1 A REVISÃO CONTRATUAL NO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Em decorrência do princípio da continuidade da relação empregatícia, o que faz com que o contrato de trabalho seja definido, regra geral, como um contrato por prazo indeterminado, a prestação de serviços pelo trabalhador normalmente é desempenhada durante períodos temporais muito amplos, e, à vista disso, deve sofrer adaptações na medida do possível, resultantes de descobertas de novas tecnologias, modernos e mais sofisticados modelos de produção, alteração do comportamento do mercado e especialmente adaptar-se a novas conjunturas econômicas desfavoráveis.

Assistimos às transformações do mundo das relações de trabalho numa sociedade que produz mais com pouca mão de obra. A tecnologia mostrou o seu lado cruel: a substituição do trabalho humano pelo software; a desnecessidade, cada vez maior, de um quadro numeroso de empregados para obter os mesmos resultados com redução da demanda de trabalhadores entre 25% e 35% da força de trabalho; a informatização e a robótica como principais fatores do crescimento da produtividade; o aumento do desemprego e do subemprego em escala mundial; o avanço da sociedade de serviços maior do que a sociedade industrial; novas profissões;

⁶ Segundo Jorge Miranda, as normas programáticas são aquelas que contêm programas e diretrizes que norteiam a atuação futura dos órgãos estatais. Têm por função trilhar os caminhos que o Estado deve seguir para efetivar a vontade do constituinte originário. (MIRANDA, 2013, p. 285)

sofisticados meios de trabalho, uma realidade bem diferente daquela na qual o direito do trabalho nasceu. (NASCIMENTO, A; NASCIMENTO, S, 2018, p. 53-54)

Zygmunt Bauman faz uma interessante análise do papel do trabalho na pós-modernidade. Ao comentar o fordismo, Bauman afirma que o modelo de produção implantado por Henry Ford simbolizava a denominada “modernidade sólida”, modo de produção que atualmente se encontra em extinção na cadeia produtiva mundial:

A modernidade sólida era, de fato, também o tempo do capitalismo pesado – do engajamento entre capital e trabalho fortificado pela mutualidade de sua dependência. Os trabalhadores dependiam do emprego para sua sobrevivência; o capital dependia de empregá-los para sua reprodução e crescimento. Seu lugar de encontro tinha endereço fixo; nenhum dos dois poderia mudar-se com facilidade para outra parte – os muros da grande fábrica abrigavam e mantinham parceiros numa prisão compartilhada. Capital e trabalhadores estavam unidos, pode-se dizer, na riqueza e na pobreza, na saúde e na doença, até que a morte os separasse. A fábrica era seu habitat comum – simultaneamente o campo de batalha para a guerra de trincheiras e lar natural para esperanças e sonhos. (BAUMAN, 2001, p. 89)

A passagem da “modernidade sólida” para a denominada “modernidade líquida” promoveu mudanças em todos os aspectos da vida em sociedade, sendo que a relação entre o trabalho e essa nova dinâmica fluida também foi alterada profundamente, o que traz a necessidade de novas reflexões acerca da correlação entre capital e trabalho:

Tendo se livrado do entulho do maquinário volumoso e das enormes equipes de fábrica, o capital viaja leve, apenas com bagagem de mão – pasta, computador portátil e telefone celular. O novo atributo da volatilidade fez de todo compromisso, especialmente do compromisso estável, algo ao mesmo tempo redundante e pouco inteligente: seu estabelecimento paralisaria o movimento e fugiria da desejada competitividade, reduzindo a priori as opções que poderiam levar ao aumento da produtividade. As bolsas de valores e diretorias administrativas em todo o mundo estão prontas para premiar todos os passos dados na ‘direção certa’, como ‘emagrecer’ e ‘reduzir o tamanho’, e a punir com a mesma presteza quaisquer notícias de expansão de equipe, aumento do emprego e envolvimento da empresa em projetos custosos de longo prazo. (BAUMAN, 2001, p. 93)

No mesmo sentido, afirma o professor Jorge Pinheiro Castelo:

A automação, outro aspecto da revolução tecnológica, teve uma consequência profunda na pirâmide burocrática: a base da instituição já não precisava ser grande. Tanto no trabalho braçal, quanto no intelectual, as organizações podem já agora disseminar tarefas rotineiras de maneira eficiente, graças a inovações como os códigos de barra, as tecnologias de identificação da voz, os escaneadores de objetos tridimensionais e as micromáquinas que fazem o trabalho dos dedos. A consequência dessa alta capacidade tecnológica é que a inclusão das massas - elemento social do capitalismo social e pesado - pode ser deixada para trás. Com isso, uma das grandes consequências e ironias do modelo do paradigma de pensamento derivado do capitalismo líquido e do direito do trabalho líquido é que ele reinstituiu de forma mais aguda e intensa traumas sociais e emocionais, não mais como efeitos colaterais, mas, de algum modo, de forma, agora, institucionalizada. (CASTELO, 2017, p. 24)

Há algum tempo circulou nas redes sociais um texto versando sobre velhos e novos empregos que teve muita repercussão entre internautas e que retrata fielmente as mudanças ocorridas nos modos de produção que afetaram o mercado de trabalho:

Dizia: Não é o mais forte e não é o mais inteligente que irá sobreviver no mercado. Mas sim, quem se adaptar mais rápido as grandes mudanças no mercado. E, a partir daí demonstrava quatorze momentos dessas mudanças: o MP3 faliu as gravadoras. O Netflix faliu as locadoras. O Booking complicou as agências de turismo. O Google faliu a Listel, Páginas Amarelas e as enciclopédias. O Airbnb está complicando os hotéis. O WhatsApp está complicando as operadoras de telefonia. As mídias sociais estão complicando os veículos de comunicação. O Uber está complicando os taxistas. A OLX acabou com os classificados de jornal. O celular acabou com as revelações fotográficas e com as câmeras amadoras. O Zip Car está complicando as locadoras de veículos. A Tesla está complicando a vida das montadoras de automóveis. O e-mail e a má gestão complicaram os correios. O Marketing de Rede mudou a forma de comércio. O mundo evoluiu, e com ele também a maneira de se viver e ganhar dinheiro [...]. Quanto mais atrasada a nossa visão mais caro pagaremos por isso. Antecipe-se. (FRANCO FILHO, 2018, p. 94-95)

Nesse cenário é possível reconhecer que, no domínio do contrato de trabalho, cuja execução, como citado, opera-se via períodos prolongados, é seguramente inverossímil que as condições laborais inicialmente negociadas e avençadas entre as partes sejam mantidas incólumes às transformações verificadas na sociedade pós-moderna, especialmente no que tange à introdução de aperfeiçoamentos tecnológicos.

Nossa relação com a ciência e tecnologia hoje é diferente daquela característica de tempos passados. Na sociedade ocidental a ciência atuou por cerca de dois séculos como uma espécie de tradição. Supostamente, o conhecimento científico superava a tradição, mas de fato ele próprio se transformou em uma, de certo modo [...]. A maioria de nós – incluindo autoridades governamentais e políticos – tem, e tem de ter, uma relação muito mais ativa ou comprometida com a ciência e a tecnologia do que antes. (GIDDENS, 2017, p. 40-41)

A introdução de novas tecnologias nos parques industriais nas mais diversas áreas do mercado de trabalho ocasiona o que os especialistas denominam de desemprego estrutural, ou seja, aquele causado pela inserção de processos de produção mais modernos visando à redução de custos, pois há a substituição de mão de obra humana por computadores e máquinas, além de outras modernas formas de produção.

O desemprego estrutural é aquele que tem como causa não apenas fatores transitórios de crise nas economias nacionais, mas, diversamente, um fenômeno produzido por fatores que residem no próprio modelo de estruturação da economia. Assim, é possível falar em desemprego produzido pelo próprio crescimento e pela modernização da produção, que se caracteriza pela crescente incorporação de tecnologias redutoras da necessidade de trabalho humano direto, bem como da gradual globalização das relações de produção e dos mercados, seja no terreno da dispersão internacional das etapas de produção, seja no da própria transnacionalização dos agentes econômicos. (FREITAS JUNIOR apud CAVALCANTE, 2018, p. 42)

No caso de desemprego estrutural os postos de trabalho extintos não são mais recuperados, na medida em que há substituição da mão de obra humana por máquinas ou pela informatização dos serviços.

Roberto Azevedo, Diretor Geral da Organização Mundial do Comércio (OMC), em 2017 apresentou no Senado Federal um diagnóstico das consequências e dos impactos que a introdução de novas tecnologias tende a causar nas taxas de desemprego global:

Segundo ele, 80% das perdas de postos de trabalho nas economias avançadas são ligados à inovação tecnológica. A avaliação é de que este fenômeno tende a ser ainda mais forte nos países em desenvolvimento, como o Brasil, provocando crises estruturais de desemprego.

Azevedo informou que apresentou estes estudos, todos baseados em dados oficiais dos próprios países, durante encontro do G-20 na China em outubro do ano passado. Ele prevê que o quadro pode se agravar em nações como o Brasil, devido ao despreparo técnico-científico de boa parcela da população. Este tema ainda não é percebido como uma prioridade na agenda do país, mas não tenho nenhuma dúvida de que em breve estará. Quanto menos preparada estiver a mão de obra, mais ela será afetada e substituída pelo processo de inovação tecnológica, mesmo que esta mão de obra seja barata — advertiu. (AZEVEDO, 2017, p. 1)

Cite-se, por exemplo, a instalação de caixas eletrônicos em agências bancárias ou até mesmo a internet banking, plataforma eletrônica na qual o cliente pode realizar transações em sua conta corrente de qualquer lugar do globo sem ter qualquer contato físico e presencial com um funcionário de seu banco.

Da mesma forma, o cidadão é incentivado a realizar, por si mesmo, as atividades que anteriormente eram realizadas por empregados de determinadas empresas, adotando o autosserviço ou autoatendimento como uma prática usual. Um dos primeiros setores a adotar essa prática foi o setor bancário, com a implantação dos caixas eletrônicos, nos quais praticamente toda sorte de serviços pode ser realizada. Nesse aspecto, nota-se que, inicialmente, foram os caixas de autoatendimento que induziam os clientes a realizarem os seus serviços, como pagamentos, saques, depósitos etc. sem a necessidade de serem atendidos por um empregado do Banco. Posteriormente, esse incremento do autoatendimento abandonou os espaços das agências bancárias e invadiu a casa dos seus clientes, que foram incentivados a utilizar os seus computadores pessoais para fazer transações bancárias. Surgiu o home banking que, se por um lado aumentou a demanda por trabalhos relacionados à informática, por outro resultou em uma brusca redução do número de agências bancárias. (DIAS; OLIVEIRA, 2017, p. 261-262)

Outra forma de desemprego que cresce no país de maneira estarrecedora é o denominado desemprego conjuntural, que, ao contrário do desemprego estrutural, tem sua origem em crises econômicas internas ou externas, circunstâncias que normalmente diminuem o consumo, as exportações e, sobretudo a produção, resultando em fechamento de postos de trabalho.

Porque o desemprego de agora é conjuntural. Decorre da crise econômica, que não foi causada pela legislação trabalhista. A responsabilidade pelo desemprego recai nos investimentos equivocados: estádios que nunca serão cotidianamente usados, obras beneficiando países estrangeiros, superfaturamento, corrupção, gastos públicos desordenados, violência urbana que afeta até mesmo o turismo. Vencida a crise e retomado o crescimento com investimentos nacionais e estrangeiros no país, haverá empregos,

como haveria mesmo se a legislação não tivesse sido reformada. (AIDAR, 2017, p. 16)

Em relação ao desemprego conjuntural, ou seja, aquele que não liquida de forma definitiva e inalterável os postos de trabalho, os economistas afirmam que como se refere a uma situação cíclica e momentânea, superada a crise e o momento de instabilidade econômica, os empregos seriam novamente ofertados no mercado de trabalho, diminuindo assim a taxa de desemprego do país.

O Direito Econômico não cogita do trabalho enquanto objeto de contrato. Considera-o fator de produção na política econômica e, como tal, relacionada diretamente com os princípios ideológicos constitucionalmente adotados. A política econômica do trabalho é determinada, pois, a partir da possibilidade de trabalho para todos os componentes da sociedade em condições de exercê-lo (CF/88, art. 170, VIII, busca de pleno emprego). (SOUZA, 2005, p. 72)

Nessa hipótese de desemprego conjuntural, indaga-se acerca da possibilidade de renegociação do contrato de trabalho com base nas teorias civilistas de revisão contratual, notadamente a teoria da imprevisão e onerosidade excessiva.

Previamente à análise da aplicação de institutos de Direito Civil aos contratos de trabalho, frisa-se que a própria Consolidação das Leis do Trabalho prevê uma ação revisional em caso de alterações nas circunstâncias fáticas a tal ponto que as condições de trabalho anteriormente fixadas nas sentenças oriundas de Dissídios coletivos se converteram em injustas ou inaplicáveis. Essa ação revisional está prevista nos artigos 873 e seguintes da CLT e oportunamente ao longo do estudo será detalhadamente exposta.

Ademais, faz-se necessário examinar brevemente a evolução do direito sindical e coletivo no Brasil, pois somente após sua desvinculação da organização do Estado (os sindicatos faziam parte da estrutura administrativa estatal), foram-lhes concedidos poderes e competências para desenvolver uma efetiva e real defesa da classe trabalhadora.

O Direito Coletivo do Trabalho tem por objeto de estudo, como a própria denominação indica, as relações coletivas de trabalho. Já o Direito Sindical, além das relações coletivas de trabalho, tem por objeto de estudo as organizações sindicais. Considera-se que o Direito Sindical é anterior ao Direito do Trabalho (BELLON, 2015, p. 5), posto que, preliminarmente ao surgimento do Direito Laboral,

os trabalhadores, oprimidos e hipossuficientes, organizaram-se em sindicatos para pleitear direitos, e a partir daí, surgem as leis e regulações trabalhistas.

A razão de ser das relações coletivas está na necessidade de união dos trabalhadores para que possam defender, em conjunto, as suas reivindicações perante o poder econômico. Individualmente, fato é que de toda evidência histórica, o trabalhador não tem a mesma força para defender seus interesses. Em conjunto, melhora muito seu poder de ação. (NASCIMENTO, A; NASCIMENTO, S, 2018, p. 481)

A noção de sindicalismo foi inicialmente perfilhada pela “Carta del Lavoro”, documento do Estado Fascista de Mussolini, que lançava as orientações que deveriam ser seguidas nas relações entre “patronato”, “trabalhadores” e o “Estado”, constituindo-se em um documento de modelo político corporativista, onde todos deveriam acompanhar as orientações e interesses do Estado. Tal modelo foi adotado no Brasil pelo Estado Novo de Getúlio Vargas, através da Constituição Federal de 1937 e, especialmente, pelo Decreto Lei 1402/1939, o qual regulava a associação em sindicatos.

Portanto, o modelo sindical brasileiro era perfeitamente corporativista, isto é, controlado e instrumentalizado pelo Estado. O modelo fascista/corporativista italiano, e adotado no Brasil, se caracterizava por possuir um Estado forte e centralizador, no qual tudo e todos trabalhavam em prol do poder central. Empregados e empregadores deveriam possuir os mesmos interesses, quais sejam, os de desenvolver o Estado. (BELLON, 2015, p. 8)

Os sindicatos, nesse modelo de organização sindical, eram considerados uma *longa manus* do Estado, isto é, eram entidades de Direito Público. O Estado exercia total controle sobre as entidades sindicais. Os pilares do sistema corporativista resumiam-se nas seguintes diretrizes: criação do conceito de categoria; criação do conceito de base territorial; unicidade sindical; criação do denominado “imposto sindical”; criação do “vocalato” (atualmente extinto do sistema jurídico brasileiro) e por fim, a criação da Justiça do Trabalho.

Com a constituição das “categorias de trabalhadores” houve a fragmentação dos sindicatos. Os trabalhadores só poderiam integrar as agremiações de sua categoria, o que foi idealizado para obstar conflitos de grandes proporções.

Base territorial consiste na área territorial de atuação do sindicato, a qual pode ser nacional, estadual, interestadual, municipal e intermunicipal. Vale

ressaltar que a base territorial mínima é a municipal, visando a uma ainda maior pulverização das organizações sindicais. Com tais conceitos, tem-se a ideia da unicidade sindical, que consiste na proibição legal de mais de um sindicato da mesma categoria em uma mesma base territorial.

Tais resquícios do corporativismo foram mantidos na Constituição Federal de 1988:

Art. 8º- É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município.

Portanto, o modelo sindical brasileiro ainda pode ser considerado “residualmente corporativista”, apesar da Constituição Federal de 1988 ter extinguido a necessidade de autorização estatal para a criação de sindicatos, o que contraria frontalmente o modelo sindical democrático consagrado pela Convenção n. 87 de 1948 da OIT, que versa sobre a liberdade sindical (ainda não ratificada pelo Brasil).

Inicialmente, é bom que se diga que o artigo 8º, inciso I da C.F. proclamou a liberdade sindical, não sendo mais necessário exigir autorização do poder público para criação de sindicatos no Brasil, bem como atribuindo-lhes autonomia para redigir seus estatutos, que conterão regras internas e externas de atuação sindical. Antes era exigida a outorga do Estado para a criação de sindicatos, que se dava através da chamada Carta Sindical (artigos 515 a 520 da CLT), que se acham revogados pelo artigo 8º da Constituição Federal. (OLIVEIRA, 2018, p. 28)

Voltando à questão da organização sindical brasileira, embora a Constituição Federal tenha garantido a liberdade sindical (art. 8º, inciso I), ainda existem amarras (como por exemplo, a unicidade sindical) que impedem o desenvolvimento de um “sindicalismo representativo” forte no país.

Atualmente, a organização sindical está constituída de forma vertical, na qual existem os sindicatos, enquanto órgãos de primeiro grau; as Federações, que são órgãos de segundo grau e por fim as Confederações, que são consideradas os órgãos de terceiro grau na hierarquia verticalizada da organização sindical pátria.

Essas são as entidades responsáveis pela celebração de convenções e acordos coletivos de trabalho entre empregados e empregadores.

Outro princípio especial do Direito Coletivo do Trabalho que foi incorporado pela Constituição de 1988 é o da interveniência sindical na negociação coletiva trabalhista. Tal princípio sustenta que a validade do processo negocial coletivo trabalhista depende da necessária intervenção do ser coletivo institucionalizado obreiro no caso brasileiro, a entidade sindical. Assumido pela Constituição de 1988 (art. 8º, III e VI, da CF/1988), o princípio visa assegurar a existência de efetiva equivalência entre os sujeitos contrapostos, evitando a negociação informal do empregador com grupos coletivos obreiros estruturados apenas de modo episódico, eventual, sem a força de uma institucionalização democrática como a propiciada pelo sindicato (com garantias especiais de emprego, transparência negocial etc.). (DELGADO, 2017, p. 112)

Insta realçar que as organizações sindicais no Brasil, após a desvinculação da máquina administrativa estatal e conquista de atribuições independentes dos comandos do Estado, exercem papel fundamental na defesa da classe trabalhadora, e mais ainda após a reforma trabalhista de 2017, a qual ampliou consideravelmente as matérias afetas à negociação coletiva laboral.⁷

Maurício Godinho Delgado subdivide os princípios informadores do Direito Coletivo do Trabalho em três grandes grupos: os assecuratórios das condições de emergência e afirmação da figura do ser coletivo obreiro, suscintamente explicitados acima; princípios que tratam das relações entre os entes coletivos obreiros e empresariais no contexto da negociação coletiva, e, por fim, o conjunto de princípios que tratam das relações e efeitos perante o universo e comunidades jurídicas das normas produzidas pelos contratantes coletivos. (COSTA; VASCONCELOS, 2015)

Esses últimos princípios específicos do direito coletivo do trabalho (os que se referem à produção de normas jurídicas por entes não estatais) serão suscintamente examinados, posto que analisá-los é de extrema importância para compreender a expressividade que a Lei 13.467/2017 (reforma trabalhista) outorgou ao acordo coletivo e à convenção coletiva de trabalho.

⁷ Ressalta-se que o pagamento da contribuição sindical, indevidamente denominada por muitos de “imposto sindical”, foi mantida na reforma trabalhista, entretanto, foi estabelecido que o desconto do valor correspondente a um dia de trabalho do empregado deve ser autorizado previamente pelo trabalhador, norma considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal ao analisar ações de sindicatos (ADI 5794) em face da facultatividade do desconto. Vide <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382819>.

2.1.1 Princípio da Criatividade Jurídica da Negociação Coletiva

Esse princípio significa a autorização concedida pelo ordenamento jurídico às entidades sindicais, a fim de que essas criem normas jurídicas que conjuguem interesses comuns entre trabalhadores e empregadores.

O princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva traduz a noção de que os processos negociais coletivos e seus instrumentos (contrato coletivo, acordo coletivo e convenção coletiva do trabalho) têm real poder de criar norma jurídica (com qualidades, prerrogativas e efeitos próprios a estas), em harmonia com a normatividade heterônoma estatal. Tal princípio, na verdade, consubstancia a própria justificativa de existência do Direito Coletivo do Trabalho. A criação de normas jurídicas pelos atores coletivos componentes de uma dada comunidade econômico-profissional realiza o princípio democrático de descentralização política e de avanço da autogestão social pelas comunidades localizadas. (DELGADO, 2017, p. 208)

O princípio é de extraordinária importância, uma vez que nas negociações entre entes coletivos não são instituídas simples cláusulas contratuais individuais, mas sim normas que traduzem os interesses globais entre as partes.

As negociações têm tudo de um processo de elaboração normativa. Há um poder normativo dos grupos. É o poder de criar normas e condições de trabalho que serão obrigatórias em todo o grupo. Trata-se de um procedimento de auto elaboração normativa. Esse aspecto revela, particularmente, toda a importância das relações coletivas de trabalho, na medida em que desempenham um papel instrumental, contratual, coletivo, do grupo, vinculado, mediante enlaces jurídicos reconhecidos pelo ordenamento jurídico de cada país, os sujeitos coletivos pactuantes. (NASCIMENTO, A; NASCIMENTO, S, 2018, p. 482)

Destarte, o Estado não é a única fonte de normas jurídicas a regular as relações de trabalho. As normas coletivas são, nesse aspecto, uma das mais importantes fontes do direito positivo na sociedade moderna e manifestam o pluralismo jurídico intrínseco ao Direito do Trabalho.

Evidencia-se o plurinormativismo existente no direito do trabalho, no qual as fontes formais não são apenas heterônomas (provenientes do Estado ou Organismos Internacionais), mas, negociais, advindas do poder da vontade humana para transigir. É a autonomia da vontade, como fonte geradora de normas jurídicas, reconhecidas pelo ordenamento constitucional e capazes de se ajustar às

especificidades de cada grupo de trabalhadores ou de empresas em conflito. (RAMOS, 2015, p. 86)

O princípio ora em comento exerce tamanha influência no direito laboral que a auto-regulamentação das relações de trabalho é amplamente reconhecida pelos Tribunais Regionais do Trabalho, como se constata nos julgados abaixo transcritos:

TRT-PR-AJUDA ALIMENTAÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. NATUREZA INDENIZATÓRIA. VALIDADE. É direito social fundamental dos trabalhadores o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI, CF), as quais devem ser respeitadas pelos sujeitos da relação empregatícia, em face da *aplicação do princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva*. Se a verba alimentação fornecida pelo empregador ostenta natureza indenizatória, diante de previsão em norma coletiva aplicável às partes, descarta-se o reconhecimento de sua natureza salarial e a sua integração ao salário do trabalhador. (grifo nosso). TRT-9 5592008661905 PR 559-2008-661-9-0-5, Relator: LUIZ CELSO NAPP, 4A. TURMA, Data de Publicação: 14/04/2009.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ANUÊNIO SOBRE ANUÊNIO. CÁLCULO. EFEITO CASCATA. IMPOSSIBILIDADE. Ainda que incontroversa a natureza salarial do adicional por tempo de serviço (art. 457, § 1º, da CLT e Súmula nº 203/TST), impõe-se respeitar a vontade das partes manifestada de forma expressa em instrumento de negociação coletiva, validamente celebrado, por meio do qual foi estabelecido o cálculo da mencionada gratificação apenas sobre o salário nominal. Assim sendo, mostra-se inviável a postulação de cálculo do anuênio sobre anuênio, em evidente efeito cascata, pois *desrespeitado estaria o princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva, que traduz a noção de que os processos negociais coletivos e seus instrumentos (contrato coletivo, acordo coletivo e convenção coletiva de trabalho) têm real poder de criar norma jurídica (com qualidades, prerrogativas e efeitos próprios a estas), desde que em harmonia com a normatividade heterônoma estatal*. Agravo de instrumento desprovido. (grifo nosso) TST - AIRR: 79127 79127/2003-900-02-00.5, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 14/10/2009, 6ª Turma, Data de Publicação: 23/10/2009.

Nesse contexto, é de grande significância destacar que o Direito Coletivo do Trabalho está sobejamente evoluído, posto que subordinar-se exclusivamente a normas estatais, considerando-se seu complexo processo de formação e respectiva lentidão, acabaria por gerar injustiças econômico-sociais tanto para trabalhadores como para empregadores, circunstância inadmissível em matéria de Direito do Trabalho.

No cenário enfrentado pelo trabalho diante da “modernidade líquida”, a introdução de novas tecnologias e modos de produção, o princípio da criatividade jurídica na negociação coletiva, compreendido na área de atuação da negociação coletiva, torna-se um valioso instrumento autônomo de criação de normas jurídicas no que tange à regulação das relações laborais.

2.1.2 Princípio da Adequação Setorial Negociada

A existência desse princípio é uma das razões pelas quais a reforma trabalhista é considerada inconstitucional por muitos juristas, pois a adequação setorial negociada impõe que as normas negociadas através de instrumentos coletivos devem apresentar compatibilidade com a legislação estatal.

Este princípio trata das possibilidades e limites jurídicos da negociação coletiva. Ou seja, os critérios de harmonização entre as normas jurídicas oriundas da negociação coletiva (mediante a consumação do princípio de sua criatividade jurídica) e as normas jurídicas provenientes da legislação heterônoma estatal [...]. De fato, um dos pontos centrais de inter-relação entre o Direito Coletivo e o Direito Individual do Trabalho reside na fórmula de penetração e harmonização das normas juscoletivas negociadas perante o estuário normativo heterônomo clássico ao Direito Individual do Trabalho. Reside, em síntese, na pesquisa e aferição sobre os critérios de validade jurídica e extensão de eficácia das normas oriundas de convenção, acordo ou contrato coletivo do trabalho em face da legislação estatal imperativa, que tanto demarca o ramo justrabalhista individual especializado. Em que medida as normas juscoletivas podem se contrapor às normas jusindividuais imperativas estatais existentes. Desse dilema é que trata o que denominamos princípio da adequação setorial negociada configurado, por essa razão, como o princípio de Direito Coletivo que mais de perto atua e influencia a dinâmica específica ao Direito Individual do Trabalho. (DELGADO, 2017, p. 211)

A Constituição Federal de 1988 criou bases mais sólidas para produção de normas através de negociações coletivas, enfatizando esse meio de democratização do Direito do Trabalho, deslocando a solução do conflito entre empregadores e empregados das mãos unicamente do Estado para junto de seus verdadeiros atores.

Desta feita, trata-se a adequação setorial negociada de princípio justrabalhista relativamente novo, uma vez que os fatores articuladores de sua estrutura surgiram com o advento da CR/1988, que procurou estabelecer uma maior valorização para a negociação

coletiva, a partir da observação, pelo menos teórica, de que, ao ser representado pelo seu sindicato, a categoria profissional estaria em condições técnicas e econômicas próximas às do sindicato profissional correspondente ou mesmo de determinada empresa, que, ainda que atuando individualmente, deve ser considerada um ser coletivo. (TEODORO, 2018, p. 102)

As normas jurídicas acordadas entre os entes coletivos via acordos ou convenções coletivas de trabalho não poderiam, em tese, eliminar ou suspender direitos individuais de modo a prejudicar o obreiro, notadamente em razão do princípio da prevalência da norma mais favorável, que milita nessa seara do direito.

A Constituição Federal brasileira inseriu entre os direitos sociais fundamentais o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, também conferindo à negociação coletiva autorização para flexibilização de direitos trabalhistas.

Entretanto, da autorização constitucional não se conclui pela flexibilização ilimitada negociada. O reconhecimento constitucional da validade das convenções e acordos coletivos de trabalho como direito fundamental social não assinala outorga de carta branca para menoscabar a torto e a direito conquistas sociais trabalhistas históricas, “sob pena de consagrar-se de vez a vitória do capitalismo selvagem a apropriar-se indebitamente da ‘mais-valia’ do trabalhador”. (FIGUEIREDO; OLIVEIRA, 2017, p. 141)

No final do ano de 2017 foram aprovados alguns enunciados sobre o princípio da adequação setorial negociada na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada pela AMATRA na Capital Federal. O enunciado 27 elucida de forma clara o conteúdo do princípio ora comentado:

ENUNCIADO N. 27

I - NEGOCIAÇÃO COLETIVA. LIMITES. ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA. As regras autônomas coletivas podem prevalecer sobre o padrão geral heterônimo trabalhista, desde que implementem padrão setorial de direitos superior ao padrão geral heterônimo, ou quando transacionam setorialmente parcelas e direitos trabalhistas de indisponibilidade apenas relativa, respeitadas as normas de indisponibilidade absoluta.

II A adequação setorial negociada não autoriza a supressão ou redução de direitos *tout cour*, cabendo às partes, nos termos do artigo 611-A da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13.467/2017, justificar a excepcionalidade da adequação e sua transitoriedade, bem como definir as contrapartidas, com razoabilidade e de boa-fé, sendo inconstitucional o disposto no § 2º do art. 611-A da CLT.

Destarte, tal princípio preconiza a imposição de limites às matérias passíveis de negociação entre empregados e empregadores, a fim de que os direitos mínimos de proteção aos trabalhadores garantidos constitucionalmente sejam respeitados, tendo em vista a valorização pelo constituinte originário dos princípios da dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho, os quais consubstanciam fundamentos da República Federativa do Brasil.

Interpretando-se o item II do enunciado acima exposto, caso justificada a excepcionalidade da medida, bem como sua temporariedade, desde que obedecidos os princípios da razoabilidade e boa-fé objetiva, alguns direitos poderão ser suprimidos, especialmente se o objetivo for a preservação de postos de trabalho nesse cenário de desemprego estrutural e conjuntural.

2.1.3 Princípio da Especificidade do Acordo Coletivo de Trabalho

As negociações coletivas traduzem uma técnica de comunicação entre o empregador e empregados, objetivando melhorias das condições de trabalho de todos e a própria preservação dos postos de trabalho, notadamente nos dias de hoje, uma vez que os níveis de desemprego e redução de postos formais de trabalho se intensificam a cada dia.

A legislação laboral pátria proporciona a formalização de 02 (dois) tipos de negociação entre as partes da relação de emprego, quais sejam: a Convenção Coletiva de Trabalho (CCT), pactuada entre as próprias entidades sindicais (sindicato de empregados e sindicato de empregadores) e o Acordo Coletivo de Trabalho (ACT), realizados diretamente entre os empregados, representados pelo sindicato dos trabalhadores e uma determinada empresa. Não existe hierarquia entre esses instrumentos, devendo sempre prevalecer a vontade dos acordantes.

Apesar de não haver hierarquia entre os instrumentos coletivos, pelo princípio da especificidade, existindo uma convenção coletiva de trabalho e um acordo coletivo de trabalho, esse último deve prevalecer, mesmo que não preveja em seus termos os mesmos direitos previstos na convenção coletiva de trabalho.

O princípio ora em comento está previsto no Art. 620 da CLT, in verbis:

Art. 620. As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

O princípio da especificidade do acordo coletivo de trabalho em relação à convenção coletiva de trabalho repousa sua razão de existir no fato de que o acordo, por harmonizar-se com as reais condições econômicas e sociais da empresa, com uma proximidade muito maior do que a convenção tende a se adequar a ambas as partes (empregados e empregador) de modo mais particular.

O critério da especificidade é mais eficiente, pois pondera que a convenção coletiva entre duas entidades sindicais conteria o básico, ao passo que empresas com melhores condições de negociação ou empresas em situação de crise financeira aguda poderiam negociar separadamente algumas cláusulas com a entidade sindical, formando um acordo coletivo separado conforme as particularidades de cada empregador no seu nicho específico. (SILVA, 2017, p. 148)

Considerada por muitos juristas uma norma inconstitucional (art. 620 da CLT), a mudança legislativa também encontra defensores entre os doutrinadores:

No que se refere às normas de aprimoramento do sistema legal, podem ser identificadas várias regras que aperfeiçoam o sistema jurídico-trabalhista nacional, como, por exemplo, o art. 620 da CLT, cuja nova redação estabelece que o acordo coletivo prevalece sobre a convenção coletiva de trabalho. Em sua redação original, a CLT previa que a convenção coletiva tinha preeminência sobre o acordo coletivo, situação que trazia muitos problemas na Justiça do Trabalho, pois o empregador muitas vezes negociava com seus empregados, e estes, depois, postulavam outros direitos assegurados em convenção, sob o argumento de que era mais benéfico, trazendo insegurança ao sistema de regulação das relações de trabalho. A Lei Federal n. 13.467/2017 corrige esse equívoco. Parte da doutrina já reconhecia que a norma do art. 620 da CLT não podia ser aplicada (a convenção prevalecendo sobre o acordo coletivo) porque quebraria a harmonia do sistema, gerando situações de antinomia, não observando o princípio da segurança jurídica. Por esses motivos, o novo art. 620 é identificado como norma de aprimoramento do ordenamento jurídico trabalhista. (SILVA, 2018, p. 205)

Os conceitos legais de convenção coletiva e acordos coletivos de trabalho estão previstos no Art. 611 da CLT, in verbis:

Art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

§ 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas

da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho.

Extrai-se da definição legal que a convenção coletiva de trabalho é um acordo normativo pactuado entre o sindicato dos trabalhadores e entre o sindicato da categoria econômica (empregadores), cuja incidência abrange todos os empregadores indistintamente e respectivos empregados que compõem toda a base territorial das entidades sindicais envolvidas na negociação.

A recomendação número 91 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) assim define a convenção coletiva de trabalho:

Todo acordo escrito relativo às condições de trabalho e de emprego, celebrado entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma ou várias organizações de empregadores, por um lado, e, por outro, uma ou várias organizações representativas de trabalhadores ou, em sua falta, representantes dos trabalhadores interessados, devidamente eleitos e autorizados por este último, de acordo com a legislação nacional. (NASCIMENTO, 2010, p. 1374)

A convenção coletiva é resultante de negociações entre entes coletivos, isto é, entidades sindicais dos empregadores e dos empregados, envolvendo a categoria por inteiro, possuindo caráter genérico e indistinto para a totalidade de empregados e empregadores. Não existem cláusulas diferenciadas para cada empregador, ao contrário do que ocorre no acordo coletivo de trabalho.

