

[REC]

Revista Eletrônica do CEJUR



VOLUME 2, NÚMERO 5
EDIÇÃO COMEMORATIVA DE 15 ANOS

Editores:

Rick Daniel Pianaro da Silva (UFPR)
Pedro Henrique Carvalho da Costa (UFPR)

Conselho Consultivo:

Adriana Espínola Correa (UFPR)
Clara Maria Roman Borges (UFPR)
Claudia Beeck Moreira de Souza (UFPR)
Estefânia Maria de Queiroz Barboza (UFPR)
Guilherme Brenner Lucchesi (UFPR)
Lucas Bossoni Saikali (UFPR)
Luciana Pedroso Xavier (UFPR)
Marco Aurélio Serau Junior (UFPR)
Marilia Pedroso Xavier (UFPR)
Melina Girardi Fachin (UFPR)
Sandro Lunard Nicoladeli (UFPR)
Vicente de Paula Ataide Junior (UFPR)
Victor Sugamosto Romfeld (UFPR)

ISSN: 1981-8386



Creative Commons – Atribuição 4.0 Internacional

Centro de Estudos Jurídicos da Universidade Federal do Paraná

Centro de Estudos Jurídicos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná

Rick Daniel Pianaro da Silva Presidente

Pedro Henrique Carvalho da Costa Vice-Presidente

Claudia Beeck Moreira de Souza Secretária

Ana Cláudia Milani e Silva Tesoureira

Emmanuella Magro Denora Diretora Cultural

Marcus Paulo Röder Diretor de Eventos

Alice de Perdigão Lana Representante Mestrado

Bruno Kons Franco Suplente Mestrado

Fábio Rezende Braga Representante Doutorado

Emmanuella Magro Denora Suplente Doutorado

Revista Eletrônica do CEJUR

Editores

Rick Daniel Pianaro da Silva

Pedro Henrique Carvalho da Costa

Diagramação e projeto gráfico

Rick Daniel Pianaro da Silva

Conselho Consultivo

Adriana Espínola Correa (UFPR), Clara Maria Roman Borges (UFPR), Claudia Beeck Moreira de Souza (UFPR), Estefânia Maria de Queiroz Barboza (UFPR), Guilherme Brenner Lucchesi (UFPR), Lucas Bossoni Saikali (UFPR), Luciana Pedroso Xavier (UFPR), Marco Aurélio Serau Junior (UFPR), Marilia Pedroso Xavier (UFPR), Melina Girardi Fachin (UFPR), Sandro Lunard Nicoladeli (UFPR), Vicente de Paula Ataide Junior (UFPR), Victor Sugamosto Romfeld (UFPR)

Sumário

Carta dos Editores p. 3

Rick Daniel Pianaro da Silva e Pedro Henrique Carvalho da Costa

Uberização das relações de trabalho: uma abordagem transnacional a partir da interrelação entre Direito Público e Privado p. 5

Raianne Liberal Coutinho

Turma Recursal da Fazenda Pública do Paraná como locus de formação de jurisprudência e o dever de publicação do voto divergente p. 28

Heloisa Führ Bonamigo e Leonardo Catto Menin

A constitucionalidade da extração dos limites de alteração contratual previstos no parágrafo 1º do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/1993 em licitações financiadas pelo BID e pelo BIRD p. 50

Laerzio Chiesorin Junior e Guilherme Malucelli

Negócios processuais em contratos empresariais: uma forma de redução de custos de transação p. 79

Marcus Paulo Roder e Kistin Elise Richter Vieira

A ideologia da contrarreforma do direito coletivo do trabalho e a contribuição do princípio da boa-fé para as negociações coletivas p. 107

Ana Maria Maximiliano e Isabel Ceccon Iantas

Carta dos editores

Reativar a Revista Eletrônica do CEJUR foi um desafio sob diversos aspectos. Entendemos que editá-la é um dever inerente a pertencer ao CEJUR, é promover a ciência e fomentar a divulgação de tudo que é produzido no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR – o que é a vocação da Revista -, mas não somente isso.

É um desafio porque jamais havíamos editado uma publicação a nível de pós-graduação e não se trata de tarefa fácil, mas que exige dedicação, espírito científico e acima de tudo empatia e compreensão. Em segundo lugar, porque retomar uma Revista que publicou trabalhos de discentes que atualmente ocupam espaços de relevo na ciência nacional exige um elemento qualitativo importante. Quiçá, nas próximas décadas, as autoras e os autores aqui presentes estarão também ocupando espaços de relevância no ensino superior.

Esta edição conta com cinco artigos, dos quais quatro são de autoria de discentes ou egressos do PPGD/UFPR. Foram recebidas vinte submissões, ao passo que oito trabalhos superaram a revisão de mesa e avançaram à avaliação por pares.

No artigo “Uberização das relações de trabalho: uma abordagem transnacional a partir da interrelação entre Direito Público e Privado”, a autora Raianne Liberal Coutinho explora a tão discutida Uberização do trabalho sob novos e interessantes prismas que ultrapassam a barreira do direito nacional.

Por sua vez, Heloisa Führ Bonamigo e Leonardo Catto Menin publicam “Turma Recursal da Fazenda Pública do Paraná como locus de formação de jurisprudência e o dever de publicação do voto divergente”, numa importante análise sobre a fundamentação e a divergência em decisões exaradas pela instância recursal dos Juizados Especiais, tema que demanda um debate científico mais robusto.

Em “A constitucionalidade da extração dos limites de alteração contratual previstos no parágrafo 1º do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/1993 em licitações financiadas pelo BID e pelo BIRD”, os autores Laerzio Chiesorin Junior e Guilherme Malucelli exploram tema bastante

específico em relação a relevantes conflitos entre as normas internas e regulamentos de bancos internacionais na área de licitações.

Marcus Paulo Roder e Kistin Elise Richter Vieira, em “Negócios processuais em contratos empresariais: uma forma de redução de custos de transação”, realizam análise acerca da capacidade de negócios jurídicos processuais, sob a ótica da teoria econômica do direito, resultarem em benefícios econômicos às transações.

Por fim, em “A ideologia da contrarreforma do direito coletivo do trabalho e a contribuição do princípio da boa-fé para as negociações coletivas”, as autoras Ana Maria Maximiliano e Isabel Ceccon Iantas propõem a utilização do princípio da boa-fé como ponto de equilíbrio para negociações em matéria de direito do trabalho.

A publicação deste número é um renascimento. Há caldo científico e pujança de pesquisa no PPGD da Universidade Federal do Paraná. A Gestão 20/21 do CEJUR pretende, com esta iniciativa, outorgar longa sobrevida à Revista e sua potencialidade ínsita. Esperamos que esta edição inspire as futuras gerações do PPGD/UFPR e, em especial, as próximas gestões do CEJUR, para sempre agir em defesa da ciência e do fomento da produção nacional.

Curitiba, abril de 2021

Rick Daniel Pianaro da Silva

Pedro Henrique Carvalho da Costa

Editores

Uberização das relações de trabalho: uma abordagem transnacional a partir da interrelação entre Direito Público e Privado

Crowdsourcing and labor relations: a transnational approach based on the interrelation between Public and Private Law

Raianne Liberal Coutinho

Universidade de Brasília – Brasília, Distrito Federal, Brasil

Resumo: As plataformas digitais trazem impactos para o trabalho humano, em um fenômeno conhecido como crowdsourcing - ou uberização, como se tornou mais popular no Brasil. Nesse fenômeno, os trabalhadores são considerados pelas plataformas empresários autônomos. Não são, portanto, protegidos por nenhum direito trabalhista, uma vez que se tem dificuldades em se encaixar os tradicionais pressupostos da relação de emprego, juridicamente protegida, nessa forma de trabalho, principalmente no que tange à subordinação. No âmbito do Direito Comparado, no entanto, alguns países caminham para reconhecer a proteção ao trabalhador, como no caso do Reino Unido, por exemplo. Sendo o trabalho por meio das plataformas digitais um modelo de negócio crescente, sendo realizado por empresas multinacionais, é necessário pensar em formas globais de proteção ao trabalhador. Por meio da privatização da lei, atores transnacionais, como os sindicatos globais, podem ser importantes para se garantir a dignidade humana dos trabalhadores, por meio da realização de Acordo Marco Globais, por exemplo. É necessário que um projeto de futuro seja centrado no ser humano, o que somente pode ocorrer por meio de um sistema que valorize os direitos humanos, em especial dos trabalhadores.

Palavras-chave: uberização; plataformas digitais; trabalho; sindicatos globais.

Abstract: Digital Platforms cause a big impact on human labor, a phenomenon known as crowdsourcing or "Uberização", popularly known by the Brazilians. The phenomenon of crowdsourcing has the worker as a freelancer entrepreneur, and for that neglected by all labor laws because of its difficulty of placement in the traditional employment relationship, especially regarding the subordination in the employment relationship. On the scope of Comparative law, however, some nations are moving towards the protection of the



CC – Internacional 4.0

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/cejur.v2i5.77625>

crowdsourcing workers, as in the United Kingdom's case, for example. The provision of services through digital platforms is a growing business model and it is being carried out by multinational companies, therefore it is necessary to think about a universal form of worker protection. Through the privatization of the law, transnational actors, such as global unions, can be important in guaranteeing the dignity of the workers through the Global Framework Agreement's achievement, for example. A future project needs to be human-centered and can only happen throughout a system that values Human Rights, especially workers' rights.

Keywords: Crowdsourcing; Uberização; Digital Platforms; Labor relations; Global unions.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Quarta Revolução Industrial e a necessidade de proteção ao trabalhador. 3. A uberização das relações de trabalho. 3.1. Uberização e a necessidade de um novo olhar sobre a subordinação. 3.2. Focando no arquétipo: a empresa Uber. 4. A necessidade de um olhar global para a uberização. 4.1. No âmbito público: a decisão do Reino Unido. 4.2. No âmbito privado: os sindicatos globais. 5. Conclusões preliminares

1. Introdução

As inovações tecnológicas trazidas pela Quarta Revolução Industrial trazem profundos impactos no mundo do trabalho. Um deles é o trabalho por meio de plataformas digitais, um modelo de negócio crescente em que os trabalhadores são considerados microempresários pelas plataformas, não tendo ela qualquer responsabilidade em termos trabalhistas. Desafia-se, portanto, a subordinação jurídica como tradicionalmente é conhecida, herdada da lógica fordista, de trabalho em fábricas.

Esta pesquisa pretende, portanto, discutir a uberização das relações de trabalho, principalmente do ponto de vista da subordinação, um dos pressupostos fático-jurídicos da relação de emprego. Objetiva, ainda, apresentar alguns elementos internacionais e transnacionais sobre o tema, de modo a se mostrar a convergência entre Direito Internacional Público e Privado. Dessa forma, entende-se que, se as empresas são, cada vez mais, multinacionais, a proteção ao trabalhador também deve ultrapassar os limites territoriais. Conclui-se, assim, que é necessário repensar a proteção clássica oferecida ao trabalhador, para que as revoluções tecnológicas sejam focadas no ser humano, não ampliando desigualdades. Ademais, essa proteção deve ser pensada de modo a se criar uma governança global sobre o tema, conforme recomendado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Para elaborar esta pesquisa, foram utilizados métodos qualitativos para abordar as diversas doutrinas sobre o assunto, de modo a se investigar conceitos-chave, como *crowdsourcing*, uberização e prestação de serviços por meio de plataformas digitais, bem como de sindicatos globais e Acordos Marco Globais. Ademais, seguindo a recomendação das professoras Marci Hoffman e Mary Rumsey (2012, p. 133-135), foi consultado o guia disponível no portal *Lexology*, que compara as legislações ao redor do mundo, para se compreender como é a relação de trabalho no Reino Unido, para fins de Direito Comparado.

Este artigo está dividido em três tópicos principais. No primeiro deles, são discutidos alguns impactos que a Quarta Revolução Industrial produz no mundo do trabalho, com ênfase nos conceitos de economia sob demanda e na prestação de serviços por meio das plataformas digitais. No segundo, é explorado mais profundamente o conceito de uberização, *crowdsourcing* e a subordinação no mundo por aplicativos. No terceiro, são trazidas algumas sugestões para o sistema de governança global de proteção ao trabalhador das plataformas digitais, sugerido pela OIT.

2. A Quarta Revolução Industrial e a necessidade de proteção ao trabalhador

Atualmente, a sociedade passa por uma transformação que, em razão da sua velocidade, amplitude, profundidade e impacto sistêmico, tem sido classificada como a Quarta Revolução Industrial, sendo distinta de todas as outras. As novas tecnologias têm evoluído em um ritmo exponencial, impactando países, empresas e as próprias pessoas, levando a mudanças estruturais inéditas. Essas mudanças, que irão aproximar os mundos físico, digital e biológico, terão impacto sobre modelos de negócio, governos e sociedade (SCHWAB, 2016, p. 12-13)

A Quarta Revolução Industrial e as novas tecnologias terão um profundo impacto sobre o mercado de trabalho, eliminando alguns empregos em face da automação, bem como criando profissões decorrentes dessas novas demandas. O problema é que nem sempre a criação de postos de trabalho conseguirá acompanhar a eliminação, de modo que os governos e as instituições precisarão atuar no incentivo à formação acadêmica, evitando conflitos entre o ser humano e esse mundo digital. (SCHWAB, 2016, p. 42.46)

Caso não sejam adotadas medidas para a proteção do mercado de trabalho, as desigualdades do mercado de trabalho ficarão ainda mais acentuadas. Como destaca Klaus Schwab, a sociedade poderá ser segregada entre as pessoas com altas competências e altos salários, capazes de programar as máquinas, e aquelas de baixa competência e baixos salários, que realizam atividades mecânicas que uma máquina não consegue fazer. (SCHWAB, 2016, p. 51)

Movidos pelo crescimento das tecnologias, têm-se proliferado as plataformas digitais que operam por um modelo de negócio conhecido como economia sob demanda (*on-demand economy*). Em contraste com a ideia de um trabalhador que labora de forma contínua para uma única empresa, surgem as plataformas que disponibilizam um conjunto de prestadores de serviço, teoricamente autônomos, que estão à espera de uma demanda, de um chamado do consumidor (SIGNES, 2017, p. 29-30). Esse modelo de negócio tem fomentado a *crowdsourcing* (ou uberização, como é mais conhecida no Brasil), que será abordado mais detalhadamente no próximo tópico.

Por ora, deve-se ter em mente que as plataformas digitais defendem sua atuação argumentando conferirem maior flexibilidade e liberdade ao prestador de serviços. Contudo, o que se observa é que as plataformas estão lucrando em cima de uma legislação menos protetora para os autônomos, remunerando bem os engenheiros de produção e marqueteiros, mas não àqueles que exercem a função principal da empresa. (SIGNES, 2017, p. 29-30; SLEE, 2017, p. 23-24) É o que reconhece Klaus Schwab, ao mencionar que a economia sob demanda favorece o desenvolvimento de empresas e *startups* por esquivá-las pagar salários-mínimos, tributos e benefícios sociais aos supostos autônomos. (SCHWAB, 2016, p. 54)

É necessário, portanto, que o Direito do Trabalho intervenha para proteger o trabalhador da exploração em uma relação assimétrica, garantindo condições favoráveis em novos empregos. (SILVA & CECATO, 2017, p. 268) Cabe destacar que uma das funções do Direito do Trabalho é garantir a concorrência mantendo patamares mínimos de dignidade humana. Isso significa regular situações de modo a evitar a exploração do trabalho irrestrita diante das mudanças ocorridas a partir da Revolução Industrial – qualquer que seja ela. (OITAVEN, CARELLI & CASAGRANDE, 2018, p. 40)

Dessa feita, apesar de as normas que regulam as relações de trabalho serem tradicionalmente classificadas como de Direito Privado, elas não escapam da proteção pública do Estado, uma vez que o direito a um trabalho digno constitui um direito humano reconhecido pela Organização das Nações Unidas, na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Na Declaração, está previsto que todo ser humano tem direito a condições justas e favoráveis de um trabalho sem discriminação, com limitação de jornada e um salário que lhe permita uma vida com dignidade. (ONU, 1948, website)

Acerca das transformações sociais ocorridas em decorrência da Quarta Revolução Industrial, a Organização Internacional do Trabalho, por meio da Comissão Global sobre o Futuro do Trabalho, elaborou o relatório “Trabalho para um futuro mais brilhante”. Neste, a Comissão salientou que é necessário pensar em uma agenda centrada no ser humano, para que as pessoas sejam as maiores beneficiárias das inovações tecnológicas – e não acabem sendo exploradas por elas. (COMISSÃO GLOBAL SOBRE O FUTURO DO TRABALHO, 2019, p. 11)

Seguindo essa mesma ideia, Klaus Schwab afirma que é necessário pensar a Quarta Revolução Industrial para que ela seja empoderadora e centrada no ser humano. Isso porque “a tecnologia não é uma força externa, sobre a qual não temos nenhum controle. Não estamos limitados entre uma escolha binária entre ‘aceitar e viver com ela’ ou ‘rejeitar e viver sem ela’” (SCHWAB, 2016, p. 13-14). Por essa razão, é necessário pensar em estruturas globais de proteção à pessoa e valorização da dignidade humana.

Sendo assim, não se espera impedir a Quarta Revolução Industrial ou o desenvolvimento de novas tecnologias. O que se busca é reafirmar os compromissos estabelecidos pelos países à proteção dos direitos humanos, de modo que as pessoas tenham o direito a um trabalho digno. É o que os próximos capítulos deste artigo procurarão discutir.

3. A uberização das relações de trabalho

Como apontado acima, a Quarta Revolução Industrial traz profundos impactos na forma em que se concebe a prestação de trabalho humano. A economia sob demanda também. Os desafios são inúmeros e abrangem

diversas áreas do Direito. No âmbito trabalhista, um dos aspectos da precarização é por meio da chamada uberização.

3.1. Uberização e a necessidade de um novo olhar sobre a subordinação

Dentro da economia sob demanda, as plataformas digitais têm realizado um fenômeno conhecido como *crowdsourcing* – ou uberização, como o termo ficou mais conhecido no Brasil, em razão da atuação da empresa Uber. No *crowdsourcing*, uma plataforma digital realiza a gestão de uma atividade econômica, por meio da intermediação entre um trabalhador, e um consumidor, retendo uma parte do pagamento pela realização da atividade. (SIGNES, 2017, p. 31)

O *crowdsourcing* pode-se realizar de modo genérico (em que a plataforma une prestadores de serviços de diversas atividades – como a Amazon Mechanical Turk) ou específico (em que a plataforma se destina à prestação de uma atividade específica – como o Uber). A atividade prestada pode ser realizada de forma totalmente virtual ou exigir que o trabalhador se desloque fisicamente até determinado local. (SIGNES, 2017, p. 31-32.35)

Este artigo irá se concentrar no *crowdsourcing* específico e físico, por corresponder ao modelo praticado pela empresa Uber, arquétipo da uberização. Ademais, a subordinação está mais evidente desse modelo. Contudo, reconhece-se a exploração existente no *crowdsourcing* genérico e virtual, que deve ser discutida e estudada em outras pesquisas.

Para as empresas-aplicativo, no contexto da prestação de serviços por meio de plataformas digitais, os trabalhadores são vistos como “parceiros”, “colaboradores” ou “empresários autônomos”. Evita-se, assim, utilizar a alcunha de “empregados”, afastando-se a proteção jurídica, no caso do Brasil, garantida pela Constituição Federal e pela CLT. (OITAVEN, CARELLI & CASAGRANDE, 2018, p. 26) Nota-se que a flexibilização, por meio da economia digital, alcançou uma outra forma de perfurar os direitos dos trabalhadores, de modo que essas empresas possam aumentar o seu lucro. (ABÍLIO, 2017, website)

Os pressupostos fático-jurídicos para a configuração de uma relação de emprego tradicional estão dispostos no art. 3º da CLT: pessoa física, pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e subordinação. Em maior ou menor grau, todos esses pressupostos tentam ser desafiados pelas

empresas-aplicativos na organização do seu modelo de negócio. Esse é um dos motivos por que se diz que o trabalho por meio das plataformas digitais constitui um desafio ao futuro do trabalho. Contudo, talvez o pressuposto que gere mais debate entre os juristas e pesquisadores seja a subordinação.

A importância que recai sobre a subordinação reside justamente no fato de a sua existência ser a principal diferença entre uma relação de emprego e outras formas de prestação de trabalho, como a contratação de trabalhador autônomo, por exemplo. Apesar de o art. 3º da CLT mencionar a dependência, tradicionalmente tem se entendido que a subordinação do trabalhador é jurídica e objetiva: ela se manifesta por meio do poder de direção que o empregador tem, ao determinar que determinada atividade seja prestada de maneira específica. (DELGADO, 2017, p. 324)

No início do século XX, a subordinação apresentava-se em sua matriz clássica, à luz do modelo fordista, em que os trabalhadores eram reunidos sob a mesma estrutura, tanto física quanto hierárquica, de comando e controle. Essa escala rígida, quase militar, era sustentada por meio de ordens dadas diretamente, em que o trabalhador alienava sua força de trabalho, atuando quase como um ser não pensante. No modelo toyotista, mais comum a partir dos anos 1970, a ideia de hierarquia é atenuada, mas é na atual economia digital que essa lógica sofre uma profunda revolução. (OITAVEN, CARELLI & CASAGRANDE, 2018, p. 27-30)

No trabalho por meio das plataformas digitais, os trabalhadores parecem gozar de maior autonomia, podendo escolher quando e por quanto tempo trabalhar. Na verdade, essa aparentemente liberdade parece ser justamente a vantagem que atrai as pessoas para essas plataformas. (SCHWAB, 2016, p. 54) Contudo, a subordinação presente nesse aplicativos se molda de uma maneira diferente do que era anteriormente praticado.

Na realidade digital na qual a uberização se insere, o trabalhador é programado para que cumpra metas que são medidas por meio de indicadores estatísticos. Ele tem certa autonomia na prestação da sua atividade, mas deve reagir a comandos. Enquanto em modelos anteriores de produção, o contrato de trabalho estipulava uma quantidade de horas – e se remunerava por elas -, a lógica digital se concentra na própria pessoa

do trabalhador, que não tem um horário de trabalho definido. (OITAVEN, CARELLI & CASAGRANDE, 2018, p. 33-35)

Esse trabalhador, portanto, sai da estrutura de hierarquia rígida a que estava submetido e passa a ser subordinado a um aplicativo. Talvez seja esta, então, a contradição desse novo modelo: ao mesmo tempo que o trabalhador tem maior autonomia, ele é menos necessário, porque a necessidade de humanos está sendo paulatinamente substituída por algoritmos. (OITAVEN, CARELLI & CASAGRANDE, 2018, p. 31-32)

Dessa forma, cria-se uma ideia de mobilização total, em que o trabalhador deve estar disponível a todo momento. Há uma relação de aliança, em que ele não deve apenas obedecer mecanicamente às ordens da empresa, mas se mobilizar totalmente, desde o seu espírito, para cumprimento dos objetivos. Ou seja, há apenas uma ficção de que o trabalhador é livre e autônomo. (OITAVEN, CARELLI & CASAGRANDE, 2018, p. 35)

Compreender essa nova forma de subordinação é essencial para se entenda a realidade dos trabalhadores submetidos à uberização. Não é porque não há uma hierarquia tão evidente – como ocorria no modelo de produção fordista -, que a subordinação, assim como a relação de emprego, deixou de existir. Ademais, deve ser destacado que, segundo o parágrafo único do art. 6º da CLT, os meios informatizados de comando e controle se equiparam aos meios pessoais e diretos, para fins de subordinação jurídica.

Exemplos práticos podem ajudar a aclarar melhor essa questão. No próximo tópico, será detalhado como ocorre a subordinação na relação jurídica entre a empresa Uber e seus motoristas. Por ora, o que se percebe é que há a mesma formatação na exploração do trabalho alheio: de um lado, há pessoas, normalmente na forma de pessoas jurídicas, que têm capital para investir em determinada ideia. Do outro lado, há também pessoas, sem capital próprio, que oferecem sua força de trabalho para viabilizar essa ideia. (OITAVEN, CARELLI & CASAGRANDE, 2018, p. 35) Pode-se estar na Quarta Revolução Industrial, mas a dinâmica entre capital e trabalho parece pouco alterada em relação à dinâmica estabelecida no século XIX.

Ademais, segundo Adrián Signes, a realidade dos prestadores de serviços por meio das plataformas digitais está muito mais perto dos

trabalhadores do que dos empresários, tendo em vista que a desigualdade de condições entre eles e as plataformas se assemelha à assimetria entre o patrão e o empregado tradicional. (SIGNES, 2017, p. 39) Sendo assim, é necessário repensar as proteções oferecidas ao trabalhador, conforme dito pelo autor:

Por essa razão, pode não ter muito sentido debater se os trabalhadores do século XXI, juridicamente, se encaixam ou não na definição de contrato de trabalho do século XIX, mas sim que a verdadeira questão futura a debater será se a realidade, sobre a qual se discute a proteção oferecida, é a mesma. Com as características vistas em epígrafe se pode constatar uma resposta afirmativa: as necessidades de proteção seguem existindo para os novos trabalhadores, ou como são chamados de “microempresários”, sejam dependentes ou independentes. (SIGNES, 2017, p. 39)

Não se pode, portanto, permitir a flexibilização das relações trabalhistas a partir do mascaramento da relação jurídica por meio de termos como “colaboradores” ou “parceiros”, sob o risco de se alcançar impactos negativos para a própria economia. Ademais, os benefícios aos consumidores – como, no caso da Uber, na oferta de um serviço de transporte mais barato -, não podem ser utilizados como justificativa para a precarização das relações de trabalho. (OITAVEN, CARELLI & CASAGRANDE, 2018, p. 26-27) Conforme lembra Klaus Schwab (2016, p. 17.20), somos todos consumidores e produtores. Dessa forma, ainda que as plataformas digitais tragam benefícios aos consumidores, eles não podem ser aceitos se precarizarem as relações de trabalho. Além disso, há o risco de que a precarização do trabalho amplie as desigualdades sociais, criando agitações sociais e instabilidade política.

Para finalizar, costuma-se falar em sobre uberização e associá-la ao aplicativo de transportes Uber. De fato, hoje a prestação de serviços por meio de plataformas digitais encontra modelo no que é praticado por essa empresa-aplicativo. Outras empresas, contudo, funcionam com lógicas semelhantes, como a Loggi e a iFood. O crowdsourcing também pode estar presente em outros aplicativos com modelos de negócio semelhante, distintos do ramo de transporte, como o Lavô Online, de lavagem de carros, o Manicury, de serviços de manicure e pedicure, e o Amazon Mechanical Turk, para realização de tarefas mecânicas. Se esses aplicativos são apenas plataformas digitais que conectam oferta e demanda ou se, na realidade, mascaram uma relação de emprego, é algo que necessita ser

analisado caso a caso. É possível perceber, no entanto, que a uberização tem potencial de alcançar diversos ramos de atividade.

3.2. Focando no arquétipo: a empresa Uber

Como dito, o modelo de negócios adotado pela Uber é um dos principais exemplos do fenômeno da uberização (como o próprio nome sugere). Com base nisso, a partir de agora, este artigo se debruça sobre a relação jurídica entre essa empresa e seus motoristas.

A *Uber Technologies Inc.* tem sede em São Francisco, nos Estados Unidos. Apresentam-se como uma empresa de tecnologia, cuja principal atividade é conectar, por meio de um aplicativo, motoristas e usuários previamente cadastrados. Dessa forma, o software – e, por consequência, a empresa – apenas estaria fazendo a intermediação dessas viagens remuneradas. (SILVA & CECATO, 2017, p. 260)

Segundo dados de agosto de 2020, fornecidos pela própria empresa, a Uber está presente em 69 países e em mais 10 mil cidades ao redor do mundo. Há 103 milhões de usuários ativos em todo mundo, para 5 milhões de motoristas e entregadores, responsáveis por uma média de 18 milhões de viagens e entregas por dia. (UBER NEWSROOM, 2020, website) Esses números mostram a dimensão da empresa, bem como seu alcance global, que será abordado mais para frente.

A classificação da Uber como uma empresa de tecnologia, e não como uma empresa de transporte de passageiros, tem sido útil para criar um gap regulatório que a afasta da classificação com os táxis, o que cria uma concorrência desleal. De fato, o serviço de táxi é regulado por regras específicas que envolvem vistorias, licenciamentos, obrigações e taxas. A Uber, por outro lado, opera em uma estrutura com regras mais flexíveis, que a permitem filtrar quem são os motoristas sem ter que arcar com outras obrigações típicas dos taxistas. (SLEE, 2017, p. 105)

Essa distinção entre empresa de tecnologia ou serviço de transporte de passageiros é importante por outras razões. A dinâmica entre a empresa e seus motoristas (chamados, erroneamente, de parceiros) evidenciam uma possível relação de subordinação, o que vem suscitando discussões em diversos países sobre o vínculo de emprego.