O acordo coletivo será definido em face dos sujeitos envolvidos e amplitude da abrangência de suas normas. É um acordo normativo no qual o sindicato da categoria profissional ajusta condições de trabalho aplicáveis ao âmbito de uma empresa apenas ou a um grupo de empresas específicas.

Assim sendo, as duas figuras de autocomposição coletiva distinguem-se em dois pontos principais: sujeitos envolvidos e amplitude de abrangência de suas normas jurídicas. A convenção coletiva apresenta em ambos os pólos subjetivos sindicatos, representativos de empregados e empregadores, ao passo que o acordo coletivo de trabalho pode apresentar em um de seus pólos empregadores que não são representados pelo sindicato da categoria econômica, pois é permitido à empresa subscrever os acordos coletivos diretamente com o sindicato representativo da categoria profissional de seus obreiros.

Tanto a convenção quanto o acordo coletivo de trabalho conterão normas jurídicas prescritoras de direitos e obrigações, as quais serão incorporadas e regerão os contratos individuais de trabalho, contudo, o acordo coletivo de trabalho só regerá os contratos laborais da empresa signatária da avença.

Diferentemente, as regras jurídicas estipuladas através de convenção coletiva de trabalho incidirão sobre todos os contratos individuais dos obreiros, mesmo que seu empregador não tenha subscrito ou aceitado as cláusulas da convenção.

A jurisprudência laboral apresenta decisões que privilegiam o princípio da norma mais favorável, bem como decisões que aplicam o princípio da especificidade do acordo coletivo em relação à convenção coletiva de trabalho:

CONFLITO ENTRE ACORDO COLETIVO E CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. NÃO-APLICAÇÃO DA TEORIA DO CONGLOBAMENTO. INCIDÊNCIA DA REGRA LEGAL CONTIDA NO ART. 620, DA CLT. CRITÉRIO DA GENERALIDADE E ESPECIFICIDADE. De acordo com a previsão constante do art. 620, da CLT, o conflito existente entre as regras previstas no acordo coletivo e na convenção coletiva de trabalho não deve ser dirimido pela teoria do conglobamento, mas pela relação de generalidade e de especificidade entre os dispositivos. É que as regras contidas na convenção coletiva de trabalho representam um patamar genérico mínimo de direitos a ser garantido à toda categoria de trabalhadores, razão pela qual deverão sempre prevalecer, quando mais favoráveis, sobre aquelas específicas estipuladas no acordo coletivo de trabalho. (TRT-1 - RO: 00003901720145010263 RJ, Data de Julgamento: 22/06/2016, Sétima Turma, Data de Publicação: 29/06/2016)

ENQUADRAMENTO SINDICAL. APLICAÇÃO DOS ACORDOS COLETIVOS. Sendo o acordo coletivo de trabalho, assim como as convenções coletivas, fruto de negociação com o mesmo sindicato profissional, e revelando-se o acordo coletivo norma mais específica, deve ser aplicado o ACT no conjunto (teoria do conglobamento). Assim, a convenção coletiva somente tem aplicação quando inexistente acordo coletivo que atenda às especificidades da empresa. (TRT-18 1161200800418003 GO 01161-2008-004-18-00-3, Relator: JÚLIO CÉSAR CARDOSO DE BRITO, Data de Publicação: DJ Eletrônico - Ano III, Nº 109, de 23.6.2009, pág. 5.)

Esse estudo privilegiará o princípio da especificidade do acordo coletivo, uma vez que, diante da conjuntura econômica e social atual, com altos índices de desemprego conjuntural e recessão econômica, a negociação específica e pontual entre empregados e empregador pode apresentar uma solução mais adequada e

pormenorizada à necessidade das empresas de enxugar seus quadros de colaboradores, evitando-se demissões e favorecendo, dessa maneira, a busca do pleno emprego, princípio impositivo da ordem econômica nacional.

A solução da especificidade parece atender também a este conflito, porque um reajuste salarial convencionado para a categoria pode ser excepcionado para uma determinada empresa em situação pré-falimentar, via acordo coletivo, ao mesmo tempo em que uma redução salarial negociada para toda a categoria pode ser deixada de lado para uma empresa em especial momento de prosperidade, também via acordo coletivo. Há fundamento teórico e prático suficiente para sustentar a especificidade como critério de prevalência da norma coletiva, mas todos devem ficar atentos para a necessidade de redimensionamento do princípio da norma mais favorável. (SILVA, 2017, p. 149)

A reforma trabalhista preceituou a possibilidade de negociação direta⁸ de cláusulas contratuais entre empregado e empregador em determinadas situações em que se enquadre o prestador de serviços (parágrafo único, art. 444 e art. 507-A, ambos da CLT), normas que para inúmeros juristas criou a figura do empregado “hipersuficiente”.

A figura do trabalhador “hipersuficiente” será oportunamente enfrentada no decorrer do estudo, entretanto, essa nova possibilidade de negociação direta pode representar uma abertura jurídica para a defesa da viabilidade da aplicação de instrumentos civilistas de reexame das cláusulas e condições contratuais ao pacto laboral de forma individual, não apenas via negociações coletivas.

Portanto, observa-se que tanto o acordo quanto a convenção coletiva são importantíssimos instrumentos eficazes para valorizar a continuidade das atividades empresariais, proporcionando um tempo de recuperação, de reequilíbrio, necessário para o enfrentamento das inconstantes variações da economia que podem agredir determinados setores produtivos, sem que ocorra, no entanto, desrespeito aos direitos sociais.

⁸ Nesse caso, não é necessária a participação de entes coletivos nas negociações, desde que o empregado seja portador de diploma de curso superior e perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, isto é, acima de R\$ 11.000,00 (onze mil reais).

2.1.4 Previsão Legal e hipóteses autorizadoras de revisão coletiva dos contratos de trabalho

A mais importante norma de revisão dos contratos de trabalho por meio de negociação coletiva encontra-se estampada na Constituição Federal, in verbis:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
VI - Irredutibilidade do salário, *salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo*; (grifo nosso)

As teorias de revisão contratual constituem-se em instrumentos congruentes com o direito contemporâneo, na medida em que visam a restauração do equilíbrio contratual rompido por fatos inesperados e imprevisíveis os quais prejudicam de forma excessiva o cumprimento da obrigação originalmente pactuada.

O primeiro e mais evidente está no art. 7º, XXVI, da CF, que refere o reconhecimento das convenções e acordos coletivos, como parte integrante dos direitos trabalhistas. Há razoável consenso no sentido de que a norma coletiva é também uma maneira de positivação de direitos – quer se entenda de origem autônoma, quer se entenda como uma forma delegada pelo legislador – de modo que o direito do trabalho pode ser considerado uma ramo plurinormativo, ou seja, com variados centros de positivação da norma, não vinculados apenas ao poder legislativo. O segundo fundamento está na leitura dos demais incisos do art. 7º da CF, em conjunto, que nos revelam ser possível (a) majoração de jornada – inciso XIV, (b) compensação de jornada – inciso XIII e, sobretudo, (c) redução salarial – inciso VI, através da negociação coletiva. Diz essa corrente doutrinária que, se o constituinte autoriza os sindicatos prover a redução salarial, que há de ser o exemplo mais dramático de negociação, por muito mais razão está a autorizar outras modalidades de flexibilização de normas. ‘Quem pode o mais pode o menos’, é a frase que vem à mente com a interpretação conjugada do inciso VI. (SILVA, 2017, p. 133)

Não há dúvidas que a revisão do contrato de trabalho, ainda quando provoque redução de direitos dos empregados, é admitida pelo ordenamento jurídico pátrio, contudo, para ser válida e legal, conforme a maioria da doutrina e da jurisprudência, deve ser executada através de instrumento coletivo.

O direito coletivo parte da pressuposição da paridade das partes contratantes, isto é, os sujeitos do direito coletivo do trabalho têm a mesma natureza, são todos entes coletivos. O empregador, seja atuando isoladamente, seja representado por

seu sindicato, é um ser coletivo. Quanto aos trabalhadores, sua face coletiva legitimada surge através de seus entes associativos, no caso brasileiro, o sindicato. (ALTRAN, 2006, p. 203-231)

Os sindicatos detêm a intitulada autonomia privada coletiva, ou seja, possuem plena liberdade para criar normas que regerão os contratos individuais de trabalho da categoria que representam, entretanto, o conteúdo dessas normas jurídicas provenientes da autonomia privada coletiva é limitado por normas de ordem pública, posto que existem matérias infensas à negociação.

Quanto às negociações coletivas, o princípio básico e de maior relevância, que a doutrina italiana denomina princípio da autonomia privada coletiva, é o poder de auto-regulamentação, resultante da livre e direta negociação entre sindicatos e empregadores e que tem como ideia primeira a concepção pluralista da sociedade e da ordem jurídica, com o reconhecimento de que o direito positivo não é obra exclusiva do Estado, cabendo aos grupos intermediários, inclusive às associações econômico-profissionais, instaurar liames jurídicos diretamente constituídos por elas, dos quais resultam normas jurídicas de obrigatoriedade admitida pelas leis. Assim, os contratos coletivos de trabalho encontram a adequada fundamentação na teoria das fontes formais do direito do trabalho como uma das suas formas, aquela que talvez melhor atenda às aspirações democráticas da sociedade. (NASCIMENTO, A; NASCIMENTO, S, 2018, p. 488)

A reforma trabalhista aprovada no final do ano de 2017, apesar de muito criticada no cenário atual em que se encontra o mercado de trabalho no país, posto que inúmeros juristas a consideram inconstitucional⁹, trouxe o princípio da prevalência do negociado sobre o legislado, estabelecendo importância ainda maior para convenções e acordos coletivos de trabalho.

O art. 611-A da CLT visa elencar, em rol meramente exemplificativo, como se observa pela expressão "entre outros", as matérias que podem ser objetos de

⁹ Para o ministro do TST, Mauricio Godinho, por exemplo, caso a nova lei seja interpretada de maneira literal, a população não terá mais acesso à Justiça do Trabalho no Brasil, o que representaria clara ofensa ao princípio do amplo acesso ao Judiciário estabelecido pela Constituição [...]. O presidente da Anamatra, Guilherme Feliciano, classificou a nova legislação como "altamente polêmica" e admitiu que faz parte da corrente que vê na lei inúmeras "inconstitucionalidades e inconveniências". Vários pontos da reforma também se chocam com tratados internacionais, que integram o ordenamento jurídico com status de supralegalidade, defendeu. A norma não é o texto, a norma é o que se extrai do texto, explicou [...]. Para o presidente da Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas, Roberto Parahyba, "a reforma foi aprovada de uma forma açodada, com uma urgência irresponsável e desmesurada, em que pretende atacar os alicerces sob os quais encontram-se construídos todos os princípios do Direito do Trabalho e do direito social, que são espécie do gênero direitos fundamentais". O objetivo do encontro, disse, é tentar minimizar ao máximo o impacto da reforma. (TEIXEIRA, 2017, p. 2)

flexibilização por normas coletivas, sendo que eventual negociação desses direitos prevalecerá sobre o disposto na legislação.

Observe-se, pois, alguns dispositivos legais do novo artigo da CLT:

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

[...]

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

XII – enquadramento do grau de insalubridade;

XIII – prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

[...]

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

Nota-se que a reforma trabalhista ampliou em muito o rol de matérias que agora podem fazer parte de negociações coletivas de trabalho, e, à vista disso, violaria vários princípios do Direito do Trabalho, dentre eles a indisponibilidade de direitos laborais.

Os incisos III, XII e XIII, acima destacados do texto legal, tratam de normas tradicionalmente e jurisprudencialmente consideradas de ordem pública e assim sendo, não poderiam constar no rol de matérias negociáveis pela autonomia privada coletiva.

Por outro lado, discorrendo acerca da novidade trazida pela reforma trabalhista, isto é, a possibilidade do negociado prevalecer sobre o legislado, afirma o professor Reinaldo de Francisco Fernandes que o denominado “direito do trabalho da crise” motivou as mudanças legislativas que afetaram substancialmente as relações coletivas do trabalho, e como essa inovação celetista, ao contrário da opinião da maioria dos doutrinadores brasileiros, pode trazer benefícios para os obreiros.

Também é possível afirmar que o legislador brasileiro alinhou-se às reformas trabalhistas ocorridas na Europa, principalmente em países como França, Itália, Espanha e Portugal. Da mesma forma é correto afirmar que as orientações da Organização Internacional do Trabalho também estão em consonância com a modificação do artigo 611, mormente quando se observa a redação das Convenções ns. 98, 154 e Recomendação n. 163/1981, que orientam os países membros a estimular a negociação sindical o quanto possível. A diversidade do sistema produtivo ou econômico, gerador dos empregos regulados pela lei, é cada vez mais dinâmico e incompatível um modelo de regulação estático, unidirecional e pobre em diversidade. O ideal de um mundo orientado pela valorização do ser humano sempre buscará o desenvolvimento ininterrupto e interminável das vantagens em relação trabalhador, mas a partir do momento em que se reconhece que o atingimento desse objetivo está ligado à fertilidade do meio em que o trabalhador desenvolve seu mister, poder-se-á conviver com propostas de reformulação do tecido legislativo nem sempre favorável, mas que permite a passagem pelo período de incertezas. As mudanças perpetradas pelo legislador no artigo 611, da Consolidação podem representar esse período de reequilíbrio com consequências que dependeram mais dos atores sociais do que do Estado. (FERNANDES, 2018, p. 170)

Não obstante a polêmica criada pela reforma trabalhista em relação à ampliação das matérias passíveis de negociação nos contratos de trabalho, o presente estudo tem por escopo analisar a possibilidade de aplicação das teorias civilistas revisionais contratuais não apenas através de negociação coletiva, mas também a possibilidade do próprio trabalhador negociar individualmente com seu empregador as cláusulas de seu contrato de trabalho, temática central da análise que será tratada em tópico próprio.

2.1.5 Ações Revisionais Coletivas do Contrato de Trabalho previstas na CLT

No exato instante em que um empresário admite um profissional em seu empreendimento, surge o contrato individual de trabalho, seja ele um documento escrito ou não. Da mesma forma, o registro ou não na CTPS do obreiro de sua admissão como prestador de serviço na empresa não altera a circunstância de que um contrato perfeito e acabado foi consolidado (MARTINS, 2010). Resumidamente, é um dos sentidos do princípio trabalhista da primazia da realidade.

O pacto deve ser honrado como toda e qualquer avença (*pacta sunt servanda*), entretanto, diferentemente dos contratos civis, as partes não possuem ampla autonomia para alterar suas cláusulas em momento posterior, mesmo que o

obreiro assente com a mudança. Fala-se aqui do princípio da inalterabilidade contratual lesiva¹⁰, prescrito no artigo 468 da CLT, um dos princípios que integram o princípio da proteção:

Art. 468 – Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

A legislação trabalhista preconiza dúplici proteção ao contrato de trabalho: exige mútuo consentimento e ausência de prejuízos para o trabalhador. Apesar de ser um princípio enraizado no Direito do Trabalho, a própria legislação exhibe algumas exceções, as quais fazem parte do sistema de revisão contratual coletiva da Consolidação das Leis do Trabalho:

O princípio da proteção, entretanto, vem sofrendo recortes pela própria lei, com vista a não onerar demais o empregador e impedir o progresso no campo das conquistas sociais. Isso é também uma consequência do fenômeno da chamada flexibilização normatizada [...]. O grande desafio que se enfrenta é determinar o ponto de equilíbrio entre uma flexibilização sensível às preocupações legítimas das empresas e uma legislação que impeça um retrocesso ao antigo arrendamento de serviços, norteador pela autonomia da vontade, que foge completamente dos ideais de justiça social. (BARROS, 2017, p. 124)

A cláusula “rebus sic standibus”, que autoriza modificações nos contratos em geral, anteriormente à sua adoção pelo Código Civil de 2002, já possuía aplicação no Direito Laboral. A OJ 224 da SDI-1, item 1 do TST determina expressamente sua aplicação:

COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. REAJUSTE. LEI Nº 9.069, DE 29.06.1995. (DEJT Divulgado em 16, 17 e 20.09.2010)
I - A partir da vigência da Medida Provisória nº 542, de 30.06.1994, convalidada pela Lei nº 9.069, de 29.06.1995, o critério de reajuste da complementação de aposentadoria passou a ser anual e não semestral, *aplicando-se o princípio "rebus sic stantibus" diante da nova ordem econômica.* (grifo nosso)

¹⁰ O princípio da inalterabilidade contratual lesiva será detalhadamente analisado juntamente com o princípio da intangibilidade salarial em tópico próprio.

É inegável que se faz necessário realizar adaptações na legislação trabalhista a fim de atender as novas imposições que a citada “modernidade líquida” de Bauman criou no mercado de trabalho. E a utilização das ações revisionais coletivas do contrato de trabalho parece atender a esse propósito.

O Ministro Alexandre Agra Belmonte, comentando a resolução por onerosidade excessiva, no capítulo sobre teoria geral dos contratos, assevera o seguinte: O Código Civil revogado [1916], que vigorou por mais de 80 anos, era individualista e informado pelo princípio contratual do *pacta sunt servanda*, ou seja, o de que o contrato faz lei entre as partes, que assim devem respeitar o que combinaram. Previa a possibilidade de resolução sem culpa dos contratos, mas exclusivamente com fundamento em caso fortuito ou força maior. Ocorre que o tempo provou que a economia brasileira nunca foi estável. Se o passar do tempo costuma causar desequilíbrio nas prestações de uma das partes, também se encarregou de demonstrar que o ser humano faz acertos que, diante das novas circunstâncias, ele mesmo custa a acreditar que pudesse tê-los feito. Sem falar nas hipóteses em que, premido pela necessidade, se submete a condições a que não se submeteria se removido o fato extraordinário. Assim, foi sendo aos poucos introduzida, no direito brasileiro, a cláusula *rebus sic standibus*, propondo, nos contratos bilaterais comutativos, a revisão ou resolução das prestações das partes, com fundamento em desequilíbrio causado por fato extraordinário imprevisto ou inevitável, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes [...]. O novo Código acolheu a orientação de que a onerosidade excessiva é uma consequência do desequilíbrio das prestações causado por fatores extraordinários e imprevistos. Mas a verdade é que o puro fato do desequilíbrio das prestações, de cunho genérico, não requer a imprevisibilidade do evento. Cláusula *rebus sic standibus* é a cláusula legal que determina a revisão judicial dos contratos, quer com fundamento na teoria que informa a onerosidade excessiva (Teoria da Imprevisão, com base em fatores naturais ou mesmo com assento em fatores sociais), quer com fundamento em outras teorias (dentre outras, a Teoria da Base do Negócio e a Teoria das Dívidas de Valor) [...]. (cf. TST-RR-465879-97.1998.5.02.5555, Relator Juiz Convocado: Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 12/12/2001, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 22/02/2002). (ZWICKER, 2015, p. 105-106)

A crise econômica, que contribuiu de forma expressiva para o aumento das taxas de desemprego conjuntural no país força a revisão dos contratos individuais de trabalho, uma vez que se constitui em um obstáculo ao cumprimento de várias obrigações assumidas perante os trabalhadores, devendo ser utilizada com o único fim de preservação dos contratos de trabalho, evitando-se demissões de talentos

que serão imprescindíveis para a empresa no momento de reaquecimento da economia e aumento da produção.

Frustrada a negociação entre as partes e diante da impossibilidade de solução do conflito através dos instrumentos coletivos, apresenta-se, alternativamente, a oportunidade de se obter uma resposta para a divergência provida pelo Poder Judiciário.

A ação de dissídio coletivo é o instrumento judicial utilizado para solucionar um conflito coletivo de trabalho, na qual será concedida autorização ao Poder Judiciário para exercer seu poder normativo.

É através da ação de dissídio coletivo que empregados e empregadores buscam, de forma consensual, a solução para querelas que não foram objeto de negociação coletiva, e assim sendo, através da prestação jurisdicional exercida pelos Tribunais Trabalhistas, resolvem os embates não harmonizados pelas partes.

O dissídio coletivo, pois, numa definição mais abrangente, é o processo por meio do qual se discutem interesses abstratos e gerais, de pessoas indeterminadas (categorias profissional e econômica), com o fim de se criar, modificar ou extinguir condições gerais de trabalho, de acordo com o princípio da discricionariedade, atendendo-se aos ditames da conveniência e da oportunidade e respeitando-se os limites mínimo e máximo previstos em lei (Constituição Federal, art. 114, § 2º, e CLT, art. 766). (MELO, 2013, p. 66)

O instituto está previsto na Constituição Federal, no capítulo atinente às competências da Justiça do Trabalho, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

[...]

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Importa realçar que a possibilidade de obtenção de uma decisão em dissídio coletivo só estará aberta às partes após o esgotamento de todas as possibilidades

de acordo, pois caso não haja comprovação do exaurimento das tratativas negociais, os Tribunais extinguirão o processo sem julgamento do mérito.

As decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em sede de dissídios coletivos são denominadas sentenças normativas, e em se tratando de dissídio de natureza econômica, terá natureza jurídica constitutiva, posto que engendra novas condições de trabalho. Por outro lado, a sentença normativa proferida em sede de dissídio coletivo de natureza jurídica é declaratória, pois tem por finalidade apenas interpretar norma jurídica já existente.

A ação revisional de sentença normativa proferida em dissídio de natureza econômica está prevista na CLT nos artigos 873 e seguintes.

Uma das peculiaridades das ações de dissídio coletivo, que são de competência originária dos Tribunais, ou seja, fogem à alçada dos juízes de primeiro grau de jurisdição, é a prerrogativa de estabelecer normas gerais e abstratas de condições de trabalho, de observância obrigatória para as categorias profissionais e patronais envolvidas, o que se denomina poder normativo da Justiça do Trabalho.

O conteúdo clássico do poder normativo da Justiça do Trabalho nos dissídios coletivos de natureza econômica decorre de dois tipos de cláusulas, comumente estabelecidas nas sentenças normativas: são as cláusulas normativas e as cláusulas obrigacionais. As cláusulas normativas são de caráter econômico e social e se convertem em direitos inerentes aos contratos individuais de trabalho; servem para fixar e regular as condições de trabalho entre empregados e empregadores.

As cláusulas obrigacionais são aquelas que estabelecem direitos e obrigações entre as partes convenientes. São, por exemplo, as cláusulas que tratam da submissão à arbitragem, dos eventuais conflitos oriundos das disposições criadas, as que criam comissões ou outros órgãos paritários de solução de conflitos trabalhistas, que estabelecem multas pelo descumprimento das disposições estabelecidas, que criam contribuições sindicais assistenciais a favor dos sindicatos etc. (MELO, 2013, p. 33)

O poder normativo da Justiça do Trabalho deve, contudo, respeitar alguns limites, posto que não é dado ao Poder Judiciário a atribuição de atividade legislativa, em respeito ao princípio da separação de poderes.

Destarte, o poder normativo trabalhista, no entendimento do STF, somente poderá intervir em apenas quatro hipóteses, quais sejam: a) no vazio da lei; b) quando não contrarie ou se sobreponha à lei vigente; c) desde que as condições não

estejam vedadas pela Constituição Federal; d) que a matéria tratada não esteja reservada à lei pela Constituição. (MELO, 2013, p. 62)

No mesmo sentido segue a jurisprudência:

DISSÍDIO COLETIVO - PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO - LIMITES. Em consonância com o entendimento pacífico do Excelso Supremo Tribunal Federal (RE 197.911.9 - PE, Relator Ministro Octávio Gallotti), o poder normativo da Justiça do Trabalho somente ' (...) opera no vazio legislativo, como regra subsidiária ou supletiva, subordinada à supremacia da lei, (...) ', cujo alcance está limitado ao estabelecimento de condições de trabalho que inovam o ordenamento jurídico vigente, principalmente, porque a sentença normativa não pode sobrepor-se ou contrariar disposições de lei. Cláusulas que reivindicam a ampliação de benefícios já albergados pelas disposições constitucionais ou infraconstitucionais não se inserem na esfera de competência normativa da Justiça Laboral, por configurarem matéria tipicamente de negociação entre os atores sociais, as quais somente podem ser instituídas mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, nos moldes reconhecidos pelo art. 7º, XXVI, da [Constituição](#) da República de 1988. - Juiz Tarcísio Valente, DC -(TRT-23 - DG: 133200600023004 MT 00133.2006.000.23.00-4, Relator: JUIZ CONVOCADO PAULO BRESOVICI, Data de Julgamento: 30/05/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 16/06/2006)

Necessário se faz apontar que essas normas oriundas do poder normativo da justiça do trabalho não geram direitos adquiridos sobre as condições de trabalho fixadas nas sentenças normativas, a teor do que preconizou a reforma trabalhista¹¹, que veda expressamente a ultratividade das normas negociadas no § 3º do Art. 614 da CLT.

A revisão de sentenças normativas é possível quando: 1) transcorrido o prazo de um ano de sua entrada em vigor; b) quando as circunstâncias que as motivaram foram alteradas, tornando as condições de trabalho nelas estabelecidas injustas ou inaplicáveis.

Em outros termos, a revisão será admissível quando ocorrer fato novo ou imprevisto que torne o cumprimento de suas cláusulas excessivamente oneroso para as empresas, colocando em risco a própria sobrevivência do empreendimento econômico.

Os Tribunais são frequentemente acionados para rever sentenças normativas, tanto para benefício dos trabalhadores, como para ajustar as suas cláusulas às

¹¹ O novo texto celetista pôs fim à polêmica que girava em torno da Súmula 277 do TST, a qual estipulava a ultratividade das cláusulas dos acordos e convenções coletivas de trabalho.

circunstâncias econômicas adversas pelas quais as empresas atravessam, fato que está em consonância com a dinâmica que deve ser conferida ao direito moderno.

RECURSO ORDINÁRIO - DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA E DE REVISÃO - AUSÊNCIA DE COMUM ACORDO - CONSENSO QUASE INTEGRAL EM AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO - REJEIÇÃO DA PRELIMINAR A redação do artigo 114, § 2º, da Constituição da República elenca o comum acordo entre as partes como pressuposto à instauração de Dissídio Coletivo de Natureza Econômica. Diante disso, a C. SDC entende que o consenso quase integral alcançado pelas partes em audiência de conciliação e objeto de homologação pela Corte de origem demonstra que o Suscitado concordou com a instauração do Dissídio, o que impõe a rejeição da preliminar. LEGITIMIDADE ATIVA - AUTORIZAÇÃO DA CATEGORIA - ATA DA ASSEMBLEIA E LISTA DE PRESENÇA - AUSÊNCIA NÃO CONFIGURADA Como a autorização para instaurar o Dissídio foi aprovada, em segunda convocação, pela unanimidade dos trabalhadores presentes, conforme ata de assembleia e lista de presença juntadas aos autos, o Suscitante cumpriu o art. 859 da CLT e a Orientação Jurisprudencial nº 19 da C. SDC, sendo dotado de legitimidade ad causam. CLÁUSULA 5ª - AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO 1. A C. SDC entende que os benefícios que geram ônus patrimonial ao empregador, como o auxílio alimentação, não podem ser concedidos por sentença normativa, sendo imprescindível a negociação entre as partes, salvo se configurada norma preexistente. 2. A cláusula deve ser excluída da sentença normativa, por não caracterizar benefício preexistente ou conquista histórica, nos termos da jurisprudência desta Corte. Recurso Ordinário conhecido e provido parcialmente. (TST - RO: 316120155220000, Relator: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 14/03/2016, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 22/03/2016)

A corrente doutrinária a qual pondera que a sentença normativa disciplina uma relação de natureza jurídica continuativa (pelo período fixado em seus termos), e como tal, seu trânsito em julgado ocorre apenas formalmente, podendo ser revista sempre que sobrevenha modificação no estado de fato que a embasou ganha força com o entendimento de que o art. 505 do Novo Código de Processo Civil é plenamente aplicável ao processo do trabalho.

2.2 A APLICAÇÃO DO ART. 505, I DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ÀS RELAÇÕES JURÍDICAS CONTINUATIVAS LABORAIS

O Código de Processo Civil é a lei primária que rege os processos de natureza civil, sendo que seu novo texto foi amplamente debatido nas duas casas do Congresso Nacional, após elaboração por uma comissão de juristas notáveis, o que não ocorreu com a reforma trabalhista.

Dispõe o art. 15 do NPCP que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Ao comentar o dispositivo, afirma o professor Artur César de Souza:

O próprio legislador processual entende que estão à margem da jurisdição civil os processos eleitorais, administrativos ou trabalhistas. Contudo, mesmo que essas matérias tenham regulamentação processual específica, nada impede que no novo C.P.C. seja aplicado supletivamente em relação aos atos processuais que não são regulamentados nas respectivas legislações. Essa determinação de aplicação subsidiária do código de processo civil em relação a outras espécies de matéria há muito encontra previsão nas legislações específicas, a saber: Art. 769 da Consolidação das Leis Trabalhistas: ‘Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título’. (SOUZA, 2015, p. 152-153)

Em relação à sistemática da legislação processual trabalhista, as regras do Código de Processo Civil somente podem ser aplicadas na seara laboral se forem harmonizáveis com a principiologia e singularidades do processo do trabalho. Por conseguinte, na hipótese de lacuna da legislação processual trabalhista, se a regra do CPC for incompatível com a principiologia e particularidades do processo do trabalho, ela não poderá ser aplicada. (SCHIAVI, 2018, p. 70)

Vários doutrinadores e juristas renomados da seara laboral defendem que as normas de processo civil devem ser aplicadas independentemente de lacunas na legislação trabalhista, na hipótese de maior efetividade da norma processual. É o caso de Carlos Henrique Bezerra Leite:

A heterointegração pressupõe, portanto, existência não apenas das tradicionais lacunas normativas, mas também das lacunas ontológicas e axiológicas. Dito de outro modo, a heterointegração

dos dois subsistemas (processo civil e trabalhista) pressupõe a interpretação evolutiva do art. 769 da CLT, para permitir a aplicação subsidiária do CPC não somente na hipótese (tradicional) de lacuna normativa ao processo laboral, mas também quando a norma do processo trabalhista apresenta manifesto envelhecimento que, na prática, impede ou dificulta a prestação jurisdicional justa e efetiva deste processo especializado (...). De outro lado, é imperioso romper com o formalismo jurídico e estabelecer o diálogo das fontes normativas infraconstitucionais do CPC e da CLT, visando à concretização do princípio da máxima efetividade das normas (princípios e regras) constitucionais de direito processual, especialmente o novel princípio da duração razoável do processo com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (EC n. 45/2004, art. 5º, LXXVIII). (BEZERRA LEITE, 2008, p. 107)

Ultrapassada a questão da possibilidade de aplicação do direito processual comum ao direito processual do trabalho, inclusive facilitada pela reforma trabalhista¹², mister se faz analisar o artigo 505, I do CPC, o qual prescreve a possibilidade de revisão do *decisium* quando sobrevierem modificações no estado de fato ou de direito das relações jurídicas consideradas de trato continuado:

Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

I - Se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

As sentenças que estipulam relações jurídicas continuativas têm por característica não serem exauridas pelo pronunciamento judicial, pois a decisão segue as conjecturas vigentes no período em que foi proferida, e seus elementos constitutivos estão submetidos às mudanças ao longo do tempo, conforme ensinamentos de Manoel Antônio Teixeira Filho:

Mesmo passando em julgado, a sentença que decidiu sobre uma relação jurídica continuativa pode ser revista, como permite o art. 505, I, parte final, do CPC. Nesse sentido, pode-se afirmar que as sentenças dessa natureza não se submetem ao comando do art. 505, do mesmo álbum processual, vale dizer, não são imutáveis nem

¹² CLT. Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.

indiscutíveis, porquanto trazem, de maneira implícita, a cláusula *rebus sic stantibus* (estando assim as coisas). O processo do trabalho conhece, pelo menos, um caso característico de sentença que resolve situação jurídica da espécie continuativa e que, em razão disso, pode ser revista. Referimo-nos ao art. 873, da CLT, assim redigido: Decorrido mais de 1 (um) ano de sua vigência, caberá revisão das decisões que fixarem condições de trabalho, quando se tiverem modificado as circunstâncias que as ditaram, de modo que tais condições se hajam tornado injustas ou inaplicáveis (sublinhamos). Trata-se da conhecida ação coletiva de revisão de acórdão normativo; a ação mencionada deve constituir objeto de processo distinto daquele em que foi lançado o acórdão revisto. As circunstâncias, de que fala o art. 873, da CLT, são exatamente os pressupostos do tempo em que o acórdão original foi proferido e cujos elementos constitutivos sofreram variações quantitativas e qualificativas de razoável monta. O acórdão revisor se prende, lógica e juridicamente, ao que será objeto de revisão, motivo por que não pode ignorá-lo ou afrontá-lo em sua essência. Pode-se afirmar, pois, que a sentença (ou acórdão) que se pronuncie acerca de relação jurídica continuativa é revisável, contanto que haja sobre- vindo modificação no estado de fato ou de direito, existente ao tempo em que ela foi emitida. (TEIXEIRA FILHO, 2015, p. 697)

Na mesma linha de raciocínio cita-se o entendimento de Moacyr Amaral Santos, que defende o cabimento da ação revisional para adaptar o comando judicial das sentenças determinativas às novas situações de fato ou de direito, o que, para o jurista, não implica em ofensa à coisa julgada:

A nova sentença não desconhece nem contraria a anterior. Ao contrário, por conhecê-la e atender ao julgado, que contém implícita a cláusula ‘*rebus sic stantibus*’, a adapta ao estado de fato superveniente. Não é que a sentença determinativa não produza coisa julgada. Ela apenas é suscetível de um ‘processo de integração, decorrente da situação superveniente, a que deve o juiz atender, tendo em vista a natureza continuativa da relação jurídica decidida (Frederico Marques). A ação de ‘revisão’ ou de ‘modificação’ deverá ser manifestada em processo distinto do que foi proferida a sentença revisionanda, perante o juiz de primeiro grau que a proferiu, ainda que esta tenha sido objeto de recurso e por este afinal decidida. (SANTOS, 1996, p. 454)

Sobre essas relações jurídicas de trato continuado, que contém implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, afirma o processualista Humberto Theodoro Junior:

Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide. Tratando-se, porém, de relação jurídica de trato continuado, se sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença (art. 505, I). Isto se dá naquelas situações de julgamento *rebus sic*

stantibus, como é típico o caso de alimentos. A sentença – nesse caso denominada *sentença determinativa* – baseando-se numa situação atual, tem sua eficácia projetada sobre o futuro. Como os fatos que motivaram o comando duradouro da sentença podem se alterar ou mesmo desaparecer, é claro que a eficácia do julgado não deverá perdurar imutável e intangível. Desaparecida a situação jurídica abrangida pela sentença, a própria sentença tem que desaparecer também. Não se trata, como se vê, de alterar a sentença anterior, mas de obter uma nova sentença para uma situação também nova. A modificação do decisório será objeto de outra ação – a ação revisional – cuja sentença, se for de procedência, terá natureza constitutiva, pois alterará a relação jurídica vigente entre as partes. A inovação, porém, vigorará *ex nunc*, atuando apenas sobre as prestações posteriores ao surgimento do novo quadro fático-jurídico justificador da ação revisional. Os efeitos anteriores à revisão judicial permanecerão intactos, sob o pálio da coisa julgada gerada pela sentença anterior. (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 1119)

A jurisprudência trabalhista considera que o artigo 505, I do NCPC é sim compatível com o processo do trabalho:

AÇÃO REVISIONAL. CABIMENTO. ART. 505 DO CPC/2015. Consoante dispõe o artigo 505, inciso I, do Código de Processo Civil, é facultado à parte pedir a revisão de decisão judicial quando constatar modificação do estado de fato ou de direito em relação jurídica de trabalho continuado. Adoção da regra por aplicação dos artigos 769 da CLT e 15 do CPC/2015, não havendo falar em incompatibilidade principiológica com o Processo do Trabalho. Recurso ordinário a que se dá provimento para determinar o regular processamento do feito. (TRT-4 - RO: 00206341320165040004, Data de Julgamento: 06/04/2017, 1ª Turma)

PARCELAS VINCENDAS. O deferimento de parcelas vincendas está em consonância com a previsão do art. 323 do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho (CLT, art. 769), pois, nos casos de contrato de trabalho em vigor, sendo relação jurídica continuativa, resulta presumida a manutenção do estado de fato e de direito que fundamentaram o deferimento da pretensão. Sobrevindo modificação no citado estado de fato ou de direito, o empregador pode, se for o caso, pedir a revisão do comando constante da decisão condenatória, na forma do art. 505, I, do CPC. Recurso ordinário do reclamado desprovido. (TRT-4 - RO: 00205302820155040013, Data de Julgamento: 11/10/2017, 7ª Turma)

Um dos pedidos mais frequentes de revisão de relações jurídicas continuadas na Justiça do Trabalho é a ação revisional dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Os tipos e graus de insalubridades são regulados por normas técnicas constantes na portaria 3214/78, as denominadas NRs (Normas Técnicas). O empregador deve pagar ao empregado um adicional nas percentagens de 10%, 20% ou 40% a depender do grau insalubre do ambiente onde o trabalhador presta serviços.