Como de praxe nas empresas que ofertam pela economia sob demanda, os motoristas da Uber são considerados empresários, de modo que, supostamente, atuam de forma autônoma. Um empresário pode, normalmente, fixar o preço do seu serviço, bem como escolher seus clientes. Não é o que ocorre na dinâmica da Uber. Os motoristas têm uma obrigação de aceitar uma porcentagem das corridas, ou poderão sofrer sanções. A média da sua avaliação pelos usuários – que varia de uma a cinco estrelas - também é constantemente monitorada pela plataforma, de modo que ele pode acabar sendo desativado se ela estiver abaixo de determinado valor. (SLEE, 2017, p. 129-131)

O preço também não é fixado pelos motoristas, mas pela plataforma, a partir de um algoritmo que é controlado pela própria empresa. Ainda que os motoristas possam trabalhar a hora que eles quiserem (o que tem sido uma argumentação para afastar a relação empregatícia), há o estímulo para eles trabalharem o maior tempo possível, de modo a sempre haver motoristas disponíveis quando o usuário necessitar. Há também determinações acerca da idade do carro que pode ser utilizado para transporte. (OITAVEN, CARELLI & CASAGRANDE, 2018, p. 36)

Nota-se que o motorista é constantemente controlado. Sua localização é monitorada mesmo quando ele não está trabalhando, assim a plataforma pode ter informações sobre o seu trajeto diário. Há uma técnica ambivalente de premiações e punições, em que os motoristas são incentivados a irem a lugares de difícil acesso ou trabalhar em dias festivos, para receberem um valor maior pela corrida, ao mesmo tempo que temem uma avaliação negativa dos usuários. (OITAVEN, CARELLI & CASAGRANDE, 2018, p. 36-37)

Com base nessas informações, parece haver subordinação entre a empresa Uber e seus motoristas, ainda que esta relação ocorra de modo distinto do que era praticado no antigo modelo fabril. Para as pesquisadoras Juliana Silva e Maria Áurea Cecato, a partir disso, é necessário analisar a atividade econômica desenvolvida pela Uber sobre um outro olhar:

A atividade econômica desenvolvida pela plataforma do Uber também deve ser analisada sob o prisma constitucional acima exposto. Com efeito, apesar de possuir uma roupagem, pelo menos da teoria, de “economia compartilhada”, o que se percebe é que a plataforma online tem desvirtuado a ideia original, ao intermediar o uso de bens e serviços e promover um verdadeiro mercado de baixo custo, ideia

que se distancia de um compartilhamento propriamente dito. (SILVA & CECATO, 2017, p. 268)

Acerca da subordinação, geralmente argumenta-se que os motoristas podem trabalhar a hora que quiserem, não estando, dessa forma, recebendo ordens do aplicativo. Contudo, como mostrado no tópico anterior, o que se entende por um trabalho subordinado vem sendo alterado ao longo dos anos, diante da própria dinamicidade das relações sociais. É preciso, portanto, atualizar a forma como a proteção social é estabelecida, uma vez que as inovações – e as novas formas de exploração do trabalho – estão em constante alteração. O próximo tópico debaterá possíveis caminhos de ação no âmbito internacional.

4. A necessidade de um olhar global para a uberização

A globalização e, especialmente, as empresas multinacionais desafiam as concepções atuais de território, um dos elementos para a definição de um Estado. Dessa forma, para as relações transnacionais, os governos estão reagindo dando menos ênfase no território, e mais na aplicação da lei. (MICHAELS, 2013, p. 9-10) O importante, numa sociedade global, é proteger direitos, pensando além de fronteiras.

É essa lógica que deve ser considerada quando se trata do impacto das plataformas digitais na sociedade. Sendo a Uber uma empresa multinacional, os dilemas – e aqui destaca-se o trabalhista – que os governos e os juristas encontram ao lidar com essa nova tecnologia são compartilhados globalmente. Dessa forma, uma análise internacional para o tema é importante para conhecer como outros países abordaram a questão e para pensar estratégias globais para proteção aos motoristas.

Cabe destacar que, no relatório “Trabalho para um futuro mais brilhante”, já mencionado, a Comissão Global sobre o Futuro do Trabalho da OIT sinalizou que, no tocante às plataformas digitais, é recomendável a criação de um sistema de governança internacional, de modo a se garantir uma proteção social mínima a todos os trabalhadores do mundo:

As plataformas de trabalho digital fornecem novas fontes de renda para muitos trabalhadores em diferentes partes do mundo, mas a natureza dispersa do trabalho em jurisdições internacionais dificulta o monitoramento da conformidade com as leis trabalhistas aplicáveis. O trabalho às vezes é mal remunerado, muitas vezes abaixo do salário mínimo vigente e não existem

mecanismos oficiais para lidar com o tratamento injusto. Como esperamos que essa forma de trabalho se expanda no futuro, recomendamos o desenvolvimento de um sistema de governança internacional para plataformas de trabalho digital que definam e exijam que as plataformas (e seus clientes) respeitem certos direitos e proteções mínimas. (COMISSÃO GLOBAL SOBRE O FUTURO DO TRABALHO, 2019, p. 44)

Como já falado, o Direito do Trabalho surge para permitir que a concorrência ocorra garantindo a dignidade humana. No âmbito internacional, principalmente na figura da OIT, a proteção surge “para que um país não realize competição desleal em face de outro, impedindo a imposição de padrões não razoáveis de vida e trabalho.” (OITAVEN, CARELLI & CASAGRANDE, 2018, p. 40)

Por exemplo, conforme já falado, o *crowdsourcing* pode ocorrer de forma totalmente virtual, de modo que trabalhadores de todo mundo competiram, e aqueles de países com legislações menos protetivas levariam vantagens. Por essa razão, é necessária uma atuação global para se lidar com o avanço das plataformas digitais.

O sistema de governança global mencionado pela Comissão precisa da colaboração de diversos atores para que seja efetivo. Nos próximos tópicos, serão apresentados dois caminhos possíveis para o tratamento internacional sobre o tema. O primeiro traz uma perspectiva doméstica e no âmbito público - afinal, uma governança global que aborde o trabalho por meio das plataformas digitais necessita da sensibilização de países, individualmente, sobre o tema. O segundo tópico traz um possível enfrentamento a nível transnacional, no âmbito privado.

4.1. No âmbito público: a decisão do Reino Unido

Em 2018, a *Court of Appeal* de Londres manteve a decisão do *Employment Tribunal* e *Employment Appeal Tribunal* que classificaram como *workers* os motoristas da empresa Uber, em uma ação movida por dois ex-motoristas. Os tribunais descartaram a ideia de que os motoristas seriam empresários autônomos, uma vez que eles não estariam livres para determinar a tarifa que cobrariam ou recusar viagens. Ademais, foi reconhecido que a Uber mantinha um controle constante sobre os motoristas, instruindo-os a realizar o seu trabalho. (FRAZÃO, 2017, p. 318-319)

O status jurídico de workers (trabalhadores) é diferente de ser employee (empregado) ou self-employed (autônomo). Foi um avanço jurisprudencial afastar a argumentação da empresa Uber de que os trabalhadores seriam empresários autônomos, não lhe sendo devidos nenhum direito trabalhista, portanto. Contudo, o tribunal não os considerou como empregados plenos, e é essa diferença é importante quando se jurisprudência em Direito Comparado.

O termo *workers* já é uma flexibilização em relação ao *employee*, status jurídico mais bem protegido, e vem sendo aplicado às empresas da chamada *Gig Economy*. Os *workers* têm, no entanto, alguns direitos básicos assegurados, como salário-mínimo e descanso semanal remunerado. (NOBLET, 2018, website) Nota-se que, mesmo em uma relação flexível, os direitos humanos do trabalhador, previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos, estão protegidos. Ou seja, o sistema jurídico do Reino Unido entende que há um mínimo que deve ser garantido. Situação que não ocorre no Brasil, em que o mero status de trabalhador não lhe assegura qualquer direito.

Há outra lição que pode ser retirada da decisão do tribunal inglês, no tocante ao Princípio da Primazia da Realidade sobre a Forma, muito caro à proteção do trabalhador, tanto nacional como internacionalmente. O contrato entre o motorista e a Uber é expresso ao ressaltar que há uma relação de parceria, não de emprego. Contudo, os juízes foram além das disposições contratuais, para considerar a realidade que estava sendo mascarada por meio do que tinha sido escrito pelo “exército de advogados”. Com isso, o Tribunal mostrou sensibilidade ao entender quem, de fato, exerce o poder empresarial – a empresa Uber, não os motoristas. (FRAZÃO, 2017, p. 320)

Ademais, cabe destacar que, enquanto uma sociedade baseada no sistema da common law, uma decisão judicial que reconheça o vínculo trabalhista com a empresa Uber, ainda mais da *Court of Appeal*, gera um precedente importante para decisões futuras. Enquanto fonte imediata do Direito, as decisões judiciais podem dar uma resposta mais rápida e efetiva do que as legislações positivas. Isso porque os tribunais estariam mais sensíveis a aplicar o Princípio da Primazia da Realidade sobre a Forma, por estarem analisando o caso concreto.

As legislações positivadas, por outro lado, poderiam não ter a mesma interpretação. A lei parte de uma definição apriorística de determina relação, o que não quer dizer essa situação não possa ser alterada em razão de comportamentos supervenientes das partes. É necessário estar atento a essas mutações das relações jurídicas, que não necessariamente estão espelhadas em documentos contratuais. (FRAZÃO, 2017, p. 320)

Também não se quer dizer que a lei não tenha importância. Nota-se que somente foi possível o reconhecimento do *status de workers* aos motoristas porque havia antes uma legislação que dispunha, ainda que de forma não esgotável, sobre os direitos dos trabalhadores. O que se ressalta é a importância de se ter sensibilidade ao caso concreto, que deve olhar além do que está escrito.

Contudo, as fontes positivadas do Direito também podem contribuir para a proteção social do trabalhador. O próximo tópico analisará uma possibilidade de uma negociação coletiva entre atores privados internacionais que permita ampliar os direitos dos trabalhadores submetidos à uberização.

4.2. No âmbito privado: os sindicatos globais

A despeito da importância dada à decisão do Reino Unido, uma solução regionalizada, adotada por um país, pode não ser a mais eficiente para se lidar com empresas multinacionais, como é o caso da Uber. Um dos exemplos mais visíveis da convergência entre Direito Público e Direito Privado são os poderes assimétricos das partes, em que não se sabe qual é o superior: enquanto os Estados têm a sua soberania, as empresas têm seus recursos financeiros. (MICHAELS, 2013, p. 17) Dessa forma, um Estado, no uso do seu poder soberano, poderia impor certas condições ao funcionamento das plataformas digitais, mas a empresa multinacional pode optar por não seguir e deixar de operar naquele território, causando prejuízos econômicos ao país.

Dessa forma, sendo a Uber uma empresa multinacional, uma forma de garantir a proteção dos seus trabalhadores seria por meio de uma abordagem transnacional para o tema. Contudo, se os países ainda estão em processo de amadurecimento para consolidar sua jurisprudência ou marcos legislativos acerca do tema, como é possível que eles se unam criar

um marco regulatório internacional? Um dos caminhos pode ser, portanto, por meio da privatização da lei.

Segundo Ralf Michaels, ainda no âmbito da convergência entre público e privado, as legislações privadas podem ser uma forma de superar o gap regulatório dos países diante de uma realidade mutável e inovadora. Nesse caso, atores privados podem criar mecanismos unilaterais ou bilaterais com o objetivo de garantir maior proteção social ou ao meio ambiente, por exemplo. Eles teriam a vantagem de cruzar fronteiras, uma vez que as legislações públicas estão limitadas a um território. Também poderiam contar com grupos responsáveis pela fiscalização do cumprimento, como organizações da sociedade civil, por exemplo. (MICHAELS, 2019, p. 168-170)

Tendo como base essa perspectiva teórica, entende-se que os sindicatos globais e os Acordo Marco Internacionais podem promover avanços no que tange à proteção dos trabalhadores que prestam serviço por meio de plataformas digitais, de modo a se combater a uberização e a precarização das relações de trabalho.

Os sindicatos globais são pessoas jurídicas de direito privado, constituídas em determinado Estado e compostas por organizações de trabalhadores de diversos países, de modo a atuar a nível global e local. Visam, portanto, a melhoria das condições de trabalho a nível mundial, por meio do reconhecimento de direitos trabalhistas individuais e coletivos e a promoção de formas de diálogo com as partes envolvidas. (LOPEZ, 2014, p. 80)

Tradicionalmente, diante de uma lógica localizada, os sindicatos tinham atuação limitada à base territorial no qual estavam organizados, podendo ter atuação em nível local, regional ou nacional. Com a globalização, a economia internacional passa a afetar as políticas de salário e proteção social, de modo que os trabalhadores locais são indiretamente afetados por essas flutuações de mercado. Dessa forma, os sindicatos necessitam estar preparados. (LOPEZ, 2014, p. 78)

Ademais, a lógica por trás dos sindicatos globais tem outra origem. A expansão das empresas multinacionais tem desafiado as fronteiras de proteção aos direitos sociais, inclusive os trabalhistas. Entende-se que, se o capital está cada vez mais internacionalizado, as formas de garantia aos direitos sociais também devem estar, para que um Estado não sofra com o

dumping social em relação a outro, por exemplo. Dessa forma, os sindicatos nacionais têm buscado se associar com outras entidades, de modo a criar uma rede de defesa aos direitos dos trabalhadores. (MOURA & GONÇALVES, 2017, p. 296)

As federações sindicais internacionais existentes, assim como a lógica desenvolvida em âmbito doméstico, organizam-se por categorias. Há federações representantes dos trabalhadores do setor da Educação (*Education International – EI*) e para os trabalhadores dos setores de alimentação, turismo, agricultura e tabaco (*International Union of Food, Agricultural, Hotel, Restaurant, Catering, Tobacco and Allied Workers’ Associations – IUF*), por exemplo. (GLOBAL UNIONS, 2019, website)

Ainda não há uma federação sindical internacional específica para os trabalhadores que prestam serviço por meio das plataformas digitais. Há a *International Transport Workers’ Federation (ITF)*, federação sindical cujo foco são os trabalhadores dos serviços de transporte. Ela está presente em 147 países, com escritórios, inclusive, no Brasil, no Rio de Janeiro. (INTERNATIONAL TRANSPORT WORKERS’ FEDERATION, 2019d, website). Há seis federações sindicais e sindicatos brasileiros afiliados à ITF, abrangendo trabalhadores da aviação civil e ferroviários. (INTERNATIONAL TRANSPORT WORKERS’ FEDERATION, 2019a, website)

Destaca-se que ela não é específica para trabalhadores em plataformas digitais. Iniciativas internacionais para defesa desses trabalhadores começam a ser adotadas. Em 2020, foi criada a *Transnational Workers Network (TWN)* – ou, em português, a Rede Transnacional de Trabalhadores (RTT), uma organização internacional para defender os trabalhadores de plataformas, como motoristas e entregadores. Trata-se de uma iniciativa de trabalhadores, coletivos e sindicatos de diversos países, como Estados Unidos e Canadá. O objetivo é que trabalhadores possam encontrar na Rede uma ferramenta para defender seus direitos contra empresas multinacionais da Economia do Bico. (IHU, 2020, website) É importante a criação de uma organização ou sindicato global específico para os trabalhadores em plataformas digitais, haja vista que as demandas particulares deles poderão ser atendidas mais propriamente.

Um dos mecanismos de atuação desses sindicatos globais não é muito diferente das estratégias utilizadas pelos sindicatos nacionais para o

aprimoramento da legislação trabalhista: as negociações coletivas. Dessa forma, têm-se os Acordos Marco Globais – ou Acordos Marco Internacionais ou *Global Framework Agreement*, em inglês.

Cabe destacar que o direito à negociação coletiva constitui um dos direitos fundamentais do trabalho reconhecidos pela OIT na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998. (LOPEZ, 2014, p. 79) Ademais, ela é uma forma de autocomposição de conflitos que constitui o cerne do princípio da adequação setorial negociada. No Brasil, a negociação coletiva é materializada por meio do acordo coletivo e a convenção coletiva de trabalho. (GODINHO, 2017, p. 1568)

Os Acordo Marco Globais elevam a negociação coletiva a um nível internacional. São acordos bilaterais entre uma empresa multinacional e uma federação sindical global, de modo a estabelecer normas que garantam, minimamente, direitos dos trabalhadores de determinada empresa em todos os países em que opera, bem como na sua cadeia produtiva. Seus conteúdos são diversos, podendo abranger disposições sobre saúde e segurança do trabalho, compromissos remuneratórios e limitação de jornada. É possível também o estabelecimento de uma cláusula social para garantia do cumprimento de padrões mínimos de proteção também pelas fornecedoras e subsidiárias. (MOURA & GONÇALVES, 2017, p. 302)

Há alguns desafios no que tange à utilização dos Acordo Marco Globais. Em nível regional, eles ainda são pouco conhecidos quanto forma de proteção dos direitos dos trabalhadores. Ademais, há dificuldades na sua implementação e fiscalização: ainda que tenham caráter cogente, é necessário que os sindicatos nacionais e as federações sindicais internacionais adotem medidas inovadoras para garantir o seu cumprimento. Ainda assim, são uma fonte importante do Direito do Trabalho, como forma de se ampliar os compromissos internacionais assumidos por determinada empresa, detendo eficácia extraterritorial. (LOPEZ, 2014, p. 93; MOURA & GONÇALVES, 2017, p. 299)

Até o momento de elaboração desse artigo, não há Acordos Marco Globais firmados pela Uber e qualquer sindicato global ou organização internacional. Contudo, em 2018, a ITF discutiu os impactos que a tecnologia e a automação teriam sobre os trabalhadores de transporte,

concluindo que os efeitos seriam diferentes para mulheres e os mais jovens. Dessa forma, uma das estratégias adotadas, além do maior envolvimento de mulheres e jovens líderes, é a coordenação e apoio de campanhas que possam promover práticas inovadoras na defesa dos trabalhadores em empresas multinacionais. (INTERNATIONAL TRANSPORT WORKERS' FEDERATION, 2019b, website)

Ademais, a federação sindical mantém-se em contato com os motoristas de Uber. Em maio de 2019, motoristas europeus se reuniram com federações sindicais demandando, por exemplo, salário mínimo e aprimoramento das condições de saúde e segurança dos motoristas. Salientaram que era uma ficção considerar os motoristas como autônomos, mantendo-os pobres, enquanto os donos da empresa aumentavam seus rendimentos. Ademais, foi ressaltado que o modelo de negócios adotado pela Uber é divulgado como algo inovador e bom, mas nada mais é do que uma forma de exploração e péssimas condições de trabalho. Afirmou-se também o papel dos sindicatos, nacionais e globais, na defesa dos direitos dos trabalhadores. (INTERNATIONAL TRANSPORT WORKERS' FEDERATION, 2019c, website)

5. Conclusões

Como visto, as plataformas digitais têm potencial para mudar a forma como o trabalho é desempenhado. O *crowdsourcing* e a uberização atingiriam fortemente a logística de transportes, de carga ou de passageiros, mas são fenômenos que podem impactar diversos ramos de atividades. Ou seja, é possível que, cada vez mais, haja um contingente de trabalhadores prestando serviços em nuvens, realizando pequenas tarefas a um valor irrisório, sem desenvolverem vínculos jurídicos de proteção.

A preocupação recai justamente neste cenário de precarização. Atualmente, o trabalho uberizado não está abarcado por nenhum direito trabalhista, salvo em casos específicos de alguns países, que reconheceram, por exemplo, a relação jurídica de “trabalhador” ao motorista de Uber, como o Reino Unido, citado neste artigo. Para a maioria dos casos, no entanto, os trabalhadores, motoristas ou não, são classificados como microempresários, arcando com o custo da atividade. Dessa forma, a plataforma digital não tem qualquer responsabilidade social e recebe ainda uma contrapartida pelo trabalho do prestador de serviço.

É necessário garantir a dignidade humana para os trabalhadores da uberização, sob o risco de, sendo este um modelo de negócio crescente, ter-se cada vez mais um contingente de pessoas desabrigadas pelo sistema de proteção trabalhista. Esse cenário agravaría a desigualdade social, gerando instabilidade política, por exemplo, porque essas pessoas ganhariam uma remuneração irrigária, suficiente apenas para garantir seu sustento básico, tendo pouca perspectiva de melhoria para o futuro.

Um caminho pode ser a estratégia adotada pelo Reino Unido, ampliando a proteção trabalhista a todos os trabalhadores, não somente àqueles considerados empregados. Sendo assim, um caminho poderia ser repensar os clássicos pressupostos jurídicos da relação de emprego, adotando uma classificação que esteja em conformidade com as mudanças ocorridas no mundo do trabalho neste século.

Deve-se ter em mente que as relações humanas são dinâmicas, de modo que o Direito também deve ser, caso contrário, poderá se ter grave violação aos direitos humanos. As alterações no Direito do Trabalho, contudo, devem sempre visar a ampliação do seu padrão protetivo, pois só assim alinha-se com o que está disposto na Constituição Federal e com o que é estabelecido por organismos internacionais, como a ONU e a OIT.

Ademais, considerando que as plataformas digitais podem não estar limitadas pelo território de um país, é necessário também pensar em um sistema de proteção transnacional, conforme mencionado pela OIT. Diante de uma ausência de vontade política – ou até mesmo de um amadurecimento jurídico – dos países para se fazer uma convenção internacional, uma possível abordagem para o caso pode ser por atores e mecanismos privados, como foi citado o exemplo dos sindicatos globais e os Acordo Marco Globais.

Em qualquer caso, é importante ter em mente que as empresas também têm o dever de garantir os direitos humanos, sendo necessário que se desenvolva a sua responsabilidade social corporativa. Isso não é ser contra o processo ou as revoluções industriais; é, na verdade, ser capaz de pensar no desenvolvimento social como o objetivo primeiro de qualquer inovação tecnológica, de modo que se tenha uma abordagem centrada e empoderadora do ser humano.

Referências bibliográficas

- ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização do trabalho: subsunção real da viração. Texto publicado em 22 de fevereiro de 2017. Disponível em <<https://blogdabotempo.com.br/2017/02/22/uberizacao-do-trabalho-subsuncao-real-da-viracao/>>. Acesso em 9 de julho de 2019.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Publicado em 9 de agosto de 1943.
- COMISSÃO GLOBAL SOBRE O FUTURO DO TRABALHO. Trabalho Para Um Futuro Mais Brilhante. Escritório Internacional do Trabalho. Genebra: OIT, 2019.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017.
- FRAZÃO, Ana. A decisão do Reino Unido sobre os motoristas da Uber: o que temos a aprender com ela? In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano. São Paulo: LTr, 2017. P. 318-322
- GLOBAL UNIONS. Disponível em: <http://www.global-unions.org/?lang=en>. Acesso em 30 de outubro de 2020.
- HOFFMAN, Marci; RUMSEY, Mary. International and foreign legal research: a coursebook. Martinus Nijhoff, 2012. 2ª ed.
- IHU. Nasce um sindicato global contra a economia de plataforma. Publicado em 29 de junho de 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/600400-nasce-um-sindicato-global-contra-a-economia-de-plataforma>. Acesso em 30 de outubro de 2020.
- INTERNATIONAL TRANSPORT WORKERS' FEDERATION. ITF Affiliates. Disponível em: https://www.itfglobal.org/en/about-us/affiliates?title=&field_country_target_id=120. Acesso em 30 de outubro de 2020.
- _____. ITF strategy. Disponível em: <https://www.itfglobal.org/en/about-us/strategy>. Acesso em 30 de outubro de 2020.
- _____. Uber drivers speak out about treatment. Publicado em 9 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.itfglobal.org/en/news/uber-drivers-speak-out-about-treatment>. Acesso em 30 de outubro de 2020.
- _____. Who we are. Disponível em: <https://www.itfglobal.org/en/about-us/who-we-are>. Acesso em 30 de outubro de 2020.

LOPES, Inez. Sindicatos Globais e a Proteção dos Direitos Trabalhistas. In: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Brito (coord) Trabalho, Constituição e Cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas. São Paulo, LTr Editora: 2014. P. 78-96.

MICHAELS, Ralf. Globalization and Law: Law Beyond the State. In: Law and Social Theory. Oxford: Hart Publishing, 2013. 2ª edição. P. 287-303.

_____. The Dual Privatization of Law in Globalization (Note on Kasky v Nike). In: WATT, Horatia Muir et all eds. Global Private International Law: Adjudication without Frontiers. Edgal: 2019. P. 162-171.

MOURA, Natália das Chagas; GONÇALVES, Márcio Toledo. Atuação sindical transnacional: as redes sindicais internacionais e os acordos marco globais. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano. São Paulo: LTr, 2017. P. 296-303.

NOBLET, Caroline. Employment & labour law in the United Kingdom. Lexology: 13 de novembro de 2018. Disponível em <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ccd13a56-2017-40e2-b5e6-66a041db20e8>> Acesso em 27 de julho de 2019.

OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio Luís. Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018.

ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em 30 de outubro de 2020.

SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. São Paulo: Edipro, 2016.

SIGNES, Adrián Todolí. O Mercado de Trabalho no Século XXI: on-demandeconomy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano. São Paulo: LTr, 2017. P. 28-43.

SILVA, Juliana Coelho Tavares da; CECATO, Maria Áurea Baroni. A uberização da relação individual de trabalho na era digital e o direito do trabalho brasileiro. Cadernos de Direito Actual, Santiago de Compostela, nº 7, 2017, p. 257-271.

SLEE, Tom. Uberização: a nova onda do trabalho precarizado. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

UBER NEWSROOM: Fatos e dados sobre a Uber. Publicado em 27 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/>. Acesso em 15 de abril de 2020.

Submissão: 30 de outubro de 2020

Aceite: 15 de fevereiro de 2021

Autoria:

Raianne Liberal Coutinho *raianne.lc@hotmail.com*

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD-UnB). Pesquisadora do Grupo "Trabalho, Constituição e Cidadania".

<https://orcid.org/0000-0001-8717-3497>

Como citar este documento:

COUTINHO, Raianne Liberal. Uberização das relações de trabalho: uma abordagem transnacional a partir da interrelação entre Direito Público e Privado. **Revista Eletrônica do CEJUR**, v. 2, n. 5, set/dez 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/cejur.v2i5.77625>.

Turma Recursal da Fazenda Pública do Paraná como locus de formação de jurisprudência e o dever de publicação do voto divergente

Small Claim Court of Exchequer of the Paraná State and the obligation of publishing it's dissident opinions

Heloisa Führ Bonamigo

Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Leonardo Catto Menin

Universidade de São Paulo, Curitiba, Paraná, Brasil

Resumo: O presente trabalho tem por escopo analisar e debater o entendimento jurisprudencial adotado pela Turma Recursal da Fazenda Pública do Estado do Paraná no sentido da não obrigatoriedade de publicação dos votos divergentes quando o resultado dos julgamentos por ela realizados se dá por maioria dos votos. Propõe-se, diante das peculiaridades do rito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, a compreensão da Turma Recursal como locus de formação de jurisprudência, através da qual ocorre o fechamento hermenêutico do sistema jurídico e a fixação de parâmetros de atuação para os jurisdicionados, o que só é possível quando há publicidade nas razões de divergência entre os magistrados.

Palavras-chave: Juizado Especial da Fazenda Pública; jurisprudência; voto divergente.

Abstract: This paper aims to analyze and debate the jurisprudential understanding adopted by the Small Claim Court of Exchequer of the Paraná State. The Court has settled that it is not mandatory to publish its dissident opinions when the result of the claims is not unanimous. The paper advocates that the Small Claim Court of Exchequer is a peculiar locus of construction of jurisprudence, due to the particularities of the procedure occurred in this special jurisdiction. The Courts decisions plays a role of guidance for the citizens and hermeneutical closure of the juridic system, which is only possible when the dissident opinions are made public.

Keywords: Small Claim Court of Exchequer; jurisprudence; dissident opinion.



CC – Internacional 4.0

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/cejur.v2i5.77775>

Sumário: 1. Introdução; 2. Jurisdição no Estado Constitucional e o valor segurança jurídica; 3. Formatação institucional, publicidade e segurança jurídica; 4. Turma Recursal da Fazenda Pública, jurisprudência e publicação do voto divergente; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, seguindo orientação jurisprudencial traçada pelo Superior Tribunal de Justiça, firmou-se entendimento quanto à competência absoluta dos Juizados Especiais da Fazenda Pública para as causas cujo valor seja de até sessenta salários-mínimos, independentemente da complexidade fática ou jurídica da lide.

Trata-se de situação que, diante de peculiaridades da própria sistemática recursal dos juizados especiais, implica a competência exclusiva das Turmas Recursais para a solução final das lides de menor valor em face do Estado, como órgão mais alto de julgamento

Os casos de sua competência vão desde disputas significativas de servidores públicos, que diante da grande quantidade de demandas repercute significantemente no erário, até questões tributárias ou de responsabilidade civil do Estado, apontando para um papel relevante e central a ser exercido pela Turma Recursal na formação da jurisprudência dentro de sua competência, orientando, assim, o atuar dos jurisdicionados e dos operadores do direito que, de alguma forma, estejam vinculados às matérias por ela julgadas.

Em que pese o importante papel exercido pela Turma Recursal, inclusive como órgão formador de jurisprudência, em nome de uma suposta simplicidade procedural inerente aos Juizados Especiais não há, no Estado do Paraná, a publicação de votos divergentes em julgamentos decididos por maioria.

Esse comportamento leva à impossibilidade de compreensão, pelos jurisdicionados e operadores do direito em geral, dos rumos e transições ocorridas no âmbito de sua jurisprudência, acarretando situações de alterações abruptas de entendimento e ferindo princípios basilares do Estado de Direito, como segurança jurídica e publicidade.

Nessa conjuntura, propõe-se demonstrar a necessidade da publicação dos votos divergentes nos julgamentos realizados pela Turma Recursal da Fazenda Pública do Paraná a partir da análise do papel por ela exercido como *locus* de formação jurisprudencial, da função do Judiciário como garante da segurança jurídica e da necessária formatação institucional dos órgãos para a concretização deste escopo

2. Jurisdição no Estado Constitucional e o valor segurança jurídica

O magistrado do Estado Constitucional contemporâneo não se limita a, simplesmente, aplicar a lei ao caso concreto. O raciocínio jurídico a ser desenvolvido na solução dos casos atualmente demanda a adequação, sempre, das normas aplicáveis às previsões constitucionais que regem o sistema jurídico como um todo. Afinal, idealmente nenhuma norma aplicada pode ir de encontro àquilo que prevê a Constituição¹.

No Brasil, as repercussões dessa forma de atuação vão ainda mais além, tendo em vista o caráter excepcional de nossa Jurisdição que outorga a todos os juízes a possibilidade de revisão constitucional – controle difuso de constitucionalidade - ao mesmo tempo em que mantém uma Corte Constitucional (o Supremo Tribunal Federal) com a incumbência de realizar o controle concentrado de constitucionalidade.

Portanto, no sistema jurisdicional brasileiro o juiz singular, ao decidir os casos, tem o poder de negar vigência à lei, se violada a Constituição, ou interpretá-la de maneira a conformar a norma dela extraível às disposições constitucionais. Ainda, possível ao magistrado até mesmo suprir omissão legislativa, a fim de dar efetividade a direitos fundamentais (MARINONI, 2016, Cap. I).

O magistrado brasileiro, diante de tais possibilidades, não mais é chamado a apenas aplicar mecanicamente o texto aos fatos, mas, sim, a analisar disposições de caráter abstrato, aberto, que apenas se veem completas e finitas no caso concreto. A norma não mais se encontra

1 “Da supremacia da lei e do Parlamento, passa-se à supremacia da Constituição, que, por sua vez, vai estabelecer diretamente direitos fundamentais e individuais dos cidadãos.” (BARBOZA, 2011, p. 64).

claramente no texto² de maneira unívoca, mas depende do magistrado, na análise juntamente ao caso concreto, para ser perfectibilizada³.

Aos magistrados, assim, cumpre o papel “*de eleger, como oficial, uma opção possível*” (WAMBIER, 2010) dentre aquelas extraíveis do texto legal.

O forte protagonismo judicial da construção do sentido das normas faz natural que as decisões pretéritas passem a exercer papel central na orientação da conduta dos jurisdicionados, que buscam no raciocínio por meio da experiência⁴ compreender o sentido eleito pelo Judiciário aos textos legais, naturalmente abstratos.

Nessa conjuntura, não apenas os precedentes obrigatórios, conforme estruturados pelo Código de Processo Civil, possuem papel de relevo na atuação dos jurisdicionados, havendo ainda importante papel a ser exercido pela jurisprudência.

Tudo isso leva à necessidade de compromissos institucionais a serem cumpridos pelos magistrados, de todos os graus, com o escopo de garantir a segurança jurídica, preservando as legítimas expectativas geradas nos jurisdicionados.

Conforme leciona Humberto Ávila, o Estado Constitucional é conformado por fundamentos⁵ que, violados, implicam a desconsideração do ser humano como fim em si mesmo – na concepção kantiana.

Fundamentos como a dignidade humana, a liberdade, o Estado de Direito, a democracia, a Separação dos Poderes e os direitos fundamentais,

2 “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado” (ÁVILA, 2006, p. 30).

3 “Nessa medida, como não há possibilidade de se apontar previamente qual o direito aplicado ao caso, caberá ao Judiciário densificar e dar significado a estes direitos, de acordo com o contexto histórico, social, político, moral e jurídico da sociedade naquele determinado momento. A norma, portanto, não existe no texto, mas apenas no caso concreto”. (BARBOZA, 2011, p. 74).

4 Conforme aponta Schauer, a diferença essencial entre raciocinar-se por meio da experiência e por meio de precedentes é a vinculação destes, e a possibilidade de não seguir o já decidido naquela. Assim, apenas quando as razões da decisão anterior, que fizeram precedente, são de aplicação cogente é que se estará a raciocinar por meio de precedentes. Da mesma forma, estando o magistrado autorizado a ignorar ou divergir do precedente, aplicando outro raciocínio ao caso similar, o raciocínio será por meio da experiência (SCHAUER, 1987).

5 O autor toma por fundamentos basílares do Estado Constitucional a dignidade humana, a liberdade, o Estado de Direito, a democracia, a Separação dos Poderes e os direitos fundamentais (ÁVILA, 2019, p. 11-30).

entretanto, apenas são resguardados pelo Judiciário na medida em que este respeita os jurisdicionados como seres racionais capazes de manifestar livremente sua vontade e pautar suas ações em padrões normativos estabelecidos (ÁVILA, 2019, p. 12).

Assim, a aplicação e construção judicial do direito, na qualidade da jurisprudência como ferramenta de fechamento hermenêutico, deve contribuir para (e assegurar que) o direito seja “conhecido, compreendido, estável, não contraditório, igualitário, uniformemente aplicado, prospectivo e eficaz”, de modo que o jurisdicionado não tenha sua liberdade restringida por outros meios que não a lei determinada e prévia (ÁVILA, 2019, p. 76).

Ademais, a aplicação do direito pelo julgador, para além da direta intervenção no patrimônio jurídico das partes envolvidas, reflete em todos os jurisdicionados de maneira geral. A jurisprudência tem importante papel no direito pátrio, servindo de parâmetro aos cidadãos na análise das consequências dos atos que pretendem realizar – pelo simples fato de demonstrar ao jurisdicionado o pensamento dos julgadores em questões semelhantes⁶ -, possuindo papel de contenção também em relação aos próprios julgadores⁷.

Dessa forma, não se faz suficiente, pelo julgador, a simples interpretação dos dispositivos legais em respeito a seus significados mínimos, dentro do espaço de discricionariedade hermenêutica permitida. Necessário, também, o respeito aos entendimentos consolidados acerca de tais interpretações, atuando o Judiciário como instituição, e não como a reunião de diversos juízos singulares.

Impreterível também para a preservação da liberdade do indivíduo e de sua possibilidade de autodeterminação que as mudanças de interpretação em relação aos fatos e textos jurídicos e aos critérios de

6 “In countless instances, out of law as well as in, the fact that something was done before provides, by itself, a reason for doing it that way again” (SCHAUER, 1987).

7 “Já os precedentes não vinculantes, ou melhor, a jurisprudência não vinculante consolidada de um tribunal também é fator de contenção da decisão judicial na medida em que fixa os parâmetros interpretativos a serem seguidos. Apesar de não haver obrigatoriedade de repetição do posicionamento, é certo que os juízes não gostam de ver suas decisões serem reformadas pelas instâncias superiores. Portanto, da mesma forma se torna um meio de contenção das influências não jurídicas sobre a decisão judicial, vez que operam antes de sua prolação.” (FERNANDES, 2015, p. 288).

preenchimento de lacunas normativas sejam de seu conhecimento prévio⁸. Apenas assim poderá o jurisdicionado ser tido por igual não apenas *na lei* como também *perante a lei*⁹ e sua aplicação.

Esses fundamentos do Estado Constitucional devem sempre nortear as atividades dos julgadores e a conformação institucional dos *loci* de julgamento, cumprindo aos magistrados, na realização de seu labor, atuar de maneira a dar a esses fundamentos efetividade não apenas no julgamento do caso concreto, mas, também, na publicização do processo decisório realizado.

O atual magistrado, portanto, não mais é aquele *bouche de la loi* moderno francês. Entretanto, tal fato não significa a possibilidade de dar à lei qualquer interpretação, ou ignorar todas as fontes do direito a fim de dar aos casos qualquer solução, em detrimento daquelas conformadas pelo ordenamento jurídico.

3. Formatação institucional, publicidade e segurança jurídica

Conrado Hübner Mendes elenca três fases deliberativas enfrentadas pelo órgão colegiado durante o processo decisório até que se tenha a decisão final publicada, conforme sintetizam Botelho e Fiorindo (2016):

- 1) Na fase pré-decisional, a corte deve ter a capacidade de ouvir atentamente a pluralidade de argumentos que são expostos pelos diversos interlocutores, buscando compreender e ouvir ativamente o que os interlocutores têm a dizer, podendo, incidentalmente, discutir com os interlocutores a clareza e consistência dos argumentos apresentados.
- 2) A fase decisional corresponde ao processo interno de deliberação propriamente dito, em que os juízes debaterão os argumentos expostos pelos demais integrantes da corte, de forma séria e respeitosa e com a mente aberta às diferentes opiniões. A virtude, por ele denominada de *colegialidade*, ocupa lugar de destaque e tende a promover o consenso, já que decisão deixa de ser individual de cada juiz e passa a ser da corte. Significa dizer que o provimento jurisdicional da corte é fruto do

8 “Independentemente da especificação do direito fundamental ao qual esteja vinculado, o fato é que segurança jurídica resta erigida à categoria de direito fundamental, visto que se torna inviável a vida em sociedade sem saber ao certo o que esperar das qualificações jurídicas ou como pautar-se diante da coletividade, afi esta a razão de ser dos clamores sociais anteriormente citados. Diz respeito à postura do indivíduo quanto ao que esperar do Estado e dos demais indivíduos em relação ao direito estabelecido” (HENRIQUES FILHO, 2015, Cap. 37).

9 Artigo 5º, Constituição Federal.

debate atento, sério e responsável entre os integrantes do órgão colegiado, cuja deliberação é reflexo do trabalho da corte, como um todo, e não de cada juiz isoladamente.

E, no caso de não se obter um consenso espontâneo ou uma maioria qualificada, Hübner Mendes (2013, p. 130) admite um *compromisso* entre os juízes da corte, fazendo com que aquele juiz que, mesmo acreditando no acerto de suas razões, releve-as em prol da decisão consensual do órgão colegiado.

3) Na fase pós-decisional, a corte deve rascunhar uma decisão deliberativa escrita, a qual deve ser clara, não apenas para a classe jurídica, porém para a comunidade política de uma forma geral. A corte ainda deve ter a consciência da falibilidade de sua decisão e de sua provisoriação, já que há possibilidade de sua reversão no futuro. E, por fim, no que tange à “responsividade”, a corte deve dar resposta adequada para os argumentos levantados pelos interlocutores na fase pré-decisional, conquanto não esteja obrigada a responder a todos eles, tendo o poder de selecioná-los.

Com isso, percebe-se que a garantia da igualdade perante o direito deve passar, invariavelmente, pelas formas pelas quais se *realiza* a deliberação dos casos nos órgãos colegiados e pelas formas pelas quais se *externaliza* tal deliberação. O como se faz e – especialmente para o escopo deste trabalho¹⁰ - o como se transmite adquirem aqui especial importância.

Para a elaboração do acórdão por um órgão colegiado, há dois modelos principais que podem ser adotados: *per seriatim* e *per curiam*. Naquele, os votos de cada um dos integrantes do quórum são publicados individualmente, somando-se a fim de formar o acórdão final; neste, há a publicação de uma única decisão, que representa o voto final da corte.

Ambos os modelos de publicização das decisões possuem pontos favoráveis e contrários¹¹; entretanto, é apenas no modelo *per seriatim*, na

10 Considerando que o escopo desse trabalho se encontra na análise das possibilidades institucionais de se garantir segurança jurídica e previsibilidade, por meio de uma sólida construção jurisprudencial no âmbito da Turma Recursal da Fazenda Pública do Estado do Paraná, sob a óptica do jurisdicionado e da proteção de sua confiança legitimamente suportada, analisar-se-á a forma pela qual se externaliza a deliberação - como se transmitem as opiniões do Tribunal aos jurisdicionados, seja àqueles envolvidos no caso concreto, seja aos demais interessados potencialmente atingidos pela jurisprudência firmada – não se aprofundando a análise da deliberação interna no âmbito dessa Turma Recursal.

11 “A favor do pronunciamento com publicidade do voto dissidente e *per seriatim* podem ser compilados os seguintes argumentos: i) confere publicidade aos votos proferidos pelos membros da corte, reforçando sua autoridade; ii) auxilia a corte a corrigir seus próprios erros; iii) ajuda a compreender melhor o julgamento e aumenta a consciência jurídica da sociedade; iv) constitui garantia para os direitos civis, além de ter um valor psicológico junto da parte sucumbente e perante os demais juízes que compartilhavam da opinião divergente; v) legitima a atuação da corte, que, de

publicização do voto dissidente, que a corte se demonstra transparente¹², possibilitando o diálogo e o prosseguimento do direito jurisprudencial.

Afinal, haverá sempre pontos em relação aos quais, em determinado momento, não seja possível a existência de unanimidade¹³. Em situações tais, ignorar que a dissidência existe e publicizar opiniões divididas como se únicas fossem apenas desconsidera o jurisdicionado como fim em si mesmo, tratando-o como objeto a quem pouco importa a direção a que se encaminha o entendimento do órgão.

Ademais, os pontos favoráveis do modelo de publicização *per curiam*, com o fortalecimento a uma aplicação posterior do precedente firmado, a facilitação da extração de uma *ratio decidendi* e acessibilidade de leitura do julgado mostram-se favoráveis, em face da ignorância dos votos dissidentes, quando a preocupação do julgamento está mais voltada à formação de um precedente (prospectiva), uma última palavra sobre a matéria, que à solução do caso concreto e ampliação da discussão de determinada questão.

outro modo, somente seria legitimada pelo lado vencedor; vi) possibilita a interpretação dinâmica da Constituição, deixando-a aberta para futuras interpretações; vii) promove o debate público, abrindo o diálogo entre juízes, entre esses e professores, contribuindo, ainda, para o desenvolvimento do Direito.

De outro lado, encontram-se os motivos que vão de encontro à aceitabilidade do voto dissidente e do formato *per seriatim*: i) os votos divergentes colocam em risco a autoridade, o prestígio e a legitimidade da corte; ii) enfraquecem a credibilidade da corte; iii) representariam um perigo à unidade e à solidariedade da corte, bem como à certeza e segurança do direito; iv) causam confusão desnecessária na compreensão do julgamento, reduzindo a força persuasiva do julgado; v) a decisão não é vista como pronunciamento final da corte, mas sim a decisão da maioria ou minoria; vi) há demora na redação final da decisão; vii) a possibilidade de voto divergente pode ser mal utilizada, sendo empregada apenas para promoção pessoal do juiz dissidente; viii) as questões constitucionais são politicamente sensíveis para se admitir votos dissidentes e, por fim, ix) o voto dissidente é totalmente desnecessário, já que não há interesse na opinião daquele juiz que ficou minoritário.” (BOTELHO; FIORINDO, 2016).

12 Acerca do modelo *per curiam*, pontua Marçal: “Importante destacar que, não obstante esse modelo indicar as reduzidas chances de uma decisão final absolutamente não consensual, não parece que seja também isento de problemas.

Afinal, ainda se nota que existem votos divergentes e simplesmente os suprimir (ou os tornar secretos) não faz com que a deliberação seja de maior qualidade. Na verdade, é possível que os principais problemas existentes no método *seriatim* (e no *case-by-case*) também estejam presentes aqui; simplesmente não se sabe suas extensões, pois ficam mascarada pela *opinion of the court*.” (MARÇAL, 2019).

13 “A existência de decisões não unânimes em órgãos colegiados é inevitável. Mais do que isso, a não unanimidade é quase uma tendência natural, especialmente em se tratando de órgãos que decidem questões moral e politicamente polêmicas.” (SILVA, 2015).

Nesse diapasão, a própria compreensão de que às Cortes superiores resta o papel de dar unidade ao direito¹⁴, por meio da formação de precedentes vinculantes¹⁵, e que aos Tribunais de Justiça compete a exploração de possíveis significados hermenêuticos dos textos normativos advoga em favor da publicização das decisões minoritárias pelos órgãos colegiados dos Tribunais de Justiça. Ora, se grande parte da contribuição dos órgãos colegiados dos Tribunais de Justiça é a exploração de possíveis significados de textos jurídicos, a não publicação de votos dissidentes obsta sobremaneira sua realização, impossibilitando aos jurisdicionados e operadores do direito o conhecimento amplo das divergências presentes no âmbito das cortes.

Pelo mais, a alteração ou superação de entendimentos no bojo de um órgão colegiado não deve ocorrer de maneira abrupta e desavisada, ainda que assim se apresente para um interlocutor mais desavisado.

Pois não raras vezes a superação de um entendimento se inicia com o acolhimento, por um dos pares, de uma nova tese apresentada em caso semelhante, ainda não analisada pelos demais que, fiéis ao entendimento já firmado, relutam em aceitá-la. Inicia-se assim um processo de convencimento que pode demorar períodos temporais variados e que, ao final, pode desembocar: (a) na confirmação do entendimento anterior, pela superação do argumento apresentado e realinhamento do par dissidente ao entendimento anteriormente firmado; (b) na superação do entendimento anterior, com o convencimento dos demais pares de que o

14 “Se é certo que as Cortes Supremas têm o dever de dar unidade ao direito mediante os seus precedentes e de torná-los pendores de segurança em nossa ordem jurídica, certamente não se passa exatamente o mesmo com as Cortes de Justiça. É claro que é desejável que a jurisprudência dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais seja uniforme e segura, assim como é evidente que essas Cortes têm – a partir da existência de precedentes sobre o caso que devem julgar – o dever de aplicá-los sem quebra de igualdade. No entanto, a função dessas cortes está ligada justamente à exploração de possíveis significados dos textos jurídicos a partir do controle da justiça do caso concreto (a interpretação do direito é apenas um meio para chegar-se ao fim controle da justiça do caso). É diferente do que ocorre com as Cortes Supremas, em que o caso concreto é apenas um meio a partir do qual se parte para chegar-se ao fim interpretação do direito. Enquanto inexiste precedente da Corte Suprema encarregada de formá-lo, o desacordo interpretativo é em grande medida inevitável, dado o caráter equívoco da linguagem em que vazados os textos legislados” (MITIDIERO, 2015).

15 Tal divisão estrita de funções entre as cortes não é unanimidade perante a doutrina nacional. Em sentido adverso: “Afírmara que a função dos Tribunais não é criar precedentes pois, segundo a Constituição Federal, cabe apenas às Cortes Supremas fazê-lo, parece um equívoco reducionista.” (HENRIQUES FILHO, 2015, Cap. 37).

novo entendimento deve prevalecer ou; (c) na ocorrência de uma incompatibilidade insuperável de entendimentos, que só venha a ser superada com a alteração da composição do órgão, para então se confirmar ou superar entendimento anterior.

Entretanto, tais caminhos percorridos apenas poderão ser observados e compreendidos pelo jurisdicionado e demais operadores do direito se às opiniões divergentes surgidas for dada a devida consideração, com sua publicização – em uma aproximação, tomadas as devidas proporções, à técnica do *anticipatory overruling* performada nos países de *common law*¹⁶. Do contrário, a alteração de entendimento surgirá sem aviso, como se abrupta fosse.

Sob a óptica do jurisdicionado, não basta apenas que os julgadores mantenham coerência na aplicação da legislação, respeitando posicionamentos já consolidados. É imprescindível também que a alteração desses posicionamentos – pois utópico imaginar a consolidação *ad eternum* de posicionamentos jurídicos – se dê de maneira advertida e não abrupta, de modo a evitar a quebra de expectativas legitimamente criadas e, assim, respeitar o jurisdicionado como fim em si mesmo.

É justamente nesse sentido, inclusive, que caminha a legislação processual civil brasileira, com a inclusão do artigo 941, parágrafo 3º, no Código de Processo Civil¹⁷, cujo conteúdo não era previsto no Código revogado e impõe a publicação do voto divergente conjuntamente com o voto vencedor, passando aquele a compor o conteúdo do acórdão proferido pelo colegiado.

16 “A utilização da técnica de antecipação da superação, adotada pelo menos desde 1942 pelos tribunais de apelação nos Estados Unidos, é um juízo que prenuncia a potencial queda do precedente, haja vista que se apresentam fundamentos idôneos que levarão, em perspectiva, à sua superação pelo tribunal que o estabeleceu” (JOBIM; DUARTE, 2018).

17 Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.

§ 1º O voto poderá ser alterado até o momento da proclamação do resultado pelo presidente, salvo aquele já proferido por juiz afastado ou substituído.

§ 2º No julgamento de apelação ou de agravo de instrumento, a decisão será tomada, no órgão colegiado, pelo voto de 3 (três) juízes.

§ 3º O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento.

Tal inovação, por mais que em parte seja voltada ao enfrentamento da assim chamada “jurisprudência defensiva” das Cortes de Vértice¹⁸, demonstra o amadurecimento da organização judiciária brasileira, oportunizando a real compreensão das divergências ocorridas no âmbito dos órgãos colegiados e da direção a que caminha seu entendimento, contribuindo para a legitimidade democrática das decisões judiciais¹⁹, conforme expressado pelo Superior Tribunal de Justiça ao analisar o referido dispositivo:

“4. A razão de ser do § 3º do art. 941 do CPC/15 está ligada, sobretudo, à exigência de fundamentação, inerente a todas as decisões judiciais, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal e, em consequência, à observância do direito fundamental ao devido processo legal, na medida em que, na perspectiva endoprocessual, a norma garante às partes o conhecimento integral do debate prévio ao julgamento, permitindo o exercício pleno da ampla defesa, e, na perspectiva extraprocessual, confere à sociedade o poder de controlar a atividade jurisdicional, assegurando a independência e a imparcialidade do órgão julgador.” (REsp 1729143/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 15/02/2019.)

Ademais, jurisprudência não se constrói por meio do somatório de ementas e conclusões, mas pelo conjunto de razões reiteradamente adotadas por um órgão judiciário. Se jurisprudência é um entendimento constante e uniforme de um tribunal sobre determinada questão jurídica²⁰ e se, para que se possa extrair de uma decisão lições aplicáveis a casos

18 A exemplo, temos a Súmula nº 320, do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe: “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento.”

19 “O mesmo ocorre no cotidiano forense. Cada magistrado, ao interpretar, atribuiu um sentido próprio ao Direito. Esse fato constitui uma das premissas do ordenamento jurídico brasileiro e, ao menos no Estado Democrático de Direito, não pode ser totalmente afastada. É justamente por isso que se permite aos julgadores a divergência nos julgamentos colegiados. Parece ser correta a afirmação de que a divergência contribuiu para a legitimidade democrática de uma decisão do Poder Judiciário, justamente por permitir que mais de um olhar seja lançado sobre uma determinada situação jurídica.” (KOSIKOSKI; PUGLIESE, 2018).

20 ““Chama-se Jurisprudência, em geral, ao conjunto das soluções dadas pelos tribunais às questões de Direito; relativamente a um caso particular, denomina-se jurisprudência a decisão constante e uniforme dos tribunais sobre determinado ponto do Direito.” (...) Veja-se que nada obstante estejamos tratando da valorização das decisões pretéritas, a constatação não vem em detrimento da importância das leis, ou regras e princípios positivados, além de elementos não textuais do Direito, como pode ser o próprio costume. Antes disso, a preocupação, ao menos inicial, é justamente uniformizar a interpretação ou aplicação concreta desse Direito, algo que vem muito a propósito das raízes históricas aqui existentes.” (MARIANI, 2018, p. 54).

posteiros, devem ser analisadas as razões utilizadas pelos magistrados para a adoção das conclusões extraídas, a simples utilização de ementas não supre a necessidade de fundamentação.²¹

Em um ambiente em que a jurisprudência deve ser considerada, a publicação dos votos divergentes no julgamento colegiado de casos é indispensável à sua correta aplicação.

Portanto, para que o jurisdicionado e os operadores do direito em geral tenham a possibilidade de agir em conformidade com o direito interpretado pelo Judiciário, bem como possam satisfatoriamente prever a direção na qual caminha a jurisprudência, seja por meio de sua consolidação, seja por meio de sua superação – e neste assim preservada sua dignidade e respeitada sua liberdade de livremente direcionar suas escolhas de vida - os Tribunais, as Cortes Supremas e os órgãos de primeiro grau de Jurisdição, dentro de suas devidas competências, devem se conformar institucionalmente de maneira a propiciar o diálogo entre os agentes que participam do processo decisório e viabilizar o conhecimento do caminho já percorrido e da tendência de caminhos a se percorrer. O desenho institucional importa.

4. Turma Recursal da Fazenda Pública, jurisprudência e publicação do voto divergente

Os juizados especiais da Fazenda Pública, no âmbito da Justiça Comum Estadual, foram instituídos pela Lei 12.153/09, que regula seu o procedimento e sua competência.

Trata-se de lei que bastante se assemelha à lei dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/01), muito em razão da grande semelhança das partes envolvidas – Estado e suas autarquias e fundações como demandados.

21 “As razões pelas quais a maioria de um colegiado se posicionou em determinado sentido só são compreendidas com a leitura da íntegra do julgamento, uma vez que a ementa deixa explícito apenas o que corresponderia, em uma sentença, ao dispositivo. E ementa “sintetiza a tese jurídica adotada no julgamento”, por meio das razões de decidir explicitadas pelo relator. E, no respeito à correta compreensão da força normativa (= eficácia de precedente) do direito jurisprudencial, importam muito mais os motivos, até mesmo para o exercício de universalização pelo intérprete futuro, do que o *decisum em si*” (SCHMITZ; ALVIM, 2015, Cap. 24).

Em relação à sua competência, diante da redação do parágrafo 4º do artigo 2º da Lei 12.153/09²², diversas discussões surgiram quanto à extensão da competência absoluta às causas cujo valor esteja enquadrado no limite legal, mas cuja complexidade probatória ou jurídica seja incompatível com o rito sumaríssimo dos juizados especiais.

Constitui debate quanto aos dois critérios elencados pelo inciso I do artigo 98 da Constituição Federal para a criação dos juizados especiais: causas de pequena expressão econômica e causas de pequena complexidade.²³

Sobre a questão, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por meio da Seção Cível Ordinária, e em observância à jurisprudência que se constrói perante o Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria - iniciada em relação aos Juizados Especiais Federais²⁴ e mantida após a promulgação da Lei 12.153/09²⁵ -, firmou entendimento²⁶ no sentido de que a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública é absoluta nas comarcas em que instalado, independentemente da complexidade da causa.

22 Art. 2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.

(...)

§ 4º No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta.

23 “Há, portanto, previsão constitucional para criação de juizados de menor complexidade e de juizados de pequenas causas. Aqueles não se confundem com estes. Não se trata de nomes diferentes para o mesmo órgão jurisdicional. A Constituição Federal prevê a possibilidade de criação de juizados para causas de pouca complexidade, independentemente do valor envolvido, bem como de juizados destinados a causas de pequeno valor econômico.” (CUNHA, 2009).

24 A título de exemplificação: “Os Juizados Especiais Federais possuem competência para o julgamento das ações de fornecimento de medicamentos em que haja litisconsórcio passivo necessário entre a União, o Estado e o Município, cujo valor da causa não exceda sessenta salários mínimos, sendo desinfluente o grau de complexidade da demanda ou o fato de ser necessária a realização de perícia técnica” (AgRg no Resp 1.222.345/SC, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJe de 18/2/2011).

25 A exemplo, resumindo o entendimento da Corte: “2. A jurisprudência desta Corte entende que a competência dos Juizados Especiais deve ser fixada segundo o valor da causa, que não pode ultrapassar 60 salários mínimos, sendo irrelevante a necessidade de produção de prova pericial, ou seja, a complexidade da matéria.” (AgInt no AREsp 572.051/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2019, DJe 26/03/2019)

26 Acórdão paradigmático prolatado pela Seção Cível Ordinária do TJPR no âmbito do IAC nº 1711920-9/01, em seção de 14.06.2019, com relatoria do Desembargador Carlos Mansur Arida.

Trata-se de conclusão em consonância com os dispositivos legais aplicáveis à espécie, tendo o legislador adotado o valor da causa como critério de expressão da pouca complexidade, para fins de enquadramento das lides no inciso I do artigo 98 da Constituição Federal, ainda que ignorando a possibilidade de que existam questões complexas – em sentido jurídico ou probatório – com pouca ou nenhuma expressividade econômica e que estarão, inequivocamente, subordinadas aos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

O entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, e ratificado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, implica consequência clara, mas não tão evidente: uma miríade de questões jurídicas estará subordinada unicamente ao conhecimento dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Afinal, questões que não se enquadrem em nenhum dos incisos do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 12.153/09, cujos autores não sejam pessoas jurídicas e que necessitem de prova pericial estarão impossibilitadas de serem conhecidas por meio do Mandado de Segurança.

Tais casos terão apenas o valor da causa a determinar a competência – absoluta – para seu julgamento, sendo, portanto, direcionados aos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Isso implica, também, a aplicação da sistemática recursal própria dos Juizados Especiais da Fazenda Pública a essas causas, sendo as sentenças e decisões de questões liminares²⁷ direcionadas à Turma Recursal competente – atualmente a 4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do TJPR²⁸.

A 4ª Turma Recursal paranaense teve distribuídos entre seus pares, nos últimos três anos, 40.308 (quarenta mil trezentos e oito) recursos oriundos de Varas dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, em uma média de 13.436 (treze mil quatrocentos e trinta e seis) recursos distribuídos por ano²⁹. Tais são os números apenas dos processos que

27 Artigos 3º e 4º, Lei 12.153/09.

28 Artigo 17, Lei 12.153/09; art. 2º, inciso II, Resolução nº 235/2019 do Órgão Especial do TJPR.

29 Conforme relatório disponível no Sistema Projudi, pelo qual tramitam todos os processos perante as Turmas Recursais do Paraná, no ano de 2017 foram distribuídos aos magistrados que compõem

tiveram decisões e sentenças recorridas e os respectivos recursos distribuídos.

Percebe-se que, por mais que as causas que tramitam perante os Juizados Especiais da Fazenda Pública sejam de menor expressão econômica (limitadas a 60 salários-mínimos), o conjunto de todas as demandas pode ter reflexos significativos ao erário.

Para além da questão econômica, exsurge o viés orientador (prospectivo) da atuação da Turma Recursal responsável por tais julgamentos. Afinal, um órgão colegiado que decide mais de dez mil recursos por ano em face de Estado, Municípios e respectivas autarquias e fundações torna-se, invariavelmente, um órgão formador de jurisprudência, independentemente de eventual reduzido valor econômico ou objetividade na fundamentação de seus arestos.

O papel de turma formadora de jurisprudência pode ser ainda reforçado diante de específicos fatores introduzidos pela sistemática dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

No âmbito dos Juizados Especiais, muito em razão do rito sumaríssimo constitucionalmente exigido (inciso I do artigo 98 da Constituição Federal), as hipóteses recursais foram reduzidas ao máximo. Assim, cabem recursos à Turma Recursal, no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, apenas em face de sentença e decisão que analise pedido liminar (artigo 4º da Lei 12.153/09).

Já das decisões proferidas pela Turma Recursal será cabível, como recurso, apenas o Recurso Extraordinário, nos termos do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal e Súmula 640 do Supremo Tribunal Federal, a fim de dirimir controvérsias constitucionais.

Por outro lado, quanto a questões infraconstitucionais, as possibilidades tornam-se mais restritas.

Diante da redação do inciso III³⁰ do artigo 105 da Constituição Federal que traz “Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados”,

a 4ª Turma Recursal 10.246 recursos oriundos de processos que tramitaram pelo rito da Lei 12.153/09. Em 2018, foram distribuídos 15.891 e, em 2019, 14.171.