O propósito do pagamento do adicional de insalubridade é conscientizar o empregador a manter um ambiente de trabalho salubre, posto que a neutralização ou eliminação da insalubridade enseja a diminuição do adicional devido ou sua completa cessação, respectivamente, conforme entendimento sumulado nºs 80, 248 e 289, todos do TST.

As regras relativas à insalubridade e periculosidade são consideradas normas de segurança e saúde do trabalho, portanto, infensas à negociação coletiva. Cabe comentar a incongruência da reforma trabalhista, que em seu Art. 611-B, inciso XVII, prescreve serem ilícitas a supressão ou redução de direitos relativos a normas de saúde, higiene e segurança do trabalho.

Por outro lado, o art. 611-A, inciso XII permite a negociação coletiva sobre o enquadramento do grau de insalubridade. Nota-se claríssima contradição entre os incisos dos artigos citados.

Diante do contrassenso, surge a interpretação de que a possibilidade de negociação coletiva se refere apenas à base de cálculo do adicional, ao passo que o enquadramento do grau de insalubridade só poderá ser reconhecido através de perícia técnica especializada, não através da negociação coletiva.

Polêmicas à parte, importa realçar que a revisão contratual é possível em todos os casos expostos, sendo lícito ao Poder Judiciário modificar cláusulas anteriormente estipuladas em caso de alterações das condições fáticas que as motivaram.

Posteriormente, à luz do que foi analisado tanto no primeiro capítulo do estudo, quanto nessa parte do presente capítulo, bem como diante da teoria da Análise Econômica do Direito, será abordada uma questão crucial da temática: poderia ou não o magistrado, em reclamação trabalhista individual, considerar a revisão contratual solicitada em eventual contestação do empregador, em face de modificações supervenientes expressivas que tenham alterado de forma substancial as condições anteriormente pactuadas, ou, até mesmo, rejeitar certos pedidos do trabalhador.

2.3 POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE ACERCA DA REVISÃO CONTRATUAL ATRAVÉS DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Não restam dúvidas que os contratos individuais de trabalho podem ser alterados pela via da negociação coletiva, circunstância que tem o condão de até relativizar o princípio da inalterabilidade contratual lesiva (Art. 468 da CLT), como exposto no item anterior.

O princípio em termos de Direito do Trabalho veda todo tipo de alteração *in pejus* nos contratos dos empregados, mas é possível excepcioná-lo, desde que as alterações lesivas sejam provenientes de normas coletivas.

Essa tendência de atenuação do princípio da inalterabilidade contratual lesiva ao empregado é admitida nas cortes trabalhistas brasileiras, com o desígnio de se salvaguardar o desempenho das empresas no mercado dinâmico e competitivo produzido pela “modernidade líquida” caracterizada por Bauman.

A Justiça Laboral, em interessante julgado, utilizou-se das teorias acerca da “modernidade líquida” para reconhecer a subordinação jurídica entre a reclamante e a primeira reclamada Banco Santander, o qual alegava que mantinha contrato com a segunda reclamada, denominada 7 Recursos e Patrimônio Humano LTDA EPP.

[...] O julgador, neste mundo da chamada modernidade líquida, no qual tudo pode ser o que aparenta ser mas também pode aparentar ser muitas coisas, como a água, que se molda de acordo com a forma, as condições atmosféricas e a força de gravidade do ambiente em que se encontra, deve estar atento às mudanças da sociedade e suas repercussões nas relações de trabalho, não sendo razoável o apego desmesurado ao texto literal da lei e às formalidades burocráticas ou administrativas de qualquer nível, sob pena de se fazer tábula rasa da realidade dos atos humanos e fatos da vida. Realidade esta que é o ambiente no qual as contínuas mudanças ocorrem quase sempre antes do Direito. Não é preciso ser um grande jurista ou até mesmo bacharel em Ciências Jurídicas para se perceber que o Direito nasce e se desenvolve a partir da vida. E justamente por deste decorrer o mais usual no mundo dos conflitos de pessoas com pessoas, de normas com normas ou de normas com pessoas é o fato da vida anteceder a criação de uma norma jurídica. Neste terreno é que o presente caso se encontra. Num terreno em que a formalidade das normas não encontra eficácia para a concretização da Justiça. Necessária, pois, mais do que nunca, a interpretação profunda de todo o ordenamento em conjunto com uma lúcida e serena análise de toda conjuntura na qual as pessoas e os fatos estão inseridos. No caso em tela ficou evidenciada a

subordinação trabalhista típica com a primeira reclamada conforme declarado pela testemunha Naiane, que afirmou que a jornada dos Código para aferir autenticidade deste caderno: 92518 1910/2016 Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região 549 Data da Disponibilização: Quarta-feira, 03 de Fevereiro de 2016. (grifo nosso)

Apesar do julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região apresentar resultado favorável à trabalhadora, é pertinente salientar que a Justiça do Trabalho não está desconectada com as transformações da sociedade, o que demonstra um espírito flexível de interpretação das normas.

A súmula 423 do TST é um exemplo de validade da alteração da jornada de trabalho via negociação coletiva:

TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. FIXAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO MEDIANTE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VALIDADE. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 169 da SBDI-1) Res. 139/06 – DJ 10, 11 e 13.10.2006)

Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não tem direito ao pagamento da 7ª e 8ª horas como extras.

Em julgado da lavra do Excelentíssimo Ministro Augusto César Leite de Carvalho (TST), considerou válida negociação coletiva sobre *horas in itinere*, desde que respeitados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade:

RECURSO DE REVISTA. DEL MONTE FRESH PRODUCE BRASIL. HORAS IN ITINERE. REDUÇÃO DO TEMPO EFETIVAMENTE GASTO NO PERCURSO. DELIMITAÇÃO VIA NORMA COLETIVA. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. VALIDADE. *Esta Corte tem entendido ser válida uma prévia definição, mediante negociação coletiva, e com vistas à prevenção de conflitos, de extensão de tempo a que corresponderia o deslocamento entre a residência e o local de trabalho. Tal limitação, contudo, deve estar em consonância com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, com o fim de não desbordar para a supressão do direito do empregado. No caso dos autos, está consignado no acórdão regional que o tempo real despendido diariamente no percurso era de duas horas, e a reclamada pagava uma hora, nos termos da negociação coletiva analisada. Essa circunstância insere-se dentro da razoabilidade esperada. Há precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. [...]* (grifo nosso). TST - RR: 21923120115070023, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 20/08/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/08/2014.

Em relação à aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de trabalho, a Jurisprudência dominante é assente em não a considerar como fundamento para a revisão dos pactos laborais (salvo raras exceções), tais como demonstram os julgados abaixo:

TEORIA DA IMPREVISÃO. CONTRATO DE TRABALHO. INAPLICABILIDADE. O contrato de trabalho não está sujeito à cláusula rebus sic stantibus, haja vista que fatores adversos e supervenientes à celebração do contrato, e geradores da instabilidade econômico-financeira da empresa, não podem ser opostos ao empregado, sob pena de quebra da equivalência das prestações, já que a força de trabalho não pode ser restituída. Além disso, o art. 2º da CLT, reza, expressamente, que o empregador é o único responsável pelos riscos do negócio, em harmonia com as características do contrato de trabalho, de modo que o empregado não é responsável pelo insucesso financeiro ou má-gestão do empreendimento patronal. (TRT-1 - RO: 185007020095010059 RJ, Relator: Patricia Pellegrini Baptista Da Silva, Data de Julgamento: 13/08/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: 12-09-2012)

É patente que dificuldades econômicas enfrentadas pelas empresas devem por elas serem suportadas, posto que o risco do empreendimento é de inteira responsabilidade do empregador, e assim sendo, o empregado não deve ser penalizado por insucessos da atividade empresarial.

Entretanto, em face do atual contexto de desemprego conjuntural, essa posição doutrinária e jurisprudencial deve necessariamente ser reconsiderada, mormente quando confrontados os princípios protetivos laborais com o princípio do pleno emprego, o qual deve preponderar em determinadas circunstâncias, notadamente quando na relação jurídica trabalhista figurar pequenas e médias empresas, que são as mais vulneráveis às crises econômicas e sociais, ao mesmo tempo em que são responsáveis pela maior geração de postos de trabalho no país.

As micros e pequenas empresas foram responsáveis pela geração de 47,4 mil empregos no país em março. Esse número corresponde a 84% do total de postos criados no mês, que ficou em 56,1 mil. As médias e grandes empresas contrataram 5 mil pessoas e a administração pública, 3,6 mil. Os dados são do Ministério do Trabalho e Emprego. No primeiro trimestre, os pequenos negócios já admitiram quase 200 mil trabalhadores. Enquanto isso, as médias e grandes empresas tiveram saldo de 4,8 mil demissões. Esse desempenho superior vem ocorrendo desde 2007. Mesmo em anos com prevalência de demissões, os cortes nos negócios menores foram mais leves do que nas grandes companhias. (VALENTE, 2018, p. 1)

Em 2015, foi realizada em Portugal convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT), na qual foi produzido o relatório IV, intitulado “Pequenas e médias empresas e a criação de emprego digno e produtivo”, cujo norte consistiu em analisar o papel das pequenas e médias empresas na geração de emprego principalmente em países em desenvolvimento:

As pequenas e médias empresas contribuem de forma muito significativa para a criação de emprego e de rendimentos, sendo responsáveis por dois terços do emprego em todo o mundo. Por conseguinte, a promoção das PME tem sido uma das principais áreas de intervenção da OIT. Os seus serviços de aconselhamento sobre políticas de apoio às PME têm sido muito procurados pelos países membros da OIT. Esta procura tem-se vindo a intensificar nos últimos anos devido aos graves problemas de emprego que se colocam em vários países desenvolvidos e em desenvolvimento. Muitas agências internacionais estão a trabalhar na promoção das PME e a OIT é vista como um parceiro importante. A OIT traz valor acrescentado devido ao seu enfoque nos aspetos quantitativos e qualitativos da criação de emprego e ao facto de os seus constituintes poderem ser importantes vetores de difusão [...]. Para além de predominarem em termos de percentagem do emprego e de número de empresas, as PME desempenham também um papel fundamental no processo de criação de emprego. A criação líquida direta de postos de trabalho pelas PME pode ser analisada ao nível das classes de dimensão empresarial. Normalmente, a criação líquida de postos de trabalho é entendida como a diferença entre os postos de trabalho criados pelas empresas novas ou já existentes e os postos de trabalho destruídos através da contração de empresas já existentes ou através do encerramento de empresas. Assim, os valores representam as entradas e saídas de empresas, salvo indicação em contrário. (OIT, 2015)

Algumas conclusões apontadas no relatório da OIT são de significativa importância para a temática nesse estudo apresentada, posto que a impossibilidade apontada pela doutrina e jurisprudência laborais pátria da revisão dos contratos individuais de trabalho afetam profundamente esse setor da economia do país, justamente o que tem o condão de gerar mais empregos formais.

As relações de trabalho e a negociação coletiva desempenham um papel importante na melhoria da segurança do emprego e das condições de trabalho. Por isso, a OIT recomenda que as PME e os seus trabalhadores sejam incentivados a garantir que estão devidamente representados, em total respeito pelo princípio da liberdade de associação. No entanto, as relações laborais nas PME permanecem frágeis, e quer a filiação sindical quer a negociação coletiva ao nível das empresas são baixas. (OIT, 2015)

Existem alguns estudos sobre as estratégias para colmatar a falta de representação nas micro e pequenas empresas. Esses estudos revelam que a aumentar o nível de representação dos trabalhadores das PME exige a adoção de uma abordagem diferenciada por parte dos sindicatos, para que possam dar resposta aos interesses destes trabalhadores, os quais diferem dos interesses dos seus membros tradicionais. (OIT, 2015)

A realidade socioeconômica brasileira atual não deve ser ignorada pela Justiça do Trabalho. Como afirmado, pequenas e médias empresas são as mais sensíveis às variações mercadológicas e desaquecimento da economia, que tem o condão de alterar as condições laborais anteriormente pactuadas com os obreiros.

Nesse contexto, a revisão dos contratos individuais de trabalho mostra-se o instrumento adequado e razoável para a manutenção dos postos de trabalho, privilegiando-se o princípio do pleno emprego.

2.4 A REVISÃO CONTRATUAL NAS RELAÇÕES INDIVIDUAIS DE TRABALHO

O Direito do Trabalho apresenta como uma de suas incumbências a salvaguarda de interesses do trabalhador e a fim de cumprir essa missão, o ordenamento jurídico intervém nas relações contratuais privadas por meio de normas e princípios protetivos, os quais impedem a redução de direitos arduamente conquistados pela classe obreira ao longo dos anos.

Entretanto, diante do avanço de tecnologias que visam a redução de custos, muitas vezes perpetrada pela robotização da mão de obra, perante crises econômicas que reduzem a competitividade das empresas, o que leva a um quadro de demissão de colaboradores dentre outros fatores desestabilizadores das relações de trabalho, as normas laborais extremamente rígidas podem admitir uma releitura que conjugue interesses de empregados e empregadores, intentando sempre a preservação de postos de trabalho.

Nesse cenário, uma compreensão mais abrangente e menos rígida das regras trabalhistas que se adapte à realidade socioeconômica do Brasil pode auxiliar na busca pela manutenção do emprego formal no país.

Os principais princípios protetivos passam a ser analisados, levando-se em conta uma releitura de seus fundamentos, sempre calcados na boa-fé, transparência, equidade e proporcionalidade.

2.4.1 Princípios protetivos das relações de trabalho e a necessidade de preservação da atividade empresarial

O princípio da proteção da parte hipossuficiente da relação laboral redonda da inteligência do próprio direito do trabalho, pois busca compensar a desigualdade socioeconômica e constitui-se em instrumento primordial para a efetividade e promoção do direito laboral.

Em primeiro lugar, o princípio da proteção do trabalhador, que visa a tutela deste último e a defesa dos seus direitos pessoais, nomeadamente da sua dignidade enquanto trabalhador e cidadão, visando também, em paralelo, a dignidade do próprio trabalho. Este princípio, como veremos, marca todo o Direito do trabalho, consubstancia o seu norte magnético e projeta-se em vários subprincípios e concretizações: ao nível interpretativo-aplicativo, através do favor laboratoris; ao nível da formação, execução e cessação do contrato de trabalho, através de vários subprincípios operativos, como sejam o da proteção dos direitos pessoais de cidadania do trabalhador, que engloba os direitos de personalidade e a igualdade e não discriminação, o da proteção dos seus direitos e garantias, o da proteção de certas categorias específicas de trabalhadores, ou o subprincípio da segurança no emprego e o da proibição de despedimentos sem justa causa; ou enquanto elemento de conformação normativa, destinado a orientar o legislador no processo de construção e evolução do Direito do trabalho. O fundamento deste princípio, como assinala o citado Américo Plá Rodríguez, está ligado a própria razão de ser do Direito do Trabalho. (DRAY, 2015, p. 263)

Por consequência, no domínio da Justiça e do Processo do Trabalho, vários são os métodos e técnicas concebidos para amparar a parte fragilizada da relação empregatícia, a fim de se buscar a igualdade pretendida pelo texto constitucional.

O Direito laboral consiste num ordenamento de carácter protetivo e compensador do desequilíbrio emblemático da relação de trabalho. Indubitavelmente, a função de tutela do trabalhador assalariado (da sua pessoa e do seu emprego), bem como a restrição dos poderes patronais se encontra talhada na gênese do Direito do Trabalho.

A tutela do trabalhador se justifica pela sua condição de economicamente dependente e juridicamente subordinado e pelo fato da prestação de serviço ser desenvolvida de forma pessoal, visto que a força de trabalho inere à própria pessoa do empregado, não podendo ser separada deste. (LEAL AMADO, 2017, p. 138)

O princípio da proteção da parte hipossuficiente é um dos alicerces fundamentais do Direito do Trabalho (LAIDES, 2016, p. 2), na medida em que se deduz que o empregador detém o poder econômico e os meios de produção, estando assim em uma posição superior ao trabalhador, que contará com uma vantagem jurídica (proteção especial legal) que busca equiparar a relação laboral para suprimir a diferença fática e econômica exteriorizada na relação de trabalho.

Anuncia este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma rede de tutela à parte hipossuficiente e vulnerável na relação empregatícia, isto é, o obreiro, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao se construir, desenvolver-se e atuar como direito. Verdadeiramente, há ampla hegemonia nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente. (DELGADO, 2018, p. 232)

O princípio da norma mais favorável enuncia que a estrutura piramidal das normas apresentada por Hans Kelsen, a qual apresenta no vértice as regras constitucionais, pode ser perfeitamente ignorada na existência de norma mais favorável ao obreiro, mesmo que de hierarquia inferior.

O presente princípio dispõe que o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: no instante de elaboração da regra (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou no contexto de confronto entre regras concorrentes (princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas) ou, por fim, no contexto de interpretação das regras jurídicas (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista) [...]. Como critério de hierarquia, permite eleger como regra prevalecente, em uma dada situação de conflito de regras, aquela que for mais favorável ao trabalhador, observados certos procedimentos objetivos orientadores, evidentemente. Nesse sentido, a partir de 1988, o princípio da norma mais favorável adquiriu até mesmo respaldo constitucional, por meio do caput do art. 7º da Constituição da

República (Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. (DELGADO, 2018, p. 233)

A jurisprudência trabalhista é uníssona em reconhecer que nos casos concretos deve prevalecer a norma mais favorável ao obreiro, não importando sua hierarquia no sistema normativo ou seu modo de produção:

EMENTA. ESTABILIDADE DA GESTANTE. ELASTECIMENTO DO PERÍODO ESTABILITÁRIO POR NORMA COLETIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL. Diante da existência de duas normas reguladoras da mesma situação concreta, deve prevalecer a normatização mais favorável ao trabalhador, tendo em vista o Princípio da Norma Mais Favorável como parâmetro de hierarquia das normas justralhista. Nesse sentido, é possível que a norma coletiva expanda o período estabilitário da gestante, previsto no art. 10, II do ADCT, devendo a indenização substitutiva estar em consonância com o período mais favorável ao trabalhador. (TRT-3 - RO: 00333201510803006 0000333-85.2015.5.03.0108, Relator: Emerson Jose Alves Lage, Primeira Turma, Data de Publicação: 26/04/2017)

O princípio *in dubio pro operário* possui natureza hermenêutica, pois o julgador ao defrontar-se com dispositivos legais que apresentem sentidos ambíguos deve adotar a interpretação que mais favoreça o trabalhador, na medida em que as leis trabalhistas são protetivas da parte hipossuficiente. Nota-se que esse princípio não é aplicado na seara probatória, posto que a distribuição do ônus da prova valerá tanto para empregado como para empregadores.

INTERPRETAÇÕES DISTINTAS EM RELAÇÃO À MESMA NORMA COLETIVA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO OPERARIO. Uma vez configurada a disparidade de interpretações em face de uma mesma norma coletiva, há que se considerar como adequada aquela que for mais benéfica ao trabalhador, em prestígio ao princípio *in dubio pro operário*, subdivisão do princípio da proteção ao trabalhador. (TRT 17ª R., RO 0080700-43.2009.5.17.0003, 2ª Turma, Rel. Desembargadora Claudia Cardoso de Souza, DEJT 28/01/2011). TRT-17 - RO: 00807004320095170003, Relator: DESEMBARGADORA CLÁUDIA CARDOSO DE SOUZA, Data de Publicação: 28/01/2011.

Por fim, completando o tripé do princípio da proteção da parte hipossuficiente, analisa-se o princípio da condição mais benéfica (art. 468, CLT).

Tal princípio estipula que as especificidades do contrato de trabalho mais vantajosas ao empregado prevalecerão sobre quaisquer outras novas

circunstâncias, isto é, as vantagens adquiridas não poderão ser suprimidas do contrato laboral. Tal entendimento é sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho:

Súmula nº 51 do TST

NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973)

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 da SBDI-1 - inserida em 26.03.1999)

Apesar do princípio da proteção ser o pilar do Direito laboral, o qual impede prejuízos aos obreiros, tal diretriz atualmente sofre algumas atenuações, especialmente visando a proteção de postos de trabalho na atual conjuntura econômica desfavorável.

Numa leitura atualizada, o princípio da proteção deixa de ser um borralho paternalista, afirmando-se como "*ratio*" axiológica que deita raízes na primazia da dignidade humana e se rivaliza com o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão (conquanto esse se subordine àquele nos quadros mais agudos de colisão). Somente a existência desse último explica a possibilidade de dispensa de empregados estáveis por motivos técnicos ou econômico-financeiros (artigo 165, *caput*, da CLT), o exercício do "*jus variandi*" e a plácida constitucionalidade das sucessivas reformas trabalhistas que precarizam circunstancialmente os contratos de trabalho (p. ex., os contratos por prazo determinado, a tempo parcial, o trabalho temporário e — fora do Brasil — a comissão de serviços e o "*job sharing*"). Obtém-se, com isso, um edifício dogmático mais coerente e democrático, sem perder de vista a dignidade da pessoa trabalhadora e as suas concreções nos planos da interpretação, da hierarquia de fontes (dinâmica) e da estabilidade do patrimônio jurídico-laboral (condição mais benéfica). (FELICIANO, 2017, p. 137)

Américo Plá Rodrigues traz uma interessante reflexão feita por vários autores sobre a aplicação irrestrita do princípio da proteção no Direito do Trabalho apenas abrangendo uma parte da relação empregatícia:

O intérprete deve ter em vista, acima de tudo, a conservação da vida empresarial e não sacrificá-la aos interesses imediatos e exclusivos

de um de seus elementos colaboradores, seja capital ou trabalho. E acrescenta, textualmente: "Em caso de dúvida, decida-se pela empresa e tenha o intérprete das leis trabalhistas, na conservação dela, o fundamento político do seu papel constitucional. "Não nos referimos a essas decisões de interesse medíocre, no sentido conservador do regime, em que, em se decidindo pelo operário, concedendo-lhe mais alguns centavos, não se altera a economia empresária, mas só se contrariam os caprichos patronais. Aí, até o interesse político do direito, de conservar a disciplina social e a confiança no Estado, aconselharia a preferência pelos interesses do operário. "Mas, nos conflitos de interesse maior em que as decisões trabalhistas decidem, afinal também, da economia empresária, determinando-lhe a dissolução ou a falência, não se justifica o pieguismo jurídico de uma parcialidade proletária; é uma atitude de vistas curtas se não fora também criminosa, porque contra a segurança do próprio Estado de que é, em última análise, o juiz trabalhista, o instrumento jurado para sua proteção e conservação. "Há um bem comum na empresa; comum aos elementos humanos da produção, ou, por outra, comum e superior aos interesses privados do empresário e do seu pessoal. "Nas lutas que se processam, nesse cadinho social que é a empresa, a intervenção do Estado só se justifica para proteção desse bem superior aos interesses imediatos das partes em conflito; o bem da empresa, que é o da sua conservação e prosperidade, é um bem público; por isso, todos os pactos contra ele são nulos, porque são, outrossim, contra o Estado; na prática, esse bem que se protege, imperativamente, algumas vezes se confunde com o interesse imediato do operário, mas pode identificar-se muitas outras vezes com o interesse patronal ou do capital". O segundo autor é Alípio Silveira, que chega à mesma conclusão de que a máxima na dúvida, pelo empregado é falsa, como princípio geral de direito, baseando-se nas seguintes considerações: 1) a finalidade do Direito do Trabalho. Modernamente sustenta esse autor - essa finalidade é o equilíbrio de interesses entre empregadores e empregados, não se limitando à proteção absoluta e exclusiva do trabalhador; 2) os interesses da empresa, que são de importância fundamental. Não é possível sacrificar os interesses da empresa para salvaguardar um único empregado, mesmo que todos os outros empregados sofram [...] (RODRIGUES, 2015, p. 91-92)

Discorrendo sobre a necessidade de salvaguarda de interesses empresariais e postos de trabalho afirma Guilherme Machado Dray (2015, p. 263) que os princípios protetores refletiram a evolução do Direito do Trabalho, notadamente em períodos nos quais a desproteção aos trabalhadores foi acentuada e o arbítrio dos empregadores significativo, e assim sendo, a resposta normativa encontrada residiu na tutela do trabalhador, posto que buscou reequilibrar juridicamente a relação desigual de trabalho.

Entretanto, em outras situações, a preocupação dominante é o reforço da competitividade da economia em momentos críticos. Em tais circunstâncias, o índice

de proteção do trabalhador é diminuído e se reforça o princípio da salvaguarda dos interesses empresariais, com o intuito de evitar uma “legião” de desempregados. (DRAY, 2015, p. 264)

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR) decidiu em 2016 que especificidades do caso concreto têm o condão de flexibilizar e modular as relações de trabalho à capacidade econômico-financeira do empregador:

PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL - CCT x ACT - PREVALÊNCIA DO ESPECÍFICO SOBRE O GERAL - Na aplicação do princípio da norma mais favorável, o intérprete e aplicador do Direito "haverá de ter em conta não o trabalhador específico, objeto da incidência da norma em certo caso concreto, mas o trabalhador como ser componente de um universo mais amplo (categoria profissional, por exemplo)" (DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 2.ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 199). O ajuste entre empresa e sindicato, celebrado sem vícios, sob tutela sindical e inserido em um contexto de concessões recíprocas, encontra pleno respaldo jurídico nos princípios que regem a autonomia privada coletiva sob tutela sindical (teoria do conglobamento e princípio da adequação setorial negociada), nos textos legais (artigo 7º, inciso XXVI, da CF, e artigos 71, § 3º, e 611 da CLT) e jurisprudencial (Súmula 364, item II, do C. Tribunal Superior do Trabalho), *abonando-se a tese, lógica, de que as especificidades de cada caso concreto podem servir, sim, como legítimo fator de relativização e modulação das relações de trabalho*. Com efeito, a autonomia da negociação coletiva prevista no art. 7º, inciso XXVI, da CF, deve prevalecer sobre o padrão geral heterônomo das fontes do Direito do Trabalho, corolário do princípio da adequação setorial negociada, de forma a valorizar a negociação entre os atores das relações trabalhistas, *pois conhecem detalhadamente todo o contexto que envolve a prestação de serviços e a capacidade econômico-financeira do empregador*. Jurisprudência construtivista de estímulo à negociação, sob tutela sindical, que se impõe. TRT-9 - RO: 00011803220145090019 PR, Relator: PAULO RICARDO POZZOLO, Data de Julgamento: 31/08/2016. (grifo nosso)

Desse entendimento, o TRT9 editou a OJ 4T nº 105, abaixo transcrita:

OJ4T Nº 105 do TRT9. HIERARQUIA ENTRE CONVENÇÃO COLETIVA E ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. PREVALÊNCIA DO ESPECÍFICO SOBRE O GERAL. Ajuste entre empresa e sindicato (acordo coletivo de trabalho), celebrado sem vícios, sob tutela sindical e inserido em um contexto de concessões recíprocas, encontra pleno respaldo jurídico nos princípios que regem a autonomia privada coletiva sob tutela sindical (teoria do conglobamento e princípio da adequação setorial negociada), nos textos legais (artigo 7º, inciso XXVI, da CF, e artigos 71, § 3º, e 611

da CLT) e jurisprudencial, prevalecendo inclusive sobre a genérica convenção coletiva de trabalho celebrada entre sindicatos, pois os atores das relações trabalhistas conhecem detalhadamente todo o contexto que envolve a prestação de serviços e a capacidade econômico-financeira do empregador, razão pela qual se presume mais benéfico para os efeitos do art. 620 da CLT, que deve ser interpretado à luz das diretrizes teleológicas dos arts. 7º e 8º da CF.

Em interessante reflexão sobre os graus de hipossuficiência encontrados no mercado de trabalho atual, em sua Dissertação de Mestrado afirma Fernando Franco Morais:

A hipossuficiência se dá à parte fraca de alguma relação, visando sempre à concretização de uma igualdade social. Portanto, uma das propostas é averiguar o porte da empresa, como faturamento, número de filiais, se é microempresa, pois frequentemente o juiz se depara com casos em que a empresa é mais hipossuficiente financeiramente do que o próprio empregado. Assim, há várias ocasiões onde a hipossuficiência já não é mais um termo a ser considerado como verdade absoluta em diversos tipos de situações onde, antigamente, tinha sim o seu embasamento. O fato é que não mais se vive em uma sociedade dividida onde, de um lado tem-se o grande empresário, detentor do capital, e do outro o trabalhador, pouco esclarecido, sem formação e carente de renda. Atualmente apresenta-se uma realidade onde o trabalho assalariado é apenas uma das formas de prestação de trabalho. Dessa forma, muitas vezes a imagem do empregador mais frequente nos dias de hoje chegar-se muito mais a de um colega de trabalho do que a de um empregador autoritário. Existe ainda a obrigação de imparcialidade do magistrado, haja vista que a própria legislação encarrega-se de proteger a parte mais fragilizada da relação de forma absoluta, sem levar em conta a realidade posta. É preciso observar que a prestação jurisdicional é também a prestação de um serviço público. Deste modo, ao desempenhar esse poder-dever-função, o magistrado deverá atuar com total imparcialidade. Cabe ao magistrado oferecer maior seriedade no julgamento de suas demandas, procurando conhecer a verdade dos fatos e não somente aplicando de forma absoluta o princípio da hipossuficiência. (MORAIS, 2017, p. 109)

E continua o autor em sua reflexão acerca da aplicação irrestrita do princípio da hipossuficiência:

O que acontece, é que em inúmeras situações o hipersuficiente transmuta-se no hipossuficiente, e o pior, sem qualquer proteção legal ou princípio que o defenda. A Justiça do Trabalho deve atentar-se para o fato de que a balança da justiça não pode pender nem arrimar-se para nenhum dos lados, sob pena de perder sua real finalidade. Logo, apesar de seus princípios básicos de proteção e finalidade social, a justiça do trabalho deve conservar-se equilibrada sem causar dano a nenhuma das partes. Conclui-se, portanto que o tratamento diretamente proporcional entre a hipossuficiência do

trabalhador e a condição financeira do empregador, dá flexibilidade para a proteção do trabalhador, ao passo que quanto menor a condição financeira do empregador, menor será a hipossuficiência do trabalhador. Partir desta premissa é concluir que esta dosimetria é um paramento concreto da mitigação da proteção do trabalhador, haja vista que traz nova roupagem para a ótica sobre a origem da própria hipossuficiência, a qual não surge do trabalhador, mas que também é influenciada pela condição financeira do empregador. Logo, existe neste contexto um erro corriqueiro no pressuposto prático/jurídico, já que o costume é atribuir origem a hipossuficiência do empregado sempre partindo do pressuposto de sua condição financeira, o que é um equívoco de interpretação, pois não há hipossuficiência trabalhista se não há discrepância financeira entre empregador e empregado, logicamente a origem desta mesma hipossuficiência está ligada não ao empregado mas também ao empregador por sua condição financeira. (MORAIS, 2017, p. 110)

A conclusão em relação a “graus de hipossuficiência” a que alcançou Fernando Franco Moraes em sua dissertação de mestrado aparenta encontrar sustentáculo na reforma trabalhista, que incluiu o parágrafo único ao art. 444, o qual sugere a concepção do trabalhador “hipersuficiente”:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#))

A maior inovação da reforma de 2017, no particular, situa-se na inserção do parágrafo único ao art. 444, que alvitra maior grau de liberdade para as partes, quando o empregado tiver diploma de nível superior e salário superior ao dobro do teto previdenciário – no total, cerca de 11.000 reais à época da promulgação da lei 13.467/2017, apenas para se ter uma noção. Há autores que passaram a usar a expressão “hipersuficiente” para se referir a esses empregados, em contraposição aos “hipossuficientes”. (SILVA, 2017, p. 76)

Destarte, quando atendidos os dois critérios objetivos inseridos no parágrafo único do art. 444, o empregado deixaria, em tese, de se classificar como um

empregado regular e passaria a ostentar o status de alto empregado, autorizado a livremente negociar com o empregador sobre determinados aspectos.

A justificativa para a inclusão dos altos empregados na exceção do parágrafo único do art. 444 é a de que empregados em tal nível salarial e carreira possuem maior poder de barganha com o empregador, e não se justificaria a aplicação do princípio da hipossuficiência do empregado.

Destarte, com a Reforma Trabalhista, é possível dizer que foi introduzido no ordenamento jurídico trabalhista a figura do alto empregado, ou seja, do empregado que possui liberdade para negociar diretamente com o seu empregador condições especiais de seu contrato de trabalho, desde que não tenham objeto ilícito (como os listados no novo art. 611-B). (GOLDFARB; RONCO, 2018, p. 46-47)

Certamente a realidade fática deverá sempre prevalecer na análise do caso concreto, à vista do princípio da primazia da realidade, outro pilar do Direito do Trabalho que poderá auxiliar o intérprete na caracterização dessa nova hipótese legal.

Exemplificando, um profissional que pode ser considerado “hipersuficiente” é o profissional da educação que ministra aulas em grandes instituições de ensino superior, pois detentor de diploma universitário ou até mais, detentor de títulos *stricto sensu* em sua área.

Pressupondo-se que esse profissional tenha proventos igual ou superior ao limite estabelecido no parágrafo único do art. 444 da CLT, teoricamente seria caracterizado como detentor de um maior poder de negociação com seu empregador.

Contudo, indaga-se: apenas o preenchimento dos requisitos legais tornaria esse profissional “hipersuficiente”? O princípio da primazia da realidade poderá indicar que o professor não possui uma ampla margem de negociação, especialmente diante da expansão dos cursos de EAD (ensino a distância), os quais, de maneira intensa, findam inúmeros postos de trabalho nos denominados cursos presenciais.

À vista da lógica do mercado, mais profissionais disponíveis (oferta abundante) e uma menor demanda (poucas vagas nos cursos presenciais), o valor da mão de obra tende à desvalorização e, conseqüentemente, as condições de trabalho ofertadas pelo empregador também tendem à aceitação por parte do profissional da educação.

Desta feita, o simples preenchimento dos requisitos legais pelo “empregado hipersuficiente”, sem uma análise aprofundada da realidade fática entre o profissional da educação e o poderio econômico da Instituição de Ensino pode resultar em enquadramento equivocado no parágrafo único do art. 444 da CLT. Nesse contexto, a Justiça do Trabalho deverá alicerçar sua decisão no princípio da primazia da realidade.

Indubitavelmente, o princípio protetivo do Direito do Trabalho não pode ser negligenciado, não obstante, deve ser sopesado com outros princípios da seara econômica, especialmente o princípio da busca do pleno emprego, ameaçado pelo desemprego que assola todas as regiões do país.

O desemprego conjuntural é caracterizado por demissões motivadas por questões relacionadas às condições da economia local, ou seja, quando se observa demissões no comércio e/ou na indústria para redução de custo. Isso ocorre como consequência da redução do consumo, proporcionando menor circulação de capital e, conseqüentemente, forçando à indústria a produzir menos e ao comércio a diminuir as vendas, dentro desse contexto, os trabalhadores podem ser vistos como dispensáveis e serem demitidos por conta dessa conjuntura econômica. Portanto, podemos concluir que esse tipo de desemprego é mais comum em períodos de estagnação e/ou recessão econômica. Essa dinâmica respeita a lógica do Capitalismo de aliar produção e consumo, de modo que a produção nunca seja muito maior do que o consumo, para evitar uma redução dos preços do produto final e uma crise de super-produção. Logo, é evidente que, em um cenário de recessão, inflação e menor oferta de crédito, a sociedade apresentará um menor consumo e, portanto, a produção deverá diminuir, criando um número de trabalhadores ociosos que serão demitidos. Esse desemprego deve ser, de alguma forma, combatido pelo governo local, pois, nesse contexto, as consequências podem ser catastróficas, pois, com demissões em massa o poder de compra dessa sociedade é diminuído de forma significativa, o que promoverá um consumo ainda menor e mais demissões, gerando um ciclo vicioso. (CORREIA, 2015, p. 2)

É inconteste que no Brasil a proteção à parte hipossuficiente na relação jurídica laboral não pode ser de maneira alguma abolida por completo, porém, diante do grave quadro de crise econômica¹³ pela qual atravessa o país ultimamente, essa

¹³ Segundo o IBGE, quase 100% das vagas de emprego geradas em 2017 são informais, baseando-se em dados extraídos da Pesquisa Pnad. Além disso, 7 em cada 10 empregos gerados são informais. No segundo semestre de 2017 ainda apontava para uma falta de 26, 3 milhões de empregos em todo o país. Vide: <http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/economia/nacional/noticia/2017/08/17/crise-esta-por-tras-de-dificuldades-do-mercado-de-trabalho-diz-ibge-301778.php>.

tutela excessivamente paternalista poderá ser afastada em algumas situações, pois em último caso, toda a coletividade de trabalhadores será privilegiada.

Abrandar significa flexibilizar [...]. Toma-se, aqui, a palavra flexibilização no sentido de toda medida, do direito do trabalho, destinada a reconhecer que a lei trabalhista e a sua aplicação não podem ignorar os imperativos do desenvolvimento econômico. É importante para o país o funcionamento das empresas para produzir bens e prestar serviços à sociedade e para abrir vagas para os trabalhadores. O direito do trabalho é complexo. Tem como principal função a tutela do trabalhador, mas não pode ignorar as necessidades substanciais das empresas. Esse atendimento é necessário. As empresas precisam crescer e impulsionar a economia para dar maior número possível de vagas de trabalho. (NASCIMENTO, 2010, p. 267)

Estudos acerca do tema desemprego enfrentam, entre outros, o problema da convergência com o princípio da norma mais favorável ao trabalhador a partir da constatação da natureza mutável da realidade econômica, na qual uma norma pode ser socialmente aceitável num período de abundância e, contudo, absolutamente nociva dentro de uma sociedade em processo de crise de emprego.” (NASCIMENTO, 2018, p. 63)

Nesse quadro fático caótico, a justiça do trabalho deve ponderar os princípios protetivos do direito laboral com o princípio da busca pelo pleno emprego, priorizando esse último em casos específicos, ainda que de forma temporária, analisando as ferramentas jurídicas que possibilitam, em casos de crise econômica e desemprego, a revisão contratual de forma temporária, visando a sobrevivência da empresa e preservação de postos de trabalho, posto que a crise econômica pode ser considerada como um dos fatores geradores do alto índice de desocupação formal no país atualmente.

2.4.2 Princípio da Alteridade e da irrenunciabilidade em consonância com o princípio do pleno emprego

A alteridade é considerada uma repercussão decorrente da relação empregatícia, isto é, pelo princípio da alteridade todos os riscos derivados da atividade empresarial serão assumidos pelo empregador. Está previsto no art. 2º da CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, *assumindo*

os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço". (grifo nosso).

À vista disso, cabe ao empregador suportar os prejuízos advindos do exercício da livre-iniciativa, posto que os infortúnios provenientes de empreendimentos econômicos não podem ser transferidos, de forma alguma, para os trabalhadores:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. AÇÃO DE CUMPRIMENTO. ABONOS E REAJUSTES ESTABELECIDOS EM CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. INOBSERVÂNCIA. ALEGAÇÃO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA. *PRINCÍPIO DA ALTERIDADE*.

Pelo Princípio da Assunção dos Riscos do Empreendimento, também denominado de Princípio da Alteridade, impõe-se exclusivamente ao empregador a responsabilidade ou o ônus pela sua atividade empresarial e pelas obrigações assumidas em virtude do contrato de trabalho por ele firmado. A jurisprudência desta Corte se alinha à doutrina majoritária, no sentido de que a aplicação desse princípio abrange não só o risco do empreendimento como também a responsabilidade do empregador quanto ao cumprimento das obrigações inerentes ao contrato de trabalho, além de vedar a possibilidade de se transferir ao trabalhador o custo resultante de eventuais perdas ou prejuízos da atividade econômica. Nesse contexto, ainda que se admita, na forma do art. 11, § 3º, da Lei nº 7.238/1984, a possibilidade de a empresa requerer, em juízo, de maneira fundamentada, a eventual adequação de índice de reajuste previsto em norma convencional, por superveniente e inesperada dificuldade financeira, cujo prejuízo não possa ser atribuído à má-gestão, o certo é que tal prerrogativa não autoriza, de modo algum, a mera inadimplência quanto ao cumprimento de obrigação assumida junto a seus empregados, seja por força da lei, do contrato ou de regular negociação coletiva, por absoluta incompatibilidade com os princípios que regem o Direito do Trabalho. Decisão regional em conformidade com esse entendimento. Agravo de instrumento a que se nega provimento. TST - AIRR: 19492620115030144, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 27/09/2017, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/10/2017. (grifo nosso)

O julgado abaixo transcrito, realizado em 2017 pelo Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região (Estado do Ceará), evidencia, de forma contundente, que o princípio da alteridade é um dos sustentáculos invocados pelos operadores do Direito do Trabalho que sustentam a inaplicabilidade de teorias civilistas de revisão contratual ao pacto laboral, na medida em que os prejuízos enfrentados pelas empresas, não importando suas causas, devem ser arcados pelo empregador:

RECURSO ORDINÁRIO DAS RÉS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATRASO NO INADIMPLEMENTO DE VERBAS TRABALHISTAS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CRISE FINANCEIRA NACIONAL. CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRINCÍPIO DA ALTERIDADE. ASSUNÇÃO DOS RISCOS. APLICABILIDADE. *As dificuldades financeiras enfrentadas pelo empregador, decorrentes de má gestão empresarial ou de acontecimentos externos, no mercado local, nacional ou global, não configura "caso fortuito" ou "força maior" para fins de lhe evitar o adimplemento das verbas trabalhistas, porquanto, diante do princípio da alteridade, assume os riscos do empreendimento. Nada obstante a possível crise enfrentada pelo empregador, os serviços prestados por seus empregados ostentam cunho econômico e impõem o pagamento regular e pontual da contrapartida pecuniária.* Recurso improvido. TRT-7 - RO: 00012192520155070027, Relator: JOSE ANTONIO PARENTE DA SILVA, Data de Julgamento: 18/05/2017, Data de Publicação: 01/08/2017 (grifo nosso).

Juntamente com os demais princípios protetivos acima analisados, a alteridade forma o arcabouço principiológico que impede a invocação das teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva para que seja decretada a revisão do contrato de trabalho em benefício do empregador, posição jurídica que, como já afirmado anteriormente, deve ser momentaneamente afastada na busca da concretização do princípio do pleno emprego.

Todos os princípios e normas acima expostos culminam na mais maciça regra de direito laboral, qual seja, a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas por parte do obreiro, mesmo que esse concorde em ter algumas garantias e benefícios minorados.

Segundo o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas o empregado não pode despojar-se de direitos assegurados por normas de ordem pública e imperativas:

A indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui talvez o veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socio econômica de emprego. O aparente contingenciamento da liberdade obreira que resultaria da observância desse princípio desponta, na verdade, como o instrumento hábil a assegurar efetiva liberdade no contexto da relação empregatícia: é que aquele contingenciamento atenua ao sujeito individual obreiro a inevitável restrição de vontade que naturalmente tem perante o sujeito coletivo empresário. (DELGADO, 2017, p. 236)

A indisponibilidade dos direitos trabalhistas repousa sua razão de ser no fato dos direitos trabalhistas serem essenciais à promoção do princípio da dignidade humana e valorização do trabalho.

O professor André Araujo Molina compila os ensinamentos do Mestre Américo Plá Rodriguez sobre o princípio da indisponibilidade.

Para o autor uruguaio, a indisponibilidade possui respaldo em três pilares fundamentais, quais sejam: 1) imperatividade das normas trabalhistas; 2) limitação da autonomia da vontade; 3) presunção de vício de consentimento do empregado que renuncia seus direitos. (MOLINA, 2013, p. 165-166)

Plá Rodriguez afirma que existem duas categorias de regras no Direito do Trabalho, isto é, admite que existam normas rigidamente categóricas e normas limitadamente categóricas. Na primeira categoria fazem-se presentes as normas de proteção e saúde do trabalhador, as quais não podem ser suprimidas de maneira alguma.

Já as normas limitadamente categóricas abrangem aspectos incorporados à liberdade contratual entre empregados e empregadores, aspectos nitidamente privilegiados pela reforma trabalhista de 2017. “A diferenciação de Plá Rodriguez foi recepcionada pela maioria dos nossos autores com a divisão em normas trabalhistas absoluta e relativamente indisponíveis”. (MOLINA, 2013, p. 167)

Esse último aspecto se vem manifestando por uma sutil alteração de enfoque no que tange as garantias mínimas dos trabalhadores. Já se vislumbra neste particular o nascimento de uma tendência de estas garantias mínimas focarem-se mais especificamente nas repercussões dos direitos de personalidade, ou seja, de garantia daqueles direitos imanentes e decorrentes do direito de personalidade do trabalhador [...]. Nesta equação, nem se podem ver desaparecer os direitos que se constituem em garantias mínimas, flexibilizando-os *in totum*, nem é razoável manter-lhes a rigidez absoluta. Diferentemente disto, antes convivem e complementam-se do que contradizem-se, isto por que, parte deles, os entendidos como os mais essenciais, continuam irrenunciáveis, e outra parte, compadece-se da flexibilização, comportando suspensão ou restrição [...]. Não é demais referir aqui, que não apenas a doutrina dos direitos fundamentais, mas o Direito como um todo, estão sofrendo o impacto das mutações da sociedade e do tempo, onde o giz central é a provisoriedade. (JUCÁ, 1999, p. 279-280)

Em relação à categoria denominada por Plá Rodriguez de “relativamente indisponíveis”, que engloba majoritariamente direitos patrimoniais, no Direito do

Trabalho a transação em relação a esses é plenamente aceita, inclusive de forma individual e sem a participação de entes sindicais. O controle de eventual vício de vontade, nesse caso, é feito pelo Poder Judiciário.¹⁴

DIREITOS TRABALHISTAS. *INDISPONIBILIDADE RELATIVA. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. POSSIBILIDADE.* A renúncia é ato unilateral de uma das partes, ao desistir de um direito que a lei lhe assegura; enquanto a transação constitui-se em um pacto contratual pelo qual as partes põem termo a obrigações litigiosas e/ou duvidosas. De modo que, *inexistindo vício de consentimento, não há óbice legal para que se reconheça a legitimidade de transação realizada extrajudicialmente, sobretudo quando, como na hipótese dos autos, as partes transacionam direitos relativamente indisponíveis, mediante reciprocidade de concessões.* Recurso da reclamante a que se nega provimento. TRT-13 - RO: 131389 PB 00908.2011.022.13.00-0, Relator: FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA, Data de Julgamento: 07/03/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 08/03/2012. (grifo nosso)

A forma defendida por vários doutrinadores os quais consideram que os direitos trabalhistas não são absolutos para modernizar a legislação laboral a fim de preservar postos de trabalho é a “flexibilização”, que não se confunde com “desregulamentação”:

Prefiro dizer que a flexibilização das condições de trabalho é o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação entre capital e trabalho [...]. A flexibilização das regras trabalhistas é, ainda, uma forma de atenuar o princípio da proteção à relação laboral. O referido princípio não será, porém, eliminado, mas serão minorados seus efeitos em certas situações específicas. Há necessidade, sim, de adaptação ou flexibilização, de modo a adaptar o Direito à realidade, e não o inverso [...]. Desregulamentação é a completa ausência de normas a respeito do trabalho. Não é isso que se pretende, mas a existência de normas legais trabalhistas, que garantam um mínimo ao trabalhador, porém com maior flexibilidade para se adaptar, por exemplo, as situações nas crises. (MARTINS, 2015, p. 13-14)

A proposição, por conseguinte, é de adequação das normas, não de sua extinção, mantendo certa ingerência do Estado no comando das relações

¹⁴ As semanas de “execução trabalhista” e “de conciliação” são comuns e frequentes na Justiça do Trabalho, nas quais a empregadores e empregados são ofertados acordos para solucionar os litígios, acordos esses que normalmente são realizados através de transações, ou seja, concessões recíprocas. Vide: <https://www.anajustra.org.br/noticia/12066/19/Semana-Nacional-de-Conciliacao-Trabalhista-2018-beneficia-mais-de-198-mil-pessoas>

trabalhistas, contudo, avultando o papel do empregado no vínculo trabalhista, deixando de tratá-lo como um absolutamente incapaz, diante de uma proposta razoável e proporcional da empresa para manutenção de seu posto de trabalho, desde que respeitados certos patamares como boa-fé, ampla informação, razoabilidade, proporcionalidade, transparência, e, sobretudo, ética.

Considerar sempre o trabalhador como um ser imaturo, cheio de temor reverencial, incapaz, fácil de confundir, é relegá-lo a um plano muito inferior, situação que de nenhuma maneira postula o Direito do Trabalho que o elevou na categoria social e humana, dando-lhe o lugar que lhe cabe como ser humano e, por conseguinte, não o pode subestimar como um débil mental. (RUPRECHT apud MOLINA, 2013, p. 164)

Em relação à indisponibilidade, considerando-se que o trabalhador pode abdicar de seu maior direito, que é o próprio emprego, é ilógico e irracional não permitir que ele decline temporariamente de alguns direitos patrimoniais para preservá-lo.

Em última razão, o próprio pedido de demissão é uma renúncia ao emprego, bem maior que o trabalhador pode ter em sua vida profissional. Admite-se renúncia ao emprego, mas não se admite renúncia de alguns direitos de menor estatura, conforme as circunstâncias concretas, em clara contradição entre as duas condutas admitidas pela jurisprudência trabalhista. (MOLINA, 2013, p. 174)

Vejamos alguns exemplos dessa contradição jurisprudencial citada por André Araujo Molina:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PEDIDO DE DEMISSÃO. ESTABILIDADE. GESTANTE. Depreende-se do acórdão regional que a rescisão contratual ocorreu por iniciativa da reclamante e que não foi comprovada a existência de nenhum vício de consentimento no seu pedido de demissão, razão pela qual não há falar em direito à estabilidade a que alude o art. 10, II, b, do ADCT, pois não houve dispensa arbitrária ou sem justa causa. Não há, ainda, ofensa ao art. 500 da CLT, pois, conforme ressaltou o Regional, referido dispositivo somente se aplica às hipóteses de estabilidade decenal, questão diversa da tratada nos autos. Divergência jurisprudencial inválida. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (TST - AIRR: 4072820155020057, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 24/05/2017, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/06/2017)

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS PRESTADAS E NÃO COMPENSADAS. RENÚNCIA DO DIREITO DE RECEBIMENTO EM CASO DE RUPTURA CONTRATUAL. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. Amplas são as possibilidades de validade e eficácia jurídicas das normas autônomas coletivas em face das normas heterônomas imperativas, à luz do princípio da adequação setorial negociada. Entretanto, essas possibilidades não são plenas e irrefreáveis, havendo limites objetivos à criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista. Desse modo, ela não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia ou se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Nesse contexto, não poderia a cláusula coletiva prever a renúncia antecipada, pelo empregado, das horas trabalhadas e não compensadas, em caso de ruptura contratual imotivada, pois o salário é verba contraprestativa de natureza alimentar cuja renúncia esbarra na indisponibilidade do direito, ainda que esta esteja prevista em norma coletiva. Assim sendo, é de se reconhecer a nulidade da cláusula coletiva, devendo ser aplicada a norma prevista no art. 59, § 3º, da CLT, que assegura ao trabalhador, nesses casos, o pagamento das horas extras não compensadas. Recurso de revista conhecido e provido. TST - RR: 16476320125150132, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 21/09/2016, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/09/2016.

Esse é o cerne da tese levantada nesse estudo, qual seja, a possibilidade da aplicação de teorias civilistas de revisão contratual à relação empregatícia individual, sem que com isso se viole princípios e normas trabalhistas, na medida em que o emprego é aqui considerado como o bem mais inestimável que o trabalhador possui.

O direito parte de uma ótica mais objetiva a fim de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é ciência que estuda os métodos indutores ou não por trás do comportamento humano em um mundo de recursos escassos. E averiguar o direito sob a ótica econômica é empregar instrumentos teóricos e empíricos econômicos e ciências afins para amplificar a compreensão e o alcance do direito, aperfeiçoando o desenvolvimento, a aplicação e a efetividade da norma jurídica. (PAYÃO; OLIVEIRA, 2018, p. 205).

A fim de demonstrar que é plenamente exequível utilizar a teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva em cenário de acentuada crise e desemprego, se recorrerá aos ensinamentos da Análise Econômica do Direito, raciocínio de origem norte-americana, o qual, em apertada e simples síntese, considera que circunstâncias econômicas devem preponderar sobre o direito em casos específicos a fim de beneficiar toda a coletividade envolvida

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA AOS CONTRATOS DE TRABALHO

O escopo do presente capítulo é entrelaçar a denominada Teoria da Análise Econômica do Direito (AED) ao Direito do Trabalho, posto que, apesar dessa teoria ainda apresentar inúmeras resistências em relação à sua aplicação pelos operadores do direito, constitui-se em uma concepção investigativa que pode se compatibilizar com a realidade do mercado de trabalho fluido contemporâneo brasileiro.

A análise proposta nessa parte final do estudo, alusiva à utilização da *Law and Economics* às decisões do Poder Judiciário Trabalhista e até mesmo aos acordos formulados entre empregados e empregadores, poderá privilegiar a protuberância, na técnica da ponderação de princípios, do princípio da busca do pleno emprego, insculpido no Art. 170, inc. VIII da Constituição Federal.

Para esse desiderato, primeiramente algumas premissas da AED serão apresentadas, as quais, juntamente com os princípios basilares da ordem econômica, devem ser necessariamente observadas no caso concreto que eventualmente demande a aplicação da AED.

Em desfecho, o Teorema de Coase será explanado, discorrendo acerca dos principais aspectos que podem ser transportados para o ramo laboral, visando única e exclusivamente a preservação dos postos de trabalho e o bem maior do trabalhador, qual seja, seu emprego.

A serventia que a AED oferece ao ramo jurídico ainda é um tema controvertido, pois, para muitos¹⁵, a economia tem apenas o viés de perseguir a produtividade e a eficiência dos agentes econômicos, ao passo que a incumbência do direito é buscar a justiça e a igualdade material, conforme os ditames da dignidade da pessoa humana.

¹⁵ Acerca da suposta incompatibilidade entre direito e economia, afirma Stigler: “Enquanto a eficiência é o problema fundamental dos economistas, a justiça é o farol que norteia os professores de direito [...]. A diferença entre uma disciplina que busca explicar a vida econômica (de fato, todo o comportamento racional) e uma disciplina que tem por meta alcançar a justiça na regulação de todos os aspectos do comportamento humano é profunda. Esta diferença significa, basicamente, que o economista e o advogado vivem em mundos diferentes e falam línguas diferentes. STIGLER, George J. *Law or Economics?* Journal of Law and Economics, Chicago, v. 35, n. 2, Outubro 1992 apud ARAÚJO, Thiago Cardoso. *Análise Econômica do Direito no Brasil: Uma leitura à luz da Teoria dos Sistemas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, p. 50.

Entretanto, em um mundo globalizado, não apenas no campo econômico, mas no campo cultural, tecnológico, ambiental etc., é aconselhável compatibilizar o direito com as diretrizes econômicas e as utilizá-las na procura por condutas racionais executáveis.

A teoria da Análise Econômica do Direito é constituída de várias nuances, suas particularidades são múltiplas, contudo, o aspecto que será considerado e dará suporte à toda construção investigativa elaborada na pesquisa diz respeito ao Teorema de Coase.

Utilizando-se de mecanismos econômicos incorporados ao Teorema de Coase, indaga-se se é possível identificar direitos trabalhistas previstos no contrato laboral que toleram ou não uma circunstancial revisão contratual.

3.1 PREMISSAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO – AED

Precedentemente à exposição de algumas premissas da AED, forçoso se faz restringir seu estudo, dado que é uma teoria profundamente complexa e irradia efeitos por todos os ramos jurídicos.

O corte metodológico é a consagrada Escola de Chicago, porquanto as concepções engendradas por Ronald Coase constituem o parâmetro de exposição da *Law and Economics* por ora acolhido.

Coase foi o pai da posteriormente chamada Análise Econômica do Direito (AED), isto é, provavelmente o mais potente e influente método analítico nas escolas de Direito dos Estados Unidos, tal como reconhecida inclusive por seus adversários. Em Coase, passou-se a perceber a empresa como uma teia de contratos. Afinal, o que são as empresas senão um conjunto de relações contratuais entabuladas com diversos agentes de mercado (contrato de locação, de licença, de marca, de trabalho, de serviços, etc.)? Também em Coase passou-se a perceber que as relações jurídicas têm repercussão na Economia e que, se em condições ideais de temperatura e pressão, os indivíduos conseguem transacionar seus direitos de modo eficiente (com menor custo social), no mais das vezes eles necessitarão do auxílio de uma ordem jurídica para chegarem na solução de maior ganho para a sociedade, reduzindo os custos de transação [...]. Essas lições de Coase caem como uma luva para o Brasil atual. Dificilmente poderíamos deixar de pensar nele ao tratarmos da função social da empresa, da propriedade e dos contratos. sem ele, dificilmente conseguiríamos pensar no contrato apartado de um sistema de mercado e a regulação longe de seus efeitos econômicos. (TIMM, 2018, p. 156-157)

A Análise Econômica do Direito tem por objetivo analisar o direito através de ferramentas das ciências econômicas, dado que as normas jurídicas e as decisões judiciais nas mais variadas áreas do direito ocasionam custos e benefícios, e, pela proposta da AED, esses custos e benefícios devem ser ponderados no momento da produção legislativa ou da tomada de uma decisão judicial.

O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é o 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 o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação das normas jurídicas, principalmente em relação às suas consequências. (GICO JUNIOR, 2016, p. 17)

Em artigo acerca das funções da Análise Econômica do Direito, Gico Junior assim sintetiza a importância da teoria para o ramo jurídico:

A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar-social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito. Note-se que a utilização do método econômico para analisar o direito não quer dizer que são os economistas que praticam a AED. Pelo contrário, na maioria dos casos, os pesquisadores que praticam são juristas ou possuem dupla formação. De qualquer forma, são jur-economistas. (GICO JUNIOR, 2018, p. 17)

Em suma, a Análise Econômica do Direito busca a resposta para duas questões primordiais, quais sejam: 1) De qual maneira os comportamentos dos indivíduos são influenciados pelas regras jurídicas; 2) Em relação à regras rígidas de bem-estar social, quais seriam as normas mais satisfatórias, bem como qual a melhor maneira de compará-las. A resposta a essas duas indagações essenciais da AED perfilará seu aproveitamento ou não aos contratos de trabalho. (GICO JUNIOR, 2018, p. 15)

Após essa breve definição da teoria econômica aqui apresentada, algumas premissas cruciais carecem ser esquadrihadas. Uma noção fundamental da AED é a “escassez”, que tradicionalmente se opõe à noção de abundância.

Os recursos são escassos e devem ser utilizados da forma mais racional possível, pois apenas com a utilização racional de recursos escassos, a eficiência econômica e social será atingida.

Uma coisa que se torna escassa quando não há mais quantidade suficiente para que todos os que a desejam possam obtê-la à vontade: é preciso escolher entre diferentes usos, ou, o que dá na mesma, regular o uso. Mas, na abundância que reinava antes, era perfeitamente supérfluo regular o uso. Quando a escassez se manifesta, não há como evitar a formulação de regras para determinar quais usos concorrentes devem ser aceitos [...]. A juseconomia pode, inclusive, auxiliar na concreção dos direitos fundamentais, que requerem decisões sobre recursos escassos. (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 29-30)

A partir do reconhecimento de que os recursos são escassos as pessoas fazem escolhas racionais acerca de sua utilização e esse comportamento os juseconomistas denominam de maximização racional.

Os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, sejam esses interesses quais forem. Assim, na formulação de teorias, se partirá da premissa de que os indivíduos calculam para alcançarem os maiores benefícios aos menores custos. Essa suposição de maximização racional leva ao chamado processo de decisão marginalista. Isso quer dizer que, nos processos de tomada de decisão e realização de escolhas, os indivíduos realizarão a próxima unidade de uma dada atividade se, e somente se, os benefícios dessa próxima unidade excederem seus custos. (SALAMA, 2008, p. 54-55)

No mesmo sentido, entretanto, utilizando uma terminologia distinta, afirma Ivo Gico Junior:

A escassez dos bens impõe à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excludentes. Toda escolha pressupõe um custo, um *trade off*, que é exatamente a segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas que foi preterida. A esse custo chamamos de custo de oportunidade [...]. Como escolhas devem ser realizadas, os agentes econômicos agem normalmente como se ponderassem os custos e os benefícios de cada alternativa,

adotando a conduta que, dadas as circunstâncias, traz-lhes mais bem-estar. Dizemos, então, que a conduta dos agentes econômicos é *racional maximizadora*. (grifos do autor) (GICO JUNIOR, 2018, p. 19-20)

Diante dos recursos escassos e da necessidade de se fazer escolhas racionais acerca de sua utilização, desponta um outro pilar da Análise Econômica do Direito, qual seja, a rede de incentivos, que exercerá o intento de instigar o indivíduo a fazer a escolha racional que mais lhe beneficie dentre as alternativas apresentadas.

A grande implicação desse postulado para a juseconomia é que os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, então, uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar outra conduta, a realizar outra escolha. Em resumo, pessoas respondem a incentivos. Oras, essa também é uma central do direito. Todo o direito é construído sobre a premissa implícita de que as pessoas responderão a incentivos. Criminosos cometerão mais ou menos crimes se as penas forem mais ou menos brandas, se as chances de condenação forem maiores ou menores, se houver mais ou menos oportunidades em outras atividades mais atrativas. As pessoas tomarão mais ou menos cuidado se forem ou não responsabilizadas pelos danos que causarem a terceiros [...]. por outro lado, se as pessoas não respondessem a incentivos, o direito seria de pouca ou nenhuma utilidade. Todos continuariam a se comportar da mesma forma e a criação de regras seria perda de tempo. (GICO JUNIOR, 2018, p. 20)

Partindo-se da premissa de que os agentes econômicos respondem a incentivos, o próximo passo é analisar se as escolhas serão realizadas dentro de um contexto hierárquico ou de mercado.

No cenário hierárquico, por exemplo, em uma relação de emprego, as escolhas são restritas e realizadas sob uma relação de subordinação, ao contrário do ambiente mercadológico, no qual a conduta dos agentes econômicos é fruto da livre negociação entre as partes envolvidas na transação econômica.

Os trabalhadores submetem-se à legislação trabalhista e a Justiça do Trabalho para conservar seus benefícios e direitos, ao passo que os empregadores estabelecem providências relacionadas aos trabalhadores baseados no temor de infringir a lei e serem penalizados.

Desta forma, é pouco crível que o ambiente das relações de trabalho seja marcado por níveis significativos de cooperação, confiança, desempenho, baixos

custos de transação e relações duradouras. Destarte, “os típicos problemas de assimetria de informação entre as partes, que reduzem a eficiência e impedem o alcance de ganhos, é mantido e até mesmo agravado.” (YEUNG, 2018, p. 323)

A AED almeja a todo momento alcançar o máximo de eficiência possível na tomada de decisões. À vista disso, propala que a legislação, políticas públicas e até mesmo decisões judiciais estejam direcionadas na perseguição desse objetivo.

Para tanto, os custos de transação desempenham especial finalidade na busca pela eficiência, posto que, caso esses custos de transação possam ser reduzidos, uma norma, uma decisão judicial ou uma política pública serão proveitosas sob o ponto de vista da AED.

Uma vez que os custos das transações realizadas no mercado são levados em conta, fica claro que a aludida realocação de direitos somente ocorrerá quando o aumento no valor da produção por ela gerado for maior do que os custos incorridos para implementá-la. Quando esse aumento for menor, a concessão de uma ordem judicial (*injunction*) (ou o conhecimento de que ela será concedida), ou a responsabilização pelo pagamento de perdas e danos, podem resultar na cessação de uma atividade (ou podem evitar que ela seja iniciada) que seria realizada caso as transações se dessem sem custos. Nessas condições, a delimitação inicial dos direitos exerce influência sobre a eficiência com a qual o sistema de preços opera. Um arranjo de direitos pode ser o mais apto, entre todas as alocações possíveis, a gerar um grande valor de produção. (COASE, 2010, p. 77)

Dois critérios são comumente utilizados na mensuração dos custos de transação, quais sejam, o Ótimo de Pareto e o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks.

O Ótimo Paretiano define situações em que a realocação de recursos (escassos) não é possível sem que as condições individuais de um dos agentes sejam prejudicadas. Ou seja, não seria possível melhorar a situação de um agente sem degenerar a condição do outro agente.

Quando chegamos a um ponto “Ótimo de Pareto”, também chamado de “Pareto Eficente”, pode-se dizer que não existe mais a possibilidade de alterar qualquer situação entre as partes sem que algumas delas sejam prejudicadas, impedindo o aumento do benefício de alguém infinitamente aos custos alheios. O “Ótimo de Pareto” é o exato momento de equilíbrio em que todas as ações a serem tomadas não incrementam a condição dos agentes sem

prejudicar outros. Neste exato momento está caracterizado o critério de eficiência de Pareto. (DOMINGUES, 2016, p. 37)

Por outro lado, a intitulada “Melhoria de Pareto” é o cenário no qual nenhum agente é prejudicado em detrimento de outro.

Primeiramente, pode-se afirmar que todos os agentes econômicos, sob a premissa básica de que os agentes agem racionalmente, adotariam uma Melhoria de Pareto se tivessem essa alternativa, ou seja, se a mudança de condições beneficia uma única pessoa sem prejudicar ninguém, esta alteração deveria ser realizada. Esta circunstância pode ser levada para o campo das modificações legislativas, por exemplo. No entanto, são raras as vezes em que as alterações políticas ou legislativas não influenciam alguém ou alguma relação entre pessoas, de forma a beneficiar uns aos custos de outros. (DOMINGUES, 2016, p. 39)

Relativamente aos estudos elaborados por Pareto, assevera Bruno Salama:

Dada uma gama de possíveis alocações de benefícios ou renda, uma alteração que possa melhorar a situação de pelo menos um indivíduo, sem piorar a situação de nenhum outro, é chamada de “melhora de Pareto”. Uma alocação será ótima no sentido de Pareto quando não for possível realizar novas melhoras de Pareto. Dessa perspectiva, uma situação será eficiente se, e somente se, nenhum indivíduo puder melhorar sua situação sem fazer com que pelo menos um outro indivíduo piore a sua. Por isso, um ótimo de Pareto não tem necessariamente um aspecto socialmente benéfico ou aceitável. (SALAMA, 2010, p. 30-31)

Perante a noção de que a incorporação de normas jurídicas, políticas públicas e decisões judiciais tem como consequência a existência de ganhadores e perdedores, os economistas Nicholas Kaldor e Jonh Hicks formularam um critério de eficiência que aglutina as perdas suportadas por determinado agente com compensações feitas pelo agente que obteve melhorias. Nesse sistema de perdas e compensações, uma “Melhoria de Pareto” poderia ser possivelmente alcançada.