30 Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

diferentemente do inciso III³¹ do artigo 102, onde se lê “*em única ou última instância*”, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é incabível a interposição de Recurso Especial em face de acórdão de Turma Recursal pois, uma vez composta por magistrados de primeiro grau, não se enquadraria no conceito de “tribunais”. O entendimento restou consolidado com a elaboração da Súmula 203 do STJ³².

Ademais, ainda que possível fosse a interposição de recursos ao STJ, e mesmo com a possibilidade de interposição de Recurso Extraordinário ao STF, grande parte das questões dirimidas nos Juizados Especiais da Fazenda Pública dos Estados tratam de direito local (estadual e municipal), de modo que esbarram em entendimentos consolidados por ambas as Cortes de Vértice quanto à impossibilidade de interposição de recursos a elas em caso de violação dessas matérias, conforme Súmula 13 do STJ³³ – tendo em vista que fatalmente inexistirá divergência entre tribunais distintos em relação a direito local - e Súmula 280 do STF³⁴.

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

31 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a constitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

32 Súmula 203-STJ: Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais.

33 Súmula 13-STJ: A divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial.

34 Súmula 280-STF: Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.

Ainda, incabível a ação autônoma de Reclamação ao Superior Tribunal de Justiça no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, conforme fixado pela Corte no julgamento da Reclamação 22.033/SC³⁵.

Afora o Recurso Extraordinário, surge como possibilidade de revisão das decisões da Turma Recursal o Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei (PUIL), nos casos previstos no artigo 18 da Lei 12.153/09³⁶. O PUIL será direcionado ao Tribunal de Justiça ao qual vinculadas as Turmas Recursais, em caso de divergência entre Turmas do mesmo Estado – o que demanda uma pluralidade Turmas Recursais da Fazenda Pública no mesmo Estado, que não ocorre no Estado do Paraná –, ou ao Superior Tribunal de Justiça, quando ocorrer divergência de interpretação de lei federal entre Turmas Recursais de diferentes Estados ou quando houver decisão contrária a Súmula do próprio STJ.

Trata-se de hipóteses restritas, e que abarcam apenas uma pequena parte das controvérsias submetidas aos Juizados Especiais da Fazenda Pública – apenas aquelas que envolvam controvérsia em relação a lei federal e à Constituição.

35 “(...) 1. O sistema para processo e julgamento de causas em juizados especiais é composto por três microssistemas: a) Juizados Especiais Estaduais Comuns - instituídos pela Lei n. 9.099/1995; b) Juizados Especiais Federais - instituídos pela Lei n. 10.259/2001 e; c) Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal - instituídos pela Lei n. 12.153/2009. Cada um deles é submetido a regras específicas de procedimento, inclusive com relação ao mecanismo de uniformização de jurisprudência e de submissão das decisões das Turmas Recursais ao crivo do Superior Tribunal de Justiça.

(...)

4. Finalmente, quanto ao microssistema dos Juizados Especiais da Fazenda Pública instituídos pela Lei n. 12.153/2009 é cabível o pedido de uniformização de jurisprudência, nas hipóteses dos arts. 18 e 19 da Lei n. 12.153/2009, ou seja, quando: a) as Turmas de diferentes Estados derem a lei federal interpretações divergentes ou; b) a decisão proferida estiver em contrariedade com súmula do Superior Tribunal de Justiça.” (Rcl 22.033/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/04/2015, DJe 16/04/2015).

36 Art. 18. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei quando houver divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais sobre questões de direito material.

§ 1º O pedido fundado em divergência entre Turmas do mesmo Estado será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência de desembargador indicado pelo Tribunal de Justiça.

§ 2º No caso do § 1º, a reunião de juízes domiciliados em cidades diversas poderá ser feita por meio eletrônico.

§ 3º Quando as Turmas de diferentes Estados derem a lei federal interpretações divergentes, ou quando a decisão proferida estiver em contrariedade com súmula do Superior Tribunal de Justiça, o pedido será por este julgado.

Dessa forma, tem-se em que na grande maioria das ações propostas dentro desse microssistema a Turma Recursal da Fazenda Pública será a última instância a apreciar a lide – e a dar palavras finais à controvérsia.

E é justamente diante de cenário tal que a Turma Recursal da Fazenda Pública surge como *locus* de formação de jurisprudência³⁷. Afinal, as decisões por ela prolatadas são definitivas em grande parte das controvérsias e os entendimentos ali firmados – e eventualmente alterados – reverberam diretamente no direito pretendido pelas partes em face do Estado.

Será natural, assim, que as partes passem a adequar seus comportamentos, confiando na sua permanência, aos entendimentos firmados pelo órgão acerca das matérias a ele submetidas.

Nessa conjuntura, antecipar os rumos hermenêuticos traçados pela Turma Recursal se faz de suma importância, sob pena de o jurisdicionado ver-se surpreendido por interpretações inéditas e contrárias a qualquer expectativa legitimamente criada.

Entretanto, para que se possa ter ciência dos rumos a serem tomados pelo órgão, não basta apenas ter ciência das decisões unâimes. Em regra, é nos julgamentos em que dividido o quórum que se vislumbra o início da alteração de entendimento. E essas informações apenas são repassadas ao jurisdicionado por meio do voto divergente.

Ocorre que, atualmente, a 4^a Turma Recursal do Estado do Paraná, responsável pelo julgamento dos recursos oriundos das Varas dos Juizados Especiais da Fazenda Pública paranaenses, possui entendimento de que a publicação do voto vencido se faz medida desnecessária e supérflua para a

37 A importância de que as Turmas Recursais mantenham sua jurisprudência íntegra e coerente é, inclusive, reforçada pela Resolução 02/2019 – CSJE (Regimento Interno das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazenda Pública do Estado do Paraná), que prevê procedimentos internos a fim de que seja a jurisprudência assim mantida (arts. 28 a 31).

sistemática dos Juizados Especiais, inexistindo dever de sua publicação pelo órgão, ante a ausência de previsão legal expressa para tanto^{38 39}.

Nada obstante, a simples inexistência de previsão de publicação do voto não deve ser tomada, de pronto, como silêncio eloquente do legislador. Afinal, no que for aplicável e, principalmente, no que venha a dar maior concretude aos princípios processuais constitucionais e à eficiência judicial, não há óbice à adoção, pelos Juizados Especiais, de normas insculpidas no Código de Processo Civil.⁴⁰

Independentemente do acerto ou desacerto das decisões tomadas pela Turma, o fator surpresa decorrente da não publicação dos votos divergentes constitui, em si mesmo, grave violação às partes na qualidade de seres racionais que pautam suas condutas conforme o direito, ou, mais precisamente, conforme o direito interpretado pelas Cortes.

Imperioso, assim, que a Turma Recursal publique seus votos divergentes, garantindo com isso a necessária segurança jurídica e conformando-se a seu papel de *locus jurisprudencial*.

5. Conclusão

Diante das premissas adotadas no presente trabalho, conclui-se que, seja em razão do alinhamento do direito positivo a uma cultura de valorização da decisão pretérita e da divergência (artigo 941, §3º, do CPC), seja em razão do valor, em si mesmo, da previsibilidade e da coerência dos

38 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, EQUÍVOCO E CONTRADIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PAGAMENTO INTEGRAL DAS HORAS EXTRAS. MERO INCONFORMISMO. DEMONSTRAÇÃO CLARA DAS RAZÕES QUE FORMARAM O CONVENCIMENTO DO ÓRGÃO JULGADOR. COMPLEMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO COM O VOTO VENCIDO DO JULGAMENTO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INUTILIDADE DO PLEITO. VERBAS DE SUCUMBÊNCIA. FIXAÇÃO NOS LIMITES DO ART. 55 DA LEI Nº 9.099/95. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS. (TJPR - 4ª Turma Recursal - 0002283-72.2017.8.16.0165 - Telêmaco Borba - Rel.: Juíza Manuela Tallão Benke - J. 28.02.2019).

39 No âmbito dos Juizados Especiais Federais do Estado do Paraná, vinculados ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, também há entendimento no sentido de que inexistente a necessidade da publicação do voto divergente em caso de julgamento não unânime. A exemplo, vide: Recurso nº 5000595-38.2019.4.04.7003, PRIMEIRA TURMA RECURAL DO PR, Relator GERSON LUIZ ROCHA, julgado em 13/02/2020.

40 “Seja como for, havendo lacuna legislativa dentro da sistemática dos juizados e sendo a norma no diploma geral compatível com os ideais que norteiam o microssistema, é imperiosa a aplicação do CPC” (NÓBREGA, 2017).

sistemas jurídicos, ou ainda em razão das graves consequências práticas nos direitos tutelados, à Turma Recursal da Fazenda Pública do Estado do Paraná, na qualidade de órgão formador de jurisprudência – e, assim, de atuação também prospectiva –, se impõe a publicação dos votos divergentes, a fim de dar aos jurisdicionados e aos operadores do direito em geral o ferramental necessário à correta orientação de suas ações e escolhas.

Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2006.

ÁVILA, Humberto. Constituição, liberdade e interpretação. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common Law e Civil Law na Sociedade Contemporânea*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

BOTELHO, Cristiane Miranda. FIORINDO, Regivano. Deliberação nas cortes superiores. Julgamento per seriatim e per curiam. Importância da fixação da ratio decidendi. Delineamento de técnicas processuais de distinção – distinguishing. Exame de caso paradigmático julgado pela turma nacional de uniformização dos juizados especiais federais. *Revista de Processo*, v. 258, p. 317-340, 2016.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre a competência dos Juizados Especiais Cíveis Federais. *Revista de Processo*, v. 173, p. 33-53, 2009.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Influências extrajurídicas sobre a decisão judicial – objetividade, previsibilidade e determinação. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. O IRDR e a formação dos precedentes qualificados no Brasil. In: NUNES, Dierle. JAYME, Fernando Gonzaga. MENDES, Aluisio (Coord.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no Código de Processo Civil/2015 – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-Book.

JOBIM, Marco Félix. DUARTE, Zulmar. Ultrapassando o precedente: anticipatory overruling. *Revista de Processo*, v. 285, p. 341-362, 2018.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. PUGLIESE, William Soares. Considerações sobre a ampliação do quórum no julgamento da apelação. *Revista de Processo*, v. 276, p. 237-261, 2018.

MARÇAL, Felipe Barreto. Contraditório, fundamentação e técnica de julgamento colegiado: violação do contraditório (e ao dever de fundamentação), da isonomia, da previsibilidade e da segurança jurídica com o sistema de “votação global”. *Revista de Processo*, v. 290, p. 247-275, 2019.

MARIANI, Rômulo Greff. Precedentes na arbitragem. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-book.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, v. 245, p. 333-349, 2015.

NÓBREGA, Rafael Estrela. O novo Código de Processo Civil e os Juizados Especiais Cíveis: aplicação subsidiária, supletiva e o diálogo das fontes. *Revista de Processo*, v. 271, p. 341-365, 2017.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, v. 39, n. 3, p. 571-605, 1987.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. ALVIM, Arruda. Ementa. Função indexadora. (Ab)uso mecanizado. Problema hermenêutico. In: NUNES, Dierle. JAYME, Fernando Gonzaga. MENDES, Aluisio (Coord.). A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no Código de Processo Civil/2015 – Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-Book.

SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 47, p. 205-225, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. *Revista dos Tribunais*, v. 893, p. 33-45, 2010.

Submissão: 08 de novembro de 2020

Aceite: 16 de fevereiro de 2021

Autoria:

Heloisa Führ Bonamigo *helobonamigo@hotmail.com*

Mestranda em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela PUCPR. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogada.

Leonardo Catto Menin *leocmenin@gmail.com*

Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Pós-graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Graduado em Direito na Universidade Federal do Paraná.

Como citar este documento:

BONAMIGO, Heloisa Führ; MENIN, Leonardo Catto. Turma Recursal da Fazenda Pública do Paraná como locus de formação de jurisprudência e o dever de publicação do voto divergente. **Revista Eletrônica do CEJUR**, v. 2, n. 5, set/dez 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/cejur.v2i5.77775>.

A constitucionalidade da extração dos limites de alteração contratual previstos no parágrafo 1º do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/1993 em licitações financiadas pelo BID e pelo BIRD

The constitutionality of limits extrapolation of the contractual amendment according to the first paragraph of article 65 of federal law nº 8.666/1993 in biddings financed by the IDB and IBRD

Laerzio Chiesorin Junior

Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Guilherme Malucelli

Unicuritiba, Curitiba, Paraná, Brasil

Resumo: O presente artigo trata da constitucionalidade da diretriz internacional que possibilita a superação dos limites de alteração contratual em licitações financiadas pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD. O artigo 42, §5º, da Lei nº 8.666/1993 admite a aplicação das regras impostas por estes bancos internacionais em matéria de licitações e contratos administrativos, mesmo em detrimento da legislação nacional, desde que não conflitantes com o princípio do julgamento objetivo. Com atenção a esta permissão concedida pela Lei Geral de Licitações de se utilizar regras estranhas ao ordenamento jurídico brasileiro em licitações financiadas por tais organismos, analisa-se a constitucionalidade da regra internacional que admite a extração dos limites previstos pelo artigo 65, §1º, da Lei nº 8.666/1993 para a alteração dos contratos administrativos (ou seja, quando se realizam aditivos contratuais que superam 25% - ou 50% a depender do objeto do contrato – dos quantitativos originários), fixando-se as premissas necessárias para uma correta interpretação do art. 42, §5º, da Lei nº 8.666/1993, comparando os preceitos e princípios constitucionais resguardados pelas normas colocadas em situação de conflito, realizando-se um controle de constitucionalidade da diretriz internacional e, por fim, colacionando-se circunstâncias externas que corroboram para a conclusão do presente trabalho. A metodologia de pesquisa do presente trabalho foi doutrinária e jurisprudencial e foi regida pelo método lógico-dedutivo.



Palavras-chave: Licitações internacionais; financiamento internacional; princípios constitucionais; controle de constitucionalidade; diretrizes internacionais.

Abstract: The present article is about the constitutionality of international guidelines that enables the limits to overcome the contractual amendment in bidding financed by Inter-American Development Bank (IDB) and International Bank for Reconstruction and Development (IBRD). Article 42, §5°, Law nº 8.666/1993, admits the application of rules imposed by these international banks in the matter of bidding and administrative contracts, even to the detriment of national legislation, as long as there are no conflicts with the principle of the objective judgment. Considering this allowed permission by the General Bidding Law of using odd rules to the Brazilian juridical system in financed biddings by such organisms, it is analyzed its constitutionality of the international rule that admits the limits extrapolation according to article 65, §1°, Law nº 8.666/1993, in order to change administrative contracts (that is, when executed contractual amendments are higher than 25% - or 50% depending on the contract object - from quantitative originary), fixing the necessary premises for a correct interpretation of the article 42, §5°, Law nº 8.666/1993, comparing to the constitutional precept and principles protected by the standards placed in a conflict situation, performing a constitutionality control of the international guidelines and, finally, collating external circumstances that corroborate for the conclusion of this present paper. The research methodology of this current paper was doctrinal, and jurisprudence and it was governed by the logic-deductive method.

Keywords: International biddings, international financing, constitutional principles, constitutionality control, international guidelines.

1. Introdução

A realidade brasileira sobre investimentos públicos em infraestrutura e outras áreas sensíveis ao desenvolvimento nacional está há anos atrelada à obtenção de financiamentos junto a bancos internacionais multilaterais dos quais o Brasil é parte. Como condição de tais financiamentos, devem os entes públicos brasileiros que pleiteiam os recursos adventícios se adaptar às diretrizes de tais instituições, especialmente em matéria de licitações e contratos administrativos.

Ocorre que muitas destas diretrizes estabelecem regras que conflitam com as normas brasileiras previstas na Lei Geral de Licitações. É por tal razão que o artigo 42, §5°, da Lei Federal nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) autoriza a aplicação das regras internacionais impostas por tais bancos em

detrimento da norma nacional em caso de conflito, desde que não violado o princípio do julgamento objetivo¹.

No presente artigo é analisada uma destas situações de conflitos. Mais especificamente, será tratado do conflito entre os itens 3, dos Apêndices 1, da Política de Aquisições do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e das Diretrizes para Aquisições do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD (BID, 2019; BIRD, 2011), e o §1º do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/1993. Explica-se.

Sendo um dos mutuários do BID (BID, 2020) e membro do BIRD (BIRD, 2020) o Brasil recebe financiamentos por tais instituições, estando submetido às suas diretrizes para aquisições e contratações de obras. Neste sentido, ambos os bancos possuem redações muito similares para regulamentar a admissão de alterações nos contratos administrativos por eles financiados. Trata-se dos itens 3 dos Apêndices 1 de suas políticas de aquisições, transcritos abaixo, respectivamente:

“3. No caso de contratos sujeitos a revisão ex ante, antes de conceder uma prorrogação substancial do prazo estipulado para a execução de um contrato ou aceitar uma modificação ou dispensa das condições de tal contrato, incluindo a emissão de uma ou várias ordens de mudança do mesmo (salvo em casos de extrema urgência), que em conjunto elevem o montante original do contrato em mais de 15% do preço original, o Mutuário deve solicitar ao Banco sua não objeção à prorrogação proposta ou modificação ou ordem de mudança. Se o Banco determinar que a proposta não está de acordo com as disposições do Contrato de Empréstimo ou do Plano de Aquisições, deve informar ao Mutuário a esse respeito o quanto antes, indicando as razões dessa determinação. O Mutuário deve enviar ao Banco, para seus arquivos, uma cópia de todas as adendas efetuadas aos contratos.” (BID, 2019, p. 35)

“3. Modificação do contrato assinado. Sempre que os contratos estiverem sujeitos a revisão prévia, antes de aceitar: (a) uma prorrogação significativa do prazo especificado para execução do contrato; (b) qualquer modificação expressiva no escopo dos serviços ou outras mudanças significativas dos termos e condições do

¹ Sabe-se que foi enviado para a sanção do Presidente da República o Projeto de Lei nº 4.253/2020 que, se sancionado em sua atual redação, revogará o artigo 42, §5º, da Lei nº 8.666/1993, na forma do seu artigo 1º, §3º, inciso II, alínea “b”, substituindo a exigência de não conflito com o julgamento objetivo pelo não conflito com os “princípios constitucionais”. Trata-se de mudança legislativa que em nada interfere para as conclusões do presente trabalho, ao contrário, só corrobora, eis que seu objeto é justamente analisar a “constitucionalidade” da regra internacional aqui estudada.

contrato; (c) qualquer mudança nas especificações ou emenda (salvo nos casos de urgência extrema) que, por si só ou em combinação com outras mudanças nas especificações ou emendas emitidas anteriormente, aumente o valor original do contrato em mais de 15% (quinze por cento) ou (d) uma proposta de rescisão do contrato, o Mutuário deverá solicitar a não objeção do Banco. Se o Banco determinar que a proposta é incompatível com as disposições do Acordo de Empréstimo e/ou do Plano de Aquisições, ele informará prontamente ao Mutuário, declarando as razões de sua decisão. Uma cópia de todas as alterações feitas no contrato deverá ser fornecida ao Banco, para seu registro.” (BIRD, 2011)

Veja-se que ambas as regras autorizam ilimitadamente, em tese, as alterações contratuais, desde que manifestada a “não objeção” do banco financiador para aquelas acima de 15% do valor original do contrato.

As regras acima, portanto, encontram-se em conflito com o aludido §1º do artigo 65, da Lei Federal nº 8.666/1993, que fixa limites para as alterações contratuais:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...)

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. (BRASIL, 1993)

Em consideração dos dispositivos acima, na hipótese de determinado gestor público autorizar um acréscimo de 35%, por exemplo, em um contrato administrativo de serviços financiado pelo BID ou BIRD, o conteúdo do §1º do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/1993 estará suprimido em sua totalidade. Eis a situação aparente de conflito que será analisada.

Nestas circunstâncias, ainda que justificada no artigo 42, §5º, da Lei Geral de Licitações, questiona-se a constitucionalidade da alteração contratual. Eis o objetivo deste artigo.

É necessário delimitar quais os critérios para a supressão da norma nacional, bem como os seus limites. Inicialmente será analisado o artigo 42, §5º, da Lei Nacional nº 8.666/1993 e a melhor interpretação que a doutrina vem extraindo do referido dispositivo. Fixar-se-ão, a partir daí, as premissas necessárias para analisar as regras postas em conflito: o artigo

65, §1º, da Lei Geral de Licitações e a regra internacional que possibilita a extrapolação dos limites de aditivos.

Há que se delimitar, também, os princípios e preceitos constitucionais resguardados pelas normas colocadas em situação de conflito, a fim de verificar se há incompatibilidade entre eles e, se afirmativo, realizar um controle de constitucionalidade que conforme a norma internacional à Constituição Federal. Serão apontadas ao final, ainda, circunstâncias externas que corroboram para a principal conclusão do presente trabalho.

Todas as conclusões deste artigo decorrem de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais cotejadas por meio do método lógico-dedutivo. Passa-se, desta forma, à explanação.

2. Análise interpretativa do artigo 42, §5º, da lei federal nº 8.666/1993: duas premissas em que se pauta o presente trabalho

Como explicado introdutoriamente, o artigo 42, §5º, da Lei Geral de Licitações autoriza que regras e procedimentos editados por organismos financeiros multilaterais substituam as normas nacionais correspondentes, desde que atendidos certos pressupostos².

A dificuldade encontrada no cotidiano das contratações públicas financiadas por estes bancos internacionais é extrair do conteúdo do mencionado artigo 42, §5º, da Lei Federal nº 8.666/1993 a sua melhor interpretação para que sejam aferidos com segurança os exatos limites da aplicação irrestrita de tais regras internacionais.

É uma discussão antiga, apesar de se renovar de tempos em tempos, sempre que encontradas novas barreiras no caso concreto. A problemática deste trabalho propõe a solução para uma dessas barreiras.

Para tanto, mostra-se adequada uma análise sistemática do artigo 42, §5º, da Lei Federal nº 8.666/1993, dada a vaguedade de sua literalidade, a fim

² De acordo com Rafael Wallbach Schwind seriam eles: **a)** existência de recursos de origem estrangeira, e **b)** condição essencial imposta pelo organismo internacional para o repasse dos recursos (SCHWIND, 2013). Referidos pressupostos não serão objeto do presente trabalho, pois, para a finalidade deste estudo, presume-se que ambos já se fazem presentes.

de revelar as premissas que derivam do dispositivo legal, sobre as quais será assentado o presente estudo:

Art. 42, §5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) (BRASIL, 1993)

É de se ressaltar, antes de investigar a axiologia da norma, que o enunciado prescritivo acima sofreu alteração pela Lei Federal nº 8.883/1994, substituindo a exigência de respeito aos “princípios basilares desta Lei” pelo respeito ao “princípio do julgamento objetivo”, como se vê do texto original:

Art. 42, §5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas na respectiva licitação, mantidos os princípios basilares desta Lei, as normas e procedimentos daquelas entidades e as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional. (Redação original) (BRASIL, 1993)

Sem qualquer intenção de revolver a “ultrapassada” – expressão utilizada por Lenio Streck ao lecionar sobre o tema³ – discussão entre a “vontade do legislador” (corrente subjetivista) e a “vontade da lei” (corrente objetivista), entende-se como relevante voltar ao passado e entender o histórico de elaboração da referida norma, ainda que seja

³ Ultrapassada porque, segundo o Autor, ambas as correntes, dos subjetivistas e dos objetivistas, são frequentemente utilizadas pelos aplicadores do Direito, e ambas possuem aspectos favoráveis e criticáveis. (STRECK, 1999)

apenas um dentre vários momentos de todo o processo hermenêutico para a sua compreensão axiológica.

Neste sentido, como visto, houve, com o advento de sua nova redação, a supressão da exigência de que as normas e procedimentos internacionais fossem compatíveis com os “princípios basilares” da Lei Geral de Licitações. Em que pese referida alteração gerar elevada atividade hermenêutica por parte dos intérpretes que, de certo modo, desconstruíram a literalidade da nova redação – conforme será explicitado adiante –, ela demonstra, no mínimo, uma preocupação do legislador em flexibilizar o regramento interno a fim de possibilitar, ao máximo, o atendimento às condições internacionais, afinal, tratam-se de regras feitas pelos responsáveis pelo financiamento da contratação.

Tal situação não significa qualquer sacrifício da soberania nacional em detrimento de interesses estrangeiros, até porque, como será demonstrado, existem filtros rigorosos de admissão da diretriz internacional. O que a vontade do legislador da atual redação do artigo 42, §5º, da Lei nº 8.666/1993 aponta é, em passando a regra estrangeira por tais filtros, que se atribua a ela a melhor interpretação que possibilite a sua máxima internalização, para facilitar importantes relações jurídicas cada vez mais presentes em um cenário globalizado.

Portanto, se relevante a hermenêutica da presente norma sob uma ótica subjetiva, sobressalta a intenção em flexibilizar ao máximo as normas internas de modo a se admitir, o quanto possível, a aplicação da norma editada pelo organismo internacional financiador. Esta é a primeira premissa.

Por outro lado, utilizando-se da hermenêutica objetivista, imprescindíveis contornos foram atribuídos à redação do §5º a fim de impedir qualquer análise estritamente literal que conflitasse com a lógica sistemático-constitucional das licitações e, consequentemente, com o próprio ordenamento jurídico brasileiro.

Marçal Justen Filho, ao comentar o dispositivo legal em exame, afirma que “em qualquer caso, o princípio norteador será a prevalência da soberania nacional e a indisponibilidade dos interesses fundamentais” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 927). E é seguindo tais diretrizes que, ao comentar especificamente a alteração do texto legal proporcionada pela Lei nº 8.883/1994 – o que apenas é achado nas edições mais antigas de sua

obra –, não hesitou em resguardar todos os “princípios norteadores da atividade da Administração Pública”⁴.

Por se compreender a ideia de que o regime jurídico administrativo forma um sistema de princípios desvinculáveis entre si, é que doutrinadores passaram a interpretar o artigo 42, §5º ignorando a supressão feita⁵. Em outras palavras, o legislador empreendeu esforços para desfazer a exigência de cumprimento dos princípios basilares da lei de licitações, mas os aplicadores da norma passaram a interpretá-la de maneira ampla reinserindo o necessário atendimento de tais princípios em seu sentido.

Nesta esteira, afirma Rafael Wallbach Schwind:

Na realidade, não basta que se observe o princípio do julgamento objetivo, como exige o §5º do artigo 42 da Lei nº 8.666. As regras aplicáveis às licitações financiadas por organismos internacionais devem observar todos os princípios fundamentais das licitações, tais como os da impessoalidade, isonomia, publicidade, moralidade, probidade administrativa e eficiência. O fato é que todos esses princípios se relacionam entre si, sendo impossível o isolamento e aplicação dissociada de apenas um deles em detrimento dos outros.

Assim, quando se refere à necessidade de observância do princípio do julgamento objetivo, o §5º do artigo 42 da Lei nº 8.666 deve ser interpretado de forma ampliativa, como fazendo referência a *todos* os princípios fundamentais das licitações, que, em última análise, são comandos inafastáveis de natureza constitucional.(SCHWIND, 2013, p.123-124)

Correto o entender do jurista, o qual é corroborado pelas lições de Carlos Ayres Britto ao afirmar que o elemento eidético das normas gerais

⁴ “Supriu-se a exigência de observância dos princípios basilares da Lei nº 8.666. Isso não significa, obviamente, autorização para superarem-se os princípios norteadores da atividade da Administração Pública. Quanto a isso, nem a própria Constituição Federal poderia promover uma renúncia incompatível com o princípio da República.” (JUSTEN FILHO, 2000, p. 425).

⁵ A exemplo de Toshio Mukai que, ao comentar sobre o tema, alega: “Fica, então, a questão: de acordo com o § 5º do art. 42 da Lei nº 8.666/93, nas licitações internacionais há que se observar tão-só as normas dos mencionados organismos financeiros internacionais e o princípio do julgamento objetivo? Pensamos que não. [...] Quanto ao princípio – embora a lei obrigue agora apenas a observância do princípio do julgamento objetivo –, é óbvio que os demais princípios inscritos no art. 3º da Lei nº 8.666/93 são indiretamente, de observância obrigatória, uma vez que, para que seja atendido o princípio do julgamento objetivo, haverá que se observar as regras do edital (vinculação ao instrumento convocatório), a competitividade e o princípio da igualdade (porque este é de ordem constitucional – art. 37, XXI, da CF).” (MUKAI, 1999, p. 68-69).

da Lei nº 8.666/1993 “é o desatamento de princípios e regras da própria Constituição” (BRITTO, 1997, p. 27).

Ainda, na mesma linha, a própria definição de Celso Antônio Bandeira de Mello ao afirmar que a “desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos” (MELLO, 2014, p. 54).

Conclusão que se faz com referidas manifestações é que o descumprimento de um princípio afeta todo o sistema, todo o restante. Assim, em que pesa a intenção do legislador em facilitar e estimular as relações jurídicas com organismos internacionais, não é devida a substituição da exigência de cumprimento de um sistema de princípios – que, conforme lição supracitada de Carlos Ayres Britto, se trata de relançamento de temas já constitucionalmente versados (BRITTO, 1997) – pelo cumprimento de um único princípio, afinal, o desatendimento deste implica na ofensa de todos os demais.

É por tal constatação que se admite a internalização das regras editadas pelos organismos internacionais desde que compatíveis com a Constituição Federal, consequentemente com os princípios do regime jurídico administrativo e consequentemente com os princípios basilares da Lei nº 8.666/1993.

Apesar de alguns citarem apenas a Constituição Federal como elemento condicionante (CITADINI, 1997), outros mencionarem também os princípios gerais de licitação (COSTA, 2014), e outros “as normas pátrias” em geral⁶, entende-se que, em verdade, todos se referem ao mesmo núcleo, afinal o sistema jurídico-constitucional que disciplina as licitações envolve uma gama de princípios indissociáveis, os norteadores da Administração Pública, e os basilares das licitações. São, pois, inafastáveis. Esta é a segunda premissa pela qual se pauta o presente trabalho.