A concepção de eficiência de Kaldor-Hicks, também chamada de princípio da compensação, diferentemente da concepção de Pareto, estabelece que uma mudança de estado que favoreça alguns em prejuízo de outros pode ser aceita, desde que os benefícios excedam os prejuízos e os beneficiados sejam potencialmente aptos a compensarem os prejudicados. Uma vez efetivada a compensação, tanto um como outros estarão em melhor situação que no estado original. (BERTRAN, 2008, p. 56)

Por conseguinte, se o cenário final resultante da utilização do critério Kaldor-Hicks puder ser considerado eficiente, os benefícios sociais são superiores a seus custos. Assim sendo, é possível realizar a realocação de recursos em um cenário no qual existam vencedores e vencidos, desde que haja a devida compensação.

O ótimo de Pareto se completa com uma outra noção, o chamado critério (ou compensação) de Kaldor-Hicks. O critério de Kaldor-Hicks busca superar a restrição imposta pelo ótimo de Pareto de que mudanças somente serão eficientes se nenhum indivíduo fica em situação pior. Pelo critério de Kaldor-Hicks, o importante é que os ganhadores possam compensar os perdedores. (SALAMA, 2010, p. 31)

Por fim, convém destacar a diferença entre AED Positiva e AED Normativa. Para tanto, recorre-se uma vez mais aos estudos de Gico Junior:

Quando um praticante da AED está utilizando seu instrumental para realizar uma positiva (e.g., um exercício de prognose, uma aferição de eficiência), dizemos que ele está praticando ciência econômica aplicada ao direito. A AED positiva nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já quando o praticante de AED está utilizando seu instrumental para realizar uma análise normativa (e.g., afirmar que uma política pública X deve ser adotada em detrimento de política Y, ou que um caso A deve ser resolvido de forma W) a fim de escolher dentre as alternativas possíveis a mais eficiente, i.e., escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo), ele faz utilização da AED normativa. (GICO JUNIOR, 2018, p. 17)

Indubitavelmente o estudo da AED não se resume a esses postulados apresentados, entretanto, para os fins dessa parte final da pesquisa, que consiste em analisar a aplicação do Teorema de Coase às relações trabalhistas, cujo escopo é privilegiar o princípio constitucional do pleno emprego, apenas essas premissas básicas são suficientes para averiguar se, em situações específicas e pontuais, seria possível a revisão dos contratos individuais de trabalho.

3.2 PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A fim de aliviar uma solução ao problema do embate principiológico exposto ao longo do estudo, é imperioso que os princípios econômicos da livre iniciativa e da liberdade de concorrência sejam sucintamente explanados.

O sistema econômico brasileiro adota o modelo capitalista de produção, contudo, a livre iniciativa deve ser exercida obedecendo ao comando de submissão aos anseios sociais.

José Afonso da Silva leciona que são os elementos socio-ideológicos que revelam o caráter de compromisso das constituições modernas entre o Estado liberal – que consagra uma declaração de direitos do homem com a finalidade de proteger o indivíduo contra a usurpação e abusos do poder - e o Estado social intervencionista – que busca suavizar as injustiças e opressões econômicas e sociais. (SILVA, 2003, p. 762)

E continua o mesmo autor afirmando que a aparente contradição não significa a adoção de outro sistema econômico que não o capitalista, posto que, no Brasil, a ordem econômica está apoiada inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (art. 170), o que "caracteriza o modo de produção capitalista, que não deixa de ser tal por eventual ingerência do Estado na economia nem por circunstancial exploração direta de atividade econômica pelo Estado.(SILVA, 2003, p. 763)

Assim, o constituinte privilegiou as empresas privadas com a prerrogativa de desenvolver atividades econômicas, admitindo-se ao Estado a função de apenas desempenhar o papel de facilitador para que tais operações fossem coroadas de pleno êxito. Logo, ao Estado é vedado o exercício de atividades concorrenciais com a iniciativa privada. Pode, contudo, desempenhar atividade supletiva a esta, fato que denota a presença do ideário do liberalismo econômico. (ZANOTI, 2009, p. 83)

Como aludido, a Constituição Federal ao prescrever como um de seus fundamentos a defesa da livre iniciativa, adota nítido perfil econômico, seguindo a tendência dos estados democráticos modernos, e tem por objetivo assegurar a democratização econômica e social no país, na medida em que prescreve em seu

Art. 170, caput, a dignidade humana e a valorização do trabalho como fundamento da República Federativa do Brasil. (FERREIRA, 2015, p. 351)

Percebe-se claramente no Art. 170 da Constituição a preocupação com a defesa de interesses coletivos, pois a “livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso.” (GRAU, 2017, p. 196)

Apesar dessa inclinação nitidamente liberal, a Constituição Federal elenca vários direitos sociais, demonstrando que os parâmetros do *Welfare State* foram reconhecidos pelo legislador constituinte originário. Nessa conjuntura, destacam-se os direitos de proteção dos trabalhadores.

Esses direitos dizem respeito àqueles que mantêm um vínculo de emprego. São os destinados a proteger a relação de trabalho contra uma profunda desigualdade, que resultaria da não-observância de preceitos mínimos destinados a compatibilizar a função laboral com a dignidade e o bem-estar do indivíduo. A Constituição cuida desses direitos mínimos no art. 7.º, deixando claro que protegem tanto os empregados urbanos quanto os rurais. (BASTOS, p. 143)

A liberdade de iniciativa, isto é, a autorização estatal para que cidadãos possam desempenhar atividades empresariais visando a obtenção de vantagem financeira, tem sua origem ainda no século XIII:

O princípio da liberdade de iniciativa econômica – originariamente postulado no édito de Turgot, de 9 de fevereiro de 1776 – inscreve-se plenamente no decreto d’Allarde, de 2-17 de março de 1791, cujo art. 7º determinava que, a partir de 1º de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe apossasse, sendo contudo ela obrigada a se munir previamente de uma “patente” (imposto indireto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis. Meses após, a chamada Lei de Le Chapelier – Decreto de 14-17 de junho de 1791 -, que proíbe todas as espécies de corporações, o princípio é reiterado. (GRAU, 2017, p. 198-199)

O constituinte de 1988, além de elencar a livre iniciativa como um princípio da ordem econômica (art. 170, parágrafo único) o retratou como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV), fazendo com que a liberdade econômica concedida aos agentes privados constitua o pilar fundamental de todo sistema econômico pátrio, entretanto, essa liberdade de iniciativa não é absoluta,

pois tal como referido, a iniciativa privada deve ser exercida visando a promoção do bem comum, da dignidade da pessoa humana.

O princípio da livre iniciativa é um dos pontos fundamentais da filosofia liberal econômica. É defendido como forma de impedir todo e qualquer vínculo com entes que possam impor submissão ao mercado, garantindo ao homem o direito de atuar livremente no segmento econômico preferido e, ao proprietário, a prerrogativa de dispor livremente de sua propriedade e de seus bens, por meio do estabelecimento de normas que melhor lhe aprouver [...]. Não há liberdade absoluta; tem-se, contudo, liberdade de iniciativa até o ponto de não prejudicar interesse econômico e social, mesmo porque, como já foi dito anteriormente, não se trata de um direito ilimitado, absoluto. Ou seja, o indivíduo tem o direito constitucional à livre-iniciativa para que, com seu capital, explore atividade econômica, porém deverá desempenhar tal mister em busca do bem comum, e não apenas com individualismo exacerbado, tendo em vista que a sua atividade empresarial deverá cumprir uma função social. (ZANOTI, 2009, p. 86)

A livre iniciativa prevista na ordem econômica constitucional possibilita ao empreendedor a oportunidade de realizar investimentos e implantar negócios privados, competindo assim de forma leal no mercado de bens e consumo, e, conseqüentemente, auferir lucros advindos de sua atividade empresarial, desde que não sejam abusivos, posto que ao mesmo tempo em que o art. 170 permite o exercício da livre iniciativa, proíbe o aumento arbitrário dos lucros.

Uma das finalidades da ordem econômica é garantir existência digna a todos, assim, pode-se afirmar que existe uma condicionante ao exercício da livre iniciativa, isto é, deve atuar respeitando os valores substanciais ligados ao coletivo social.

A livre-iniciativa pode induzir o intérprete a uma noção falsa de total liberdade de exploração econômica, o que não é verdade, pois outros princípios a limitarão, como os da justiça social, dos direitos dos consumidores etc. [...] Dessa forma, o acesso ao mercado é livre, mas a permanência do agente econômico demandará o cumprimento de regras de controle de mercado, o que induz a uma necessária contraposição de valores expressos individualmente em cada um dos princípios constitucionais. (MASSO, 2016, p. 59-60)

Desta feita, faz-se primordial examinar princípios frequentemente negligenciados pelas empresas, posto que a violação a princípios fundamentais, tais

como o princípio da função social da empresa, tem o condão de ocasionar malefícios sociais e econômicos que serão suportados por toda a população.

O comprometimento das empresas com a integridade nas relações privadas e, conseqüentemente, em suas relações sociais, é o pilar para elaboração de uma cultura organizacional em que todos seus colaboradores, principalmente com o suporte e apoio da alta direção, busquem, efetivamente, prezar por condutas éticas que não violem direitos fundamentais.

O sistema através do qual os atores sociais se relacionam é constituído no interior do ambiente institucional político-social-econômico, sendo certo que essa interdependência tem reflexos no comportamento das empresas.

Apesar de consagrar o sistema capitalista de produção, que contempla uma economia de mercado liberal, a Constituição Federal admite a intervenção estatal na economia, principalmente com o escopo de coibir o abuso do poder econômico que porventura os agentes privados pratiquem em face da coletividade.

A necessidade de estabelecer, por via da legislação, punições à iniciativa privada que possam comprometer o equilíbrio dos agentes econômicos é incontestável. Isso porque referido equilíbrio é objetivado pela Constituição, não apenas como decorrência do princípio abstrato da igualdade, mas também porque a própria Constituição foi especificamente incisiva nesse particular. Não há como aquele equilíbrio ser atingido com a ausência total de regulação e fiscalização pelo Estado. No mercado regido pelas forças absolutamente livres há sempre a possibilidade de o agente econômico interferir nesse estado de liberdade, corrompendo o desejável equilíbrio, pela sua força econômica superior [...]. Inexiste a concorrência desejada em situações de manipulação do mercado, o que força ao Estado prever legalmente punições para atos que tenham o intuito de desequilibrar ainda mais a relação entre os agentes econômicos. (TAVARES, 2006, p. 263)

A opção do constituinte por uma concepção econômica-social revela que a ação dos agentes privados (livre iniciativa) deve ser influenciada e estar direcionada para a consecução do bem comum.

Analisando, porém, com alguma perfunctória o texto, o leitor verificará que o art. 170 da Constituição, cujo enunciado é, inquestionavelmente, normativo, assim deverá ser lido: as relações econômicas – ou a atividade econômica – deverão ser (estar) fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade

econômica) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. (GRAU, 2017, p. 164)

Assim, resta claro que o escopo das normas constitucionais que regulam a ordem econômica pátria consiste em apresentar uma visão social que norteie as ações dos agentes privados em suas relações econômicas, posto que o equilibrado funcionamento do mercado é pressuposto para uma relativa igualdade entre os indivíduos: fornecedores, trabalhadores e consumidores.

Pode-se dizer que a regulação estatal da economia é um episódio recente na história do Estado concebido como Estado de Direito. Considera-se que o nascimento do Direito Econômico ocorreu durante a Primeira Guerra Mundial (1914/1918), pois os Estados foram obrigados a intervir na economia com a edição de regras impositivas a fim de disciplinar a atuação dos agentes privados.

Além disso, o Estado viu-se constrangido a intervir na ordem econômica sob a forma gerencial, posto que fábricas e outras atividades ligadas à indústria foram instaladas para controlar a escassez de bens de consumo no pós-guerra. Nesse período catastrófico da história mundial adotou-se a teoria econômica keynesiana.

No momento de crise mundial, da Grande Depressão da década de 30, as propostas de revolução Keynesiana influenciaram o programa de recuperação econômica de Franklin D. Roosevelt, quando, devido ao volume de grandes despesas do Estado estimuladas pelo conflito mundial, o problema do desemprego cedeu lugar à falta de mão de obra nos países capitalistas. Frente a tal ocorrência, firmou-se a convicção de que os ideais e princípios de Keynes estavam corretos; para tanto, bastava que o Estado soubesse como usar o poder outorgado pela sociedade para arrecadar tributos, implementar gastos, contrair empréstimos, estabelecer ou reduzir as taxas de juros. As ideias e princípios keynesianos transformaram-se em ortodoxia para os governos após o término da 2ª Grande Guerra, tanto que em 1946, foi aprovada a Lei do Emprego, que transformou em obrigação legal do governo manter o pleno emprego mediante empréstimos e financiamentos de obras públicas. A teoria keynesiana objetivou e permitiu executar a intervenção reguladora do Estado na sociedade, quando os níveis de elevada atividade econômica iniciam uma tendência de queda ou propriamente de declínio, colocando em desequilíbrio o nível de emprego. (MERENIUK, 2011, p. 94)

Nesse cenário abandonou-se a concepção liberal clássica de relacionamento do Estado com a economia. É a partir desse abandono do Estado Liberal que as

constituições incorporam em seus textos os denominados “direitos de segunda geração”, que impõem ao Poder Público uma conduta ativa em relação às necessidades sociais e econômicas da população.

A Segunda Grande Guerra desempenhou papel fundamental na consagração dos direitos de segunda geração, na medida em que as Constituições passaram a prescrever normas voltadas à promoção e realização de tais direitos.

Mas o legado deixado pelo segundo grande conflito bélico foi muito além do processo de afirmação e realização de direitos humanos: o próprio significado das constituições sofreu alteração expressiva, pois deixaram de ser entendidas como meros programas descritivos ou reveladores das relações de poder nas sociedades, de suas instituições públicas, do modo de aquisição e exercício do poder político, além de consagradoras, em termos meramente enunciativos, do rol de direitos fundamentais; passaram a ser compreendidas como normas jurídicas essenciais, providas de força normativa e vinculante, criando direitos e deveres definitivos, em ambas as dimensões pública e privada. (RODRIGUES, 2017, p. 62)

No mesmo sentido sustenta o professor Pablo Biondi:

Foi no período imediatamente posterior à Segunda Guerra, então, que os direitos sociais alcançaram o seu apogeu. O modelo do Welfare State, embora circunscrito à Europa ocidental e a um intervalo de 30 anos, foi a menina dos olhos do reformismo. O chamado eurocomunismo e os partidos social-democratas declararam o fim da era das revoluções com base nas melhorias obtidas. Ainda atualmente, não obstante o desprezo do capital pelos direitos de segunda dimensão, os adeptos do reformismo sonham com um retorno à época romântica do compromisso, aos tempos áureos, como se houvesse algum horizonte que ao menos esboçasse uma nova inflexão do capitalismo nesta direção. E enquanto aguardam que o passado converta-se em futuro e lhes absolva com a razão da história, tais saudosistas do Welfare acompanham inertes (quando não implementam) as contrarreformas neoliberais encomendadas e patrocinadas pela classe capitalista. (BIONDI, 2017, p. 112)

Portanto, a essência da Constituição Federal traduz um Estado Social Democrático de Direito¹⁶, o que reflete na interpretação das normas da ordem

¹⁶ Registra-se, na história brasileira, a promulgação de oito Constituições, sendo que a primeira, ainda no Brasil imperial (1824). Em 1891 foi promulgada a primeira Constituição da era Republicana e já nessa Carta, apesar de forma embrionária, alguns direitos e garantias fundamentais foram

econômica, voltada à celebração da dignidade da pessoa humana, do pleno emprego e da justiça social. A busca da justiça social deve levar em consideração prioritariamente que, crescimento econômico não indica necessariamente, desenvolvimento econômico.

Justiça social, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista. (GRAU, 2017, p. 241)

Destarte, cabe ao Estado patrocinar não apenas o crescimento econômico, mas também o desenvolvimento econômico, pois os frutos desse são aproveitados por todo o coletivo social de forma justa, ou seja, os resultados do sucesso no campo econômico devem por todos ser distribuídos, não apenas aproveitados pelos agentes econômicos privados.

O mero crescimento se traduziria no crescimento de indicadores econômicos por fatores externos ao sistema em foco, como a renda e o produto interno bruto, sem, contudo, acarretar uma modificação estrutural mais profunda e real nas bases sociais e no sistema produtivo, demonstrando-se transitório e não autossustentável, que se esvazia uma vez cessada a sua causa [...]. O desenvolvimento parte de pressupostos que respeitem a dignidade do homem, o desenvolvimento integral de sua personalidade, a conquista do bem-estar material, e também o desenrolar do homem na sua profissão, cultura e lazer, como um processo de expansão das liberdades tendo esta finalidade como seu próprio fim e meio. (SCHWERTNER, 2011, p. 77-78)

Modernamente, afirma-se que a função social da propriedade não precisa estar positivada para compelir seu titular a agir de acordo com os anseios sociais.

estabelecidos. Entretanto, foi apenas na Constituição de 1934 que aconteceu a incorporação de direitos fundamentais à ordem econômica. Sob o título “da ordem econômica e social” estabeleceu à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico” dotando de fundamentalidade os direitos sociais, nos Art. 115 “deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna”. As Constituições posteriores também continham dispositivos relacionados à justiça social, entretanto, o grande marco de adoção de uma cultura de direitos fundamentais no Brasil foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, apelidada de “Constituição cidadã”.

Entretanto, está positivada no ordenamento jurídico brasileiro no capítulo da Constituição que estabelece os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXIII).

E como direito fundamental, a propriedade passa a exibir extensão e significado mais vastos do que os normalmente apresentados em diplomas eminentemente reguladores de relações privadas. A empresa fica sujeita ao preceito constitucional e assim sendo, afirma-se que a função social da empresa é conceito intrínseco ao direito de propriedade.

Função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. [...] É nessas hipóteses que se deve falar em função social ou coletiva. [...] Em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos. (COMPARATO, 1999, p. 66)

A ideia de função social da empresa engloba a noção de que essa não deve somente perseguir o lucro, mas empenhar-se em incorporar ao bem privado uma serventia para a coletividade.

Cumpra sua função social a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social; isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal. (COLEHO, 2012, p. 83)

O empresário pode e deve valer-se de todos os meios necessários para alcançar a finalidade de seu empreendimento econômico, desde que observados os ditames constitucionais e legais, os quais passam a impor que a exploração econômica esteja atrelada ao bem-estar coletivo e à justiça social.

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. PENHORA DA SUA SEDE. POSSIBILIDADE. Uma empresa só cumpre sua função social quando, ao dar lucro aos acionistas, gera empregos, obedece às

legislações tributárias e trabalhistas, participa do desenvolvimento social do meio em que está inserida, garantindo a preservação do meio ambiente e a satisfação do consumidor e de toda a sociedade. Desse modo, se ela não cumpre sua obrigação mínima de pagar os salários dos respectivos empregados, não pode invocar a referida proteção constitucional, visto que passa ao largo de atender sua função social. Agravo de petição a que se nega provimento. (TRT18, AP - 0001076-25.2010.5.18.0053, Rel. PAULO PIMENTA, 2ª TURMA, 23/11/2011). TRT-18 - AP: 00010762520105180053 GO 0001076-25.2010.5.18.0053, Relator: PAULO PIMENTA, Data de Julgamento: 23/11/2011, 2ª TURMA)

Importa realçar que a função social da empresa não é, de forma alguma, sinônimo de beneficência empresarial. A filantropia corporativa tem como propulsor a voluntariedade, que muitas vezes é encorajada por razões religiosas ou até mesmo por simples estratégia de marketing. Ao contrário, a prática empresarial proba exigida pela função social é imperativa, pois além da Constituição, vários outros diplomas legais ordenam sua obediência por parte das empresas.

Exemplo de norma que consagra esse dever da empresa pode ser extraído da Lei de Sociedade por Ações (art. 116, parágrafo único):

O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

O Código Civil de 2002 anuncia o princípio da função social atrelado aos princípios da operabilidade, boa-fé e socialidade, consagrando, dessa maneira, um sistema que reúne competências privadas e condutas voltadas à satisfação de interesses coletivos.

Isto posto, afirma-se que a empresa cumpre sua função social quando respeita o ordenamento jurídico (tanto suas regras como seus princípios) e passa a operar conforme as necessidades da sociedade na qual se encontra incorporada.

Desta feita, os bens e fatores de produção devem atender aspirações não exclusivamente dos detentores do capital, pois existe um arcabouço jurídico gravitando em torno de práticas de cunho social. O cumprimento ou não da função social por parte da empresa deverá necessariamente ser considerado pelo operador do direito quando da colisão entre princípios econômicos e princípios protetivos do Direito do Trabalho.

3.3 PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

O princípio da preservação da empresa está positivado na lei falimentar¹⁷, não obstante, pode ser identificado na sistemática da ordem econômica, que preza pela valorização do trabalho humano (art. 170, CF), pois ao se salvaguardar o agente econômico, há a manutenção do emprego dos trabalhadores.

A percepção da função social da empresa e dos importantes interesses envolvidos na sua preservação – não apenas pelo capital investido, mas como fonte geradora de empregos e renda para fornecedores, acionistas minoritários e outros envolvidos – implica na convicção de que o Direito deve prioritariamente oferecer meios jurídicos adequados para a sua salvação no caso de crise econômica e, apenas em última hipótese, cogitar de sua liquidação. (WALDRAFF, 2009, p. 46)

Nesse cenário, o interesse pela manutenção da atividade empresarial não se restringe apenas aos proprietários e acionistas. Todas as pessoas que se beneficiam de alguma forma da capacidade econômica da empresa devem pugnar pela sua preservação: credores (em razão de seus créditos), empregados (princípio da continuidade da relação empregatícia), consumidores (maior concorrência proporciona melhores condições de consumo), o Poder Executivo, no tocante à arrecadação de tributos, etc. Enfim, o capitalismo tem como um dos seus pilares a empresa, e assim sendo, sua preservação é de extrema importância para a própria sustentação do sistema capitalista de produção.

Quando se assenta, juridicamente, o princípio da preservação da empresa, o que se tem em mira é a proteção da *atividade econômica*, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos [...]. O princípio da preservação da empresa reconhece que, em torno do funcionamento regular e desenvolvimento de cada empresa, não gravitam apenas os interesses individuais dos empresários e empreendedores, mas também os metaindividuais dos trabalhadores, consumidores e outras pessoas; são esses últimos interesses que devem ser considerados e protegidos, na aplicação

¹⁷ Lei 11.101/2005:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

de qualquer norma de direito comercial. (grifos do autor) (ULHOA, 2012, p. 93-94)

Ao exprimir a imprescindibilidade da manutenção da atividade empresarial, visando à consecução da função social da empresa, o princípio confere segurança às relações jurídicas, posto que a dissolução do empreendimento econômico resultaria em trabalhadores sem emprego, credores sem possibilidade de cobrança de seus créditos e consumidores sem bens e serviços, além de diminuir a arrecadação tributária (ABUD, 2017).

A grande peculiaridade do Princípio da Recuperação da Empresa em Crise é deslocar todo o centro de órbita do Direito Insolvencial, situado anteriormente no interesse dos credores de receber seus créditos de maneira isonômica e proporcional. O foco central deve ser, agora, a tentativa de salvação da empresa, em decorrência dos interesses coletivos que envolvem não apenas os credores, mas a sociedade como um todo, direta ou indiretamente atingida pelo fracasso de um empreendimento. (WALDRAFF, 2009, p. 50)

A jurisprudência reconhece e aplica o princípio ora em comento, notadamente em relação à preservação dos postos de trabalho em virtude da função social que a empresa desempenha na promoção do princípio do pleno emprego:

APELAÇÃO CÍVEL. EMPRESARIAL. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINARES REJEITADAS. AÇÃO CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO DE TÍTULO. LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. PRIMAZIA DA RESOLUÇÃO DO MÉRITO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. A sentença vergastada merece ser reformada, já que estão presentes os requisitos para que seja reconhecida a pretensão formulada na Ação Cautelar de Sustação de Protesto. Isso porque, no que tange ao *fumus boni juris*, este se revela evidente, na medida em que é de se notar que, justamente pelo fato de haver reconhecimento do débito por parte da Apelante, somado ao seu argumento de que o protesto lhe causará graves prejuízos, entendo que seu pleito deve ser acolhido. 2. *O Direito pátrio hodierno preceitua que as empresas que se encontram em dificuldades financeiras podem se socorrer da Lei de Recuperação Judicial, em que será observada a função social da empresa. Isso significa que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa e o estímulo à atividade econômica. [...].* (Classe: Apelação, Número do Processo: 0136355-24.2008.8.05.0001, Relator (a): Moacyr Montenegro Souto, Terceira Câmara Cível, Publicado em: 30/05/2018). TJ-BA - APL:

01363552420088050001, Relator: Moacyr Montenegro Souto, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 30/05/2018. (grifo nosso)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM DANOS MORAIS. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. SUSPENSÃO DA INCLUSÃO DO NOME DO AGRAVANTE NA SERASA E NO SPC. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. REVERSIBILIDADE DA MEDIDA. Injustificável a manutenção do nome do recorrente em órgãos de proteção ao crédito quando, alegada a quitação da dívida e intimado o recorrido para fazer contraprova de tal alegação, este permanece inerte. O deferimento da tutela provisória de urgência, a fim de suspender a inscrição, *igualmente se apoia na função social da empresa, ante a possibilidade de a manutenção da negativação impactar a vida de outras pessoas, que retiram o seu sustento do trabalho que desenvolvem na sociedade de cujo quadro participa o recorrente.* Inexiste, outrossim, perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, em face da viabilidade de reinclusão do nome do agravante nos aludidos cadastros, caso constatada a inadimplência. TJ-DF 07002509320188070000 DF 0700250-93.2018.8.07.0000, Relator: CARMELITA BRASIL, Data de Julgamento: 08/08/2018, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 14/08/2018. (grifo nosso)

A ministra Nancy Andrichi, a despeito de se referir à flexibilização de garantias dos eventuais credores em processo de recuperação judicial, faz uma interessante análise acerca do *múnus* do princípio da preservação da empresa:

Não se pode perder de vista o objetivo maior, de preservação da empresa, que orientou a introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, da regra do artigo 60, parágrafo único, da Lei 11.101/05. O que buscou o legislador, com tal regra, foi implementar a ideia de que a flexibilização de algumas garantias de determinados credores, conquanto possa implicar aparente perda individual, numa análise imediata e de curto prazo, pode significar ganhos sociais mais efetivos, numa análise econômica mais ampla, à medida que a manutenção do empreendimento pode implicar significativa manutenção de empregos, geração de novos postos de trabalho, movimentação da economia, manutenção da saúde financeira de fornecedores, entre inúmeros outros ganhos. (ANDRIGHI, 2018)

Nota-se que a partir da inteligência do princípio da função social da empresa (corolário da função social da propriedade) surge o interesse público na continuidade da atividade econômica, posto que a dissolução do empreendimento privado muitas

vezes acarreta mais prejuízos do que benefícios, especialmente no que tange ao princípio da busca do pleno emprego.

Marcelo Bатуíra Losso Pedroso, defensor da aplicação da AED aos contratos de trabalho, ao tecer comentários acerca do princípio protetor, e suas vertentes “*in dubio pro operário*”, bem como a “prevalência da norma mais favorável”, afirma que os interesses da empresa não podem ser totalmente aniquilados, isto é, o princípio protetor trabalhista não apresenta aplicabilidade absoluta, pois o interesse maior de inúmeros trabalhadores deve prevalecer sobre demandas puramente individuais.¹⁸

O princípio protetor, em especial na sua vertente da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador cai por terra diante do que prevê o artigo 7º, inciso VI, da Constituição da República Brasileira, segundo o qual, acordo ou convenção coletiva poderão estabelecer normas menos favoráveis ao trabalhador. O critério interpretativo “*in dubio pro operário*” deixa de ter validade quando o artigo 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho, determina expressamente que “*nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público*”. Ou seja, se o aplicador do direito pender para o trabalhador, na solução de um litígio, com base na validade desse critério hermenêutico, estará fazendo com que o interesse do particular (do empregado) prevaleça sobre o bem comum, que é representado pela empresa que constitui fonte de sobrevivência de vários outros trabalhadores. (grifos do autor) (PEDROSO, 2005, p. 156-157)

A liquidação de empreendimentos econômicos deve constituir uma medida de exceção, pois, ao se extinguir a empresa, os empregados ficam privados de seu maior direito, que é o direito ao trabalho, e nesse cenário de recessão econômica acabam sendo incorporados ao mercado de trabalho informal, altamente prejudicial aos próprios trabalhadores e ao país de uma maneira geral.

Os desprotegidos, do mercado informal, quando ficam doentes, não dispõem de licença remunerada para tratar da saúde; quando ficam desempregados, não há seguro desemprego, quando param de trabalhar, não há FGTS; quando envelhecem, não há aposentadoria; quando morrem, não deixam nada para seus descendentes. Essa é a vida dos excluídos. São os que mais necessitam de proteção e, ao mesmo tempo, os que nada têm. Eles não têm proteção para os quatro momentos mais críticos de suas vidas, a saber: (1) quando perdem o trabalho; (2) quando perdem a saúde; (3) quando perdem a juventude; (4) e quando perdem a vida. Em outras palavras, são

¹⁸ Essa premissa de Bатуíra, na concepção dessa pesquisa, é apenas válida quando o empreendimento econômico sofra alguma ameaça real de extinção, e ainda sim, caso respeitadas condicionantes apresentadas ao longo do estudo.

desprotegidos na hora do desemprego, da doença, da velhice e da morte. (PASTORE, 2016, p. 271-272)

Uma parcela significativa da população brasileira desempenha funções na informalidade. Infelizmente é um setor em crescimento¹⁹, especialmente em época de desaceleração e recessão econômicas, as quais intensificam as taxas de desemprego conjuntural.

As consequências da crise econômica afetam da mesma maneira o mercado formal e informal. Se não há condições para contratação, as pessoas buscam outros meios de sobrevivência. Muitos brasileiros que perderam seus empregos durante o período estão obtendo renda por meio de bico ou trabalhando como autônomos enquanto não conseguem se recolocar profissionalmente [...]. O aumento do trabalho por conta própria é muito prejudicial para o Brasil, não somente porque representa o enfraquecimento do mercado de trabalho, mas porque reflete em prejuízos que intensificam ainda mais o cenário de recessão. A quantidade alta de pessoas fora do mercado formal representa menos arrecadação de impostos, prejudicando as ações para ampliar a arrecadação, reduzir o déficit fiscal e manter o grau de investimento da dívida pública. Além disso, as pessoas que atuam nesse ramo não contribuem para a Previdência Privada, permanecendo longe da aposentadoria, e ainda não conseguem obter crédito, sendo impedidas de contribuir para economia girar. (MARQUES, 2016)

As empresas são o alicerce da economia do Brasil devido ao modo capitalista de produção adotado pelo constituinte originário. A geração de empregos, e conseqüentemente, a manutenção dos postos de trabalho, dependem diretamente da atividade empresarial. Assim sendo, o princípio da preservação da empresa reflete interesses da sociedade como um todo, não apenas dos detentores do capital. Evita-se, dessa maneira, que mais trabalhadores sejam impelidos a exercer atividades no mercado de trabalho informal.

¹⁹ Vide:

<https://www.reporterdiario.com.br/noticia/2650416/fora-das-estatisticas-trabalho-informal-onera-poder-publico/>
<https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2016/08/trabalhadores-informais-chegam-10-milhoes-no-brasil.html>

3.4 PRINCÍPIO DA BUSCA DO PLENO EMPREGO

A Constituição Federal elenca a busca do pleno emprego como um de seus princípios programáticos, ou seja, é dever do Estado elaborar e fomentar políticas públicas que visam a promover o mercado de trabalho no país.

A necessidade de intervenção estatal na economia com o intuito de desenvolver o mercado de trabalho foi identificada por John Maynard Keynes, o qual, como já citado anteriormente de forma sucinta, elaborou teorias econômicas que clarificavam a impotência do mercado em se autorregular durante a época do pós-guerra e da grande depressão.

A bem da verdade, Keynes não desenvolveu a ideia da plena intervenção do Estado na qual se extinguiria a autonomia do setor privado, ou a autonomia da vontade, tão festejada pelos operadores do direito. O que em verdade Keynes propôs entre tantas políticas sugeridas foi que a intervenção estatal se desse de maneira reguladora, de forma que tais políticas propunham solucionar o problema do desemprego pela intervenção estatal, desencorajando o entesouramento em proveito das despesas produtivas, por meio da redução das taxas de juros e do incremento dos investimentos públicos. (SANDRONI, 2002, p. 324)

As ideias de Keynes influenciaram inúmeras Constituições pelo mundo, as quais incorporaram em seu texto princípios socioeconômicos²⁰. O princípio da busca pelo pleno emprego adentra no ordenamento jurídico constitucional através da EC 1/69, inserida na Carta de 1967:

Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:
I - liberdade de iniciativa;
II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;
III - função social da propriedade;
IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;
V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e
VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo.

²⁰ A noção de pleno emprego e trabalho decente foi inserida no art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948, que prescreve: *“Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual”*.

Na Constituição Federal vigente o princípio em comento está inserido no art. 170, inciso VII. Apesar da redação distinta, o escopo é o mesmo, qual seja, compelir o Estado a promover e fomentar políticas públicas aptas a aumentar o nível de emprego no país, na medida em que no ordenamento jurídico pátrio estabelece o trabalho como um direito fundamental (art. 6º, CF).

O conceito de 'pleno emprego', em economia, tem como base o estado de equilíbrio entre a oferta e a demanda dos fatores de produção em sua plena capacidade instalada. Em uma situação de pleno emprego não existe desperdício, em qualquer de suas formas, nem do capital e nem do trabalho. O pleno emprego significa a utilização da capacidade máxima de produção de uma sociedade e, evidentemente, deve ser utilizada para elevar a qualidade de vida da população, com respeito ao meio ambiente. A população tem direito ao pleno emprego e cabe à sociedade estabelecer as leis e as normas que possibilitem a utilização integral da oferta de trabalho e cabe ao Estado implementar políticas micro e macroeconômicas direcionadas para a criação de oportunidades e para o aumento geral da produtividade dos fatores de produção. Cabe ainda ao Estado regulamentar as atividades produtivas, combater as ações especulativas e atuar para reduzir as desigualdades e as injustiças que possam surgir no processo de desenvolvimento do país. O pleno emprego é uma pré-requisito para a dignidade dos trabalhadores e uma condição essencial para a estabilidade e o progresso da sociedade. (ALVES, 2010)

O constitucionalista José Afonso da Silva assim conceitua o princípio da busca pelo pleno emprego:

Pleno emprego é expressão abrangente da utilização, ao máximo grau, de todos os recursos produtivos. Mas aparece, no art. 170, VIII, especialmente no sentido de propiciar trabalho a todos quantos estejam em condições de exercer uma atividade produtiva. Trata-se do pleno emprego da força de trabalho capaz. Ele se harmoniza, assim, com a regra de que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano. Isso impede que o princípio seja considerado apenas como mera busca quantitativa, em que a economia absorva a força do trabalho disponível, como o consumo absorve mercadorias. Quer-se que o trabalho seja a base do sistema econômico, receba o tratamento de principal fator de produção e participe do produto da riqueza e da renda em proporção de sua posição na ordem econômica. (SILVA, 2003, p. 797)

Destarte, a configuração do pleno emprego é uma afirmação da importância da conjugação da liberdade de iniciativa e função social da empresa, posto que os agentes econômicos têm a obrigação de ofertar no mercado não apenas postos de trabalho, mas postos de trabalho decentes.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) considera que a bandeira do trabalho decente tem como objetivo principal melhorar as condições de vida de todos cidadãos e cidadãs, criando:

- oportunidades para encontrar um emprego que seja produtivo e proporcione um rendimento justo e que garanta a eles e suas famílias desfrutarem uma qualidade de vida decente;
- liberdade para escolher o trabalho e a livre participação em atividades sindicais;
- condições para que os trabalhadores possam ser tratados de forma justa, sem discriminação e que sejam capazes de conciliar trabalho e responsabilidades familiares;
- condições de segurança para proteger a saúde dos trabalhadores e proporcionar-lhes a proteção social adequada;
- condições de dignidade humana para que todos os trabalhadores sejam tratados com respeito e possam participar na tomada de decisão sobre suas condições de trabalho. (ALVES, 2017)

Assim sendo, cabe ao Estado proporcionar aos trabalhadores condições materiais para a obtenção de um emprego decente, um trabalho remunerado e digno, e para tanto, deve remover eventuais obstáculos que impeçam o desenvolvimento do mercado de trabalho.

Além disso, é imprescindível que políticas públicas de capacitação da mão de obra sejam implementadas, pois apenas com a capacitação os trabalhadores poderão enfrentar o desemprego estrutural gerado pela introdução de tecnologias e novos modos de produção.

No Brasil, é grande o número de trabalhadores que não conseguem acompanhar as mudanças tecnológicas. Para eles, o desemprego é prolongado e surge da falta de habilidades. Uma grande parte dos empregos criados é diferente da parcela que foi destruída. Quando uma fábrica de televisão se instala numa comunidade em que há muitos desempregados decorrentes do fechamento de uma usina siderúrgica, é evidente que os profissionais demandados são diferentes dos disponíveis. (PASTORE, 1998, p. 36-37)

Um dos obstáculos ao crescimento do mercado de trabalho é a crise econômica que gera o desemprego conjuntural. Apropriando-se novamente dos ensinamentos do Doutor José Eustáquio Diniz Alves, é patente que o mercado de

trabalho brasileiro sofre com a desaceleração da economia, posto que sem emprego, há um enorme “desperdício da força de trabalho”:

A crise econômica brasileira fechou um grande número de postos de trabalho com carteira assinada em dezembro de 2014 (ainda no primeiro mandato de Dilma-Temer) e em 2015 e 2016, os piores momentos da recessão. Em 2017, houve saldo positivo na geração de emprego durante 8 meses, mas no conjunto do ano o saldo foi negativo. No primeiro semestre de 2018, o saldo na geração de emprego é positivo, mas está longe de recuperar o que foi perdido desde dezembro de 2014. O nível do emprego formal em junho de 2018 estava, aproximadamente, no mesmo nível do emprego do final de 2010. O Brasil teve um octênio perdido no mercado de trabalho formal. Segundo dados da PNAD continua do IBGE, o desemprego aberto está em torno de 13% (representando cerca de 13 milhões de pessoas) e a taxa de subutilização da força de trabalho chegou à impressionante taxa de 25%, no 1º trimestre de 2018, o que representa cerca de 27 milhões de trabalhadores “jogados na rua da amargura do desemprego”. (ALVES, 2018)

Indubitavelmente a busca pelo pleno emprego está intrinsicamente relacionada com a geração de riquezas para toda a sociedade. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de forma simplória, atribui o seguinte sentido à busca pelo pleno emprego “criar oportunidades de trabalho, para que todos possam viver dignamente, do próprio esforço”. (FERREIRA FILHO, 2001, p. 356)

Em um sistema capitalista de produção, a oferta de empregos advém, quase que exclusivamente, dos agentes econômicos privados, isto é, das empresas, conforme destaca Fabio Konder Comparato:

Se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa [...]. É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa desde país, pela organização do trabalho assalariado. A massa salarial já equivale, no Brasil, a 60% da renda nacional”. (COMPARATO apud SOUTO MAIOR, 2008, p. 118)

Nessa conjuntura econômica caótica, na qual milhares de empresas encerram suas atividades diariamente²¹, é imperioso adotar medidas para preservar os

²¹ Cite-se o caso da montadora de veículos FORD, que anunciou o encerramento das atividades da fábrica situada em São Bernardo do Campo até o final do ano de 2019, o que poderá causar a demissão de quase 3 mil trabalhadores. Vide reportagens publicadas pelos principais veículos de comunicação do país:

empreendimentos econômicos, privilegiando, dessa forma, o princípio da busca do pleno emprego.

O desemprego é, sem dúvida alguma, problema de considerável gravidade, de que decorrem sérias repercussões não apenas para o próprio trabalhador, como, igualmente, para toda a coletividade. Cumpre ter presente, antes de mais nada, que o trabalhador sem emprego não se acha privado apenas dos direitos relacionados com o contrato de trabalho. Sofre, ainda, outras privações. Sem renda, experimenta diminuição, em grande parte, de sua própria cidadania, deixando de ter acesso a diversos bens e serviços. Fica, ainda mais, afastado do convívio e seus colegas e não encontra espaço para desenvolvimento de suas aptidões. Generalizando-se o desemprego, a sociedade mesmo se prejudica, perdendo temporária e parcialmente sua força de trabalho, assumindo ônus adicionais, tanto mais onerosos quanto a retração da atividade econômica, que normalmente se segue, e diminui a arrecadação das receitas públicas. (MALLET, 1997, p. 227)

Esse aspecto traduz a principal ideia formulada nessa pesquisa, qual seja, a preservação da empresa através de uma releitura de alguns princípios protetores do direito do trabalho (ponderação de princípios) com o único objetivo de resguardar o emprego do trabalhador.

Para esse desiderato, é imperioso destacar que não é qualquer empresa que estaria apta a utilizar a teoria da imprevisão como fundamento para a renegociação dos contratos laborais, mas apenas aquelas que operam conforme a função social imposta pelo ordenamento jurídico.

Verificado o cumprimento da função social da empresa e desde que suas propostas sejam apresentadas aos trabalhadores de uma forma transparente, obedecendo aos princípios da boa-fé objetiva, da razoabilidade e proporcionalidade, é possível que a revisão contratual seja aplicada aos contratos individuais de trabalho de forma temporária, privilegiando-se, assim, o princípio da busca do pleno emprego.

3.5 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ, O DEVER DE INFORMAÇÃO E O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

Inicialmente, é imperioso enfatizar que todo o raciocínio principiológico até agora apresentado na pesquisa, toda a construção teórica formulada relativamente a ponderação entre a proteção inerente ao contrato de trabalho e a busca do pleno emprego torna-se ineficaz caso a empresa não demonstre absoluta transparência e boa-fé no momento em que pleiteia a revisão do contrato laboral.

O Código Civil de 2002, rompendo com a concepção estritamente privada das relações entre particulares, aduziu a publicização do direito civilista, compenetrado anteriormente²² apenas no individualismo até então demasiadamente característico desse ramo da ciência jurídica.

O Código Civil, bem se sabe, é fruto das doutrinas individualista e voluntarista que, consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações do século XIX, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso Código Civil de 1916 [...]. Afirmava-se, significativamente – e afirma-se ainda hoje nos cursos jurídicos -, que o Código Civil Brasileiro, como os outros códigos de sua época, era a Constituição do direito privado [...]. O direito público, por sua vez, não interferiria na esfera privada, assumindo o código civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas. (TEPEDINO, 2001, p. 10-11)

A perspectiva unicamente individualista das relações privadas não mais poderia subsistir às transformações sucedidas no cenário pós-guerra, que como já aludido anteriormente, impulsionaram a incorporação de direitos de segunda e terceiras gerações²³ ao ordenamento jurídico.

A exposição de motivos do Código Civil de 2002 deslinda de forma clara o novo paradigma adotado pelo direito privado:

[...] É de longa data, Senhor Presidente, que vem sendo reclamada a atualização do Código Civil de 1916, elaborado numa época em que o Brasil mal amanhecia para o surto de desenvolvimento que hoje o caracteriza, e quando ainda prevaleciam, na tela do Direito, princípios individualistas que não mais se harmonizam com as aspirações do mundo contemporâneo, não apenas no domínio das atividades empresariais, mas também no que se refere à

²² Código Civil de 1916

²³ Assinala-se que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), ainda na década de 1990, patrocina a defesa de direitos difusos e coletivos.

organização da família, ao uso da propriedade ou ao direito das sucessões. O Projeto, além de conter novos institutos e modelos jurídicos, exigidos pelo atual desenvolvimento do País, caracteriza-se pelo equilíbrio de suas opções, visto ter-se tido sempre em mira a conciliação dos valores da tradição com os imperativos do progresso, os interesses dos particulares com as exigências do bem comum. O que se tem em vista é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais e abstratos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com frequente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações etc. [...].

Na esteira do novo direcionamento perfilhado pelo direito privado, o Código Civil de 2002 incorpora em seu texto princípios como o da função social do contrato (art. 421) e boa-fé (art. 422).

Mas os valores constitucionais e princípios infraconstitucionais privados, dos quais destaco a solidariedade (valor) e a boa-fé (princípio), o segundo fundado no primeiro, mostram-se como a melhor âncora teórica para se descrever a função social do contrato. O contrato só será obrigatório se for justo. Tais conceitos – aliados às disposições constitucionais – fortalecem a repulsa ao enriquecimento sem causa. (NALIN, 2001, p. 223)

Destarte, é patente que o diploma civilista de 2002 exteriorizou, afóra o norte liberal peculiar próprios dos contratos, princípios sociais²⁴, aos quais todas as avenças jurídicas privadas têm de, invariavelmente, estar subordinadas. É a denominada publicização do direito civil.

A doutrina desmembra o princípio da boa-fé (art. 422, CC/02) em boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. A regra estampada no código civilista reporta à objetividade do princípio, isto é, traduz uma regra de conduta.

Nesta última acepção, está fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e na consideração para com os interesses do outro contratante, especialmente no sentido de não lhe sonegar informações relevantes a respeito do objeto e do conteúdo do negócio. (GONÇALVES, 2016, p. 46)

²⁴ Inúmeros doutrinadores afirmam que os princípios básicos do CC/02 são a socialidade, que reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais; a eticidade, fundada no valor da pessoa humana como fonte de todos os demais valores e por fim, a operabilidade, que considera que o direito deve possuir efetividade e aplicabilidade, afastando-se, dessa forma, de fórmulas complexas. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil esquematizado*. Parte geral: obrigações e contratos. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 46.

Indubitavelmente, na medida em que o direito privado deve observância a valores sociais na execução de contratos rigorosamente individuais, demasiado destaque esses princípios apresentarão nos contratos laborais, especialmente devido ao princípio da proteção laboral.

Pela regra do direito civil, todos são iguais perante a lei e devem ser tratados de forma igualitária por ela. Isso não ocorre no Direito Laboral. Reconhece-se que não existe uma igualdade entre empregados e empregadores, em face da superioridade econômica e jurídica destes últimos em relação aos primeiros. Para equilibrar a relação havida entre os atores sociais, o Direito do Trabalho procura proteger o empregado contra o desejo insaciável de lucro do empresário. (CAIRO JÚNIOR, 2009, p. 98)

No ordenamento jurídico laboral espanhol a regra da boa-fé é um princípio positivado, presente no Estatuto dos Trabalhadores, o qual impõe que as obrigações do contrato de trabalho devem ser cumpridas “*en conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia* (art. 5.a)”, bem como “*trabajador y empresario se someterán em su prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe* (20.2)”. O princípio da boa-fé no ordenamento espanhol é tão prestigiado que, inclusive, “*la transgresión de la buena fe contractual*” é motivo para a rescisão do contrato de trabalho (art. 45.2.d). (LIMA FILHO, 2017, p. 185)

O ordenamento celetista brasileiro não contém regra explícita acerca da boa-fé, entretanto, como regra geral de conduta, deve necessariamente ser observada por empregadores e empregados.

Trabalhadores e empresários, portanto, devem cumprir suas obrigações e exercer seus direitos, faculdades e poderes de acordo com a boa-fé, entendida, objetivamente como norma de conduta ou comportamento leal e honesto. Por conseguinte, não apenas do trabalhador se deve exigir esse comportamento, mas também do empresário, o que converte a boa-fé em um meio eficaz de limitação e controle dos poderes de direção empresarial especialmente num modelo de produção capitalista baseado em tecnologias cada vez mais invasivas da vida pessoal do trabalhador. (LIMA FILHO, 2017, p. 188)

A observância da boa-fé contratual é pilar para decisões favoráveis tanto aos trabalhadores quanto aos empregadores na Justiça Trabalhista, tal como demonstrado pelos acórdãos abaixo transcritos:

DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA NO CURSO DE PROCESSO JUDICIAL. VIOLAÇÃO À BOA-FÉ CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE ÂNIMO DE ABANDONO DE EMPREGO. O ajuizamento de ação anterior per si não enseja suspensão ou interrupção do contrato de trabalho, exceto nas hipóteses celetistas previstas para configuração de rescisão indireta (art. 483 da CLT), *todavia, não se pode destoar que as relações contratuais são permeadas por princípio de boa-fé objetiva, conforme art. 422 do CCB/2002 aplicável ao gênero contratual, permanecendo os deveres anexos entre as partes de comunicação, informação, lealdade, segurança etc, todos oriundos daquilo que ordinariamente se espera num pacto.* In casu, o fato de a reclamante ajuizar ação na qual discutia acidente de trabalho típico com suposta inaptidão para o trabalho, retira qualquer ânimo para o abandono de emprego, e embora não haja pedido expresso de nulidade de dispensa por justa causa, insere-se na conjuntura da peça inicial. A devolução do direito potestativo para rescisão contratual ou mesmo o poder disciplinar do empregador somente retornaria, após o trânsito em julgado da ação, momento em que se poderia imputar sequência de faltas como abandono de emprego, para o que não atentou a reclamada. Assim, ao contrário da reclamante, latente que a reclamada não possuía o intuito de manter o contrato de trabalho, pendendo a ela a rescisão contratual. Incólume a sentença primária. Recurso conhecido e não provido. (TRT-11 00007020220165110018, Relator: RUTH BARBOSA SAMPAIO, Gabinete da Desembargadora Ruth Barbosa Sampaio).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 13.015/2014. ADVOGADO EMPREGADO DE BANCO. JORNADA DE TRABALHO. ALTERAÇÃO CONSENSUAL. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL. Caracterizada a violação dos arts. 187 e 422 do Código Civil, merece ser processado o Recurso de Revista do Reclamado. Agravo de Instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 13.015/2014. ADVOGADO EMPREGADO DE BANCO. JORNADA DE TRABALHO. ALTERAÇÃO CONSENSUAL. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL. Na hipótese, o Autor anuiu expressamente com jornada de 8 (oito) horas diárias, ainda que em acordo firmado por associação de advogados e não por sindicato, por considerá-lo, por certo, vantajoso [...]. *Fere o princípio da boa-fé contratual, previsto nos arts. 187 e 422 do Código Civil, o fato de o Reclamante ter consciência de que anuiu, expressamente, com a alteração da jornada laboral para 8 (oito) horas diárias, e vir a juízo pleitear horas extras com base na jornada de 6 (seis) horas, para a qual foi contratado inicialmente.* Recurso de Revista conhecido e provido. (TST - RR: 9110520145100006, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 17/08/2016, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/08/2016).

Segundo a doutrina, ao irradiar seus efeitos sobre o contrato de trabalho, a boa-fé exerce três funções primordiais, quais sejam, interpretativa, limitativa e

completiva. A função completiva compele à execução de deveres acessórios por parte dos contratantes, dentre eles, os deveres de informação e cooperação. (LIMA FILHO, 2017, p. 192)

Um dos principais deveres secundários decorrentes da boa-fé se revela no dever de informação que constitui uma regra acessória de conduta, cujo conteúdo consiste em cooperar, desde a fase das tratativas pré-contratual, com informações relevantes à contraparte. Esse dever, por óbvias razões, tem incidência no curso de toda a execução do contrato, mesmo quando ocorrer modificação da finalidade do pactuado, estendendo-se, inclusive, após a extinção da relação contratual resultando, assim, na indispensável colaboração entre os contratantes em um contexto de correção e lealdade. Em uma sociedade plural, complexa e multifacetada, o dever de informação constitui um valioso mecanismo que auxilia, complementa, aperfeiçoa e preenche a dinâmica da constituição e desenvolvimento das relações contratuais. Desse modo, podemos afirmar que o dever de informação não visa apenas satisfazer os interesses das partes, não implicando, portanto, apenas no atendimento de interesses econômicos do contrato; antes, impõe que a parte comunique à outra fatos, situações e circunstâncias que possam influenciar no âmbito funcional do contrato. (LIMA FILHO, 2017, p. 195)

O julgado do Tribunal Superior do Trabalho sumariza o alcance do dever de informação na reivindicação da observância da boa-fé contratual. No caso concreto analisado a falta de translúcida comunicação levou à condenação do empregador, consequência que seria descabida se todas as informações fossem disponibilizadas ao obreiro:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESCISÃO DO CONTRATO DE EMPREGO. DIREITO LEGAL DO EX-EMPREGADO À MANUTENÇÃO DO PLANO DE SAÚDE. OMISSÃO DA EMPREGADORA EM OFERTAR A FACULDADE AO EMPREGADO. INOBSERVÂNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA CONTRATUAL. DEVER LEGAL E NORMATIVO. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. DEVIDA.

[...] 4. *De fato, é ônus da empresa comunicar ao seu empregado, no momento da rescisão contratual, acerca da possibilidade de manter seu plano de saúde, desde que o obreiro arque com os correspondentes custos. Essa é conclusão se extrai na interpretação do artigo 30 da Lei Federal nº 9.656/98, em combinação com o sua regulamentação disposta no artigo 10 da Resolução Normativa DC/ANS nº 279 de 24.11.2011, e essa é a interpretação que coaduna com o princípio da boa-fé objetiva, que rege todo e qualquer contrato (artigos 187 e 422, do Código Civil), bem como com o princípio do dever de informação que dele decorre e que é inerente a toda e qualquer relação de emprego.* 5. *Cediço*

que o princípio da boa-fé objetiva se traduz em lealdade e confiança entre os contratantes, que devem sempre estar presentes nos negócios jurídicos, mormente num contrato de emprego. O empregador, no trato com seu empregado (e vice-versa), deve guardar o respeito e a ética que se espera de toda empresa séria. Frise-se que um contrato de emprego não se lastreia apenas e tão somente nos deveres principais (de dar, de fazer ou de não fazer), mas também se pauta nos deveres jurídicos anexos de conduta (decorrentes da aludida boa-fé objetiva), tais como a lealdade, a confiança, o dever de informação e etc. 6. Nesse contexto, a empresa, ao não observar a sobredita obrigação legal, a boa-fé objetiva e o seu princípio correlato do dever de informação, culminou por praticar ato ilícito [...]. 7. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST - RR: 82009320145130009, Data de Julgamento: 16/12/2015, Data de Publicação: DEJT 18/12/2015).

Malgrado o dever de informação seja incumbência tanto de empregadores quanto de empregados, o que interessa a esse estudo em particular é a sua obediência por parte do empresário, posto que ao pleitear eventual redução de algumas garantias e direitos trabalhistas, visando a preservação dos postos de trabalho (princípio da preservação da empresa), o empregador deve demonstrar abertamente e de maneira honesta que esforços distintos dessa medida drástica foram empenhados anteriormente para sanar latentes disfunções econômicas que o empreendimento privado venha ultrapassando.

Com o intuito de demonstrar a substancial importância que o dever de informação exerce na construção teórica apresentada nessa pesquisa, uma analogia com o princípio da transparência administrativa será desenvolvida a seguir.

Concisamente, o princípio da transparência administrativa²⁵ permite aos administrados exercer fiscalização sobre a conduta e as decisões da Administração Pública, o que consiste em uma singular personificação do exercício da plena cidadania.

Transparência é um conceito abrangente que se concretiza pela publicidade, pela motivação e pela participação popular, garantindo a visibilidade, o acesso, o conhecimento das atividades administrativas e instrumentalizando a vigilância social e o controle institucional sobre a Administração Pública através dos demais princípios. Publicidade, motivação e participação são subprincípios que se articulam reciprocamente como um círculo virtuoso em direção ao

²⁵ Para o Direito Administrativo, o princípio da transparência está expresso no caput do art. 37 da Constituição Federal, isto é, quando a CF estabelece o princípio da publicidade como um dos alicerces da Administração Pública, significa dizer que a transparência deve ser aplicada em todos os atos e condutas dos agentes públicos em geral.

princípio da transparência. Ele consiste não só na informação ao povo do que a Administração pública executa, planeja ou realiza, mas também na explicação do porquê assim atua e na avaliação do grau de influência do próprio povo no processo de tomada de decisão. (DI PIETRO, 2015, p. 422)

Várias normas de direito administrativo preconizam o dever de transparência da Administração Pública em seus textos, entretanto, a que interessa à analogia com a obrigação de agir de forma transparente por parte do empregador é a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000).

A LRF em seu art. 1º “estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição”, ou seja, traz diretrizes cogentes a fim de arquitetar uma gestão fiscal responsável e equilibrada por parte da Administração Pública.

O princípio da transparência está contido no art. 48 da lei, *in verbis*:

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

§ 1º A transparência será assegurada também mediante:

- I – Incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;
- II - Liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público [...].

Os alicerces da Lei de Responsabilidade Fiscal são o planejamento, a transparência, o controle e por fim, a responsabilidade. Todas essas diretrizes estipuladas para promover a correta e eficiente gestão dos recursos públicos podem ser transportadas para a iniciativa privada (FURTADO, 2005).

Utiliza-se a LRF como paradigma pois a participação popular é relevante para o sucesso das propostas da Administração Pública. O mesmo pode ser afirmado em relação à participação dos empregados nos delineamentos de reestruturação apresentados pelas empresas.

É impreterível que o empresário apresente planilhas, balancetes dos ativos e passivos, enfim, todos os dados necessários para a verificação da viabilidade financeira (ou inviabilidade) da empresa. Nesse cenário opera o dever de informação e especialmente, a transparência, pois é essencial que os dados sejam divulgados da forma mais simples e compreensível possível.

Ultrapassada essa fase o pleiteante da revisão dos contratos de trabalho deve propor um plano de ação para a manutenção do empreendimento econômico, plano esse que contenha propostas de redução de vantagens e privilégios dos proprietários, sócios ou acionistas, diminuição da margem de lucros dentre outras medidas de contingência dos passivos.

Somente após a comprovação de que todas essas providências perfilhadas não seriam suficientes para a manutenção da empresa, as revisões de alguns aspectos do contrato de trabalho, que é uma medida excepcional, poderiam ser apreciadas, com uma condicionante: constatação que a empresa sempre observou seu dever de boa-fé no contrato laboral.

É inadmissível que um empregador que jamais cumpriu seus deveres e obrigações para com seus empregados requeira revisão dos contratos de trabalho. Esse “fato impeditivo” é facilmente verificado pela quantidade de reclamações trabalhistas ajuizadas contra a empresa e julgadas procedentes, pela quantidade de denúncias ou multas aplicadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego etc.

Discutidas e aceitas as propostas do empregador, o acompanhamento do planejamento é indispensável. Uma vez mais exige-se a atuação do princípio da transparência. Por fim, a responsabilidade do empresário. Eventuais violações acarretariam sanções previamente estabelecidas, posto que, afinal, direitos dos trabalhadores, nesse cenário, sofreriam algum tipo de revisão.

Destarte, a atuação conforme a boa-fé e comportamento transparente do empregador em relação às condições econômicas (favoráveis ou desfavoráveis) da empresa são condições *sine qua non* para a aplicação de toda construção teórica desenvolvida nessa pesquisa.

3.6 TEOREMA DE COASE E SUA APLICABILIDADE AO DIREITO DO TRABALHO

Antes de explicar as principais ideias do Teorema de Coase e a base de sua formulação, é vital que as premissas da AED apresentadas sejam recapituladas.

Primeiramente, há escassez de recursos atualmente no país. O Brasil atravessa a maior recessão econômica de sua história, e nessa conjuntura adversa, escolhas racionais devem ser realizadas, sempre visando o máximo proveito dos recursos disponíveis.

Com o propósito de auxiliar a escolha mais benéfica, é aconselhável que incentivos sejam ofertados, notadamente quando for considerado o parâmetro de eficiência de Kaldor-Hicks, o qual prescreve compensações para o agente que porventura venha a ser prejudicado nas escolhas realizadas.

O critério de eficiência de Kaldor-Hicks adquire especial relevância considerando-se o ambiente hierárquico que as escolhas se desenrolam, ou seja, o contrato subordinado de trabalho.

Nesse cenário, os custos de transação²⁶ merecem notável destaque. Após o sopesamento de todas essas variáveis, é necessário que se faça uma análise acerca de qual espécie de AED utilizar, positiva, normativa ou ambas.

Essas asserções fundamentais da Análise Econômica do Direito auxiliarão na compreensão da relação entre Teorema de Coase e contratos individuais de trabalho.

3.6.1 O Teorema de Coase

O Teorema de Coase não foi por ele próprio elaborado, mas sim por George Stigler²⁷, influenciado pelo artigo "*The problem of social cost*"²⁸ de Ronald H. Coase. Stigler elaborou o Teorema partindo da seguinte proposição:

The Coase Theorem says, at a first pass, "forget about the law: look at costs and benefits to see how economic life is conducted." The law

²⁶ Os custos de transação relativos à relação de trabalho subordinada serão mais detalhadamente definidos em tópico próprio.

²⁷ Economista norte-americano, vencedor do Prêmio de Ciências Econômicas em memória de Alfred Nobel em 1982. Membro da Escola de Chicago. Vide: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1982/stigler/biographical/>. Acesso em 10 Abril 2019.

²⁸ Após a elaboração do Teorema por Stigler, o artigo "*The problem of social cost*" se tornou o estudo mais citado de todos os tempos na área econômica.

has an influence on exchange (to which we shall soon turn), but it has a supporting role, not the lead.²⁹

Dessa pequena afirmação de Stigler se extrai a essência do Teorema de Coase que será utilizada nessa pesquisa, qual seja, a análise dos custos e benefícios de uma decisão, independentemente do comando legal, que possui o condão de dar suporte à escolha efetuada, sem, entretanto, ser absolutamente determinante em todas as circunstâncias apresentadas concretamente.

Coase reminded economists and taught lawyers that, in a world of exchange by agreement rather than by coercion, the costs and benefits of agreement determine its scope. Because agreements can be costly, many will not be struck, and these unachieved agreements will have been inhibited by the smallness of the benefits or the largeness of the costs of agreement.³⁰

O funcionamento do Teorema pode ser ilustrado por um exemplo extraído do próprio Coase. Conforme o vencedor do prêmio Nobel de economia, pode-se imaginar duas propriedades rurais vizinhas, uma delas dedicada à pecuária e a outra à agricultura.

Nesse contexto hipotético o gado invade a fazenda adjacente e destrói a plantação. Para Ronald Coase, não importa qual seria a solução legal acerca da responsabilidade do proprietário dos animais que causaram os prejuízos à plantação. Se for possível às partes negociar uma solução sem custos de transação, o desenlace, obtido através de negociação, será a escolha mais eficiente. (COASE, 2010, p. 61-70)

Em vista disso, é permissível afirmar que um dos pilares de sustentação do Teorema de Coase é o denominado “custo de transação zero”:

²⁹ O Teorema de Coase diz, em um primeiro passo, "esqueça a lei: veja os custos e benefícios para ver como a vida econômica é conduzida". A lei tem uma influência na troca (à qual voltaremos em breve), mas tem um papel de apoio, não o papel principal. Tradução livre. STIGLER, George J. Law or Economics? The Journal of Law & Economics. Chicago, Vol. 35, No. 2 (Oct., 1992), p. 455-468. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4073264/mod_resource/content/2/Law%20or%20Economics%20Stigler.pdf. Acesso em 10 Abril 2019.

³⁰ “Coase lembrou os economistas e ensinou aos advogados que, em um mundo de troca por acordo e não por coerção, os custos e benefícios do acordo determinam seu escopo. Como os acordos podem ser onerosos, muitos não serão atingidos, e esses acordos não alcançados terão sido inibidos pela pequenez dos benefícios ou pela grandeza dos custos do acordo”. Tradução livre. Idem, ibidem.

Numa situação de custos de transação zero, a alocação final de um bem, obtida por meio da barganha entre as partes, será sempre eficiente, não importa a configuração legal acerca da propriedade desse bem [...]. Portanto, a noção de custos de transação zero pressupõe uma situação de informação perfeita e acessível sem custos para as partes [...]. Assim, percebe-se que o mundo dos custos de transação zero é basicamente retratado pela teoria econômica nos seus modelos abstratos. (COASE, 2010, p. 68)

Aqui reside uma das maiores críticas ao pensamento de Coase, isto é, custos de transação zero não são factíveis.

A demonstração atrás exposta pressupõe que as partes possam chegar a se entender sem custos. É como um mundo sem atrito em uma demonstração na física. Na realidade, esses custos são, de regra, apreciáveis [...]. Compreende-se que a função geral que a análise econômica detecta no direito seja reduzir os custos de transação por todos os meios possíveis. Demais disso, os interessados perseguem, também eles, esse objetivo, porque se os custos de transação forem baixos, a busca pela eficiência, até por acordos entre particulares, é mais fácil. (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 215)

As mais variadas críticas, contudo, não tem o condão de desacreditar o Teorema de Coase. As noções de custos e benefícios do autor são de suma importância para carrear axiomas econômicos para o Direito do Trabalho.

O Teorema, juntamente com o critério de eficiência de Kaldor-Hicks proporciona um “diálogo de fontes” que pode propiciar a concretização do princípio da busca do pleno emprego, ao menos no que se refere à preservação dos empreendimentos econômicos.

3.6.2 Direito do Trabalho e Teorema de Coase

Tal qual aludido, o Teorema, em sua forma abstrata, considera custos de transação zero. Entretanto, ao conjecturar que os custos não sejam iguais a zero, o próprio Coase propõe a solução de sopesamento entre esses custos e os benefícios advindos da escolha (decisão) priorizada.

Uma vez que os custos de transações realizadas no mercado são levados em conta, fica claro que a aludida realocação de direitos somente ocorrerá quando o aumento do valor da produção por ela gerado for maior do que os custos incorridos para implementá-la.

Quando esse aumento for menor, a concessão de uma ordem judicial (*injunction*) (ou o conhecimento de que ela será concedida), ou a responsabilização pelo pagamento de perdas e danos, podem resultar na cessação de uma atividade (ou podem evitar que ela seja iniciada) que seria realizada caso as transações se dessem sem custos. Um arranjo de direitos pode ser o mais apto, entre todas as alocações possíveis, a gerar um grande valor de produção. (COASE, 2010, p. 77)

Coase elabora todo seu raciocínio econômico para refutar o pensamento dominante da época, personificado por Arthur Cecil Pigou, responsável pela célebre “taxa de Pigou”, ou seja, medidas estatais concebidas para direcionar as condutas dos agentes privados, as quais visavam, em especial, a correção das denominadas “externalidades negativas”.

Pigou afirmara que uma externalidade é produzida quando uma pessoa, enquanto presta um serviço a uma contraparte, o estende a terceiros, ou faz com que o serviço imponha custos aos terceiros de maneira que não se possa cobrá-los dos beneficiários ou deles obter uma indenização em proveito das vítimas. O custo privado suportado por quem engendra a externalidade negativa é inferior ao custo social, que é a soma desses custos privados ou dos causados a terceiros. O exemplo que se costuma dar é a poluição gerada pela atividade de uma empresa em detrimento de vizinhos [...]. Pigou preconiza regras de responsabilidade ou, também, - intervenção mais direta – impostos ditos “pigouvianos” ou, eventualmente, subvenções ou uma forma de regulamentação impostas ou acordadas com aqueles que criam as externalidades negativas. Essa conclusão constituiu a ortodoxia dos economistas até 1960. (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 202)

Coase não ignora a existência de externalidades negativas oriundas do exercício das atividades econômicas, entretanto, ao contrário de Pigou, defende que a solução puramente estatal não é necessariamente a mais eficiente. Para o economista, os custos e benefícios da atividade privada que cria externalidades negativas devem ser sopesados.

Enquanto a maioria dos economistas parece entender de forma errada o tipo de situação com a qual estão lidando, também ocorre que as atividades que eles gostariam que fossem interrompidas ou restringidas podem ser socialmente justificáveis. Trata-se, na verdade, de uma questão de sopesamento entre os ganhos que adviriam com a eliminação dos efeitos prejudiciais e os ganhos que seriam experimentados com a continuação dessas atividades. (COASE, 2010, p. 90)

Coase afirma que o custo social de um eventual fechamento dessa fábrica seria maior do que os ganhos. A comunidade local seria beneficiada, mas a qual custo social? Pessoas desempregadas, altas de preços originadas pela redução da concorrência, menos arrecadação de impostos e conseqüentemente, menos políticas públicas implementadas etc. Enfim, ao sopesar custos sociais e benefícios com base no exemplo de Pigou, suas ideias, até então imperantes, começam a ser questionadas.