Referida premissa, por outro lado, não abrange todas as normas da Lei Geral de Licitações, irrestritamente. Como apontado por Anderson

⁶ Prejulgado nº 1.256, TCE-SC: “Salvo quando houver acordo formal para utilização de recursos do financiamento externo para pagamento de despesas realizadas pela entidade executora estadual antes da celebração do contrato de empréstimo do programa a ser financiado, a contratação dessas despesas deve ter por base legal a legislação nacional sobre licitações e contratos, podendo ser adotadas as normas do organismo internacional naquilo que não conflitar com as normas pátrias. (...)” (TCE-SC. 2003, on-line).

Sant'ana Pedra, existem normas da Lei nº 8.666/1993 que são substituíveis por regramentos estrangeiros, e já outras que não admitem afastamento⁷. Tal assunto será abordado em apartado, bastando, neste momento, o conhecimento de que existem normas da lei ordinária ora em apreço que são afastáveis e outras que não.

Ainda, para corroborar a conclusão da presente premissa, a manifestação do Tribunal de Contas da União:

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO CUSTEADA COM RECURSOS FINANCIADOS POR INSTITUIÇÕES QUE COMPÓEM O GRUPO BANCO MUNDIAL. ENTENDIMENTO DO TCU. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA A ANULAÇÃO DO CERTAME.

1. De acordo com o art. 42, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, é possível a realização de processos licitatórios que obedeçam às condições previstas em contratos assinados com instituições financeiras multilaterais e, ainda, a adoção de procedimentos por elas exigidos.

2. Nada obstante, consoante a Decisão nº 1.640/2002 - Plenário, eventual contrato de empréstimo internacional não pode conter cláusulas conflitantes com a Constituição Federal, uma vez que os princípios constitucionais prevalecem em caso de divergência com as normas dos organismos de financiamento, sendo cabível, ainda, a aplicação subsidiária dos ditames da Lei nº 8.666/1993.

3. A exigência não justificada, do ponto de vista técnico-econômico, de experiência mínima de dez anos na prestação de serviços similar ao licitado consubstancia restrição ao caráter competitivo do certame.

4. Deve ser fixado prazo para a anulação de certame maculado do vício insanável da restrição à competitividade. (TCU, 2014).

Dianete do que até aqui foi investigado, tem-se, portanto, a presença de duas premissas: **a)** que se dê a maior aplicação possível às regras exigidas pelos organismos internacionais financiadores da contratação pública; **b)** a admissão de regras estrangeiras não deverá ocorrer em prejuízo da soberania nacional e do interesse público, devendo estas serem compatíveis

⁷ Para tanto, o Autor faz a distinção entre “normas-regra” (afastáveis) e as “normas-princípio” (inafastáveis) (PEDRA, 2006). Para os fins do presente trabalho, referida classificação não será utilizada, mas sim aquela proposta por Carlos Ayres Britto: “normas substanciais” e “normas adjetivas” (BRITTO,1997).

com a Constituição Federal e, consequentemente, com os princípios norteadores da Administração Pública, inclusive em matéria de licitações.

Atentando-se para estas duas premissas, prossegue-se com o desafio proposto. Afinal, a partir de então, sempre com o esforço de se possibilitar a aplicação com máxima eficácia da regra internacional aqui em apreço, deve-se examinar se esta é compatível com a Constituição Federal e com os princípios norteadores da Administração Pública, inclusive em matéria de licitações.

3. Compatibilidade das diretrizes internacionais com a constituição federal

Conforme brevemente explicitado no último tópico, não são todas as disposições da Lei nº 8.666/1993 que são inafastáveis, pelo contrário, grande parte do diploma em discussão é formada por normas substituíveis. É que, no entendimento de Carlos Ayres Britto, por mais que a Lei Geral de Licitações seja responsável por “normas gerais” de licitação, isto não admite a elevação de todas estas normas ao status de normas-princípio (BRITTO, 1997):

É também a partir desta colocação preliminar que não aceitamos de modo absoluto ou sem ressalva a categorização das normas gerais como princípios-*em-si*; quer dizer, como princípios inteiramente estabelecidos *ex-novo*, no sentido de sua não necessária recondução à materialidade da Constituição Federal de 1988. E porque assim pensamos, não nos parece de todo acertado o juízo de serem as normas gerais sobre licitação uma imperiosa fórmula paramétrica, um molde rígido, uma orientação ou milimétrico roteiro, enfim, se por total roteirização se deva entender um limite ao mesmo tempo negativo e positivo para a legiferação específica das ordens federadas distintas da União. (BRITTO, 1997, p. 21)

De fato, embora as normas gerais sempre estejam vinculadas ao conteúdo constitucional, dando-lhe concreção e conceituação (BRITTO, 1997), isto não as torna absolutas. Ainda que estas normas revelem em diferentes graus o resguardo de valores e preceitos constitucionais, elas não encarnam o princípio constitucional *per si*, mas apenas estabelecem diretrizes para o seu cumprimento. Neste sentido, as palavras de Lúcia Valle Figueiredo em clássico texto sobre a competência administrativa dos estados e municípios:

Sintetizando podemos afirmar: normas gerais, no ordenamento brasileiro, têm características diferenciadas das normas (classicamente também denominadas de

gerais), dispõem de forma homogênea para determinadas situações para garantia da segurança e certeza jurídicas, estabelecem diretrizes para o cumprimento dos princípios constitucionais expressos e implícitos, sem se imiscuírem no âmbito de competências específicas dos outros entes federativos. (FIGUEIREDO, 1997, p. 10)

O que parece ocorrer quando se menciona o “respeito aos princípios basilares da Lei Geral de Licitações”, é que, pelo conteúdo genérico que apresentam as normas gerais, muitos confundem estas - talvez por se basearem na distinção entre princípios e regras de acordo com o seu grau de abstração⁸ - com efetivos princípios. Daí advém uma tendência em se imaginar as regras internacionais exercendo uma função meramente complementar às normas gerais, sem poder contrariá-las.

Referida visão é equivocada, pois o artigo 42, §5º, da Lei nº 8.666/1993 colocou as regras internacionais em posição de hierarquia semelhada às normas gerais nacionais, podendo, inclusive, substituí-las nas licitações financiadas por organismos estrangeiros, se atendidos os princípios constitucionais e basilares das licitações.

Partindo-se da ideia de que normas gerais não se identificam necessariamente com princípios, pois apenas estabelecem as diretrizes necessárias para o cumprimento destes, tem-se que, desde que as normas internacionais também busquem resguardar o cumprimento dos mesmos princípios que as normas gerais, nada impede a substituição, por mais que estas estabeleçam diferentes diretrizes – lê-se: diferentes caminhos –, pois a finalidade é a mesma: a proteção de iguais princípios.

É por isso que as diretrizes impostas pelos organismos financeiros multilaterais podem conviver com o ordenamento jurídico brasileiro⁹, pois aquelas, ainda que sejam materialmente diversas das normas internas, buscam o resguardo de idênticos princípios.

⁸ Cita-se aqui Humberto Ávila, forte crítico às teorias de DWORKIN e ALEXY, o qual, em sua obra, insiste no critério do “grau de abstração”, aprofundando-o de modo a definir que a distinção entre princípios e regras é “o grau de determinação do fim e da conduta” (ÁVILA, H., 1999).

⁹ Neste sentido, Anderson Sant'ana Pedra afirma que “as guidelines, por si só, não afrontam o ordenamento jurídico nacional, mas sim a "interpretação" que costumeiramente alguns agentes públicos conferem a essas normas, maculando a competitividade do certame, e por consequência lógica atingindo de morte os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública.”. (PEDRA, 2006, p. 17)

Situação outra seria se a regra internacional em conflito se voltasse à proteção de valores jurídicos estranhos ao regime administrativo brasileiro, ou mesmo afastasse a incidência de um dos princípios resguardados pela norma nacional correspondente. Neste caso, prevaleceria a norma nacional, com a impossibilidade de substituição.

Resta, nesta esteira, analisar os princípios que se encontram protegidos pelas normas aqui em discussão: o artigo 65, §1º, da Lei Geral de Licitações, e os itens 3, dos Apêndices 1, das diretrizes do BID e do BIRD.

3.1. Princípios resguardados pelas normas conflitantes

Partindo-se da ideia até aqui trabalhada de que normas gerais possuem como função precípua o estabelecimento de diretrizes para o cumprimento dos princípios por elas resguardados e, tendo-se em conta que o artigo 42, §5º, da Lei Federal nº 8.666/1993 possui disposição expressa acerca da prevalência das regras internacionais quando, ainda que por diretrizes distintas, buscarem o resguardo dos mesmos princípios da norma nacional correspondente, impõe-se a análise dos princípios resguardados pelas duas normas aqui colocadas em situação de conflito¹⁰.

Se as normas conflitantes buscarem o resguardo de princípios distintos, ou melhor, se a regra internacional eliminar a observação de algum princípio protegido pela norma nacional, a regra internacional deverá ser imediatamente expurgada. Por outro lado, se ambas as normas, ainda que por caminhos diversos, possuírem por finalidade a proteção de idênticos princípios, ou, ainda, admitirem interpretação que conforme a

¹⁰ Quando nos utilizada a expressão “conflito”, de plano se discorda daqueles que entendem que o artigo 65, §1º, da Lei nº 8666/1993, e a regra internacional podem ser harmonizadas. A dita tentativa de harmonização das duas normas acaba por anular por completo o sentido da regra internacional, tornando-a inócula. É que, a razão de existir de uma regra que autoriza aditivos acima de determinado limite percentual, desde que submetidos a uma avaliação mais acurada do organismo internacional, é justamente possibilitar o exame de casos excepcionais e outras circunstâncias específicas do caso concreto. Entende-se que a regra internacional conflita com a norma nacional, não podendo aquela ser interpretada de modo a perder sua própria essência. Ademais, entende-se que o princípio da harmonização serve para a pacificação de conflitos entre princípios ou entre garantias fundamentais, e não entre regras. Para o conflito entre regras, vale a máxima do “tudo ou nada” estabelecida por DWORKIN, qual seja, de que ou a regra é em sua integralidade aplicada, ou ela é considerada inválida em sua integralidade (DWORKIN, 1991. Apud ÁVILA, H.,1999)

sua aplicabilidade ao resguardo destes, a internalização da regra internacional será possível. Passa-se à explanação.

Dispõe o artigo 65, §1º, da Lei Nacional nº 8.666/1993:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...)

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.(BRASIL, 1993)

Depreende-se do dispositivo legal em destaque que a Lei Geral de Licitações estabelece limites (25% e 50%) de alteração nos contratos administrativos. Em que pese forte divergência jurisprudencial e doutrinária acerca da melhor interpretação a ser atribuída ao texto legal, definindo-se para quais casos de alterações – qualitativas ou quantitativas, unilaterais ou amigáveis – seriam aplicáveis tais limites¹¹, fato é que o enunciado prescritivo apenas dispõe, genericamente, que “nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder” os mesmos¹².

Sem pretensão de adentrar – ao menos por hora – às nuances epistemológicas dos inúmeros institutos dispostos pelo artigo 65 da Lei nº 8.666, uma conclusão se pode extrair com certa tranquilidade, não apenas dos já referidos limites previstos no §1º, mas de todas as regulações que condicionam as alterações contratuais presentes na Seção III do Capítulo III da Lei de Licitações, a saber: existem limites para as alterações dos contratos administrativos. Podendo elas serem cláusulas exorbitantes favoráveis à Administração Pública, de forma alguma identificar-se-ão

¹¹ Há uma corrente doutrinária, representada por Celso Antônio Bandeira de Mello, Antônio Carlos Cintra do Amaral, Marçal Justen Filho, que entende serem aplicáveis tais limites apenas para as alterações unilaterais quantitativas, mas não às amigáveis qualitativas. Outra corrente, em sentido contrário, liderada por Jessé Torres Pereira Júnior, Diógenes Gasparini e outros, entende de maneira mais conservadora pela aplicação dos limites a qualquer tipo de alteração contratual. Esta última, inclusive, é acompanhada pelo Tribunal de Contas da União, que prevê excepcionalíssima justificativa para a desobediência dos limites, se atendida uma série de requisitos, sem diferenciar licitação quantitativa de qualitativa. A abordagem sobre referida divergência de entendimentos ganhará especial atenção em tópico específico.

¹² Única exceção prevista na norma é a supressão amigável, conforme dispõe o §2º, inciso II. (BRASIL. 1993)

como “privilegios”¹³ desta. Trata-se de instituto jurídico que jamais autorizará o seu uso arbitrário.

Não inovando no tema, mas propondo a sua visualização sob ótica diversa – mesmo porque há que ser privilegiado o entendimento de Genaro Rubén Carrió de que as classificações não são verdadeiras nem falsas, mas sim úteis ou inúteis (CARRIÓ, 1973) –, entende-se, sinteticamente, que as limitações às alterações contratuais podem decorrer basicamente, mas não necessariamente de forma acumulativa, de três condicionantes: **a)** o interesse público¹⁴; **b)** a própria higidez e legitimidade do processo licitatório¹⁵, e **c)** os direitos subjetivos dos particulares, contratados ou aqueles que foram licitantes do objeto a ser alterado¹⁶. Dentre estas condicionantes, entende-se que a limitação de alteração contratual prevista no §1º do artigo 65 da Lei nº 8.666/1993 preceitua a

¹³ Expressão utilizada por Marçal Justen Filho ao separar a discricionariedade administrativa à situação de prerrogativa ou privilégio desta nas alterações contratuais: “Em primeiro lugar, o poder jurídico da Administração Pública para introduzir alterações contratuais, não reflete uma situação jurídica de “privilegio” em face do particular contratado.” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 1170)

¹⁴ Segundo Marçal Justen Filho, “a alteração se legitima juridicamente como um meio de melhor realizar os interesses coletivos.” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 1170). Opta-se pelo uso do conceito de “interesse público” – apesar de abstrato, supre satisfatoriamente a preocupação aqui abordada –, dentro da ideia proposta por Emerson Gabardo e Eneida Desiree Salgado, a qual enfatiza que “em abstrato, o conteúdo do interesse público não pode ser contrário aos direitos fundamentais” (GABARDO; SALGADO, 2016).

¹⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello ao comentar o §4º do artigo 55, do Decreto-Lei nº 2.300/1986: “Fácil é ver-se que as advertências ou cautelas de balizamento ao permissivo contido no parágrafo 4º teriam de fundar-se em outro calço e este só poderia ser o objetivo de prevenir que se convertesse em meio de fraude ao princípio da licitação, (...).” (MELLO, 2005, p. 6). Interessante a demonstração da opinião do Autor, mesmo com relação à legislação pretérita, hoje nem mais em vigor, visto que, àquela época, havia expressa autorização de ultrapassagem dos limites de 25% e 50% e, mesmo naqueles casos, assim como nos dias de hoje (MELLO, 2005), o entendimento do referido Autor não mudou, qual seja, que qualquer alteração não pode resultar em fraude ao princípio da licitação. Sobre o “princípio da licitação”, inclusive, o STF, por meio do julgamento da ADI nº 1.917, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. 26/04/2007, entendeu que a licitação, na forma como trazida pelo art. 37, inciso XXI, da CF, foi elevada à “categoria de princípio”. (STF, 2007, on-line)

¹⁶ Retoma-se o entendimento de Marçal Justen Filho, o qual expressa o direito subjetivo dos particulares, seja em homenagem ao princípio da isonomia, com relação aos outros licitantes que participaram daquele determinado certame, seja em relação ao próprio contratado, que possui o direito de manutenção da equação econômico-financeira do contrato (JUSTEN FILHO, 2016). Ainda sobre o tema, Lucas Rocha Furtado e Augusto Sherman Cavalcanti elucidam a necessidade de, ao menos para alterações unilaterais, a lei estabelecer limites concretos e fixos, a fim de proporcionar segurança ao particular que, ao identificar previamente tais limites para alterações compulsórias, poderá nisso pautar os riscos em sua proposta (FURTADO; CAVALCANTI, 1999).

segunda – como forma de proteção ao princípio da licitação –, e a terceira – os direitos subjetivos dos particulares contratados.

Preceitua a segunda porque não há sentido em se permitir, na execução do contrato, alterações que desfigurem por completo a finalidade da licitação que lhe precedeu. Veja-se que a importância de uma alteração contratual se manter nos limites do objeto licitado conduz à conclusão que, se violado o princípio da licitação, naquela ideia anterior de que a violação de um princípio resulta na violação de todo o sistema, muitos outros princípios, a exemplo o da probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, e isonomia, serão igualmente violados.

Já no que tange à terceira condicionante, “direitos subjetivos dos particulares”, por mais que o §6º da norma garanta a estes o incremento da equação econômico-financeira na mesma proporção que ocorrer a alteração¹⁷, entende-se que a autorização indiscriminada da administração pública de impor unilateralmente alterações no contrato pode levar, ainda assim, ao prejuízo dos direitos dos contratados. Neste sentido as palavras de Carlos Ari Sundfeld:

Se a Administração pudesse impor ao particular a ampliação desmesurada de suas obrigações, mesmo com a garantia de incremento da remuneração, poderia, em muitos casos, inviabilizar o cumprimento do contrato. É que, de um lado, a empresa pode não ter capacidade operacional para atender ao aumento de suas obrigações; de outro, a realização das prestações acrescidas, pelo mesmo preço unitário previsto no contrato, pode resultar excessivamente onerosa. (SUNDFELD, 1992, p. 153)¹⁸

Dante do exposto, depreende-se a presença de dois preceitos constitucionais que se encontram albergados na norma nacional em discussão: **a)** o primeiro é o próprio princípio da licitação; **b)** o segundo são os próprios direitos do contratado, pelos motivos aqui retratados.

Passa-se à análise das diretrizes internacionais. Como já mencionado anteriormente, as regras internacionais aqui discutidas correspondem ao item 3, Apêndice 1, da Política de Aquisições do Banco Interamericano de

¹⁷ “Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial”. (BRASIL, 1993)

¹⁸ Veja-se que referida condicionante se aplica apenas às alterações unilaterais. Em havendo alteração amigável, o particular expressamente aceita o novo encargo que terá de suportar.

Desenvolvimento – banco criado para fomentar o desenvolvimento da América Latina e Caribe, do qual o Brasil é um dos países mutuários -, bem como o item 3, Apêndice 1, das Diretrizes de Aquisições do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – banco criado com a finalidade de conceder empréstimos a países em desenvolvimento, do qual o Brasil é membro -, respectivamente:

“No caso de contratos sujeitos a revisão ex ante, antes de conceder uma prorrogação substancial do prazo estipulado para a execução de um contrato ou aceitar uma modificação ou dispensa das condições de tal contrato, incluindo a emissão de uma ou várias ordens de mudança do mesmo (salvo em casos de extrema urgência), que em conjunto elevem o montante original do contrato em mais de 15% do preço original, o Mutuário deve solicitar ao Banco sua não objeção à prorrogação proposta ou modificação ou ordem de mudança. Se o Banco determinar que a proposta não está de acordo com as disposições do Contrato de Empréstimo ou do Plano de Aquisições, deve informar ao Mutuário a esse respeito o quanto antes, indicando as razões dessa determinação. O Mutuário deve enviar ao Banco, para seus arquivos, uma cópia de todas as adendas efetuadas aos contratos.” (BID, 2019, p. 35)

“3. Modificação do contrato assinado. Sempre que os contratos estiverem sujeitos a revisão prévia, antes de aceitar: (a) uma prorrogação significativa do prazo especificado para execução do contrato; (b) qualquer modificação expressiva no escopo dos serviços ou outras mudanças significativas dos termos e condições do contrato; (c) qualquer mudança nas especificações ou emenda (salvo nos casos de urgência extrema) que, por si só ou em combinação com outras mudanças nas especificações ou emendas emitidas anteriormente, aumente o valor original do contrato em mais de 15% (quinze por cento) ou (d) uma proposta de rescisão do contrato, o Mutuário deverá solicitar a não objeção do Banco. Se o Banco determinar que a proposta é incompatível com as disposições do Acordo de Empréstimo e/ou do Plano de Aquisições, ele informará prontamente ao Mutuário, declarando as razões de sua decisão. Uma cópia de todas as alterações feitas no contrato deverá ser fornecida ao Banco, para seu registro.” (BIRD, 2011, p. 43)

As normas de convergência do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD (PNUD, 2004) – em que pese não se tratar de documento elaborado sob a inteligência do artigo 42, §5º, da Lei nº 8.666/1993, o que será mais bem trabalhado em tópico específico –, por sua vez, estabelecem que alterações acima de 20%, deverão ser submetidas à aprovação do “Comitê Local de Contratos - LCC”. Ponto comum entre tais diretrizes internacionais é que, superados os limites percentuais nelas

previstos, os aditivos contratuais são submetidos à aprovação dos respectivos órgãos.

Ao comentar o dispositivo que regulamenta os aditivos contratuais do PNUD, Rafael Wallbach Schwind destaca qual é a finalidade da submissão da alteração ao “LCC”:

Essas alterações, entretanto, devem ser aprovadas pelo Comitê Local de Contratos (LCC) – quando o total dos aditivos é superior a 100 mil dólares ou quando o total dos aditivos corresponde a mais de 20% do contrato original. O Comitê Local de Contratos deve verificar se os aditamentos são justificáveis, ou se estão servindo como burla à realização de uma nova licitação. (SCHWIND, 2013, p. 266)

Observa-se da opinião do Autor que referida regra internacional busca resguardar – assim como a norma nacional correspondente – o princípio da licitação. De fato, as diretrizes dos bancos internacionais multilaterais realizam a persecução dos mesmos objetivos que a Lei Geral de Licitações, inclusive com a observância dos mesmos princípios. Nenhum dos princípios elencados na Política de Aquisições do BID (BID, 2019) (“Valor pelo dinheiro” – cujo conceito remete à ideia de vantajosidade da contratação –; Economia; Eficiência; Igualdade; Transparência e Integridade), por exemplo, são incompatíveis com os princípios elencados no artigo 3º, *caput*, da Lei nº 8.666, ou mesmo com os princípios constitucionais previstos pelo artigo 37, da Constituição Federal. De igual forma, há que se mencionar os princípios do BIRD (BIRD, 2011) que também remetem à ideia de contratação vantajosa, econômica, eficiente, isonômica, impensoal e transparente.

Deste modo, tendo em vista que o banco determinará se o aditivo está de acordo com o Contrato de Empréstimo ou com a Política de Aquisições, conforme previsto na própria regra internacional anteriormente citada, parece que um dos aspectos a serem apreciados pelo organismo internacional é justamente se a eventual alteração contratual não resultará em burla ao princípio da licitação, e consequentemente, aos demais princípios correlatos (isonomia, probidade, etc.).

Há identidade, portanto, entre as normas aqui colocadas em análise – §1º do artigo 65 da Lei Geral de Licitações e as normas internacionais mencionadas – ao menos no que tange à proteção do princípio da licitação. Conquanto a nacional seja mais específica e vinculativa ao Administrador

Público, a internacional é mais aberta e flexível¹⁹, outorgando certa faixa de discricionariedade ao Poder Público e ao organismo internacional para averiguarem as circunstâncias do caso concreto. Mas nenhuma delas, é importante frisar, autorizam a violação do princípio da licitação.

Nada obstante, o mesmo não se pode extrair, ao menos em *prima facie*, com relação ao direito do contratado de saber com previsibilidade os exatos limites de alteração unilateral por parte da Administração Pública a fim de pautar com confiabilidade sua proposta. É que, diferentemente do artigo 65, da Lei nº 8.666/1993, a regra internacional não diferencia as figuras da alteração amigável e da alteração unilateral, de modo que, consequentemente, não visualiza a alteração contratual sob a ótica impositiva do Poder Público. Ou seja, a proteção dos direitos do contratado não se faz presente apenas com os elementos objetivos extraíveis da norma internacional em comento.

Questionar-se-ia, diante do exposto, a constitucionalidade das regras internacionais. Ocorre que, ainda há a questão da possibilidade de se imprimir interpretação a estas de forma a amoldá-las aos preceitos constitucionais necessários.

Faz-se necessário, pois, o exame das técnicas de controle de constitucionalidade disponibilizadas no ordenamento jurídico pátrio.

¹⁹ Estas são características não apenas observadas na regra de alteração contratual, mas sim em todas as *guidelines* de uma forma geral. Os procedimentos previstos no regramento dos organismos internacionais costumam de fato ser mais maleáveis em comparação ao regramento nacional. Marçal Justen Filho ao comentar sobre a referida “flexibilidade” das regras internacionais enfatiza a impossibilidade de se substituir a disciplina legal e procedimentos objetivos pela discricionariedade do administrador (JUSTEN FILHO, 2016). Visualiza-se o entendimento acima com ressalvas. Correto o jurista quando sua preocupação está voltada ao processo licitatório e ao princípio do julgamento objetivo, afinal, nestes casos, a segurança jurídica decorre necessariamente de um rito previamente previsto. Não obstante, o caso aqui em comento não compete mais à fase de licitação, mas sim à execução contratual, o que demanda entendimento diverso. Especificamente para a matéria das alterações contratuais, entende-se que a regra internacional em exame se amolda de maneira mais adequada ao enfoque dado por Celso Antônio Bandeira de Mello ao tema: “(...) o que importava e importa verificar é quando – em que circunstâncias – a realização do interesse público justificaria a superação consensual dos limites de acréscimo determináveis unilateralmente pela Administração, sem com isto comprometer os impostergáveis valores residentes no princípio da licitação.” (MELLO, 2005, p. 6).

3.2. A possibilidade de interpretação da regra internacional em conformidade com a constituição

Ao contrário do que o sentido estritamente semântico da expressão possa denotar, o “controle de constitucionalidade” não serve para determinar um juízo definitivo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma. Em verdade, conforme leciona Ana Paula Oliveira Ávila, o controle de constitucionalidade pode emitir dois tipos de Juízo: o conclusivo e o intermediário.

O conclusivo declara, de maneira definitiva, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma (ÁVILA, A., 2015). Já o intermediário se utiliza de técnicas que privilegiam a manutenção da norma em exame no ordenamento jurídico (ÁVILA, A., 2015), são elas: **a)** a interpretação conforme a Constituição e **b)** a declaração parcial de nulidade sem redução de texto.

Entende-se que, não apenas em razão do princípio do *in dubio pro norma*, mas também em razão da primeira premissa levantada neste trabalho – a qual determina a máxima aplicação da regra internacional nas licitações financiadas por organismos internacionais –, deve-se buscar, antes da imediata declaração de inconstitucionalidade da regra internacional, a compatibilização desta com o ordenamento jurídico pátrio mediante o uso das técnicas de juízo intermediário de constitucionalidade. É dizer, em sendo possível a realização do juízo intermediário, não há que se declarar a inconstitucionalidade integral da norma, expurgando-a do ordenamento jurídico.

Dentre as técnicas de juízo intermediário de constitucionalidade, a técnica da interpretação conforme a Constituição se aplica ao preservar a manutenção da norma no ordenamento jurídico impondo um elemento interpretativo condicionante²⁰. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, na interpretação conforme a Constituição a declaração de constitucionalidade só é possível se ela for aplicada de acordo com a interpretação dada pelo Poder Judiciário (MENDES, 2012).

²⁰ Ana Paula Oliveira Ávila exemplifica: “a norma é constitucional, desde que...”. (ÁVILA, A., 2015, p. 606).

Já a declaração parcial de nulidade sem redução de texto consegue prever hipóteses concretas de aplicação da norma em que ela se torna inconstitucional, declarando-se a inconstitucionalidade concreta de tais normas (ÁVILA, A., 2015).

Diante da conceituação acima, Ana Paula Oliveira Ávila diferencia as duas técnicas afirmando que a primeira opera a exclusão de sentidos normativos, já a segunda opera a exclusão de hipóteses concretas de aplicação (ÁVILA, A., 2015).

O caso aqui em discussão é a tentativa de impedir que a regra internacional seja utilizada de modo a ferir o princípio da licitação e, simultaneamente, lesionar os direitos subjetivos do particular contratado.

Como dito anteriormente, a finalidade de submissão de aditivos para o crivo do organismo financiador é justamente possibilitar que este aprecie os motivos técnicos que justificam a alteração contratual de modo a evitar que o objeto licitado seja subvertido, ou seja, não haveria necessidade sequer de realizar um juízo de controle de constitucionalidade neste aspecto. Não obstante, como a norma nacional é muito mais específica e vinculativa a despeito de a regra internacional deixar o caso concreto a cargo discricionário do ente financiador, entende-se como prudente excluir dela qualquer sentido normativo que possa autorizar uma burla ao princípio da licitação.

São inúmeras as hipóteses concretas em que poderia haver uma subversão do objeto contratado, restando de remota viabilidade a aplicação da técnica da declaração parcial de nulidade sem redução de texto para prever todas as hipóteses concretas que bloqueariam a incidência da regra internacional. Assim, entende-se como de maior adequação a aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição a fim de excluir qualquer sentido normativo que possibilite a subversão do objeto e, consequentemente, a burla ao princípio da licitação.

De igual maneira se consigna em relação aos direitos subjetivos do particular. Como dito no tópico anterior, o contratado precisa saber com previsibilidade e segurança qual é o limite em que a Administração Pública poderá lhe impor uma alteração unilateral. As regras internacionais aqui analisadas não fornecem tal elemento.

Opção não resta, neste sentido, senão atribuir interpretação à norma conforme a Constituição no sentido de que, quando os limites percentuais forem ultrapassados e o aditivo for submetido ao crivo do organismo internacional para a sua “não objeção”, a alteração contratual só poderá ser amigável, jamais unilateral.

Isto não significa que o Poder Público não poderá realizar alterações unilaterais – referido entendimento seria constitucional, afinal, o regime jurídico administrativo impõe a existência de cláusulas exorbitantes no contrato administrativo –, mas que referidas alterações unilaterais só estarão autorizadas dentro do limite percentual previsto nas regras internacionais. Extrapolando-se o limite com a submissão do aditivo à “não objeção” dos bancos financiadores, a alteração só será viável com a concordância do contratado.

Portanto, diante do aqui exposto, mediante um juízo intermediário de interpretação da regra internacional conforme a Constituição Federal, conclui-se pela constitucionalidade da norma, desde que ela não seja de maneira alguma utilizada de modo a autorizar a subversão do objeto contratado e, quando o aditivo ultrapassar o limite percentual previsto na norma, que a alteração seja amigável.