Os instrumentais fornecidos pela análise econômica do direito podem auxiliar o desenvolvimento de decisões judiciais eficientes e, por conseguinte, justas. A considerar a escassez de recursos frente às demandas pelos direitos fundamentais, igualmente legítimas, a perspectiva multidisciplinar figura como a melhor abordagem judicial. Num conjunto com eventuais complementações de outras ciências sociais, o instrumento teórico da Análise Econômica do Direito pode ser utilizado antes da aprovação de qualquer projeto legislativo ou da consolidação de determinada orientação interpretativa jurisprudencial, como uma espécie de análise de impacto socioeconômico da futura lei ou interpretação jurisprudencial. (PAYÃO; OLIVEIRA, 2018, p. 220)

Em relação do Direito do Trabalho, as ideias e o Teorema de Coase podem ser assim resumidos: uma legislação trabalhista ou a manutenção de direitos apresentam custos sociais maiores ou menores do que sua revisão (ou até mesmo eliminação)?

A adaptação da teoria econômica para o ramo laboral depende da resposta à seguinte questão: quais as normas ou direitos que, ao sofrer redução, apresentam benefícios sociais maiores do que seus custos?

Para obter uma solução satisfatória ao problema exposto, é preciso retomar os ensinamentos de Américo Plá Rodrigues, citado no capítulo 2 dessa pesquisa, acerca das normas rigidamente categóricas e as limitadamente categóricas. Ou, em outros termos, normas cogentes ou normas disponíveis.

Com a finalidade de solucionar o problema da atribuição da natureza da norma trabalhista, ou seja, como decidir qual pertenceria ao direito cogente e qual seria do direito dispositivo, de modo que seja possível, com segurança, determinar onde a autonomia da vontade particular (individual ou coletiva) é válida e onde não é, devemos aplicar o *Teorema de Coase*. O Teorema, de larga aplicação no universo jurídico-econômico, pode ser assim enunciado: em condições de concorrência perfeita, os custos privados e sociais serão iguais. Assim, entendemos que em todo momento em que

houver um custo social que não possa ser eliminado pela transação entre particulares e ainda, sempre que o custo da negociação for maior que o resultado da negociação, as normas trabalhistas deverão ser consideradas cogentes. Ou seja, nas hipóteses em que os custos de transação são muito altos justifica-se uma predeterminação impositiva (*jus cogens*) do direito das partes, alheia à vontade delas. (grifos do autor) (PEDROSO, 2005, p. 198)

Um exemplo retirado da reforma trabalhista de 2017 ilustra a aplicabilidade do Teorema de Coase ao Direito do Trabalho.

O art. 611-A, incisos XII e XIII da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017 dispõe que normas de insalubridade poderão ser negociadas por meio de acordos ou convenções coletivas de trabalho.

Não é necessário doutrinadores publicarem milhões de artigos afirmando que a norma é inconstitucional, não é necessário questioná-la no Supremo Tribunal Federal. A utilização do Teorema de Coase finda com quaisquer dúvidas acerca das novas regras.

Tal qual explanado, o Teorema sopesa custos e benefícios sociais. No caso das normas relativas à insalubridade do ambiente de trabalho, a “barganha” entre as partes não é possível, dado que não existe nenhum índice econômico que possa ser mais valorado do que a vida humana.

Nessas condições, o custo social de doenças ocupacionais e até mesmo de óbito do trabalhador é infinitamente superior a qualquer benefício advindo de uma negociação entre as partes. Aplicando-se o Teorema de Coase, essa norma é economicamente ineficiente e jamais poderia ser considerada dispositiva, ou seja, afeta à negociação entre empregadores e empregados, mesmo que esses últimos assim desejem.

Diferentemente, quando a utilização do Teorema resultar em benefícios sociais maiores do que os custos, a norma trabalhista comportará negociação, uma vez que, nesse caso, estaria se referindo a direitos disponíveis.

Normas dispositivas são aquelas em que o custo de transação é muito baixo ou nulo, a ponto de que os custos sociais e privados são iguais, de modo a não se justificar que a norma não possa ser derogada pela renúncia ou por negociação entre as partes. Não havendo um custo social maior que o custo privado, são os particulares quem melhor podem alocar os direitos de forma a maximizar o valor da produção. Em se tratando dessas normas, entendemos que a autonomia da vontade (tanto individual como

coletiva) pode atuar sem qualquer risco de um dano social. (PEDROSO, 2005, p. 199)

O intuito desse estudo é investigar se a teoria civilista da imprevisão, fundamentada no desequilíbrio contratual ocasionado pelas crises econômicas pode ser utilizada por empregadores na solicitação da revisão contratual.

A doutrina majoritária (de forma quase uníssona) rejeita essa possibilidade. Entretanto, a AED e a utilização do Teorema de Coase oferecem uma perspectiva distinta.

Quando os custos de transação forem muito baixos, tendentes a zero, não se justifica uma predeterminação rígida dos direitos trabalhistas, podendo-se legar ao arbítrio das partes a negociação para uma nova alocação desses direitos; isto é, as normas trabalhistas envolvidas pertenceriam ao jus dispositivum, pois as partes por si sós, se incumbiriam de maximizar o valor da produção. Isso se dá graças ao postulado econômico da Teoria de Coase, de que o custo social e o custo privado são iguais, desde que os custos de transação sejam nulos; de outra feita, se o custo social (entenda-se o custo para a sociedade, como uma externalidade negativa) for maior que o custo privado, não adiantaria legar às partes a livre negociação dos direitos, pois estas não vão conseguir maximizar o valor da produção de modo a anular o custo social. Nessa hipótese, o papel da existência de uma norma cogente será essencial para determinar o uso que se fará dos recursos econômicos. (PEDROSO, 2005, p. 198)

O custo social, como vem sendo demonstrado ao longo da pesquisa, é o aumento do desemprego em caso de dissolução dos agentes econômicos. Esse custo social é agravado pela baixa qualificação do trabalhador brasileiro, que encontrará poucas oportunidades de recondução ao mercado formal caso perca seu emprego.

As empresas da atualidade têm de inovar continuamente para enfrentar a concorrência numa economia que se torna cada vez mais global e competitiva. Os recursos das telecomunicações derrubaram as barreiras entre países. As tecnologias se transferem de um local para outro com maior velocidade, superando diferenças de cultura, língua, fusos horários etc. É o fim da geografia. Tudo isso está trazendo uma enorme revolução no campo do trabalho. Para captar as novas tecnologias, entendê-las e adaptá-las às condições de cada empresa, os trabalhadores precisam ser muito bem-educados e não meramente adestrados. No passado, o adestramento permitia aos trabalhadores fazerem a mesma coisa durante toda sua vida. Hoje, essa revolução tecnológica que não pára de acontecer exige evolução de competências que dependem muito mais de educação do que de adestramento [...]. A crise de emprego é mundial e o Brasil está dentro dela, com vários agravantes. O número médio de anos

de estudo da nossa população economicamente ativa é de apenas 3,5 – enquanto nos Tigres Asiáticos é quase 10 anos; no Japão, 11; nos Estados Unidos, 12 [...]. Se nos países ricos já está difícil gerar emprego para gente educada, o que dizer do Brasil? (PASTORE, 1997, p. 16-17)

Nesse cenário de profunda recessão econômica e taxas de desemprego altíssimas, aliado à pouca qualificação do trabalhador brasileiro³¹, os princípios da preservação da empresa e da busca do pleno emprego devem ser prestigiados. Destarte, o Teorema de Coase e os postulados da AED são ferramentas que podem auxiliar o julgador ou o legislador na medição dos custos e benefícios sociais.

Aqui cumpre um papel novo e diferenciado ao aplicador do direito, no âmbito trabalhista. Não se poderá ter por meta fomentar o ganho unilateral, beneficiando apenas uma das partes da relação de trabalho, porém, deverá contribuir para maximizar a riqueza, quando as duas partes ganham efetivamente. A impossibilidade de negociação entre as partes (por atribuição indevida de caráter cogente à norma trabalhista), quando esta apresentar custo zero, faz com que os recursos econômicos não sejam maximizados [...]. Perde o empregador que deixa de maximizar sua produção, perde o empregado que deixa de obter uma renda, continuando sem nenhum ganho, em estado de desemprego. (PEDROSO, 2005, p. 200)

O magistrado trabalhista ainda tem à disposição outra ferramenta muito utilizada na AED, qual seja, o critério de eficiência de Kaldor-Hicks, que como explanado, estabelece compensações para o agente que sofre prejuízo nas escolhas efetuadas diante de recursos escassos. A eficiência de Kaldor-Hicks preserva o princípio laboral da proteção.

Diante de recursos escassos (crise econômica e teoria da imprevisão), empresários e trabalhadores devem fazer escolhas racionais. Ao se utilizar os postulados da AED e o Teorema de Coase para averiguar os custos sociais, define-se se os direitos e as normas trabalhistas são passíveis de negociação.

Em caso positivo, e desde que respeitados toda a construção teórica formulada nesse estudo, sempre visando privilegiar o princípio do pleno emprego (efetivado através da preservação da empresa), a “barganha” poderá ser realizada,

³¹ O Brasil ocupa as piores posições nos rankings mundiais de educação. Vide matérias veiculadas recentemente nos meios de comunicação do país:

<https://oglobo.globo.com/economia/idh-educacao-nao-avanca-brasil-fica-estagnado-no-ranking-de-bem-estar-da-onu-23067716>
<https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2018/09/14/idh-2018-brasil-ocupa-a-79-posicao-veja-a-lista-completa.htm>

com a devida compensação (eficiência de Kaldor-Hicks) para o agente (o empregado) que sofrerá prejuízos temporários.

Essa fórmula resguarda o princípio da proteção do trabalhador, ao mesmo tempo que privilegia o princípio do pleno emprego, posto que o desemprego é o maior custo social que a sociedade e o Poder Público, em conjunto, devem derrotar.

A fim de demonstrar a possível compatibilidade entre a utilização da teoria da imprevisão, sob o aspecto da crise econômica, nessa última parte do estudo serão apresentados dois casos concretos, julgados pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região (Mato Grosso do Sul), nos quais, apesar de não apresentarem expressa menção à utilização da Análise Econômica do Direito, seus postulados podem ser identificados, na medida em que se privilegia o princípio do pleno emprego.

O primeiro caso trata-se de um Mandado de Segurança³² impetrado contra decisão proferida por uma das Varas de Trabalho da Capital do estado do Mato Grosso do Sul, na qual foi concedida segurança para bloquear 30% dos créditos, atuais e futuros que a impetrante porventura possuiria perante a Prefeitura Municipal de Campo Grande.

É fato público e notório que a Administração Pública Municipal há muito sofre com problemas de corrupção e má administração. Recentemente vários prefeitos, vereadores e secretários municipais foram cassados por improbidade administrativa, corrupção, “mensalinho”, lavagem de dinheiro etc., dentre outros ilícitos.³³

Diante da malversação de recursos públicos, inúmeras empresas, prestadoras de serviço para a Administração Municipal, enfrentaram (e ainda enfrentam) dificuldades financeiras advindas do não cumprimento dos contratos administrativos.

³² Processo nº. 0024217-60.2016.5.24.0000 – Mandado de Segurança

Tribunal Pleno

Impetrante: Selco Engenharia

Advogado: José Henrique Da Silva Vigo

Autoridade Coatora: Juíza Da 4ª Vara Do Trabalho De Campo Grande - MS

Relator: João De Deus Gomes De Souza

³³ Desde o ano de 2013, decorrentes de escândalos de corrupção, prisões vêm sendo efetuadas na Cidade de Campo Grande. A última prisão do prefeito, vereadores e secretários municipais ocorreu em novembro de 2018.

Vide matérias veiculadas na imprensa local e nacional.

<http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2015/08/justica-afasta-o-prefeito-e-presidente-da-camara-de-campo-grande.html>

<http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2015/08/campo-grande-faz-116-anos-com-prefeito-cassado-de-volta-ao-cargo.html>

Nesse cenário, é válido defender que se trata de circunstância excepcional que ensejaria a aplicação da teoria da imprevisão, na medida em que as empresas, ao participarem de licitações promovidas pelo Poder Público Municipal, têm garantido por lei a devida remuneração pelos serviços prestados.

Admitir que corrupção sistêmica e malversação de recursos públicos são condutas banais, habituais e não extraordinárias é uma reflexão extremamente temerária e é necessário que seja extirpada do imaginário nacional.

A conduta administrativa deve ser pautada pelos princípios da legalidade e moralidade (art. 37, CF), e, assim sendo, o não pagamento dos prestadores de serviço devido à falta de recursos geradas por corrupção deve ser considerado um fato extraordinário. Vislumbra-se um postulado da AED, qual seja, recursos escassos.

Diante dos recursos escassos, a próxima etapa da teoria econômica é a realização de uma escolha racional maximizadora. Tal qual reconhecido pelos Desembargadores, a escolha empreendida pela magistrada da primeira instância foi desproporcional, ou seja, não tem o condão de potencializar a utilização dos recursos patentemente insuficientes.

Não foi identificada na decisão do Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região a exigência de compensação por parte da empresa. Exemplificando, a proibição de demissão de trabalhadores poderia ter sido estipulada. Entretanto, a não utilização do critério de Kaldor-Hicks não invalida a análise do processo sob a perspectiva Análise Econômica do Direito.

Examinando os argumentos levantados pelo Relator do Mandado de Segurança sob o panorama do Teorema de Coase, indubitavelmente a escolha da magistrada acarretaria custos sociais mais altos que benefícios, posto que os empregos de duzentos trabalhadores estariam ameaçados. Nota-se a proteção aos princípios da preservação da empresa e busca pelo pleno emprego:

Outrossim, são evidentes as dificuldades financeiras que adviriam com o bloqueio de 30% do faturamento da impetrante perante as pessoas de direito público que presta serviço, o que inclusive poderá conduzir à inviabilização do seu empreendimento e a um eventual desemprego para duzentos funcionários.³⁴

³⁴ Trecho da decisão do Desembargador relator João de Deus Gomes de Souza.

Destarte, a decisão dos Desembargadores, isto é, a não concessão do bloqueio de 30% dos créditos da impetrante, é a mais acertada para maximizar a utilização de recursos escassos segundo a Análise Econômica do Direito, pois a preservação do empreendimento privado e, conseqüentemente, os postos de trabalho, traz mais benefícios sociais do que sua eventual dissolução.

O próximo julgado, perpetrado pela 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Mato Grosso do Sul³⁵, oferece duas circunstâncias que podem ser investigadas conforme a Análise Econômica do Direito

O primeiro item a ser examinado é a decisão acerca do adicional de insalubridade. Em sua defesa a empresa sustentou que a limpeza de instalações sanitárias em suas dependências não ensejaria o pagamento do adicional de insalubridade, porquanto não expressamente previsto na NR nº 15 do MTE. Além disso, historiou que o contrato de trabalho vivenciado pela reclamante fora de apenas 60 dias.

A decisão considerou que era devido o adicional, posto que a atividade exercida pela reclamante, analogicamente, pode ser comparada à limpeza de instalações sanitárias coletivas de grande utilização, conforme Súmula do TST.

Ademais, o laudo esclarece que os equipamentos de proteção individual fornecidos não acarretam a neutralização dos agentes biológicos nele descritos. De outro lado, *o curto período de vigência do contrato (dois meses) não é suficiente para impedir o pagamento do adicional de insalubridade, pois não afasta o risco constatado em razão do labor nem pode permitir que o empregador se aproprie sem remuneração do labor prestado pela trabalhadora em condições insalubres, data venia*. Nesse quadro, a sentença não merece nenhuma reforma. Nego provimento ao recurso.³⁶

O Teorema de Coase auxilia na avaliação da classificação das normas. Tal qual já citado no item relativo à AED do estudo, não existe nenhum índice econômico que possa ser mais valorado do que a vida humana.

³⁵ Processo nº 0025070-21.2014.5.24.0071 - ROPS

2ª TURMA

Relator: Des. FRANCISCO DAS C. LIMA FILHO

Recorrente: JANETE DIAS DE ARRUDA

Recorrente: SULTAN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARTEFATOS TÊXTEIS LTDA

Recorrida: JANETE DIAS DE ARRUDA

Recorrida: SULTAN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARTEFATOS TÊXTEIS LTDA

Origem: 1ª Vara do Trabalho de Três Lagoas - MS

Recurso interposto de sentença proferida pela Juíza Priscila Gil de Souza Murad, em ação submetida ao procedimento sumaríssimo

³⁶ Trecho extraído do voto do Desembargador Francisco das Chagas Lima Filho.

Os custos sociais de doenças ocupacionais ou mortes advindas da execução do contrato de trabalho sempre, sem nenhuma exceção, serão mais elevados do que os benefícios. São normas cogentes infensas à “barganha” entre as partes.

A empregadora noticiou a duração de apenas sessenta dias do contrato. Esse fato, todavia, é irrelevante. Mesmo que a duração do contrato laboral tivesse sido de apenas um dia. Perante a Teoria da Análise Econômica do Direito o adicional é devido.

O que importa sublinhar da decisão sobre o adicional de insalubridade é a utilização de Súmula do TST para caracterizar o direito da trabalhadora e a duração do contrato de trabalho, circunstâncias que no julgamento da incorporação de valores pagos à título de alimentação, ampararam a resolução do processo trabalhista em sentido diametralmente antagônico.

Com o desiderato de uma investigação mais detalhada dos postulados da Análise Econômica do Direito, mais alguns trechos do voto do Desembargador Francisco das Chagas Lima Filho são destacados.

Com o devido respeito, não se pode em nome de mera habitualidade, incorporar ao salário do trabalhador parcelas que nitidamente não têm natureza remuneratória, fornecidas como liberalidade ou como forma de estimular o prestador, sem qualquer intuito de contraprestação pelo labor, *ainda mais quando sequer se poderia cogitar de habitualidade no caso concreto em que o contrato teve vigência apenas por cerca de sessenta dias.*³⁷

A duração do contrato laboral de apenas sessenta dias em relação à incorporação de valores pagos à título de verba alimentícia, ao contrário do adicional de insalubridade, evidenciou um contexto no qual a habitualidade (condição *sine qua non* para sua caracterização) não foi deferida.

Nota-se que a Súmula 241 do TST³⁸ foi afastada, ao passo que uma analogia também sumular foi utilizada para manter o pagamento de adicional de insalubridade. Indaga-se: por qual razão uma súmula foi fundamento para a concessão de direito em um determinado cenário e base para a supressão de um direito em outro?

³⁷ Trecho extraído do voto do Desembargador Francisco das Chagas Lima Filho.

³⁸ SALÁRIO-UTILIDADE. ALIMENTAÇÃO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O vale para refeição, fornecido por força do contrato de trabalho, tem caráter salarial, integrando a remuneração do empregado, para todos os efeitos legais.

A solução para essa aparente contradição é fornecida pelo Teorema de Coase. Os próximos trechos da decisão demonstram que a regra da incorporação de valores pagos à título de alimentação, segundo o Teorema, é uma norma dispositiva, ou seja, comporta negociação entre as partes.

No julgamento ora analisado os princípios da preservação da empresa e proteção do pleno emprego foram privilegiados perante o princípio da proteção, na medida em que os custos sociais da dissolução do empreendimento econômico (o desemprego) são nitidamente maiores do que as vantagens que a trabalhadora obterá com a incorporação das verbas.

Ademais, e como venho defendendo em sucessivos votos, não se nega que o art. 458 da CLT prevê a integração da alimentação fornecida ao salário *in natura* pago ao trabalhador em razão da prestação laboral.

Entretanto, não se pode interpretar de forma literal a regra mencionada *sem nos atentarmos para o contexto econômico financeiro em que ela deve ser aplicada, para o momento de grave crise pela qual passa o Brasil com muitas empresas fechando as próprias portas por falta de condições de se manterem em funcionamento.*³⁹

De outro lado, *se é verdade que o Direito do Trabalho tem no princípio da proteção ao trabalhador hipossuficiente a sua própria razão de ser referido princípio deve receber uma interpretação em harmonia com o princípio da salvaguarda dos legítimos interesses de gestão do empregador que também merece proteção até mesmo como forma de manutenção do emprego. Por conseguinte, não se excluem; devem, antes, ser interpretados e aplicados em harmonia, de modo que não se deixe o trabalhador, parte débil na relação de emprego, sem a proteção revelada pelo padrão mínimo civilizatório, mas também não se inviabilize, na sua aplicação, a continuidade do empreendimento, garantia de manutenção do próprio direito fundamental ao trabalho.*

Como lembra Maria do Rosário Palma Ramalho, *não só o princípio da proteção do trabalhador como também o da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador devem ser considerados como valorações fundamentais específicas do sistema jurídico laboral. Nessa perspectiva, não parece razoável exclusivamente em nome do princípio da proteção, condenar o empregador a integrar ao salário do trabalhador o valor fornecido de cesta básica independentemente da existência ou não de pactuação coletiva, porque a norma do art. 458 e §§ da CLT deve ser interpretada de forma restritiva e de acordo com a realidade social do momento.*

³⁹ A crise econômica pela qual atravessa o Brasil foi considerada fundamento para a decisão de se afastar a incorporação de verbas alimentícias ao salário. Trechos extraídos do voto do Desembargador Francisco das Chagas Lima Filho.

Recursos escassos, opção racional maximizadora, contexto hierárquico da escolha, normas dispositivas segundo a aplicação do Teorema de Coase. Todos os postulados da AED estão presentes na decisão do Exmo. Desembargador, culminando na preservação da empresa e dos postos de trabalho, que vem a ser a ideia central defendida nesse estudo.

E finaliza o Desembargador afirmando que a manutenção do “próprio direito fundamental e social do trabalho estaria ameaçado” em caso de dissolução do empreendimento econômico:

Ao se punir o empregador com a determinação de se onerar certos benefícios por ele concedidos, com integração dessas benesses ao salário e consequentes reflexos financeiros em outras verbas trabalhistas, inclusive recolhimento da contribuição previdenciária, o *próprio direito fundamental e social ao trabalho estará ainda mais ameaçado*. E no caso concreto sequer se aplica o entendimento constante da Súmula 241 do Colendo TST *considerado que o contrato teve vigência por apenas cerca de sessenta dias não havendo cogitar de habitualidade, data venia*.⁴⁰ Nesse quadro, nego provimento ao recurso.

Esses dois julgados do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região demonstram que a crise econômica (teoria da imprevisão), apesar da doutrina e jurisprudência majoritárias não a considerarem como legítimo fundamento para a revisão contratual, pode ser invocada pelos empregadores, posto que o custo social do desemprego é infinitamente mais elevado do que ganhos porventura experimentados por indivíduos específicos.

Desde que obedecidas todas as condicionantes explanadas nessa pesquisa, o princípio protetor do direito do trabalho poderá ser afastado temporariamente em algumas situações, dado que a supremacia do princípio do pleno emprego, nesse cenário de grave instabilidade econômica pelo qual atravessa o Brasil, em se tratando de regras dispositivas resultantes da classificação decorrente da aplicação da AED e do Teorema de Coase, traz mais benefícios sociais para todos, pois preserva os postos de trabalho nesse cenário de profundo desemprego conjuntural e estrutural.

⁴⁰ Trecho extraído do voto do Desembargador Francisco das Chagas Lima Filho.

CONCLUSÕES

Com o advento do pós-positivismo jurídico, os princípios de direito passaram a ostentar uma característica até então negligenciada pelo Jusnaturalismo e o Positivismo, qual seja, a força normativa de seus preceitos. Os princípios são “mandamentos de otimização” e devem ser concretizados da maior maneira possível.

A necessidade de submissão das regras jurídicas à valores morais e éticos após as atrocidades cometidas nas grandes guerras mundiais, inaugurou um novo período do pensamento constitucional, baseado na convicção de que o Estado deveria assegurar não apenas direitos políticos e civis, mas também direitos sociais, econômicos e culturais.

Nessa época surgem os direitos de segunda geração, incorporados à diversas constituições mundo afora, sendo que no Brasil a Constituição de 1934 continha um capítulo específico discorrendo acerca da ordem econômica e social.

Dentre esses direitos preconizados pelo Estado Social Democrático de Direito situam-se os direitos dos trabalhadores, que na atual Constituição Brasileira estão insculpidos nos artigos 6º e 7º da Carta Republicana.

O Direito do Trabalho é composto de vários princípios peculiares que visam a proteção da parte hipossuficiente da relação empregatícia, isto é, o trabalhador. Dentre esses princípios é válido destacar os princípios da proteção, da proibição do retrocesso, da norma mais favorável e por fim, mas não menos importante, o princípio da alteridade.

Todo esse arcabouço jurídico laboral construído para salvaguardar os interesses dos empregados foi tido, por muito tempo, como de aplicação absoluta, salvo raríssimas exceções, dispostas na própria Constituição Federal, que exige a participação dos entes sindicais para que eventuais reduções de direitos dos trabalhadores sejam consideradas legítimas.

Entretanto, essa percepção de que o Estado deve providenciar tudo a todos advinda do Welfare State está em mutação, e o sistema estatal extremamente intervencionista que regula a relação entre empregador e empregado mostra-se insuficiente para enfrentar os novos desafios advindos da denominada “modernidade” líquida, que modificou profundamente o modo de produção capitalista.

A Consolidação das Leis do Trabalho possui dispositivos de revisão contratual, tais como a ação revisional de sentenças normativas e até mesmo prescreve hipóteses de modificação do contrato de trabalho pela ocorrência de força maior, entretanto, insta asseverar que a aplicabilidade dos institutos tem interpretação restritiva, em consonância com os princípios protetores do Direito do Trabalho.

A teoria civilista da imprevisão é invocada para restaurar o equilíbrio dos contratos de trato sucessivo, evitando-se, assim, obrigações extremamente onerosas para um dos contratantes, desde que haja modificação fática relevante entre o momento da formação da avença e sua posterior execução.

Crises econômicas não são consideradas fatos extraordinários e imprevisíveis para a doutrina e jurisprudência pátrias, contudo, no tocante aos contratos laborais, a grave recessão econômica pela qual o Brasil atravessa há vários anos pode ser considerada um dos fatores do aumento do desemprego no país, que chegou ao alarmante índice de mais de 14 milhões de pessoas economicamente ativas sem uma ocupação formal.

Nessa conjuntura de desemprego estrutural, ocasionado pela transformação do modo de produção no período da modernidade líquida, em que há a substituição da mão de obra humana por máquinas, somado ao desemprego conjuntural, a preservação dos empreendimentos econômicos ganha especial destaque.

O contrato clássico de trabalho por prazo indeterminado é considerado de trato sucessivo, e, assim sendo, sofre intempéries oriundas das dificuldades financeiras das empresas.

As condições das avenças pactuadas originalmente, em caso de infortúnios econômicos profundos oneram as empresas, e nesse caso a utilização da teoria da imprevisão em benefício do empregador privilegia o princípio do pleno emprego.

Desde que obedecidas determinadas condicionantes, tais como dever de informação, boa-fé, razoabilidade, proporcionalidade e notadamente transparência, conforme a Teoria da Análise Econômica do Direito, é lícito às empresas pleitearem a revisão dos contratos de trabalho, desde que se trate de normas dispositivas.

Indubitavelmente as condições de trabalho não comportam uma flexibilização total, pois assim sendo, o empregado estaria completamente desprotegido, o que não é o intuito do raciocínio desse estudo. Deve existir uma garantia mínima legal. O restante pode ser negociado a fim de prestigiar o princípio do pleno emprego.

As normas que comportam negociação entre as partes são as dispositivas, ou seja, regras que se porventura forem afastadas ou tenham seu alcance restringidos, os benefícios sociais desse afastamento ou da restrição apresentam-se maiores do que os custos sociais de as manter integralmente. O Teorema de Coase auxilia na classificação das normas que podem ser negociadas.

Segundo o Teorema de Coase, diante de recursos escassos, uma escolha racional maximizadora deve ser realizada. E essa escolha deve levar em consideração os custos e benefícios sociais advindos da decisão.

Na seara laboral, o maior custo social e o mais danoso para toda a sociedade é o desemprego. Destarte, na ponderação entre princípios protetores rígidos e a preservação da empresa, esse último merece especial destaque, posto que resguardando-se o empreendimento econômico ao se evitar sua falência ou recuperação judicial, postos de trabalho são preservados e assim sendo, dá-se efetividade ao princípio da busca do pleno emprego.

Como citado anteriormente, se o trabalhador tem a opção de renunciar ao seu bem maior que é o próprio emprego (pedido de demissão), por qual razão não poderia negociar alguns direitos disponíveis para preservá-lo?

A Análise Econômica do Direito afirma que sim, é possível afastar princípios protetores trabalhistas de forma temporária, desde que os benefícios sociais sejam superiores aos seus custos.

Um sistema protetor do emprego é inútil se não existir quem os ofereça. Não é a proposta dessa pesquisa estabelecer que o fator econômico é preponderante sobre o fator social, ou vice-versa. A flexibilização temporária aqui proposta é uma forma de harmonizar o social e o econômico.

É necessário preservar as empresas para que essas possam continuar a gerar empregos. O sistema de produção da modernidade líquida tende a extinguir os postos de trabalho, através da automação da produção, onde se produz mais com menos mão de obra humana.

Reverter o desemprego estrutural é uma tarefa árdua, até mesmo um tanto quanto utópica. Grandes conglomerados econômicos substituirão os trabalhadores por máquinas num futuro próximo.

As condições de vida mudaram, as condições de trabalho são completamente distintas de quando surgiu o Direito do Trabalho com seu arcabouço protetivo. Há

necessidade de uma nova leitura do direito laboral. A Análise Econômica do Direito oferece um instrumental para que essa nova leitura seja realizada.

Indubitavelmente, o custo social do desemprego deve ser combatido de todas as formas e essa pesquisa ofereceu uma nova perspectiva de flexibilização de direitos trabalhistas, sem, no entanto, descaracterizar os princípios protetores do Direito do Trabalho.

REFERÊNCIAS

ABUD, Hugo Martins. *O art. 47 da Lei 11.101/2005. A manutenção da empresa e os três princípios fundamentais da recuperação judicial*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8244. Acesso em 12 março 2019.

AIDAR, Leticia. *Reforma trabalhista e reflexos no direito e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALTRAN, Marcos Felipe Holmens. *Teoria da imprevisão no direito do trabalho*. In: Revista de Direito dos Advogados da União. 10-2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/62997>. Acesso em 14 Ago. 2018.

ALVES, José Eustáquio Diniz. *A crise mais prolongada e profunda do emprego formal no Brasil*. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/581104-a-crise-mais-prolongada-e-profunda-do-emprego-formal-no-brasil>. Acesso em 22 mar. 2019.

_____. *O direito ao pleno emprego e ao trabalho decente*. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2010/08/11/o-direito-ao-pleno-emprego-e-ao-trabalho-decente-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Acesso em 22 mar. 2019.

_____. *Pleno emprego e trabalho decente ou renda básica de cidadania?* Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2017/08/30/pleno-emprego-e-trabalho-decente-ou-renda-basica-de-cidadania-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Acesso em 22 mar. 2019.

ANJOS, Magnólia Pereira Dos. *Desregulamentação das normas trabalhistas pela sua flexibilização: entre o princípio da proteção do trabalhador e as crises econômicas*. Joinville: Clube dos Autores, 2016.

ARAÚJO, Eduardo Marques Vieira. *O direito do trabalho pós-positivista: por uma teoria geral justrabalhista no contexto do neoconstitucionalismo*. São Paulo: LTr, 2014.

ASSIS, José Carlos de. *Trabalho como direito: fundamentos para uma política de pleno emprego no Brasil*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. atual. por Jessé Cláudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2017.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 226, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BELLON, Gabriel. *Resumo sobre direito coletivo do trabalho*. Disponível em: <https://belaogabriel.jusbrasil.com.br/artigos/253962966/resumo-sobre-direito-coletivo-do-trabalho>. Acesso em 02 fev. 2019.

BERTRAN, Maria Paula. *Interpretação contratual e análise econômica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BIONDI, Pablo. *Dos direitos sociais aos direitos de solidariedade: elementos para uma crítica*. São Paulo: LTr, 2017.

BORGES, Nelson. *Manual didático das obrigações: contratos e revisão contratual*. Curitiba: Juruá, 2006.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004.

CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de Direito do Trabalho: Direito individual e direito coletivo de trabalho*. 4. ed. Salvador: JusPodvim, 2009.

CAMPO GRANDE NEWS. Prefeito e 7 vereadores são presos em operação que investiga “mensalinho”. Disponível em: <https://www.campograndenews.com.br/cidades/interior/prefeito-e-7-vereadores-sao-presos-em-operacao-que-investiga-mensalinho>. Acesso em: 16 mar. 2019.

CARLI, Vilma Maria Inocência. *A flexibilização dos contratos de trabalho*. Campinas: ME Editora, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito do trabalho líquido: o negociado sobre o legislado, a terceirização e o contrato de curto prazo na sociedade da modernidade líquida*. São Paulo: LTr, 2017.

COASE, Ronald H. *O problema do custo social*. Tradução de Francisco Kümmel F Alves. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (org). *Direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *The Problem Of Social Cost*. Chicago, 1960. Disponível em: <http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, apud SOUTO MAIOR, Jorge Luis. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2008.

COMPARATO, Fabio Konder. *Estado, Empresa e Função Social*. São Paulo: RT, 1996, p. 66.

CUNHA, Natália Xavier. *Interpretação jurídica pela Justiça do Trabalho. Um estudo à luz da inclusão do §2º ao art. 8º da CLT pela Lei 13.467/2017*. In: *Direito processual do trabalho: Constituição e reforma trabalhista*. ASSUNÇÃO, Carolina Silva Silvino. KOURY, Luiz Ronan Neves. Coordenadores. São Paulo: LTr, 2018.

CORREIA, Eduardo. *O desemprego conjuntural*. Disponível em: <http://ec15.blogspot.com/2015/03/o-desemprego-conjuntural.html>. Acesso em 01 set. 2018.

DELGADO, Maurício Coutinho. *Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 15 ed. São Paulo: Ltr, 2016, p. 191.

DIAS, Jefferson Aparecido. OLIVEIRA, Emerson de Ademir. *O desemprego e o autoatendimento no setor bancário: entre o Biopoder e a Biopolítica*. In: REPATS - Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor. REPATS, Brasília, V. 4, nº 2, p.253-270, Jul-Dez, 2017, p. 261-262.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Teoria geral e princípios do Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DICKSTEIN, André Constant. *A reforma trabalhista na boca da magistratura*. In: *Novos rumos do direito do trabalho na atualidade: estudos em homenagem ao Ministro Aloysio Corrêa da Veiga*. RODRIGUES, Douglas Alencar. VEIGA, Matheus de Figueiredo Corrêa da. VEIGA, Maurício de Figueiredo Corrêa da. Coordenadores. São Paulo: LTr, 2018.

DOMINGUES, Victor Hugo. *Ótimo de Pareto*. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2.ed. Belo Horizonte: Forum, 2016, p. 37-45. ISBN 978-85-450-0138-6.

DONNINI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da proteção do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2015.