3.3. Outras circunstâncias que corroboram para a conclusão de constitucionalidade das regras internacionais

Existem elementos externos à análise constitucional das normas postas em exame que corroboram para a conclusão de admissibilidade de uma regra internacional que permita a extração dos limites de 25% e 50% previstos na Lei nº 8.666/1993 para a alteração de contratos administrativos.

O primeiro deles é o fato de antes mesmo da entrada em vigor da Lei Nacional nº 8.666/1993 existir norma que possibilitava a ultrapassagem de tais limites desde que não alterado o objeto contratado.

Era o que dispunha o artigo 55, §4º, do Decreto-Lei nº 2.300/1986:

Artigo 55. Os contratos regidos por este decreto-lei poderão ser alterados nos seguintes casos: (...)

§4º No caso de acréscimo de obras, serviços ou compras, os aditamentos contratuais poderão ultrapassar os limites previstos no § 1º deste artigo, desde que não haja alteração do objeto do contrato. (BRASIL, 1986)

Por mais que a edição do Decreto-Lei nº 2.300/1986 tenha ocorrido em período anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, referida norma foi recepcionada pela Constituição e seguiu vigente até o ano de 1993, quando foi sancionada a atual Lei Geral de Licitações. (MELO FILHO, 1988)

Vê-se como de todo incongruente o fato de uma regra que hoje possibilite a extrapolação dos limites de 25% e 50% ser considerada inconstitucional quando, no passado, existia uma regra interna de conteúdo muito similar que produzia plena eficácia e se encontrava sob a égide da recentíssima Carta Magna de 88.

Tem-se conhecimento da divergência de entendimentos que referida norma produziu à época²¹, mas em momento algum se questionou a constitucionalidade em si, tão somente houve interpretações que divergiam quanto à melhor aplicabilidade da regra.

Ou seja, *in fine*, a doutrina produzia esforços justamente para chancelar a extrapolação dos limites, sem qualquer discussão de nível constitucional sobre a necessidade de excluí-la do ordenamento jurídico.

Independentemente das multifacetadas interpretações realizadas à época – que, em geral, muito se assemelhavam com as conclusões deste trabalho, qual seja, a preocupação com o princípio da licitação e com os direitos do particular –, o que se conclui é que os limites de 25% e 50% estão longe de serem absolutos no nível constitucional. Mesmo porque, como dito, não são princípios constitucionais, mas decorrem de regra fixada no plano infraconstitucional, da qual a própria jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU, 1999) já vem admitindo o seu descumprimento em certos casos – mormente quando o respeito irrestrito de tais limites incorre na violação ao princípio da eficiência.

Em tempo, há um segundo elemento externo que merece ser brevemente destacado. Como já foi comentado em tópicos anteriores, o Manual de Convergências do Programa das Nações Unidas para o

²¹ Sobre o assunto, ver: (MELLO, 2005)

Desenvolvimento – PNUD prevê regra que possibilita a extração dos limites de 25% e 50%, em moldes muito similares aos demais organismos internacionais citados.

Ocorre que a criação do Manual de Convergências não ocorreu sob a inteligência do artigo 42, §5º, da Lei nº 8.666/1993. Referido manual decorreu do cumprimento pela Agência Brasileira de Cooperação de decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (TCU, 2001) determinando que o PNUD não poderia se beneficiar do dispositivo legal supracitado, por não ser um financiador propriamente dito, mas mero intermediador de recursos nacionais. Neste ínterim, suas regras de licitação deveriam se amoldar completamente à Lei Geral de Licitações, não havendo possibilidade de afastamento da Lei nº 8.666/1993 em caso de conflito com as regras impostas pelo PNUD.

Neste contexto adveio o referido manual, o qual passou por detalhado exame do TCU, sendo reconhecida a sua plena compatibilidade com a Lei nº 8.666/1993, por meio do Acórdão TCU nº 946/2004 – Plenário (TCU, 2004).

Vê-se como de todo incongruente o fato de, em um regramento que deveria se enquadrar perfeitamente à lei nacional, referida regra internacional ser admitida pelo TCU e, em situação diversa, em que se faculta a admissão de regras divergentes com a lei nacional, ser a mesma regra rechaçada pelos intérpretes do direito e julgadores.

De fato, com tanta resistência contra uma regra internacional que permita a extração de tais limites, parece que o §1º do artigo 65 da Lei nº 8.666/1993 está, em verdade, sendo superestimado, recebendo um status que não é de sua essência. Enfim, a mensagem é: os limites da norma supracitada não são princípios nem mesmo dentro da Lei de Licitações, e muito menos em nível constitucional.

Conclusão outra inexiste, diante de toda a análise aqui feita, senão a que confere possibilidade de admissão das regras internacionais que autorizam a extração dos limites de 25% e 50% para alterações contratuais em licitações financiadas por organismos estrangeiros, por não infringirem tanto os princípios constitucionais quanto os princípios basilares da Lei Geral de Licitações, desde que, é claro, a tais normas seja aplicada interpretação conforme à Constituição Federal, cujas condicionantes são: **a)** não poderá o aditivo contratual incorrer em

subversão do objeto, o que apenas pode ser examinado no caso concreto; **b)** referido aditivo deverá, necessariamente, ocorrer de maneira amigável, com a anuênciā de ambas as partes do contrato.

4. Conclusão

A principal conclusão do presente trabalho é de que é constitucional a admissão das regras internacionais – neste caso, os itens 3, dos Apêndices 1, das diretrizes de compras públicas do BID e BIRD – que autorizam a extrapolação dos limites de 25% e 50% para alterações contratuais em licitações financiadas por organismos estrangeiros, por não infringirem os princípios constitucionais e os princípios basilares da Lei Geral de Licitações, desde que, é claro, a tais normas seja aplicada interpretação conforme à Constituição Federal, cujas condicionantes são: **a)** não poderá o aditivo contratual incorrer em subversão do objeto, o que apenas pode ser examinado no caso concreto; **b)** referido aditivo deverá, necessariamente, ocorrer de maneira amigável, com a anuênciā de ambas as partes do contrato.

Isto porque, conforme se viu durante o presente artigo, o artigo 42, §5º, da Lei Federal nº 8.666/1993, autoriza a aplicação de regras e procedimentos internacionais impostos por bancos multilaterais em detrimento das normas nacionais, desde que não sejam conflitantes com os princípios constitucionais e basilares da administração pública e das licitações.

Para tal análise de constitucionalidade, concluiu-se que o artigo 65, §1º, da Lei Federal nº 8.666/1993, não era um princípio em si, mas apenas desenhava diretrizes para resguardar certos princípios e preceitos constitucionais, são eles: **a)** o princípio da licitação; **b)** os direitos do contratado.

As diretrizes internacionais do BID e do BIRD constantes nos itens 3, dos Apêndices 1, de suas respectivas políticas de aquisições, por sua vez, resguardavam apenas o princípio da licitação, mas não resguardavam os direitos do contratado.

Diante de tal cenário, concluiu-se pela possibilidade de se realizar controle intermediário de constitucionalidade, aplicando-se o método da interpretação conforme a constituição, condicionando a

constitucionalidade de tais regras desde que não caracterizem a subversão do objeto e, quando extrapolado o limite indicado na regra internacional, a alteração seja necessariamente amigável, a fim de se resguardar os direitos do contratado.

Assim, diante do exposto, em resposta à hipótese lançada na introdução do presente artigo, tem-se que: sim, é constitucional a alteração contratual de acréscimo de 35% autorizada com fundamento nas diretrizes do BID e do BIRD e no artigo 42, §5º, da Lei Federal nº 8.666,1993, desde que seja feito pelo banco financiador, quando do lançamento de sua “não objeção”, uma análise fundamentada da ausência de subversão do objeto originário contratado, bem como desde que tal alteração seja realizada amigavelmente, com a anuênciia do contratado.

Referências bibliográficas

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Técnicas de decisão na jurisdição constitucional e garantia de direitos fundamentais das minorias pelo STF. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica. Vol. 20, nº 2. mai/ago 2015, Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em 06/04/2020.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista de Direito Administrativo, nº 215, jan/mar, 1999, 151-179.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO – BID. Políticas para aquisição de bens e contratação de obras financiadas pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento – GN-2349-15. Mai 2019. Disponível em: <<https://www.iadb.org/pt/projects/project-procurement>>. Acesso em 05/04/2020.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO – BID. Iadb.org, c2020. “PAÍSES MEMBROS MUTUÁRIOS”. Disponível em: <<https://www.iadb.org/pt/sobre-o-bid/paises-membros-mutuarios-0#:~:text=Desde%20o%20seu%20Nono%20Aumento,pequenos%20e%20vulner%C3%A1veis%20da%20regi%C3%A3o.&text=Os%20demais%20pa%C3%ADses%20membros%20mutu%C3%A1rios,%2C%20M%C3%A9xico%20e%20Peru%20e%20Venezuela.>>. Acesso em 25/02/2021.

BANCO INTERNACIONAL PARA RECONSTRUÇÃO E DESENVOLVIMENTO (BANCO MUNDIAL) – BIRD. Diretrizes para aquisições de bens, obras e serviços técnicos financiados por empréstimos do BIRD e créditos & doações da AID, pelos mutuários do banco mundial. Jan 2011. Disponível em:

<<http://documents.worldbank.org/curated/en/541151468124188603/pdf/95477-REPLACEMENT-FILE-385456B-PUBLIC-Diretrizes-Aquisicoes-Jan2011.pdf>>.

Acesso em 05/04/2020.

BANCO INTERNACIONAL PARA RECONSTRUÇÃO E
DESENVOLVIMENTO (BANCO MUNDIAL) – BIRD. Worldbank.org, c2020.
“Member Countries”. Disponível em:
<https://www.worldbank.org/en/about/leadership/members> >. Acesso em
25/02/2021

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300 de 21 de novembro de 1986 – revogado pela Lei nº 8.666/1993. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em
08/04/2020.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 - atualizada. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em
28/03/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, ADI nº 1917, julgada em 26/04/2007

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Rel. Cons. Luiz Suzin Marini, Processo nº CON-02/05994806, Parecer nº COG-509/02, Decisão nº 3060/2002, Sessão de 20/11/2002, publicado em, 09 abr. 2003

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Rel. Adhemar Paladini Ghisi. Processo nº 930.039/1998-0. Acórdão nº 215/1999 – Plenário. Sessão de 12/05/1999.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Rel. Adylson Motta. Processo nº 001.484/2003-1. Acórdão nº 946/2004 – Plenário. Sessão de 14/07/2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União Rel. Guilherme Palmeira. Processo nº 005.289/1999-8. Decisão nº 178/2001 – Plenário. Sessão de 04/04/2001.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Rel. José Antônio Barreto de Macedo. Processo nº 930.039/1998-0. Decisão nº 215/1999 – Plenário. Sessão de 19/03/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União Rel. Marcos Bemquerer. Processo nº 031.112/2013-7. Acórdão nº 645/2014 – Plenário. Sessão de 19/03/2014.

BRITTO, Carlos Ayres. O perfil constitucional da licitação. Curitiba. ZNT Editora. 1997.

CARRIÓN, Genaro Rubén. Notas sobre Derecho y Lenguaje. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1973.

CITADINI, Antonio Roque. Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas. São Paulo. 3.ed. Max Limonad, 1997.

COSTA, Renato. Contratação pública patrocinada por organismo multilateral de crédito: aplicabilidade da norma internacional frente à nacional. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, nº 44, jan/mar. 2014.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Competências administrativas dos estados e municípios. Revista de Direito Administrativo, nº 207, jan/mar, 1997.

FURTADO, Lucas Rocha; CAVALCANTI, Augusto Sherman. Os limites legais às alterações de Contratos Administrativos: possibilidade de extração. Revista do Tribunal de Contas, nº 82, p. 17-24 out/1999. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1084>>. Acesso em 05/04/2020.

GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. Administração Pública e seus fundamentos de gestão: eficiência, interesse público, direitos fundamentais e desenvolvimento. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 16, nº 186, ago. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo. 7. Ed. Dialética, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo. 17. Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

MELO FILHO, Luiz Fernando Bandeira de. A Licitação na Constituição de 1988. In: Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. DANTAS, Bruno... [et al.]. Instituto Legislativo Brasileiro, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. 32. Ed. Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Extensão das Alterações dos Contratos Administrativos: a questão dos 25%. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 04/04/2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO. São Paulo. Saraiva, 2012.

MUKAI, Toshio. Licitações e contratos públicos. São Paulo. 5. Ed. Saraiva, 1999.

PEDRA, Anderson Sant'ana. LICITAÇÃO INTERNACIONAL: normas nacionais x normas estrangeiras (uma visão constitucional). Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 7, jul/ago/set, 2006.<http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 29 de março de 2020.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNUD. Manual de Convergência de Normas Licitatórias. Jul 2004. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/vacancies/manual-de-convergencia-de-normas-licitatorias-do-pnud.html>>. Acesso em 05/04/2020.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Licitações internacionais: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo. Belo Horizonte. Fórum, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratos Administrativos - Acréscimos de obras e serviços - Alteração. Revista Trimestral de Direito Público, nº 2, São Paulo. Malheiros, 1992.

Submissão: 08 de novembro de 2020

Aceite: 12 de março de 2021

Autoria:

Laerzio Chiesorin Junior laerzio@outlook.com

Bacharel em Direito pela PUCPR. Mestre em Direito pela UFPR. Advogado e Professor na área de Direito Público.

Guilherme Malucelli malucelli.g1@gmail.com

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Especialista em licitações e contratos administrativos pelo Centro Universitário do Brasil – UNIBRASIL. Advogado na área do direito público.

Negócios processuais em contratos empresariais: uma forma de redução de custos de transação

Procedural agreements in business contracts: a way to reduce transaction costs

Marcus Paulo Röder

Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Kirstin Elise Richter Vieira

Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Resumo: O artigo sustenta a existência de um habitat possível e pertinente para a celebração de negócios jurídicos processuais (especialmente os ditos atípicos e permitidos a partir da cláusula aberta do art. 190 do Código de Processo Civil de 2015): os contratos empresariais, em razão das suas características e peculiaridades. Em seguida, valendo-se dos pressupostos da Análise Econômica do Direito, apresentam-se argumentos pelos quais as partes contratantes, inseridas no contexto específico de contratos empresariais, podem se valer dos negócios jurídicos processuais com o objetivo de racionalização do processo, de aumento da eficiência processual e, consequentemente, de redução de custos de transação.

Palavras-chave: Contratos empresariais; Negócios Jurídicos Processuais; e Custos de Transação.

Abstract: This paper aims to support the existence of a possible and pertinent habitat for the conclusion of procedural agreements (especially the atypical sayings and allowed by the open clause of art. 190 of the Code of Civil Procedure of 2015): the business contracts due to their characteristics and peculiarities. Then, based on the assumptions of the Law and Economics, arguments are presented whereby the contracting parties, inserted in the specific context of business contracts, can use the procedural agreements with the objective of streamlining the process, increasing procedural efficiency and, consequently, reduce transaction costs.

Keywords: Business contracts; procedural agreements; Transaction Costs.

Sumário: Introdução. 1. Análise Econômica do Direito e a Economia dos Custos de Transação. 2. Negócios Jurídicos Processuais. 3. Negócios processuais e eficiência processual. Conclusão. Referências.

Introdução

É objetivo deste artigo a realização de ensaio sobre as possibilidades de se pensar os negócios jurídicos processuais como instrumentos de redução de custos de transação em contratos empresariais.

Não se pretende, por certo, exaurir as possibilidades de análise que decorrem desse tema. O que se pretende, diversamente, é efetuar recorte que, atentando para pressupostos principiológicos e teóricos do direito contratual, permitam apontar para o diálogo possível com a análise econômica do direito, culminando com possíveis exemplos desse diálogo.

Ainda que se reconheça que a arbitragem pode ser uma via eficiente para a solução da questão atinente à redução de custos de transação nos litígios empresariais (AGUSTINHO; CRUZ, 2014), é certo que, sob a égide da jurisdição estatal, o Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015, doravante apenas CPC/15) também passa a oferecer uma alternativa.

Não se pretende, aqui, investigar qual seria a escolha mais eficiente entre arbitragem e jurisdição estatal, mas, sim, partir desta e investigar se e como o negócio jurídico processual¹ pode ensejar o incremento da eficiência econômica dos contratos em que tais negócios venham a ser inseridos.

Afinal, mesmo que a jurisdição estatal seja a via ordinária (no sentido de ser a mais comum e usual na prática), ao fim e ao cabo, resta somente às partes definirem qual a maneira pela qual pretendem resolver suas

¹ Desde logo é importante fazer uma observação metodológica quanto à nomenclatura adotada. Para tanto, vale uma rápida explicação quanto ao uso genérico do termo negócios jurídicos processuais. “A rigor, os negócios jurídicos processuais podem ser atos bilaterais ou unilaterais. O negócio processual unilateral é expressão de vontade de um único sujeito (ou polo de sujeitos), que unilateralmente dispõe de alguma posição jurídica processual de que era titular. O negócio processual bilateral é fruto do ajuste de vontade de dois ou mais sujeitos (ou polos de sujeitos), que coordenadamente dispõem sobre suas respectivas posições processuais. Os negócios jurídicos bilaterais são também chamados de convenções processuais. Na linguagem corrente, aliás, muitos autores têm aludido genericamente a negócios processuais tendo em vista, precisamente, os negócios bilaterais (convenções) processuais” (TALAMINI, 2015, p. 2).

controvérsias, a depender do que julgarem mais adequado e eficiente (TARUFFO, 2009).

A razão pela qual se defende o presente estudo em torno dos contratos empresariais é que a relação jurídica estabelecida entre empresários² possui uma lógica própria e especial que deve ser interpretada de uma forma diferenciada das demais relações civis.³ Dessa forma, buscar-se-á abordar o tema proposto sobre a perspectiva exclusiva do contexto dos contratos empresariais, visto que seu cenário de incidência desponta enquanto um *habitat* para celebração de negócios jurídicos que visam a flexibilização das normas processuais de modo a melhor adequá-los à solução do caso concreto e, consequentemente, reduzir custos.

Invariavelmente, litígios envolvendo contratos empresariais chegam ao Poder Judiciário e necessariamente precisam ser julgados de forma coerente e adequada. Além disso, o Judiciário também possui um papel institucional e fundamental na formação de precedentes que norteiam e informam os contratantes (e também os futuros julgadores – sejam juízes ou árbitros) quanto da negociação, redação e interpretação dos contratos; e em razão dos impactos econômicos, cada vez mais não se admitem decisões arbitrárias ou divergentes (conflitantes ou até mesmo contraditórias) e se exige um maior refinamento e compreensão dos elementos técnicos por parte do Poder Judiciário, visando à necessidade de segurança jurídica e previsibilidade para calcular os fatores que

² As relações estabelecidas entre empresas costumam ser denominadas, principalmente no comércio eletrônico, pela expressão em inglês *business-to-business* ("de empresa para empresa"), identificada pela sigla B2B, em contraste com a expressão *business-to-commerce* ("da empresa para o comércio"), cuja a sigla é B2C, como sendo a transação comercial entre empresas e o consumidor. A distinção é interessante exatamente porque é feita partindo da premissa que nas relações entre empresas (B2B) há um poder de negociação equivalente (pois geralmente há profissionais com domínio jurídico assessorando a contratação). Por outro lado, nas relações com o consumidor (B2C), há uma grande assimetria de informação quanto ao conteúdo do negócio celebrado.

³ Nesse sentido, RIBEIRO e GALESKI JÚNIOR (2009, p. 14) lecionam: "O empresário lança mão de inúmeras obrigações, operando no sistema de constituição de negócios jurídicos indispensáveis à prática econômica. Negócios que são identificáveis na escolha e aquisição da matéria prima, na escolha e contratação de empregados e prestadores de serviço, na escolha dos parceiros e no transpasse dos produtos e serviços aos consumidores. Na instrumentalização destes negócios despontam os contratos, especialmente aqueles relacionados à vinculação dos empresários entre si, seja na compra e venda de insumos, ou no estabelecimento de uma parceria. Tais contratos indissociáveis da prática empresarial, associados à figura do empresário, para permanecerem compatibilizados com a especialidade de a quem são destinados, precisam igualmente ser tratados de forma especial".

influenciam a tomada de decisões e a racionalidade dos agentes privados (KLEIN, 2013, p. 17-19).

A partir desses argumentos, torna-se evidente que o Poder Judiciário também deve estar preparado para lidar com o aparecimento de convenções processuais em contratos empresariais.

Em razão do advento do CPC/15, que para além de adotar um modelo cooperativo de processo (OLIVEIRA, 2003; MITIDIERO, 2015), traz diversas normas que prestigiam a autonomia da vontade, permitindo que as partes negociem sobre o processo, de modo mais evidente do que no CPC/73 (Lei 5.869/1973), inclusive, com a inserção de uma cláusula geral que autoriza a pactuação de negócios processuais atípicos (CABRAL, 2016; CUNHA, 2016).

Verifica-se, no entanto, que historicamente há uma enorme relutância por parte de alguns doutrinadores⁴ acerca da possibilidade de celebração de contratos com convenções processuais sob o argumento de que isso representaria uma (re)privatização do processo civil. Este ensaio, por sua vez, buscará refutar essas críticas na tentativa de demonstrar que é sim possível a celebração de convenções processuais, sem que isso represente um risco ou uma ameaça ao direito processual civil.

É necessário comemorar o movimento de fortalecimento de um modelo cooperativo de processo adotado pelo CPC/15, que permite superar o equivocado receio de que a publicização do processo não poderia conviver com a autonomia privada (GODINHO, 2015).

Assim se faz necessário defender a superação da dicotomia maniqueísta que pouco contribui para a compreensão responsável do tema, pois, de forma defasada, tem como pressuposto uma suposta incompatibilidade entre ordem pública e (a já não mais possível) visão privatista do liberalismo clássico dos séculos XVIII e XIX. Afinal, adotando-se a perspectiva civil-constitucional, é evidente que não é possível

⁴ São vários os doutrinadores brasileiros que apresentam opiniões contrárias à existência de negócios jurídicos processuais, tais como Cândido Dinamarco, Daniel Mitidiero, Vicente Greco Filho, Calmon de Passos etc. LEONARDO CUNHA (2016, p. 48) sintetiza essas críticas da seguinte forma: “Em suma, as opiniões contrárias à existência dos negócios jurídicos processuais partem do pressuposto de que somente há negócio jurídico se os efeitos produzidos decorrem direta e expressamente da vontade das partes, o que não ocorreria no processo, ou porque os efeitos decorrem da lei, ou porque seria necessária a intervenção processual para que se produzam”.

celebrar negócios jurídicos com a intenção de violar as bases do devido processo constitucional, do Estado Democrático de Direito e afrontar direitos fundamentais.

Portanto, com o presente estudo pretende-se compreender os pressupostos (objetivos e subjetivos) e os requisitos específicos para celebração de negócios jurídicos processuais.

Por fim, será explorado o interesse da ciência econômica pelo fenômeno contratual e, nos valendo dos instrumentos e pressupostos da Análise Econômica do Direito, intentaremos uma abordagem interdisciplinar para fundamentar o raciocínio de que a inserção de convenções processuais em contratos pode servir para redução de custos e, consequentemente, estruturar uma regência jurídica mais eficiente e previsível. Para tanto, será necessário um breve estudo da Teoria Econômica do Contrato, sob a perspectiva da Nova Economia Institucional, com a finalidade específica de se valer dos contributos da Teoria dos Custos de Transação.

1. Análise Econômica do Direito e a Teoria dos Custos de Transação

A Análise Econômica do Direito (AED) nada mais é do que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico (GICO JR, 2012, p. 14).

Não nos é muito relevante, para a finalidade deste ensaio, realizar um estudo minucioso acerca do histórico do movimento de aproximação entre o Direito e a Economia. Nos basta apenas compreender que “a Análise Econômica do Direito é essencialmente um movimento interdisciplinar, que traz para o sistema jurídico as influências da ciência social econômica, especialmente os elementos valor, utilidade e eficiência” (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 69).

No que se refere aos contratos, a AED atenta não apenas para a questão da formação dos contratos, mas também para determinar quais pactos merecem proteção e quais as consequências do seu descumprimento, assim como questões acerca da melhor consecução das

avenças, diante de lacunas e falhas de mercado e em análise do papel dos Tribunais (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 129-130; FERNANDO ARAÚJO, 2007, p. 17).

Considerando o tema deste trabalho, interessa-nos aqui tão somente assimilar o conceito de custos de transação a fim de compreender a relevância da inserção de negócios jurídicos processuais em contratos empresariais.

Os custos de transação são objeto da Nova Economia Institucional (NEI), escola capitaneada por Oliver Williamson e Douglas North, a partir dos escritos de Ronald Coase⁵, que tem como premissas orientadoras: (i) as instituições⁶ são importantes para a análise econômica; (ii) a determinação dessas instituições pode ser compreendida e explicada por meio do instrumental da teoria econômica; (iii) as instituições afetam o desempenho econômico de maneira sistemática e preditiva (RIBEIRO; AGUSTINHO, 2011, p. 124).

Ainda, a NEI possui como princípios fundamentais: i) a assunção de que os indivíduos seguem o auto interesse consoante à sua racionalidade, a qual está sujeita a limitações mais numerosas do que aquelas assumidas pelos neoclássicos⁷; e ii) os indivíduos buscam a maximização da riqueza, cuja concepção consiste na persecução de estruturas institucionais que apremorem a capacidade de produção da sociedade (RIBEIRO; AGUSTINHO, 2011, p. 125).

Partindo das premissas e princípios que regem a NEI, encontra-se a Teoria da Economia dos Custos de Transação (ECT), cuja principal crítica se dirige aos pressupostos da teoria neoclássica e a presunção de perfeição

⁵ A origem da NEI remonta ao artigo seminal de Ronald Coase, *The Nature of the Firm* de 1937, mas o uso do termo, de modo a designar uma proposta autônoma de teoria econômica, é atribuído a Oliver Williamson, no seu livro *Markets and Hierarchies* de 1975. Cf. KLEIN, 2016, p. 129-143.

⁶ As instituições representam, genericamente, as “regras do jogo”, e estabelecem um complexo de ações possíveis que devem ser consideradas como parte de um sistema, e que compõe o sistema formal de instituições, quando incorporadas pelo direito, e o informal, na hipótese de não incorporação (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 186).

⁷ O pensamento econômico chegou a admitir que as condutas humanas seriam norteadas por uma racionalidade econômica absoluta. Segundo essa visão, (dita “econômica neoclássica”), a decisão individual decorreria de uma ponderação intelectual sobre os benefícios e as desvantagens envolvidos numa situação concreta. Logo, sempre prevaleceria a escolha pela alternativa mais vantajosa.

do mercado. Para a teoria neoclássica, o mercado encontraria o perfeito equilíbrio entre oferta e demanda, não se concedendo relevância para as variáveis relacionadas ao custo de se negociar ou fazer cumprir acordos. Ocorre que em relações reais de mercado, tais custos são sempre presentes e influem diretamente na interação entre os agentes econômicos (RIBEIRO; GALESKI, 2009, p. 105).

Exatamente por adotar como premissa a racionalidade limitada (*bounded rationality*) e considerar o oportunismo das partes que a ECT não ignora a existência dos custos de transação (KLEIN, 2013, p. 143). Neste sentido, ZYLBERSTAJN e STAJN (2005, p. 8-9), ao tratarem da contribuição de Williamson, explicam que:

O conceito básico da ECT é que existem problemas futuros potenciais nos contratos, problemas esses que são antecipados pelos agentes que desenham os arranjos institucionais no presente. Os agentes podem descumprir promessas, motivados pelo oportunismo e pela possibilidade de apropriação de valor dos investimentos de ativos específicos. Na impossibilidade de desenhar contratos completos (decorrência da racionalidade limitada), as lacunas são inevitáveis. Os agentes, potencialmente oportunistas, sentir-se-ão estimulados a romper ou adimplir os contratos, sendo justificável a existência de um corpo legal, formal, de normas, que se soma às regras informais, para disciplinar o preenchimento das lacunas. Os agentes abster-se-ão de quebrar os contratos se os custos de rompimento forem maiores do que o benefício de fazê-lo.

Define-se, assim, que os custos de transação são os custos incorridos pelas partes no processo de efetivação de uma negociação (BETTRAN, 2008, p. 61). Tais custos podem ser de três tipos: (i) custos de busca e obtenção de informações; (ii) custos de negociação e formulação de acordo; e (iii) custos para garantir a execução do contrato. Nos dizeres de WILLIAMSON (1996, p. 267) são “os custos *ex ante* de rascunhar, negociar e salvaguardar um acordo e, especialmente, os custos *ex post* decorridos da má adaptação e necessidade de ajustamento, emergente de ocasiões em que a execução contratual é comprometida por lacunas, erros, omissões e perturbações não previsíveis”.

Os custos de transação também podem ser compreendidos como os custos de fazer negócios ou os custos de utilização do mercado e não estão relacionados a fatores de produção ou aos bens e serviços em si. Como se costuma afirmar “os custos de transação saem do bolso de uma das partes, mas não entram no bolso da outra” (TIMM; GUARISSE, 2012, p. 167).

Por serem “pura ineficiência e mero atrito na relação comercial entre dois agentes, indisponível para uso útil” (TIMM; GUARISSE, 2012, p. 168), os custos de transação se inserem nos estudos das falhas de mercado e relacionam-se com a assimetria de informações, que ocorre quando uma das partes de uma transação possui mais informações do que a outra. Nas lições do próprio COASE (2016, p. 114):

A fim de efetuar uma transação no mercado, é necessário descobrir com quem se deseja fazer a transação, informar às pessoas que se quer fazer a transação e em que termos, conduzir as negociações que levam a um acordo, redigir o contrato, realizar as inspeções necessárias para assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Com frequência, estas operações são extremamente dispendiosas, ou, de qualquer modo, custosas o suficiente para inviabilizar muitas operações que seriam realizadas em um mundo no qual o sistema de determinação de preços funcionasse sem custos.⁸

É necessário frisar e advertir, portanto, que no mundo real esses custos sempre estarão presentes na dinâmica do mercado e não podem ser eliminados inteiramente, mas somente reduzidos. Desse modo, uma forma de reduzir tais custos de transações é por meio da racionalização dos vários procedimentos de contratação (negociação, elaboração e, principalmente, a execução e administração do contrato).

Conforme apontam RIBEIRO e GALESKI JÚNIOR (2019, p. 107), a “questão dos custos de transação importa para o Direito, uma vez que, havendo presença exacerbada, seja de custos de busca, acordo ou execução, há a necessidade de intervenção jurídica, como um arranjo institucional, a fim de tornarem eficientes certas relações econômicas”.

Para além da apresentação do conceito de custos de transação, um outro ferramental interessante da análise econômica do direito para o objeto de estudo desta pesquisa é vislumbrado a partir da análise dos contributos da chamada “Teoria dos Custos de Agência”. Em apertada síntese, a Teoria dos Custos de Agência busca estudar e analisar os gastos

⁸ Vale indicar também que, na hipotética ausência de custos de transação, problemas de externalidades seriam facilmente resolvidos pelas partes, visto que negociações a fim de atingir soluções eficientes teriam custo zero. É com base nessa suposição que surge o Teorema de Coase, que não foi enunciado pelo próprio Coase, mas, na sua versão original por George Stigler, inspirado pelo artigo “*The problem of social Cost*”. A formulação mais conhecida do teorema pode ser assim enunciada: 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.

que são decorrentes dos conflitos de interesses⁹ (entre o “principal” e o “agente”¹⁰), inerentes a toda e qualquer organização (notadamente em companhias e demais estruturas empresariais).

De forma bastante semelhante com o que ocorrer como os “custos de transação”, os custos de agência podem ser compreendidos como a soma de diversos outros custos, quais sejam: custo de elaboração dos contratos entre o principal e o agente; despesas com o monitoramento das atividades do agente pelo principal; gastos realizados pelo próprio agente para mostrar ao principal que seus atos não serão prejudiciais a ele; e perdas residuais, provenientes da diminuição do principal por eventuais divergências entre decisões do agente e as decisões que iriam maximizar a riqueza do principal (RICHARD; DI MICELI DA SILVEIRA, 2008).

É precisamente nesse sentido – de instrumentalizar as relações econômicas de forma eficiente – que os negócios jurídicos processuais se apresentam, a partir da cláusula geral do art. 190 do CPC/15 – que permite a celebração de negócios atípicos –, como uma forma de flexibilização e adequação do procedimento ao caso concreto, com o intuito de se predefinir (*ex ante*) as normas processuais (arranjo institucional) que facilitarão a transação comercial, a execução do contrato e/ou inibirão a instauração de eventual conflito e/ou litígio.

Caso seja inevitável a instauração do litígio, que ao menos as partes possam encontrar a melhor forma de dirimi-lo. Sob tal perspectiva, é possível conceber diversos negócios processuais que visam à maior racionalização e previsibilidade na solução das controvérsias; consequentemente, por almejar garantir um processo mais eficiente, que impliquem na redução de custos de transação.

Afinal, conforme bem adverte YARSHELL (2016, p. 92), a abertura que o CPC/15 confere às partes para que exerçam a sua autonomia privada

⁹ De acordo com os doutrinadores da economia que estudam essa teoria, os custos de agência surgem em qualquer situação envolvendo esforço cooperativo entre duas ou mais pessoas (JENSEN e MECKLING, 1976).

¹⁰ Haverá um “relacionamento de agência” exatamente em circunstâncias que envolvam uma situação – comumente uma relação contratual – onde há a figura do “principal” que tem por objetivo engajar uma ou mais pessoas – então denominado(s) como “agente(s)” – para desempenhar alguma atividade em seu favor, mediante a delegação de algum grau de poderes ou de autoridade para que o agente tome decisões e realize a tarefa que lhe foi designada. Nesse sentido, conferir JENSEN e MECKLING, 1976.

em matéria processual não deve ser encarada apenas como uma oportunidade para o exercício da criatividade dos advogados. As alterações feitas pelo legislador devem ser pensadas como forma de trazer resultados relevantes para a racionalização do processo.

Estabelecidas as premissas que norteiam a Teoria da Economia dos Custos de Transação e compreendido o seu conceito, passamos agora à análise da disciplina legal dos negócios jurídicos sob a égide do CPC/15, com o intuito de apresentar seus requisitos, pressupostos e limites.

2. Negócios jurídicos processuais

A análise dos negócios jurídicos processuais deve ser precedida de algumas fixações conceituais. Partindo da ideia de que os negócios jurídicos são tipos de fatos jurídicos, torna-se necessário definir primeiramente o que é fato jurídico em razão das diferentes concepções e classificações erigidas em torno do tema (NOGUEIRA, 2016, p. 27).

Conforme ensina JUNQUEIRA DE AZEVEDO (2002, p. 23), “fato jurídico é o nome que se dá a todo fato real sobre o qual incide norma jurídica. Quando acontece, no mundo real, aquilo que estava previsto na norma, esta recai sobre o fato, qualificando-o como jurídico; tem ele, então existência jurídica”. Desse modo, a incidência da norma sobre o fato determina, como diz PONTES DE MIRANDA (2000, p. 184), sua entrada no mundo jurídico¹¹ (MELLO, 2012, p. 108).

Apesar da divergência doutrinária na classificação dos fatos jurídicos, o presente ensaio se valerá das lições de BERNARDES DE MELLO (2012, p. 146-163), que foi profícuo ao desenvolver a classificação de Pontes De Miranda.

Nesse sentido, rememora-se que os fatos jurídicos se subdividem em: fato jurídico *stricto sensu*, atos-fatos jurídicos e atos jurídicos *lato sensu*. Ao presente ensaio, por sua vez, importa destacar esta última categoria, que trata acerca de atos humanos sobre os quais a *vontade* em praticar o ato não somente é *relevante*, como constitui o próprio cerne do fato jurídico (MELLO, 2012, p. 178). Nesse sentido, também se subdividem – os atos

¹¹ Trata-se da assim denominada “fenomenologia da juridicização”.

jurídicos *lato sensu* - em duas espécies: os *atos jurídicos stricto sensu* e os *negócios jurídicos*.¹²⁻¹³

É no âmbito do negócio jurídico que se insere a reflexão proposta neste artigo, uma vez que o que diferencia o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico é que por meio deste último o agente tem assegurada a escolha da categoria jurídica e da respectiva estrutura eficacial de seu ato de vontade, sem limitá-lo à pura e simples realização da conduta, mas, também, propiciando a construção voluntária dos respectivos efeitos por meio do exercício da autonomia privada. Vale dizer: é no âmbito do negócio jurídico que a autonomia privada encontra o seu lugar privilegiado.

Importa ressaltar que “a sistemática existente na teoria do direito para o estudo dos atos jurídicos em geral pode ser transposta, em grande medida, para o direito processual, já que os atos do processo são, inegavelmente, espécies de ato jurídico” (CABRAL, 2016, p. 44-45).¹⁴

¹² FACHIN (1988, p. 63-64) apresenta a seguinte distinção: “embora ambos sejam produtos de vontades, é o ato mero pressuposto de efeitos jurídicos, pré-ordenados pela lei, sem função e natureza de autorregulamento. O negócio jurídico estruturalmente consiste em vontade de certo modo preceptiva e funcionalmente serve para dispor, enquanto que o ato não tem como preponderante aquilo que eventualmente dispõe, mas aquilo que é, sendo que a voluntariedade apenas revela efeitos que prescindem de conteúdo volitivo. A essência do negócio jurídico se assenta no autorregulamento de interesse particular, e a do ato se fundamenta na mera tutela da própria esfera, uma vez que o ato jurídico em sentido estrito não é decorrente do exercício da autonomia privada e o interesse objetivado não pode ser regulado pelo particular e sua satisfação se concretiza na maneira determinada por lei. Distingue-se, também, pela finalidade, dado que o escopo buscado pelos figurantes do negócio jurídico é aquele pelos mesmos desejados, enquanto que aquele verificado no ato é o determinado pelo ordenamento jurídico. O conteúdo volitivo é referencial básico à distinção: no negócio jurídico avulta, com efeito, a interpretação, em pertinência à vontade dos integrantes de tal negócio. No ato jurídico em sentido estrito é a lei que fundamentalmente condiciona o conteúdo. Já no negócio jurídico, como consequência da vontade, tem seu conteúdo disposto pela própria vontade que permite autorregulamentar interesses”.

¹³ Ainda, todas as espécies também comportam os fatos contrários a direito, denominados de atos ilícitos. Cf. MELLO, 2012, p. 151-155.

¹⁴ Conforme explica DIDIER (2015, p. 372-373), “o fato jurídico adquire o qualificativo de processual quando é tomado como *fattispecie* (suporte fático) de uma norma jurídica processual e se refira a algum procedimento atual ou futuro. Não há fato jurídico que não se possa relacionar a algum processo (procedimento), mas há fatos jurídicos processuais não integrantes da cadeia procedural, desde que ocorridos enquanto pendente o procedimento a que estejam relacionados ou se refiram a procedimento futuro. Todo ato humano que uma norma processual tenha como apto a produzir efeitos jurídicos em uma relação jurídica processual pode ser considerado como um ato processual. Esse ato pode ser praticado durante o itinerário do procedimento ou fora do processo. A sede do ato é irrelevante para caracterizá-lo como processual”.

Ocorre que grande parte da doutrina processualista, pautada pelo publicismo processual, por muito tempo afirmou que a vontade das partes era irrelevante no processo.¹⁵ Tal posicionamento formou o assim denominado dogma da irrelevância da vontade no processo que também, invariavelmente, acabou por legitimar posições contrárias à admissibilidade de negócios jurídicos processuais (SILVA, 2003, p. 172).

Nesse sentido, CUNHA (2016, p. 49-50) explica que:

As opiniões contrárias à existência do negócio jurídico processual consideram, na realidade, que a vontade não tem qualquer relevância na produção de efeitos pelo ato processual. Desse modo, o sentido juridicamente relevante do ato processual seria objetivo, sem qualquer ligação a elementos estranhos à declaração. Não é sem razão, aliás, que os autores que negam a existência de negócios jurídicos processuais valem-se do fundamento segundo o qual as situações processuais não decorrem de vontade das partes ou de qualquer sujeito do processo, mas de expressas previsões normativas. A vontade da parte seria, então, irrelevante na determinação dos efeitos que os atos processuais produzem. Os efeitos dos atos processuais não seriam, em outras palavras, moldáveis. A única disponibilidade que as partes teriam seria a opção de praticar o ato previsto numa sequência predeterminada pelo legislador. Qualquer que fosse a opção da parte, os efeitos dos atos processuais já estariam tabelados. (...) O *dogma da irrelevância da vontade* no processo decorre, ainda, do estigma de separar o direito processual [e sua natureza de direito público] do direito material [de natureza de direito privado].¹⁶

É bem verdade que, apesar da divergência doutrinária¹⁷, já havia opiniões favoráveis ao reconhecimento do negócio jurídico processual nos

¹⁵ Conforme explica CABRAL (2016, p. 135-136), “O publicismo posicionou o juiz como figura central do processo. Como consequência dessa concepção (...) o juiz pode fazer tudo e as partes não teriam autonomia para quase nada. Como o magistrado deveria perseguir os interesses do Estado, poderia fazê-lo independentemente da vontade individual e, uma vez provocada a jurisdição, a interferência das partes no processo seria mínima. Elas manteriam sua prerrogativa de definir e até renunciar ao direito material subjacente, mas não teriam possibilidade alguma de conformar o procedimento. A função do magistrado seria uma função de soberania, de aplicação do direito objetivo, que não poderia jamais ser resultado, nem mesmo parcial, da atuação privada”.

¹⁶ No mesmo sentido, para conferir mais análises acerca dos efeitos da corrente que afirmava o *dogma da irrelevância da vontade*, referencia-se: FARIA, 2016., p. 46-47; GODINHO, 2015. p. 111-122.

¹⁷ DIDIER (2015, p. 373) sintetiza a divergência doutrinária acerca do fato jurídico processual em quatro correntes: “a) alguns entendem que é suficiente o produzir efeitos no processo para que o fato seja havido como processual; b) há quem o vincule aos sujeitos da relação processual: apenas o ato por eles praticado poderia ter o qualificativo de processual; c) há os que exigem tenha sido o ato praticado no processo, atribuindo à sede do ato especial relevo; d) há quem entenda que ato processual é o praticado no procedimento e pelos sujeitos processuais”. Destaca-se que esta última

diplomas processuais anteriores, inclusive sob a vigência do CPC de 1973¹⁸. Para tanto, costuma-se apontar diversos negócios processuais típicos, que já eram previstos no código processual revogado e que foram mantidos pelo CPC/15, tais como: a cláusula de eleição de foro (CPC/73, art. 111 e CPC/15, art. 63), a convenção para suspensão do processo (CPC/73, arts. 265, II e 792 e CPC/15, art. 313, II), a desistência da ação (CPC/73, arts. 158 que no CPC/15, art. 485, §4º: antes da contestação, é um negócio unilateral; após, é bilateral) e tantos outros.¹⁹

De todo modo, o advento da cláusula geral prevista no art. 190 do CPC/15 acaba com a controvérsia, pois outorga positivação²⁰ ao fenômeno de valorização da autonomia privada no âmbito processual e de atenuação da visão exclusivamente publicista do processo (CAMBI; DOTTI; KOZIKOSKI, 2017, p. 198; ABREU, 2016, p. 281-302).

Muito além do que simplesmente aumentar o *rol* de negócios processuais *típicos* (v.g., ao prever a possibilidade de fixação de calendário processual nos termos do art. 191 ou de escolha consensual do perito conforme dispõem o art. 471), o CPC/15 passa a permitir expressamente que as partes celebrem convenções (negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais) atípicas, antes ou durante o processo, acerca do procedimento, para ajustá-lo às especificidades da causa (isto é, no rito

é a posição adotada por CALMON DE PASSOS (2002, p. 43), *in verbis*: “Donde conceituar o ato processual com o aquele que é praticado no processo, pelos sujeitos da relação processual ou do processo, com eficácia no processo e que somente no processo pode ser praticado”. Assim, também, é a posição de Daniel Mitidiero (2005, p. 14).

¹⁸ Ainda sob égide do CPC/73, muitos autores já afirmavam que o art. 158 – que possui correspondência com o art. 200 do CPC/15 – já era suficiente para se afirmar a possibilidade de reconhecimento de negócios jurídicos processuais, visto que dispunha que “os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”. A despeito de terem existido outros ensaios anteriores sobre o tema – inclusive com uma tímida manifestação por Pontes De Miranda (1974) –, a doutrina mais recente tem afirmado que, no Brasil, cronologicamente, o estudo mais aprofundado sobre o tema foi o de Barbosa Moreira, ainda na década de 80. Após longos anos, em 2007, um ensaio provocativo de Leonardo Greco fez com que o tema voltasse a receber a devida atenção pela doutrina nacional.

¹⁹ CUNHA (2016, p. 54-55) apresenta trinta e três exemplos de negócios processuais típicos extraídos do CPC/73.

²⁰ Conforme assevera Didier (2015, p. 379-380), com as disposições expressas do CPC/15, firmar posicionamento contrário à existência de negócios jurídicos processuais “será simplesmente *contra legem*”. De forma definitiva, o Autor também conclui afirmando que “A discussão sobre a existência dessa categoria processual, ao menos no Brasil, parece, agora, obsoleta e inócuia”.

imposto pela lei para a prática de atos processuais) ou de seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais (situações processuais).²¹

É inegável, portanto, que o CPC/15 reconhece às partes não somente a possibilidade de participar ativamente do processo e de influenciar na solução do caso concreto, mas também confere-lhes a liberdade para construir o procedimento que melhor atenda aos seus interesses, ampliando, com isso, o seu feitio democrático (RAATZ, 2016, p. 188).

A consagração do princípio da cooperação (art. 6º, CPC/15) e a adoção do modelo cooperativo de processo se relacionam com o fenômeno de reconhecimento da vontade das partes (FARIA, 2016, p. 106; MÜLLER 2016, p. 71-85; CUNHA, 2016, p. 57-62). Afinal, o modelo cooperativo de processo caracteriza-se exatamente por articular os papéis processuais das partes e do juiz, com o propósito de harmonizar a eterna tensão entre a liberdade individual e o exercício do poder pelo Estado.²²

É somente a partir desse modelo cooperativo que se justifica, inclusive, afirmar a existência de um princípio específico que também norteia o CPC/15: o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo. Princípio que visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental da liberdade e, como decorrência desta, o de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas (DIDIER, 2016, p. 31-37).

Vale dizer: define um espaço de não coerção (liberdade negativa) para o exercício de escolhas vinculantes (liberdade positiva), no atendimento de seus interesses particulares (RUZYK, 2011).

É claro que a autonomia privada também sofre limitações no âmbito do processo quando da análise do princípio no âmbito do direito material. Trata-se de decorrência lógica da própria decomposição conceitual da autonomia privada que se define em um espaço de liberdade negativa e que, ao seu turno, pressupõe a existência de um lugar externo em que se

²¹ Cabe apontar que o Enunciado n. 258 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) é no sentido de que “As partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa”.

²² Como ilustra metaoricamente DIDIER (2015, p. 133): “o processo colaborativo nem é processo que ignora a vontade das partes, nem é processo em que o juiz é mero espectador de pedra”.

opera a coerção. Os limites externos são, sob o ponto de vista do direito, os instrumentos de coerção a delimitar o campo dessa liberdade negativa.

Contudo, é necessário frisar que o simples fato de o processo ter caráter público não significa, por si só, a negação de espaço à liberdade e à autonomia privada das partes (RAATZ, 2016, p. 186). Muito pelo contrário. Conforme GODINHO (2015, p. 27-41), “a realização de negócios jurídicos processuais constitui, na realidade, uma manifestação de um processo jurisdicional democrático²³, sem que se vislumbre, com isso, a sacralização do privatismo ou do publicismo; almeja-se, na realidade, a efetiva realização de direitos”.²⁴

Compreendidas as bases que conformaram o CPC/15 e que inegavelmente sepultam quaisquer dúvidas acerca da possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais, resta-nos agora verificar quais são seus requisitos e pressupostos legais.

Como todo e qualquer negócio jurídico, os negócios processuais passam pelos planos da existência, validade e eficácia.²⁵ Desse modo, os negócios jurídicos processuais devem preencher os elementos de existência (sujeitos, objeto, manifestação de vontade e forma), bem como os requisitos de validade que qualificam os elementos de existência, quais sejam: capacidade dos agentes, licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto, higidez da manifestação volitiva²⁶ e a forma prescrita ou não defesa

²³ CUNHA (2016, p. 61) afirma, ao tratar do modelo cooperativo, que: “há, no novo Código, uma valorização do consenso, e uma preocupação em criar no âmbito do judiciário um espaço não apenas de julgamento, mas de resolução de conflitos. Isso propicia um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido”.

²⁴ O autor ainda continua dizendo que “o estudo sobre os fatos processuais, mais precisamente sobre os negócios jurídicos processuais, mostra-se igualmente fundamental, na medida em que se deve mensurar precisamente os limites e as possibilidades da atuação das partes, não mais, repita-se, com uma visão privatística, e muito menos com um viés estatizante, que rechaça a participação dos destinatários do resultado do processo, como se fossem figuras incapazes e, até, inconvenientes” (GODINHO, 2015, p. 27-41).

²⁵ Com apoio nas lições de PONTES DE MIRANDA, JUNQUEIRA (2002, p. 23-24) propõe o tratamento do negócio jurídico tomando por base um critério de exclusão: deve o intérprete verificar sucessiva e progressivamente se o negócio jurídico é existente; depois, sendo existente se é válido; depois, se for válido, se é eficaz. Cf. CABRAL, 2016, p. 255.

²⁶ Neste sentido, aponta-se o teor do Enunciado n. 132 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Além dos defeitos processuais, os vícios de vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos”.

em lei (art. 104 do Código Civil).²⁷ Além destes, há os requisitos específicos dispostos no artigo 190 do CPC/15.

No que diz respeito à plena capacidade do agente, pressuposto subjetivo para a realização dos negócios processuais, é necessário que: i) o sujeito detenha a capacidade de ser parte, sendo titular de direitos e obrigações; e ii) possua capacidade de estar em juízo, podendo ser assistido ou representado – em conformidade com os arts. 1º, 3º, 4º, 166, inciso I e 171, inciso I, do Código Civil e arts. 70 a 76 do CPC/15 (CAMBI; DOTTI; KOZIKOSKI, 2017, p. 201).

O que importa para os negócios processuais é a capacidade de estar em juízo (TALAMINI, 2015, p. 4). Nesse sentido, vislumbra-se a possibilidade de um condomínio (apesar de não possuir personalidade jurídica) poder celebrar negócio jurídico, desde que representado por seu administrador ou síndico (CPC/15, art. 75, XI), ou a massa falida, por seu administrador judicial (CPC/15, art. 75, V) e também o incapaz (absoluta ou relativamente), desde que adequadamente representado ou assistido por seus pais, tutor ou curador – *vide* CPC/15, art. 71 (CAMBI; DOTTI; KOZIKOSKI, 2017, p. 201).

A doutrina diverge sobre a relevância da vulnerabilidade da parte frente ao plano da validade e ao plano da eficácia. Nessa linha, colhe-se do pensamento de DIDIER (2015, p. 384-86) no sentido que o requisito de validade exigido para prática dos negócios processuais é a “capacidade processual negocial, que pressupõe a capacidade processual, mas não se limita a ela, pois a vulnerabilidade é caso de incapacidade processual negocial”.

Nesse sentido, o parágrafo único do art. 190 traria uma hipótese específica de incapacidade processual negocial: a incapacidade pela situação de “manifesta vulnerabilidade”. Em sentido diverso, porém, Talamini (2015, p. 6-7) afirma que “o negócio processual encontra um limite de eficácia na vedação ao abuso” Trata-se de um parâmetro restrito para a negativa de eficácia ao negócio processual – expresso na exigência de que a situação de vulnerabilidade seja manifesta. É também nesse

²⁷ Este é o teor do Enunciado n. 403 do FPPC: “A validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”.

sentido que se observa que é possível a inserção de negócio processual no âmbito de contrato de adesão, desde que não se configure abusividade (TALAMINI, 2015).²⁸

Embora, não se descarte a possibilidade de em dados casos concretos se verificar a vulnerabilidade mesmo no âmbito de contratos empresariais, trata-se de hipótese a ser analisada caso a caso, partindo-se, porém, *prima facie*, da presunção de paridade dos agentes de mercado.

O dispositivo também não exige, obrigatoriamente, capacidade postulatória ou sequer a presença de advogado (acompanhamento técnico-jurídico) para a celebração de negócio jurídico processual. Contudo, é sensato o Enunciado nº 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) que dispõe que “há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”.²⁹

Relacionado com o objeto, o pressuposto objetivo genérico para celebração de convenções processuais é a aptidão de o direito submeter-se à autocomposição. Em linhas gerais, admitir autocomposição consiste na possibilidade de resolução do conflito extrajudicialmente – isto é, sem a atuação do Estado. Observe-se que não se trata de disponibilidade do direito material (como no caso da arbitragem – art. 1º da Lei 9.307/96). Ainda que os direitos disponíveis constituam, por excelência, o campo para a autocomposição, há inúmeras situações de direitos indisponíveis em que é perfeitamente possível a solução consensual (CAMBI; DOTTI; KOZIKOSKI, 2017, p. 197).³⁰

²⁸ Talamini (2015) exemplifica uma hipótese interessante: “uma instituição financeira pode inserir em um contrato de adesão que celebra com seus clientes a previsão de que as citações dela deverão fazer-se por via eletrônica (com fulcro no art. 246, §1º). Tal avença confere segurança à instituição financeira sem implicar nenhum sacrifício para o cliente, pois a citação eletrônica é simples, rápida e sem custos”.

²⁹ Como analisa YARSHELL (2016, p. 88), “a validade do negócio processual não está condicionada à presença de advogado - embora evidentemente seja desejável por se tratar de matéria técnica, que presumivelmente escapa do conhecimento do leigo. O fato de o negócio jurídico ter por objeto atos que integram o procedimento e posições jurídicas que compõem a relação processual não é suficiente para tornar obrigatória a presença do advogado no ato da celebração do negócio. Para que isso ocorresse seria indispensável previsão legal expressa, tal como ocorre no caso de atos constitutivos de pessoas jurídicas (...), que além de expresso, comina taxativamente a sanção de invalidade”. Cf. FARIA, 2016, p. 91.

³⁰ Aponta-se o teor do Enunciado n. 13 do FPPC: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”. Jamais se discutiu, por exemplo, a

O objeto lícito pressupõe que o conteúdo do negócio jurídico não seja vedado pelo ordenamento jurídico, nem contrarie norma cogente. Nesse sentido, como acertadamente observa DIDIER (2015, p. 387), “o objeto do negócio é o ponto mais sensível e [ainda] indefinido na dogmática da negociação processual atípica”. Não obstante, a primeira diretriz apontada pelo mesmo autor é de que, ressalvada alguma regra que imponha uma interpretação restritiva³¹, na dúvida deve se admitir o negócio processual (*in dubio pro libertate*).

Quanto à forma, Didier (2015, p. 389) afirma que “a forma do negócio processual atípico é livre. [Sendo possível] negócio jurídico oral ou escrito, expresso ou tácito, apresentado por documento extrajudicialmente ou em mesa de audiência”. Sob esse ângulo, para ser válido, o negócio processual não está sujeito à forma especial, tendo em vista principalmente o claro teor do art. 166, IV do Código Civil (FARIA, 2016, p. 100).

Segundo YARSHELL (2016, p. 85), não há exigência de que o negócio jurídico processual seja celebrado por instrumento público e “ainda que celebrado por instrumento particular, este deverá ser juntado aos autos e, nessa medida, ganhará a forma pública”. Caso seja celebrado em audiência, na presença do juiz, este deverá ser reduzido a termo (FARIA, 2016, p. 99). Entretanto, se celebrado extrajudicialmente, recomenda-se que seja formulado na forma escrita, facilitando-se, assim, a prova da sua realização e para que se submeta, via de consequência, ao controle de validade e eficácia do juiz nos termos do parágrafo único do art. 190 do CPC/15.

Do ponto de vista da sua eficácia, os negócios processuais geram, via de regra, efeitos imediatos, independente da homologação judicial (CPC/15, art. 200). Em algumas hipóteses específicas, entretanto, sua eficácia está condicionada à homologação pelo juiz. É o caso de desistência da ação, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo 200; da fixação de calendário nos termos do art. 191, ou até mesmo de delimitação

possibilidade de alteração das regras de competência relativa (CPC/15, art. 63), independentemente da (in)disponibilidade do direito material.

³¹ Nesse sentido, aponta-se o teor do Enunciado n. 20 do FPPC: “Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos”.

consensual das questões de fato e de direito, nos termos do §2º do art. 357. Tais exemplos, contudo, não afastam a regra geral de eficácia imediata. Ao contrário, demonstram que a suspensão da eficácia tem que estar expressamente prevista no ordenamento (CAMBI; DOTTI; KOZIKOSKI, 2017, p. 202-203).³²

Quanto ao controle da validade, cumpre ressaltar que os postulados do princípio da conservação dos negócios, com a construção teórica da preservação teleológica dos atos animados pela vontade, por certo haverão de impactar na percepção do Juiz ao apreciar a validade dos negócios processuais. Se a doutrina e a jurisprudência se inclinam para a preservação dos negócios de maneira geral (GUERRA, 2016), não há sentido na construção de modo de agir distinto para os negócios jurídicos processuais.³³

A decretação de invalidade dos negócios processuais deve obedecer ao sistema de invalidades processuais (CPC/15, art. 276 a 283), o que significa dizer que deve esta ser decretada pelo juiz e que não haverá nulidade sem prejuízo (*ne pas de nullité sans grief*).³⁴ Também como qualquer negócio jurídico, há a possibilidade de invalidação parcial do negócio jurídico processual (DIDIER, 2015, p. 384).³⁵

Compreendidos os pressupostos e requisitos dos negócios jurídicos processuais, passamos agora a analisar a correlação entre os negócios processuais e a eficiência processual sob o contexto específico dos contratos empresariais.

3. Negócios processuais e eficiência processual

Uma das vantagens mais evidentes dos negócios processuais é precisamente a possibilidade de se buscar uma adequação do

³² Nesse sentido é o teor do Enunciado n. 133 do FPPC: “salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial”.

³³ Também é importante ressaltar o Enunciado n. 259 do FPPC, no sentido de que: “a decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio”.

³⁴ Diz o Enunciado n. 16 do FPPC: “o controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”.

³⁵ Este é também o exato teor do Enunciado n. 134 do FPPC.

procedimento ao caso concreto e, consequentemente, a obtenção de uma maior eficiência processual (CABRAL, 2016, p. 194).

O termo eficiência tem diversas acepções. Neste ensaio, eficiência diz respeito à maximização de ganhos e minimização de custos.³⁶ Sob tal ótica, um processo será considerado eficiente se for possível a obtenção do máximo de benefícios com o emprego do mínimo de custos.

Como visto, o CPC/15, ao tempo em que abre espaço à participação das partes na construção do procedimento, democratizando-o, também se preocupa em evitar que esses acordos, na prática, funcionem como instrumento de abuso de direito. Por isso, somente será permitida a celebração de negócios processuais quando: (i) se tratar de direitos passíveis de autocomposição; (ii) quando as partes sejam capazes e (iii) estejam em situação de equilíbrio, não se admitindo a pactuação de negócios processuais inseridos abusivamente em contratos de adesão ou em contratos em que figurem partes em manifesta situação de vulnerabilidade (NOGUEIRA, 2016, p. 103).

A seara do direito empresarial, tendo por pressuposto a simetria do poder de contratação, é fértil para o desenvolvimento desse mecanismo de flexibilização dos atos processuais, visando privilegiar a autonomia privada das partes e uma maior eficiência para a solução de litígios concretos. É certo e natural que os contratos empresariais aumentam seu potencial de produzir riquezas em um ambiente que privilegie a segurança e a previsibilidade jurídicas (FORGIONI, 2015, p. 119). Nesse sentido, os negócios processuais emprestam maior segurança e previsibilidade ao tráfego jurídico na medida em que incrementam a certeza da aplicação de regras processuais – afinal, se as regras tivessem que ser livremente aplicadas e interpretadas, o resultado seria incerto (CABRAL, 2016, p. 203).