DUARTE, Melina. *A lei de talião e o princípio de igualdade entre crime e punição na Filosofia do Direito de Hegel*. In: Revista Eletrônica Estudos Hegelianos Ano 6, nº10, Junho-2009: 75-85. Disponível em: <http://www.hegelbrasil.org/Reh10/melina.pdf>. Acesso em 08 fev. 2019.

EBC. AGÊNCIA BRASIL. *Micro empresas são responsáveis por 84% dos empregos gerados em março*. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-04/micro-empresas-sao-responsaveis-por-84-dos-empregos-gerados-em-marco>. Acesso em 30 ago. 2018.

ENUNCIADOS APROVADOS NA 2ª JORNADA. Adequação Setorial Negociada. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis2.asp?ComissaoSel=3>. Acesso em 15 mar. 2019.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Dos princípios do Direito do Trabalho no mundo contemporâneo*. In: Direito do trabalho: releitura e resistências. Organizadores: Germano Siqueira... [et al.]. São Paulo: LTr, 2017.

FENACRON. Microempresas geram 84% dos empregos em Março. Disponível em: <http://www.esquemacont.com.br/noticia/3147/microempresas-geram-84-dos-empregos-em-marco>. Acesso em 04 Abr. 2019.

FERNANDES, Reinaldo de Francisco. *Relações entre negociado e legislado: art. 611-A e 611-B da CLT*. In: *Reforma Trabalhista: reflexões e críticas*. São Paulo: LTr, 2018.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Aplicação da ação revisional no processo trabalhista. Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP. v. 5, 2002, Síntese, São Paulo, 2002, pp. 97-104. Disponível em: <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/104>. Acesso em 30 ago. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA, Jussara S.A.B.N. *Interdependências dos negócios jurídicos: Estado, instituições e responsabilidade civil*. In: Jussara Suzi Assis Borges Ferreira; Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral. (Org.). *Empresa, negócio e responsabilidade civil*. Florianópolis: Qualis, 2015, v. 1.

FIGUEIREDO, Mayra Freire de. OLIVEIRA, Lourival José. *Os limites da negociação coletiva e o princípio da adequação setorial negociada em uma provável reforma trabalhista*. In: Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, vol. 9, nº17, jan.-abr. 2017.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. *A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade*. São Paulo: RCS Editora, 2005.

FILHO, Carlos Edson do Rego Monteiro; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. *Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual*. Pensar, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 389-410. Disponível em <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5522>. Acesso em 09 jun. 2018.

FILHO, Francisco da Chagas Lima. *Os direitos fundamentais e a boa-fé como limites do poder diretivo empresarial*. São Paulo: LTr, 2017.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Desemprego bate novo recorde e já atinge mais de 13 milhões no Brasil*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/03/1871475-desemprego-bate-novo-recorde-e-ja-atinge-mais-de-13-milhoes-no-brasil.shtml>. Acesso em 17 fev. 2019.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. *Reforma trabalhista em pontos: de acordo com a Lei 13.467/17 e MP n. 808/17*. São Paulo: LTr, 2018.

FREITAS JUNIOR, apud CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Sociedade, tecnologia e a luta pelo emprego*. São Paulo: LTr, 2018.

FURTADO, José Ribamar Caldas. *A transparência na gestão fiscal*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6171/a-transparencia-na-gestao-fiscal>. Acesso em 6 Abr. 2019.

G1. Justiça afasta o prefeito e o presidente da Câmara de Campo Grande. [S. l.], 26 nov. 2018. Disponível em: <http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2015/08/justica-afasta-o-prefeito-e-presidente-da-camara-de-campo-grande.html>. Acesso em: 16 mar. 2019.

GICO JR., Ivo T. *Introdução à análise econômica do direito*. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17-26. ISBN 978-85-450-0138-6.

_____. *Introdução ao direito e economia*. In: ANDRADE, Nilton de Aquino. TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole*. 6.ed. tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GLOBO.COM. PEQUENAS EMPRESAS E GRANDES NEGÓCIOS. *Pequenos negócios são responsáveis pela geração de empregos no país*. Disponível em: <https://revistapegn.globo.com/Negocios/noticia/2017/09/pequenos-negocios-sao-responsaveis-pela-geracao-de-empregos-no-pais.html>. Acesso em 30 ago. 2018.

GOLDFARB, Cibelle Linero. RONCO, Mariana Brassaloti. *Possibilidade de negociação de condições especiais de trabalho aos executivos*. In: Reforma trabalhista brasileira em debate: Grupos de estudos de direito. Augusto Martinez Neto; Marcia Sanz Burmann; Thais Galo; Coordenadores. São Paulo: LTr, 2018, p. 46-47.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil esquematizado*. Parte geral: obrigações e contratos. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Pnad*. <http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/economia/nacional/noticia/2017/08/17/crise-esta-por-tras-de-dificuldades-do-mercado-de-trabalho-diz-ibge-301778.php>. Acesso em 01 set. 2018.

JORNAL DA CIÊNCIA. *Brasil fica em penúltimo lugar em ranking global de qualidade de educação*. RJ. Disponível em: <http://www.abe1924.org.br/56-home/257-brasil-fica-em-penultimo-lugar-em-ranking-global-de-qualidade-de-educacao>. Acesso em: 16 mar. 2019.

JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO. *Trabalhadores informais chegam a 10 milhões no Brasil*. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2016/08/trabalhadores-informais-chegam-10-milhoes-no-brasil.html>. Acesso em: 16 mar. 2019.

JUCÁ, Francisco Pedro. *Os direitos individuais fundamentais do trabalhador*. In: *A transição do direito do trabalho no Brasil*. Coordenação Amauri Mascaro Nascimento. São Paulo: LTr, 1999.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *Teoria da Norma Jurídica*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 140.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins, 1999.

KLEIN, Vinicius. *Teorema de Coase*. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2.ed. Belo Horizonte: Forum, 2016, p. 69-75. ISBN 978-85-450-0138-6

LAIDES, Monique Ellen. *A importância dos princípios do direito do trabalho*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI246598,31047-A%20importancia%20dos%20principios%20no%20Direito%20do%20Trabalho>. Acesso em 29 set. 2018.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. p. 34 APUD ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEAL AMADO, João Carlos Conceição. *A experiência portuguesa e a reforma trabalhista brasileira: algumas notas*. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* vol. 83, n. 3, jul/set 2017, pp. 138-159.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2796>>. Acesso em: 14 de abr. 2018.

MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução: Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MALLET, Estevão. *O novo contrato de trabalho por prazo determinado*. In: A transição do direito do trabalho no Brasil. Coord. Amauri Mascaro Nascimento. São Paulo: LTr, 1999.

MARQUES, José Roberto. *Situação do mercado formal e informal do Brasil*. Disponível em: <http://www.ibccoaching.com.br/portal/mercado-trabalho/situacao-mercado-formal-informal-brasil/>. Acesso em 30 mar. 2019.

MARTINS, Luíza Gomes. *O princípio da proteção em face da flexibilização dos direitos trabalhistas*. São Paulo: USP, 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e Seguridade Social). Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/327222486/Flexibilizacao-Direito-do-Trabalho>. Acesso em 07 jan. 2019.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MASSO, Fabiano del. *Direito econômico esquematizado*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

MELLO, Celso Antônio bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELO, Raimundo Simão. *Processo coletivo do trabalho: dissídio coletivo, ação de cumprimento e ação anulatória*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2013.

MERENIUK, Ruy Orlando. *Teoria da imprevisão: a doutrina Keynesiana frente ao Código Civil*. 1.ed. (ano 2005), 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo II*. 7.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MOLINA, André Araujo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAIS, Fernando Franco. *Hipossuficiência e as novas relações de trabalho: estudo crítico de acordo com a ordem econômica constitucional*. Dissertação de Mestrado em Direito Econômico. São Paulo: 2017, Universidade de Marília (UNIMAR).

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1374.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. NASCIMENTO, Sonia Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 41. ed. São Paulo: Ltr, 2018.

NASSER FERREIRA, Jussara Assis Borges. SANCHES, Renata Poloni. *A preservação da empresa e a livre concorrência na recuperação judicial*. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=7fb15019103809d7>. Acesso em 26 maio 2019.

NOBREGA, Mailson da. *Discurso do Vencedor Economista do Ano 2013*. 2013. Disponível em: www.coreconsp.org.br/artigos/discursoMailsondaNobrega.pdf. Acesso em 30 jan. 2019.

OLIVEIRA, Anísio José. *A teoria da imprevisão nos contratos*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Livraria e editora universitária de direito, 2002.

OLIVEIRA, Lourival José de. *Apontamentos da Disciplina Capital e Trabalho no Estado Contemporâneo*. Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília. Marília: 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. Relatório IV. *Pequenas e médias empresas e a criação de emprego digno e produtivo. Conferência Internacional do Trabalho*, 104.^a Sessão, Portugal: 2015. Disponível em: https://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/relatorio104_iv_pt.pdf. Acesso em 30 ago. 2018.

PAMPLONA, Nicolas. *Desemprego bate novo recorde e já atinge mais de 13 milhões no Brasil*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/03/1871475-desemprego-bate-novo-recorde-e-ja-atinge-mais-de-13-milhoes-no-brasil.shtml>. Acesso em 17 fev. 2019.

PASTORE, José. *A agonia do emprego*. São Paulo: LTr, 1997.

_____. José. *As mudanças no mundo do trabalho: leituras de sociologia do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

_____. *O desemprego tem cura?* São Paulo: Makron Books, 1998.

PAYÃO, Jordana Viana. OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges De. *Direitos fundamentais na pós-modernidade sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito*. Revista da Faculdade Mineira de Direito. v. 21. n. 41. 2018, p. 203-224. Disponível em: <file:///C:/Users/Windows/Downloads/18098-67486-1-PB.pdf>. Acesso em 06 jul 2019.

PEDROSO, Marcelo Batuíra da C. Losso. *Liberdade e irrenunciabilidade no direito do trabalho: do estudo dos princípios à Economic Analysis of Law* aplicados ao direito do trabalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 10 ed. vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

RAMOS, Izabel Christina Baptista Queiroz. *A negociação coletiva e a efetividade do direito fundamental à igualdade*. São Paulo: LTr, 2015.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Douglas Alencar. *Direitos fundamentais sociais e efetividade: as ações civis públicas na justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROPPO, Enzo. *O contrato na disciplina positiva*. Os problemas da determinação do regulamento contratual. In: _____. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 125-210.

RUPRECHT, Alfredo apud MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianowski. *Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea*. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Org.). *Direito civil constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é direito e economia?* In: CATEB, Alexandre Bueno. TIMM, Luciano Benetti (org). *Direito e Economia*. 2.ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo: Best Seller, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*. vol. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SCHIAVI, Mauro. *Execução no processo do trabalho: de acordo com o novo CPC e reforma trabalhista*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2018.

SCHWERTNER, Isadora Minotto Gomes. *Responsabilidade social empresarial*. Curitiba: Juruá, 2011.

SENADO FEDERAL. Senado Notícias. *Diretor Geral da OMC alerta senadores sobre desemprego estrutural*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/08/24/diretor-geral-da-omc-alerta-senadores-sobre-desemprego-estrutural>. Acesso em 22 de set. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Paulo Renato Fernandes da. *Aspectos interpretativos e classificatórios da reforma trabalhista e o princípio da intervenção mínima II*. In: O Mundo do trabalho em movimento e as recentes alterações legislativas: um olhar luso-brasileiro. Benizete Ramos de Medeiros, coordenadora. São Paulo: LTr, 2018.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. *Teoria da imprevisão e onerosidade excessiva: resolução ou revisão dos contratos?* *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1203, 17 out. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9052>>. Acesso em: 24 de abr. 2019.

SOUZA, Artur César de. *Código de processo civil: anotado, comentado e interpretado: parte geral (arts. 1 a 317)*. Volume 1. São Paulo: Almedina.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6.ed. São Paulo: LTr, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Fim da contribuição sindical obrigatória*. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382819>. Acesso em 04 maio de 2019.

STIGLER, Georde J. *Law or Economics? The Journal of Law & Economics*. Chicago, 1992. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4073264/mod_resource/content/2/Law%20or%20Economics%20Stigler.pdf. Acesso em 10 abr. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *O princípio da preservação da empresa no olhar do STJ*. JusBrasil. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/O-princ%C3%ADpio-da-preserva%C3%A7%C3%A3o-da-empresa-no-olhar-do-STJ. Acesso em 16 mar. 2019.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

TEODORO, Márcia Cecília Máximo. *O princípio da adequação setorial negociada no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THE NOBEL PRIZE. George J. Stigler Biographical. Chicago, 1991. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1982/stigler/biographical/>. Acesso em 10 abr. 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TIMM, Luciano Benetti. *Artigos e ensaios de direito e economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ULHOA, Fábio. *Curso de direito comercial: volume 1, direito de empresa*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VASCONCELOS, Roberta Silva; COSTA, Jeannine Teixeira et al. *Os princípios gerais da negociação coletiva e sua importância para a aplicação do direito coletivo do trabalho*. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4231, 31 jan. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30883>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

WALDRAFF, Cristiane Budel. *Contrato de Trabalho e crise econômica da empresa*. Curitiba: Juruá, 2009.

WÖHLKE, Roberto. *Os pressupostos e fundamentos do positivismo jurídico: aspectos destacados*. Itajaí (SC): Univale, 2006. 93 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Curso de Direito, Universidade Vale do Itajaí, Santa Catarina, Itajaí, 2006. Disponível em: https://www.academia.edu/14577707/Os_Pressupostos_e_Fundamentos_do_Positivismo_Jur%C3%ADdico_aspectos_destacados. Acesso em 20 fev. 2019.

YEUNG, Luciana Luk-Tai. *Análise econômica do Direito do Trabalho*. In: ANDRADE, Nilton de Aquino. TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZANOTI, Luiz Antônio Ramalho. *Empresa na ordem econômica: princípios e função social*. Curitiba: Juruá, 2009.

ZWICKER, Igor de Oliveira. *Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST*. São Paulo: LTr, 2015.

ANEXOS

PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO
PROC. N. 0024217-60.2016.5.24.0000-MS.0

ACÓRDÃO
TRIBUNAL PLENO
IMPRETRANTE: SELCO ENGENHARIA
ADVOGADO: JOSÉ HENRIQUE DA SILVA VIGO
AUTORIDADE COATORA: JUIZA DA 4ª VARA DO
TRABALHO DE CAMPO GRANDE - MS
RELATOR: JOÃO DE DEUS GOMES DE SOUZA

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL. PENHORA DE CRÉDITOS NA PROPORÇÃO DE TRINTA POR CENTO DA MEDIÇÃO PELOS SERVIÇOS PRESTADOS AO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE/MS E AO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL.

A valoração dos elementos de prova evidencia comprometimento da continuidade do exercício da atividade econômica decorrente da penhora de créditos na proporção de trinta por cento da medição pelos serviços prestados pela empresa aos entes públicos, com potencial de acarretar a ruptura imediata dos contratos de trabalho de aproximadamente duzentos empregados. Evidente, ainda, a desproporcionalidade da medida concedida na antecipação da tutela e as pretensões deduzidas na ação trabalhista. Segurança concedida, por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação de Segurança impetrada por **SELCO ENGENHARIA LTDA.**, em face de ato praticado pela MM. Juíza do Trabalho em exercício na **4ª VARA DO TRABALHO DE CAMPO GRANDE/MS**, Dra. Ana Paola Emanuelli Pegolo Dos Santos, nos autos da ação trabalhista autuada sob o n. 0025051-51.2016.5.24.0004, que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a retenção de trinta por cento dos valores pertinentes aos créditos das medições dos serviços prestados ao Município de Campo Grande/MS e ao Estado de Mato Grosso do Sul.

A petição inicial é instruída com prova documental deduzida na ação trabalhista. Atribui à causa valor de R\$1.000,00. Deferida liminar para suspender a decisão judicial que antecipou os efeitos da tutela jurisdicional.

O litisconsorte necessário argumenta pela presença dos pressupostos à concessão da tutela provisória.

O Ministério Público do Trabalho opina pela admissibilidade da ação e, no mérito, pela denegação da segurança.
É o relatório.

VOTO

1 - ADMISSIBILIDADE

O mandado de segurança ataca decisão judicial que deferiu a tutela provisória. Ausente recurso próprio para impugnar decisão que defere a antecipação dos efeitos da tutela antes da sentença, é cabível mandado de segurança (TST, Súmula 414, II).
Preliminar de admissibilidade
Conclusão da admissibilidade

2 - MÉRITO

Recurso da parte

2.1 - TUTELA PROVISÓRIA

A decisão judicial deferiu a tutela provisória na ação trabalhista autuada sob o n. 0025051-51.2016.5.24.0004 para determinar a retenção de créditos da impetrante na proporção de trinta por cento da medição pelos serviços prestados ao Município de Campo Grande/MS e ao Estado de Mato Grosso do Sul, ao fundamento de que "as várias notícias juntadas bem como as atas das assembleias realizadas no âmbito da entidade sindical são suficientes para comprovar a resistência injustificada da ré quanto ao adimplemento das verbas trabalhistas de seus empregados" (id 6a8942e).

A impetrante argumenta (a) pela ocorrência de atrasos nos repasses do Município de Campo Grande/MS e essa retenção de trinta por cento de seus créditos comprometerá a continuidade do exercício da atividade empresarial, implicando na ruptura do contrato de trabalho de aproximadamente duzentos empregados; (b) o deferimento da tutela provisória com diferimento do contraditório evidencia violação aos direitos fundamentais da segurança jurídica e do devido processo legal; (c) constitui medida excessivamente gravosa e desproporcional ao contexto das obrigações trabalhistas deduzido na demanda principal.

O litisconsorte necessário contrapõe pela regularidade do deferimento da tutela provisória porquanto presentes seus pressupostos, por aplicação analógica da interpretação sedimentada na Súmula n. 417 do c. TST ao autorizar a penhora de dinheiro do devedor. O objeto da ação de segurança consubstanciado no ato judicial impugnado que determinou a retenção de créditos do impetrante não comporta aplicação analógica de penhora de dinheiro, contexto desvinculado da Súmula n. 417 do c. TST. Evidente a desproporcionalidade da penhora dos créditos e as pretensões veiculadas na ação trabalhista.

A valoração da resposta processual do litisconsorte necessário não modificou o convencimento quanto aos pressupostos da concessão da segurança. Por essa razão, permito-me reproduzir os fundamentos da medida liminar deferida por razões de decidir:

Isso porque, pelo que se abstrai da documentação adunada com a peça de impetração, de fato o deferimento da tutela de urgência no caso se deu sem que manifestação da parte *ex adversa*. Por outras palavras, deu-se sem a prévia dilação probatória, que é indispensável diante dos primados constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, assegurados expressamente no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

Outrossim, são evidentes as dificuldades financeiras que adviriam com o bloqueio de 30% do faturamento da impetrante perante as pessoas de direito público que presta serviço, o que inclusive poderá conduzir à inviabilização do seu empreendimento e a um eventual desemprego para duzentos funcionários.

Por todos esses fundamentos, acolho o pedido para afastar o ato judicial que determinou a retenção dos créditos do impetrante na proporção de trinta por cento da medição pelos serviços prestados ao Município de Campo Grande/MS e ao Estado de Mato Grosso do Sul.

Acórdão

Participaram deste julgamento:

Des. João de Deus Gomes de Souza (Presidente);

Des. André Luís Moraes de Oliveira;

Des. Nicanor de Araújo Lima;

Des. Amaury Rodrigues Pinto Junior;

Des. Ricardo Geraldo Monteiro Zandoná;

Des. Marcio Vasques Thibau de Almeida;

Des. Francisco das C. Lima Filho;

Des. Nery Sá e Silva de Azambuja;

Presente também o representante do Ministério Público do Trabalho.

ACORDAM os Desembargadores Federais do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, aprovar o relatório e **admitir a ação**; no mérito, por maioria, **conceder a segurança**, nos termos do voto do Desembargador João de Deus Gomes de Souza (relator), vencido o Desembargador Francisco das C. Lima Filho.

Custas processuais no montante de R\$20,00, calculadas sobre o valor atribuído à causa (R\$1.000,00), a encargo do impetrado, de cujo recolhimento fica dispensado, diante da ínfima expressão monetária.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2017.

JOÃO DE DEUS GOMES DE SOUZA
Desembargador Federal do Trabalho
Relator

PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO
PROCESSO nº 0025070-21.2014.5.24.0071 - ROPS

2ª TURMA

Relator: Des. FRANCISCO DAS C. LIMA FILHO

Recorrente: JANETE DIAS DE ARRUDA

Advogados: Marisol Marim Alves de Oliveira e outro

Recorrente: SULTAN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARTEFATOS TÊXTEIS LTDA

Advogados: Roseli Martins de Queiroz e outro

Recorrida: JANETE DIAS DE ARRUDA

Advogados: Marisol Marim Alves de Oliveira e outro

Recorrida: SULTAN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARTEFATOS TÊXTEIS LTDA

Advogados: Roseli Martins de Queiroz e outro

Origem: 1ª Vara do Trabalho de Três Lagoas - MS

Recurso interposto de sentença proferida pela Juíza Priscila Gil de Souza Murad, em ação

submetida ao procedimento sumaríssimo

1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PERÍCIA NÃO INFIRMADA POR NENHUMA OUTRA PROVA. ACOLHIMENTO DO LAUDO

Embora o julgador não esteja vinculado ao laudo, sendo a perícia realizada com base em elementos de outro processo envolvendo rigorosamente a mesma empresa e no local de prestação laboral do autor, não parece razoável seja desprezado, se não infirmado por nenhuma outra prova. Ademais, nos termos da Súmula nº 448, item II, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho - TST, a higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação e a respectiva coleta de lixo, por não se equiparar à limpeza em residências e escritórios, enseja o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, incidindo o disposto no Anexo 14 da NR-15 da Portaria do MTE nº

3.214/78 quanto à coleta e industrialização de lixo urbano.

2. INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO DO VALOR ALUSIVO À CESTA BÁSICA. INTELECÇÃO HARMÔNICA DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO AO HIPOSSUFICIENTE E DA SALVAGUARDA DOS LEGÍTIMOS INTERESSES DE GESTÃO DO EMPREGADOR

O Direito Laboral tem no princípio da proteção ao trabalhador hipossuficiente a sua própria razão de ser. Todavia, referido princípio desafia interpretação harmônica com o princípio da salvaguarda dos legítimos interesses de gestão do empregador, de modo que não se deixe o trabalhador, parte débil da relação de emprego, sem a proteção devida e revelada pelo padrão mínimo civilizatório, mas também não se inviabilize a continuidade do empreendimento, com a garantia de manutenção do direito fundamental ao trabalho. Nesse contexto, não se pode exclusivamente em nome do princípio da proteção condenar o empregador a integrar ao salário do trabalhador o valor fornecido a título de desta básica porque a norma do art. 458 e §§ da CLT deve, ser interpretada de forma restritiva especialmente em uma época de profunda crise em que muitas empresas estão fechando as próprias portas não

sendo dado ao julgador desconhecer essa realidade especialmente quando o contrato teve curta duração de sessenta dias.

3. DESCONTOS AUTORIZADOS POR NORMA COLETIVA. CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL. ILEGITIMIDADE. VIOLAÇÃO AO DIREITO À LIVRE ASSOCIAÇÃO SINDICAL

Embora constitucionalmente reconhecida e garantida, a negociação coletiva não constitui um cheque em branco para se negociar sem qualquer limitação. Sendo pacífica a jurisprudência, inclusive do Excelso Supremo Tribunal Federal no sentido de que ainda quando negociado coletivamente, o desconto de contribuição assistencial é ilegítimo, não pode o empregador procedê-lo, salvo quando expressamente autorizado pelo trabalhador, o que no caso concreto não se comprovou, pena de violação à liberdade de livre associação sindical. Recurso da autora parcialmente provido.

FUNDAMENTOS DO VOTO

1 - CONHECIMENTO

Porque presentes os pressupostos de cabimento e admissibilidade, conheço dos recursos e das contrarrazões.

2 - MÉRITO

2.1 - RECURSO DA DEMANDADA

INSALUBRIDADE E HONORÁRIOS PERICIAIS

A sentença deferiu o adicional de insalubridade em grau máximo, durante toda a duração do contrato. Sustenta a recorrente indevido o adicional, em razão da curta duração do contrato de trabalho (dois meses), com regular fornecimento de equipamentos de proteção individual - EPI.

Defende que a limpeza em residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo não podem ser consideradas atividades insalubres, ainda que constatadas por laudo pericial, pois não se enquadram entre aquelas classificadas como lixo urbano em Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego.

Pugna, então, pela exclusão da condenação ao adicional de insalubridade e aos honorários periciais.

Aprecia-se.

A sentença reconheceu a exposição a agentes biológicos insalubres durante toda a duração do contrato, sob os seguintes fundamentos:

O laudo pericial considerou o ambiente de trabalho insalubre, em grau alto (40%), em razão de exposição a agentes biológicos na atividade habitual de limpeza de banheiros. As conclusões devem ser acatadas por este Juízo, porque ausente prova em sentido contrário. Ademais, as conclusões periciais sequer foram impugnadas pela Ré.

De fato, consta do laudo pericial a seguinte descrição da atividade de limpeza das instalações sanitárias coletivas da fábrica:

Diariamente, duas vezes ao dia, lavava, limpava e recolhia o lixo dos banheiros do setor produtivo utilizado pelos funcionários da fábrica. Esses banheiros são

compostos de um banheiro masculino com 2 mictórios, 1 pia e um vaso sanitário e um banheiro feminino com 2 pias e 4 vasos sanitários (Id c6a0784 - p. 3).

Essa descrição é corroborada pelos termos das próprias razões de recurso, nas quais se admite que a trabalhadora "*executava lavar banheiros, limpar os demais compartimentos da Reclamada, recolhia lixo e demais tarefas afins a critério patronal*" (sic. Id 39b86fc - p. 3).

Nos exatos termos da Súmula nº 448, item II, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho - TST, a higienização de instalações sanitárias de uso público ou coletivo de grande circulação e a respectiva coleta de lixo, por não se equiparar à limpeza em residências e escritórios, enseja o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, incidindo o disposto no Anexo 14 da NR-15 da Portaria do MTE nº 3.214/78 quanto à coleta e industrialização de lixo urbano.

Ademais, o laudo esclarece que os equipamentos de proteção individual fornecidos não acarretam a neutralização dos agentes biológicos nele descritos. De outro lado, o curto período de vigência do contrato (dois meses) não é suficiente para impedir o pagamento do adicional de insalubridade, pois não afasta o risco constatado em razão do labor nem pode permitir que o empregador se aproprie sem remuneração do labor prestado pela trabalhadora em condições insalubres, *data venia*.

Nesse quadro, a sentença não merece nenhuma reforma.
Nego provimento ao recurso.

2.2 - RECURSO DA DEMANDANTE

2.2.1 - NULIDADE DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA

A sentença indeferiu o pedido de declaração de nulidade do contrato de experiência, pelos seguintes fundamentos:

Consta da petição inicial, que a Autora, por ocasião da admissão, foi informada de que não seria preciso passar por experiência, tendo em vista que contratada para serviços de fácil execução. Disse que, em 03/04/2014, foi notificada acerca da dispensa imotivada, ocasião em que foi apostado, em CTPS, carimbo dando conta da contratação experimental por 60 dias, sendo, ainda, obrigada a assinar vários documentos.

Há contrato de experiência juntado aos autos, assinado pela Autora, onde consta o prazo de duração de 03/02/2014 a 04/03/2014, permitida a prorrogação automática, em caso de silêncio das partes, até 03/04/2014 (id

b78bcc6 - Pág. 4/5). Não há prova de coação para assinatura e, igualmente, de que a firma somente ocorreu dias quando do término do período experimental, bem como o registro em CTPS. Também é ausente prova de que a assinatura no documento teria sido aposta sem ciência de seu conteúdo, ônus que incumbia à demandante por se tratar de fato constitutivo de seu direito (arts. 818 da CLT e 373, I, do CPC). Diante disso, não há falar em nulidade do contrato por prazo determinado e conversão em contrato por prazo indeterminado, razão por que são indevidas as diferenças de verbas resilitórias pleiteadas.

Insurge-se a demandante, asseverando ser inválida a cláusula de prorrogação automática do contrato de experiência.

Assim, "o doc. de ID b78bcc6 página 5 é nulo de pleno direito já que não passa pelo crivo dos arts. 9º e 468 Consolidados".

Não prospera a tese, *data venia*. A rigor, a tese não superaria o crivo de admissibilidade, pois flagrantemente inovadora, porquanto na petição inicial limitou-se a demandante a afirmar que o contrato a termo apenas foi assinado por ocasião da dispensa. Ainda que se possa superar esse obstáculo em obséquio a uma prestação jurisdicional ampla, não se demonstrou qualquer vício na prática do aludido ato, do qual consta: Havendo silêncio de qualquer das partes após o término do 1º período deste contrato, fica automaticamente prorrogado até o dia 3.4.2014, independentemente da assinatura das partes.

Além disso, não se vislumbra confissão do preposto (depoimento contido no Id 627b1d4 - p. 1), nem foram ouvidas testemunhas. Ademais, o referido documento não foi desmerecido por qualquer prova, prevalecendo, assim, o que nele se encontra expresso, de resto corroborado pelo contido no termo de rescisão constante do Id 53298c2 - p. 3, noticiando as datas de 3.2.2014 como admissão e 3.4.2014 como término do contrato a termo.

Nesse quadro, não se demonstrando qualquer vício na contratação a termo, mantenho a sentença e, como consequência, nego provimento ao recurso.

2.2.2 - MULTA PREVISTA NO ART. 477 DA CLT

Defende a demandante, ainda, devida a multa por atraso na quitação das parcelas rescisórias, pois "*incontroverso que o pagamento das verbas rescisórias não se deu no primeiro dia útil seguinte ao término do contrato*", e o prazo de dez dias apenas se aplica nos contratos a prazo indeterminado.

Não colhe a tese, entretanto.

Diversamente do sustentado, a empresa impugnou expressamente a pretensão, defendendo ter quitado as parcelas rescisórias no primeiro dia útil após a extinção contratual (contestação (Id 54de022 - p. 5).

Respalda a tese o recibo de depósito bancário contido no Id 53298c2 - p. 4 comprovando a quitação do valor total das parcelas rescisórias constantes no Termo de Rescisão em data de 4.4.2014, no dia seguinte ao desligamento, ocorrido em 3.4.2014.

Portanto, sob qualquer prisma que se analise a controvérsia, comprovado ter sido cumprido o prazo previsto no art. 477, § 8º, da CLT, razão pela qual não merece nenhuma reforma a sentença recorrida.

Nego provimento ao apelo.

2.2.3 - CESTA BÁSICA. INTEGRAÇÃO

Defende a autora a integração dos valores recebidos a título de cesta básica, posto que não há prova de inscrição da empresa no Programa de Alimentação do Trabalhador, tratando-se de parcela habitual, preenchidos, portanto, os requisitos do art. 458 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

Analiso.

Com o devido respeito, não se pode em nome de mera habitualidade, incorporar ao salário do trabalhador parcelas que nitidamente não têm natureza remuneratória, fornecidas como liberalidade ou como forma de estimular o prestador, sem qualquer

intuito de contraprestação pelo labor, ainda mais quando sequer se poderia cogitar de habitualidade no caso concreto em que o contrato teve vigência apenas por cerca de sessenta dias.

Ademais, e como venho defendendo em sucessivos votos, não se nega que o art. 458 da CLT prevê a integração da alimentação fornecida ao salário *in natura* pago ao trabalhador em razão da prestação laboral. Entretanto, não se pode interpretar de forma literal a regra mencionada sem nos atentarmos para o contexto econômico financeiro em que ela deve ser aplicada, para o momento de grave crise pela qual passa o Brasil com muitas empresas fechando as próprias portas por falta de condições de se manterem em funcionamento.

De outro lado, se é verdade que o Direito do Trabalho tem no princípio da proteção ao trabalhador hipossuficiente a sua própria razão de ser referido princípio deve receber uma interpretação em harmonia com o princípio da salvaguarda dos legítimos interesses de gestão do empregador que também merece proteção até mesmo como forma de manutenção do emprego. Por conseguinte, não se excluem; devem, antes, ser interpretados e aplicados em harmonia, de modo que não se deixe o trabalhador, parte débil na relação de emprego, sem a proteção revelada pelo padrão mínimo civilizatório, mas também não se inviabilize, na sua aplicação, a continuidade do empreendimento, garantia de manutenção do próprio direito fundamental ao trabalho.

Como lembra Maria do Rosário Palma Ramalho⁴¹, não só o princípio da proteção do trabalhador como também o da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador devem ser considerados como valorações fundamentais específicas do sistema jurídico laboral. Nessa perspectiva, não parece razoável exclusivamente em nome do princípio da proteção, condenar o empregador a integrar ao salário do trabalhador o valor fornecido de cesta básica independentemente da existência ou não de pactuação coletiva, porque a norma do art. 458 e §§ da CLT deve ser interpretada de forma restritiva e de acordo com a realidade social do momento.

Ao se punir o empregador com a determinação de se onerar certos benefícios por ele concedidos, com integração dessas benesses ao salário e consequentes reflexos financeiros em outras verbas trabalhistas, inclusive recolhimento da contribuição previdenciária, o próprio direito fundamental e social ao trabalho estará ainda mais ameaçado. E no caso concreto sequer se aplica o entendimento constante da Súmula 241 do Colendo TST considerado que o contrato teve vigência por apenas cerca de sessenta dias não havendo cogitar de habitualidade, *data venia*. Nesse quadro, nego provimento ao recurso.

[...]

POSTO ISSO

Participaram deste julgamento:

Desembargador Nicanor de Araújo Lima;

Desembargador Ricardo Geraldo Monteiro Zandoná; e,

Desembargador Francisco das C. Lima Filho.

⁴¹ PALMA RAMALHO, Maria do Rosário. **Direito do Trabalho. Parte I - Dogmática Geral**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 500.

Presente o representante do Ministério Público do Trabalho.

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, após o representante do Ministério Público do Trabalho ter-se manifestado verbalmente pelo prosseguimento do processo, por unanimidade, aprovar o relatório oral, conhecer dos recursos e, no mérito, **negar provimento ao recurso da demandada e dar** nos termos do voto do Desembargador **provimento parcial àquele apresentado pela autora** Francisco das C. Lima Filho (relator), vencido parcialmente, quanto à fundamentação, o Desembargador Nicanor de Araújo Lima.

Custas de R\$ 30,00, sobre R\$ 1.500,00 novo valor arbitrado à condenação.

Campo Grande, MS, 05.07.2017.

Francisco das C. Lima Filho

Relator