Nesse sentido, é imperioso mencionar as recentes e relevantes modificações operadas pela Lei nº 13.874/2019, que instituiu a “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, e passou a ser denominada apenas como “Lei de Liberdade Econômica” (LEE), que traz diversas alterações na

³⁶ Há outras duas acepções do termo eficiência que neste texto deixaremos de lado: a eficiência paretiana e a eficiência de Kaldor-Hicks. Cf. SALAMA, 2008, p. 55.

disciplina legal da interpretação dos negócios jurídicos, sobretudo com o objetivo de ampliar a liberdade e a segurança nas relações negociais (KONDER; OLIVEIRA, 2020, p. 13-35).

Com efeito, e com total pertinência ao objeto desta pesquisa, as novas regras interpretativas, positivadas no artigo 113 e pela inclusão do art. 421-A no Código Civil, reforçam precisamente o pressuposto, que já era apontado pela doutrina, da existência de uma simetria do poder de contratação nas relações civis e, ainda mais notadamente, nas de cunho empresarial.

Deste modo, conforme destacado pela nova redação dessas regras interpretativas supramencionadas, o Código Civil passou a dispor, de forma expressa, que os contratos civis e empresariais se presumem paritários e simétricos. Além disso, que a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada, e a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada (MARQUES NETO; RODRIGUES JR.; LEONARDO, 2019, p. 293-363).

Assim, os negócios processuais se apresentam como uma forma de racionalização do processo na medida em que permitem a predefinição (*ex ante*) das normas (arranjo institucional) que facilitarão a transação comercial, a execução do contrato e/ou inibirão a instauração de eventual litígio. Se for inevitável a instauração do litígio, que ao menos as partes possam encontrar a melhor forma de dirimi-lo. Como consequência, e como benefício econômico, tem-se a redução dos custos.

Nessa toada, ao tratar do ganho de eficiência processual, CABRAL (2016, p. 200-205) sustenta precisamente que:

[O] acordo [negócio jurídico processual] passou a ser também um mecanismo de gestão, adaptando a tramitação do procedimento às especificidades dos interesses das partes. Ao invés de impor às partes uma justiça *prêt-à-porter*, admite-se uma justiça feita ‘sob medida’ (*tailor-made*). (...) A prática contratual tem se adaptado às possibilidades e vantagens dos acordos processuais. Nos acordos prévios, trata-se de uma antecipação contratual da litigância: quanto mais alternativas procedimentais se colocam para as partes em um potencial litígio, a fim de adaptá-los às suas necessidades, mais utilidade os acordos processuais assumem no plano da eficiência, considerada em uma perspectiva *ex ante*. (...) Os acordos processuais

podem reduzir também o ônus financeiro do processo, sobretudo pela redução dos chamados custos de transação.³⁷

Exatamente por exigir uma atitude de cooperação, inseridos dentro de um modelo colaborativo de processo que lhes dá maior autonomia, os agentes de mercado podem aumentar os seus ganhos a partir do incentivo para realização de novas transações e prolongamento das relações comerciais já estabelecidas exitosamente.

Afinal, como destaca Müller (2017, p. 366), “a adversidade quanto aos interesses de mérito não deve se confundir quanto à cooperação em termos de processo (...). Cooperar processualmente [resguardadas algumas situações óbvias que poderão implicar em prejuízo da própria parte] é racionalmente mais eficiente do que competir”. É nesse sentido que KLEIN (2013, p. 92-93) também afirma:

A adoção de uma atitude de cooperação nos contratos empresariais é eficiente para os contratantes, na medida em que reduz custos de transação. Afinal, um ambiente institucional capaz de fomentar a confiança é um ambiente benéfico às transações econômicas. (...) Um ambiente cooperativo que favoreça a confiança permite que as transações sejam mais eficientes na geração de ganhos. A observância do princípio do equilíbrio contratual não como uma obrigação de distribuição equânime, mas sim como uma obrigação de distribuição desses ganhos com um nível razoável de reciprocidade é um incentivo importante para que novas transações e novos investimentos sejam feitos.³⁸

São diversos os exemplos que podem ilustrar o raciocínio apresentado até aqui. Pensemos, ilustrativamente, em um contrato atípico de

³⁷ O autor ainda prossegue: “as trocas econômicas entre os contratantes abrangem não só os custos das negociações preliminares, na identificação de interessados, os de produção e entrega da prestação de cada qual, mas também a fiscalização ou monitoramento do cumprimento da contraparte (confirmação de pagamento, cobrança de parcelas em atraso, testes de qualidade do produto). Os acordos processuais, por conseguinte, ao imprimirem previsibilidade ao processo, permitem uma melhor avaliação de custo-benefício da litigância, reduzem o estado de incerteza que este gera, diminuem os custos de transação, e tornam as relações econômicas mais interessantes. Além disso, podem gerar economia, minimizando os custos de implementação e criando incentivos para o adimplemento. De maneira geral, a economia processual, tanto no viés da simplificação de atos quanto na redução de tempo e custos, pede soluções desburocratizadas. Tanto melhor será que estas soluções sejam amigáveis, negociais, convencionadas” (CABRAL, 2016, p. 200-205).

³⁸ No sentido, SCHUNCK (2016, p. 84) afirma: “a cooperação entre contratantes acaba sendo fator crucial para a redução de custos de transação, evitando desgastes desnecessários das partes. O papel que a cooperação desempenha em contratos é justamente o de redução de custos e de possibilitar o desempenho ótimo das contratações, trazendo assim benefícios que podem ser, inclusive, econômicos”.

licenciamento e cessão para exploração de patente e uso de marca, onde uma empresa “A”, detentora da titularidade da patente “X” e da marca “Y”, pactua com a empresa “B” para que esta última fique responsável por produzir industrialmente um determinado produto “Z” para comercializá-lo em certos estados do país. Em contrapartida, com base no percentual de vendas do produto “Z”, a empresa “B” deverá pagar *royalties* à empresa “A”. Há, sem dúvida, uma enorme dificuldade para que a empresa “A” tenha controle acerca da qualidade e quantidade dos produtos fabricados e comercializados pela empresa “B”. Por sua vez, a empresa “B” pode ter um enorme custo para conseguir comprovar, regularmente, que está seguindo à risca todas as obrigações assumidas frente à empresa “A”.

A assimetria informacional e a possibilidade de comportamento oportunista implicam em custos de transação para ambas as partes.

Por esta razão, as partes podem pactuar livremente: (a) a eleição convencional de um foro que seja equidistante para as duas partes (CPC/15, art. 63); (b) convenção para estabelecer métodos atípicos de comunicação entre as partes; (c) acordo para disponibilização prévia de documentos (pacto de *disclosure*); (d) pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória; (e) acordo para rateio de despesas processuais e honorários; (f) a escolha consensual e prévia do perito (CPC/15, art. 471); (g) dispensa consensual de assistente técnico; (h) pacto para determinar a penhorabilidade ou impenhorabilidade de determinados bens; (i) acordo para incluir ou retirar o efeito suspensivo dos recursos; (j) convenção para distribuição do ônus da prova (*v. g.*, para determinar que a empresa “B” deverá guardar um “lote de controle” de cada produto sobre o qual recairá perícia para verificação de sua qualidade); (k) acordo para limitação do número de testemunhas ou de dispensa de produção de prova oral; etc.³⁹

A criatividade é livre para se pensar em tantos outros exemplos a partir de negócios jurídicos típicos e atípicos. De todo modo, ainda é um tanto quanto cedo para se ter certeza acerca dos limites que conformarão o tema; a doutrina acerca do assunto é relativamente incipiente e não há decisões em quantidade suficiente de modo a permitir apontar a formação de um entendimento jurisprudencial. Entretanto, tais fatos não impedem

³⁹ Boa parte dos exemplos indicados aqui foram formulados a partir do Enunciado n. 19 do FPPC.

que se defendam – não apenas do ponto de vista teórico, mas com perspectiva prática – como positivas as alterações trazidas pelo CPC/15. Nesse sentido, cabe citar a visão otimista, mas também com advertências, apresentada por TALAMINI (2015, p. 19-20):

A experiência dirá qual dimensão a regra autorizadora de negócios processuais atípicos vai assumir no sistema processual civil instaurado pelo Código de 2015. Potencialmente, essa norma tem o condão de alterar de modo substancial a função e a eficácia dos mais diversos institutos e mecanismos – sejam aqueles que ora surgem como novidade, sejam os que, em si mesmos considerados, mantêm-se formalmente iguais ao que antes eram. (...) Mas também é possível que os negócios processuais sejam um malogro em termos práticos. Não seria a primeira nem a última vez que isso estaria acontecendo: um instituto a despertar a atenção dos estudiosos, por sua sofisticação e riqueza de possibilidades, e a afugentar os práticos exatamente pelos mesmos motivos... Essa segunda hipótese não é a desejável. (...) Cabe a todos os estudiosos e profissionais do direito procurar caminhos e soluções para que a primeira das duas hipóteses ora aventadas se concretize. Para isso, o debate sobre o tema é fundamental.

Assim, em atendimento ao chamado público feito a todos os estudiosos e profissionais do direito para o debate do tema, o presente artigo buscou demonstrar como o negócio jurídico processual tem potencial de ser um instituto muito valioso também em termos práticos, notadamente quando inseridos no contexto específico dos contratos empresariais.

Conclusão

Neste ensaio buscamos apresentar argumentos que militam em favor da possibilidade de se pensar nos negócios jurídicos processuais, a partir do advento do CPC/15, como instrumentos de racionalização do processo e, consequentemente, de redução de custos de transação inseridos no contexto específico dos contratos empresariais. Este raciocínio, que já era defendido em doutrina, também foi inegavelmente fortalecido pelas recentes modificações ocorridas sobre a disciplina legal da interpretação dos negócios jurídicos civis e empresariais, trazidas pela Lei de Liberdade Econômica, sobretudo com o objetivo de ampliar a liberdade e a segurança nas relações negociais.

Para fundamentar tal conclusão, realizamos um breve panorama acerca da corrente da Análise Econômica do Direito, com foco no intuito

específico de se compreender as premissas que norteiam a Teoria dos Custos de Transação. Também analisamos, com perspectiva crítica, a disciplina legal dos negócios jurídicos sob a égide do CPC/15 com o objetivo principal de apresentar seus requisitos, pressupostos e limites. Por fim, apresentamos a correlação entre os negócios processuais e a eficiência processual, a partir da premissa de que o direito empresarial, tendo por pressuposto a simetria do poder de contratação, é fértil para o desenvolvimento desse mecanismo de racionalização e de flexibilização dos atos processuais e que visa privilegiar a autonomia privada na solução de litígios concretos.

Ademais, após percorrido, de forma concisa, o caminho travado pelos negócios processuais e feitas as devidas aproximações e considerações dos seus benefícios à seara econômica, sobretudo no âmbito empresarial, foi possível concluir também acerca de sua importância enquanto instituto emancipador dos jurisdicionados. Como bem se expôs, sua aplicação viabiliza um âmbito fértil ao desenvolvimento do direito fundamental à liberdade, exaltando o indivíduo enquanto sujeito capaz de tomar decisões em oposição a uma figura do Estado enquanto tutor dos interesses de toda coletividade de modo irrestrito e senhorial.

Dessa forma, estabelecido um panorama que se encarregou de abordar, ao menos brevemente, aspectos econômicos, processuais e negociais, pôde-se concluir não apenas pela possibilidade dos negócios jurídicos processuais como instrumentos representativos da liberdade contratual e de autonomia das partes, como também, e a despeito de todo o embate privatista-publicista, de eficácia processual. Nesse sentido, entende-se que a disseminação do uso de tais mecanismos processuais pode acarretar não somente na otimização do processo sob uma perspectiva singular, como também impactar no sentimento de segurança das partes em contratar, base inequívoca para o desenvolvimento econômico de uma sociedade.

Referências bibliográficas

AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; CRUZ, Rafael Augusto Firakowski. A opção pela arbitragem como medida de salvaguarda para a redução dos custos de transação. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira e KLEIN, Vinicius (Org.).

Reflexões acerca do direito empresarial e a análise econômica do direito. – Curitiba: GEDAI-UFPR, 2014.

ARAÚJO, Fernando. Teoria económica do contrato. Coimbra: Almedina, 2007.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia. – São Paulo: Saraiva, 2002.

CABRAL, Antônio do Passo. Convenções processuais. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAMBI, Eduardo; PINHEIRO, Paulo; DOTTI, Rogéria; MARTINS, Sandro; KOZIKOSKI, Sandro. Curso de Processo Civil Completo. – São Paulo: RT, 2017.

COASE, Ronald H. A firma, o mercado e o direito. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. – Salvador: JusPodivm, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. Novo Conceito de ato e negócio jurídicos: consequências práticas. – Curitiba: EDUCA, SCIENTIA et LABOR, 1988.

FARIA, Guilherme Henrique Lage. Negócios processuais no modelo constitucional de processo. Salvador: JusPodivm, 2016.

FORGIONI, Paula. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: RT, 2009.

GODINHO, Robson Renault. Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015.

GUERRA, Alexandre. Princípio da conservação dos negócios jurídicos. – São Paulo: Almedina, 2016.

JENSEN, M.; MECKLING, W. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, v. 3, n. 4, p. 305-360, 1976.

KLEIN, Vinicius. Os Contratos Empresariais de Longo Prazo – uma análise a partir da argumentação judicial. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2013.

KONDER, Carlos Nelson. OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho de. A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica. R. Fórum de Dir. Civ. – RFDC | Belo Horizonte, ano 9, n. 25, p. 13-35, set./dez. 2020

MARQUES NETO, Floriano Peixoto. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. LEONARDO, Rodrigo Xavier (Coord.). Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019. – São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

MELLO, Marcos Bernardo de. Teoria do fato jurídico: plano de existência. 18 ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Campinas: Bookseller, 2000.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed.– São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

- MÜLLER, Júlio Guilherme. Negócios Processuais e desjudicialização da produção da prova – Análise Econômica e Jurídica. – São Paulo: Editora RT, 2017.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. – Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- RAATZ, Igor. Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedural e o direito à participação na construção do caso concreto. – Salvador: JusPodivm, 2016.
- RIBEIRO, Marcia Carla; GALESKI JÚNIOR, Irineu. Teoria Geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s). Rio de Janeiro: GZ, 2011.
- SAITO, Richard; DI MICELI DA SILVEIRA, Alexandre. Governança corporativa: custos de agência e estrutura de propriedade. RAE - Revista de Administração de Empresas, v. 48, n. 2, abril-jun., 2008, p. 79-86. – Fundação Getúlio Vargas: São Paulo, Brasil. ISSN: 0034-7590. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=155116085007>. Acesso em março de 2021.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: TIMM, Luciano Benetti; et al. Direito & economia. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SCHUNCK, Giuliana Bonanno. Contratos de longa duração e dever de cooperação. – São Paulo: Almedina, 2016.
- SILVA, Paula Costa e. Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. – Coimbra: Coimbra, 2003
- TALAMINI, Eduardo. Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Portal Migalhas, de 21 de outubro de 2015. Disponível em: <https://goo.gl/x1rCm9>. Acesso em outubro de 2020.
- TARUFFO, Michele. Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos. Páginas sobre justicia civil. Marcial Pons, 2009.
- TIMM, Luciano Benetti. Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012.
- WILLIAMSON, Oliver. The Mechanisms of Governance. New York: Oxford University Press, 1996.
- YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova Era? In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Processuais. 2. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. Direito & Economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Submissão: 08 de novembro de 2020

Aceite: 31 de março de 2021

Autoria:

Marcus Paulo Roder *mp.roder@gmail.com*

Advogado. Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná (PPGD/UFPR).

Kirstin Elise Richter Vieira *kirstin@ufpr.br*

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

Como citar este documento:

RODER, Marcus Paulo; RICHTER VIEIRA, Kirstin Elise. Negócios processuais em contratos empresariais: uma forma de redução de custos de transação. **Revista Eletrônica do CEJUR**, v. 2, n. 5, set/dez 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/cejur.v2i5.77771>.

A ideologia da contrarreforma do direito coletivo do trabalho e a contribuição do princípio da boa-fé para as negociações coletivas

The ideology of the counter-reform of collective labor law and the contribution of the principle of good faith to collective negotiations

Ana Maria Maximiliano

Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Isabel Cecon Iantas

Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Resumo: O presente artigo objetiva identificar a possível contribuição do princípio da boa-fé na construção das cláusulas que compõem o Acordo Coletivo do Trabalho (ACT) e a Convenção Coletiva do Trabalho (CCT). Para tanto, aponta a influência da ideologia, no contexto do neoliberalismo, na construção do direito do trabalho para, após, demonstrar o reflexo dessa ideologia na contrarreforma trabalhista, trazida pela lei nº 13.467/2017, que desregulamentou e flexibilizou os direitos trabalhistas. No contexto da contrarreforma, observa-se o enfraquecimento do direito coletivo do trabalho, acompanhado da desarticulação do movimento sindical, que abre a possibilidade de livre negociação com os sindicatos em uma posição de fragilidade negocial. Por fim, passa a expor o princípio da boa-fé em relação com o direito coletivo. Para o desenvolvimento, parte-se de pesquisa exploratória e abordagem qualitativa, com levantamento bibliográfico e pesquisa documental. Conclui-se que o princípio da boa-fé pode ser aplicado na formulação de acordos e convenções coletivas de trabalho, com o objetivo de proteger a classe trabalhadora.

Palavras-chave: contrarreforma trabalhista; direito coletivo do trabalho; ideologia; princípio da boa-fé.

Abstract: This article aims to identify the possible contribution of the principle of good faith in the construction of the clauses that make up the Collective Labor Agreement (CLA) and the Collective Labor Convention (CLC). Therefore, it points to the influence of ideology, in the context of neoliberalism, in the construction of labor law to, after,

demonstrate the reflection of this ideology in the labor counter-reform, brought by law nº 13.467/2017, which deregulated and made labor rights more flexible. In the context of counter-reform, there is a weakening of collective labor law, accompanied by the disarticulation of the union movement, which opens up the possibility of free negotiation with unions in a position of bargaining weakness. Finally, it begins to expose the principle of good faith in relation to collective law. For development, it starts with exploratory research and a qualitative approach, with bibliographic survey and documentary research. It is concluded that the principle of good faith can be applied in the formulation of collective labor agreements and conventions, with the objective of protecting the working class.

Keywords: labor counter-reform; collective labor law; ideology; principle of good faith.

Sumário: 1. Introdução; 2. A ideologia do direito do trabalho; 3. A contrarreforma trabalhista e o direito coletivo do trabalho; 4. O princípio da boa-fé e a aplicação no direito coletivo do trabalho; 5. Considerações finais.

1. Introdução

A construção de uma legislação específica, que estabelece direitos e deveres tanto para o patronato quanto para o operariado, ocorre em um modelo específico de economia. Por isso, não é possível traçar uma história universal do surgimento do direito do trabalho. Ele surge e é codificado diante da consolidação do modo de produção capitalista, constituído por um conflito social próprio e característico: a inconciliabilidade de interesses entre as classes burguesa e trabalhadora.

Nas relações de emprego, em diferentes momentos históricos, está enraizado o conflito social, de forma que a regulamentação se fez imprescindível para a manutenção de uma sociedade pautada pelas trocas de valores. Por ser uma área de conflitos constantes, as ideologias e a política têm um importante papel no momento da construção do direito do trabalho, bem como na celebração dos Acordos Coletivos de Trabalho (ACT) e Convenções Coletivas de Trabalho (CCT). Com relação ao direito do trabalho, a ideologia e a política refletem a composição da legislatura, que atuará na produção e na alteração das leis. Já com relação ao ACT e à CCT, o reflexo da ideologia e da política ocorrem na composição da instituição sindical.

A par da política e da ideologia, soma-se o contexto neoliberal, que visa a intervenção mínima do Estado na economia e, por isso, busca de

forma constante a desregulamentação e flexibilização de direitos trabalhistas, bem como a mitigação de princípios estruturantes do direito do trabalho¹. Com isso, ocorre o paulatino enfraquecimento das proteções aos trabalhadores e à atuação sindical.

Isso pode ser observado na contrarreforma trabalhista², que, além de retirar direitos da classe trabalhadora, alterou premissas garantidoras da liberdade sindical. Assim, o direito coletivo do trabalho foi também afetado pelas mudanças no tocante às negociações coletivas e à própria organização e articulação dos sindicatos.

Com relação ao direito coletivo do trabalho, as alterações mais radicais foram a extinção de contrapartidas recíprocas para a celebração de ACT e CCT, em conjunto com a mitigação da fonte de custeio dos sindicatos ao se dificultar a contribuição sindical pelos trabalhadores. Isso porque a contrarreforma se consolidou em um contexto de políticas de cunho neoliberal e de uma ideologia marcada pela pretensão de descoletivização das relações de trabalho.

Diante do recrudescimento do ataque ao direito coletivo do trabalho, deve-se recorrer aos princípios que norteiam o direito, notadamente o princípio da boa-fé na perspectiva da celebração de ACT e CCT. Muito embora a contrarreforma trabalhista tenha afastado a exigência de contrapartidas nesses ajustes coletivos, o princípio da boa-fé, como balizador estruturante para a celebração dos contratos, deve ser considerado no direito coletivo do trabalho.

Dessa forma, em meio às buscas por mecanismos de proteção para o trabalhador, notadamente no contexto do direito coletivo do trabalho, o artigo objetiva identificar a possível contribuição do princípio da boa-fé na construção das cláusulas que compõem o Acordo Coletivo do Trabalho (ACT) e a Convenção Coletiva do Trabalho (CCT). Para tanto, aponta a influência da ideologia, no contexto do neoliberalismo, na construção do

¹ Para Plá Rodriguez (2015), os princípios basilares do direito do trabalho são o princípio da proteção, a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, a continuidade do contrato de trabalho, a primazia da realidade e a boa-fé.

² Utiliza-se o termo “Contrarreforma” tendo em vista que a Lei 13.467/2017 não trouxe uma efetiva “reforma” da Consolidação das Leis Trabalhistas, mas, em contrapartida, reverteu o processo de construção da Legislação Trabalhista, contrariando suas premissas protetivas (GHIRALDELLI, 2019).

direito do trabalho para, após, demonstrar o reflexo dessa ideologia na contrarreforma trabalhista. Por fim, expõe o princípio da boa-fé em relação ao direito coletivo. Para o desenvolvimento, parte-se de pesquisa exploratória e abordagem qualitativa, com levantamento bibliográfico e pesquisa documental.

2. A ideologia do direito do trabalho

A consolidação do modo de produção capitalista, no final do século XVIII, fez surgir um novo antagonismo social, que superou as antigas relações feudais. Assim, de um lado estava a burguesia, detentora de capital e, por conseguinte, dos meios de produção e circulação de mercadorias, e, de outro, a classe trabalhadora, que, por não possuir bens suficientes, passou a vender a sua força de trabalho em troca de um salário para a própria subsistência.

A relação estabelecida entre a classe proprietária dos modos de produção e a classe trabalhadora, denominada de relação de trabalho, no entanto, é caracterizada pela inconciliabilidade entre os interesses dessas classes. Enquanto uma, a classe proprietária, visa cada vez mais expandir o seu capital, por meio da ideia de lucro, a outra, a classe trabalhadora, busca receber o equivalente entre o tempo e a força despendidos e o salário auferido. Em outras palavras, para que o capitalista possa aumentar a sua lucratividade, necessariamente precisa explorar ao máximo a força de trabalho de seus trabalhadores (MARX, 1985).

A relação entre o proprietário dos modos de produção e o respectivo trabalhador foi, historicamente, a partir do século XVIII, regulamentada pelo contrato de trabalho, de forma que o que fosse estipulado faria lei entre as partes, independentemente de seu conteúdo. Com a alta taxa de desemprego da época, os capitalistas podiam oferecer salários ínfimos, já que havia trabalhadores dispostos a aceitar qualquer condição para trabalhar. Dessa forma, a falta de limites contratuais e a miséria obrigavam o trabalhador a anuir com o que fosse oferecido para garantir seu sustento e sua sobrevivência (LUXEMBURGO, 1986). Diante das péssimas condições de vida da maioria da população, a classe trabalhadora passou a se organizar e a exigir limites e proteções no contexto da relação de trabalho.

A coesão da organização operária estava muito associada ao sentimento de solidariedade, que uniu os trabalhadores para combater os abusos do empregador em grupos capazes de articular suas demandas – os sindicatos (LEITE, M., 1987). Assim, por meio das negociações com os empregadores e das greves, que tensionavam os governantes, houve a construção da legislação trabalhista (SILVA, 2007).

O processo de elaboração de leis que limitavam a liberdade do empregador estava e ainda está muito atrelado à ideologia, entendida como um conjunto de crenças oriundas dos interesses que estruturam a sociedade (EAGLETON, 1997). Portanto, o momento histórico de crise do Estado liberal, a miséria e o desemprego, aliados aos reflexos da 1^a Guerra Mundial (1914-1918), culminaram com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, e determinaram os moldes usados para a criação do direito do trabalho (SILVA, 2007).

Para além de uma resposta às demandas sociais e de um modo de proteger a classe trabalhadora das arbitrariedades da burguesia, o direito do trabalho foi construído para viabilizar a sobrevivência do próprio sistema capitalista, atuando como ferramenta capaz de assegurar a dominação nas relações de produção (LOPEZ, 2001). Dessa forma, os sindicatos, ao passo que impunham limites à acumulação de capital, legitimavam a exploração da classe trabalhadora por meio de um contrato, isto é, pacificavam os ânimos “revolucionários”, ajudando a manter o funcionamento do sistema (VIANA, 2004). Nesse sentido, Edelman (2016) ressalta que o sindicalismo era “atravessado pela legalidade”, de forma que suas ações eram permitidas contanto que não prejudicassem o contrato de trabalho e o direito de propriedade (EDELMAN, 2016).

O direito do trabalho passou a ser regido por princípios que operam dentro da dualidade das relações de trabalho e da atuação dos sindicatos, entendida por Lopez (2001) como o caráter ambivalente ou contraditório da legislação trabalhista. Diante dessa realidade, tendo como base o princípio da proteção, cuja finalidade específica é resguardar a parte hipossuficiente da relação – a saber, o(a) trabalhador(a) -, a legislação trabalhista busca equilibrar as partes dentro da relação contratual para que possam negociar em “pé de igualdade”.

A presença dos sindicatos nas negociações, de acordo com a formulação de convenções e acordos coletivos, é uma ferramenta utilizada

para harmonizar os interesses antagônicos das duas partes da relação de trabalho. Proteções como a estabilidade do dirigente sindical, a proibição de impedir os dirigentes de exercerem sua função sindical e da discriminação dos associados à entidade, atuam para evitar a intimidação da classe operária frente ao poder econômico de seu(ua) empregador(a).

No entanto, a contrarreforma trabalhista, expressando a ideologia da descoletivização das relações de trabalho, enfraqueceu os sindicatos profissionais e lhes retirou o patamar de igualdade, que propiciava segurança no contexto das negociações com os empregadores e sindicatos patronais, conforme será tratado no próximo capítulo.

3. A contrarreforma trabalhista e o direito coletivo do trabalho

A mudança no ambiente político, econômico e social experimentada pelo Brasil durante o primeiro governo petista (2003–2006) abriu uma nova estrutura de oportunidades para a ação coletiva no país e a conquista de direitos pelos trabalhadores. A retomada do crescimento econômico aliada a uma situação mais favorável do mercado de trabalho, com taxa de desemprego de 5,7% (NOGUEIRA, 2011), permitiu a abertura de um maior espaço de discussão para que os novos problemas decorrentes das mudanças na organização da produção pudessem ser enfrentados. Assim, a criação de novos espaços destinados à participação dos atores sociais figuraria, na proposta do governo petista, em melhoria social e em geração de renda e emprego.

Dessa forma, o incentivo para a inclusão e participação dos atores sociais, em especial dos trabalhadores, revela, historicamente, que a conquista de direitos mínimos e o nascimento de garantias contra a exploração do trabalho humano foram um reflexo da capacidade de união para a defesa dos seus interesses. Contudo, essa união só reflete resultados de forma eficaz se a defesa dos interesses ocorrer em um ambiente de liberdade e com proteção dos representantes dos trabalhadores (BRITO FILHO, 2016). Para tanto, as grandes conquistas no mundo jurídico trabalhista são fundamentais, mas dependem da somatória de forças e,

nesse sentido, é reconhecida a importância da liberdade sindical³. Impedir ou dificultar por qualquer meio a sindicalização é negar praticamente todos os mínimos direitos dos trabalhadores, pois o Estado, quando os concede, via de regra o faz pela pressão organizada e exercida pelos que vivem do trabalho e por seus representantes.

Da organização sindical decorrem os Acordos Coletivos de Trabalho (ACT) e a Convenção Coletiva de Trabalho (CCT), que, até 2017, possuíam como requisito o respeito à legislação que garantia direitos sociais ao trabalhador. Experimentava-se, então, o aumento no padrão social e econômico ou, ao menos, a preservação do patamar até então alcançado, com a possibilidade de flexibilização, em especial, da irredutibilidade salarial e da duração do trabalho. Com a vigência da Lei nº 13.467/2017, denominada de Reforma Trabalhista, inaugurou-se um novo modelo para a celebração do ACT e da CCT, além da negociação coletiva de trabalho, caracterizado pela prevalência do negociado sobre o legislado.

A par disso, a contribuição sindical até então compulsória dos filiados aos respectivos sindicatos e descontada diretamente na folha de pagamento passou a contar com a exigência legal de prévia autorização expressa do trabalhador⁴. Essa exigência desestabilizou os sindicatos. A ausência de estrutura financeira para a sua manutenção⁵, após a diminuição da receita, enfraqueceu as instituições no poder de negociação coletiva ante os sindicatos patronais. Em Nota Técnica elaborada pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), demonstra-se que houve uma diminuição de 90% na arrecadação dos sindicatos, comparando os dados de abril de 2017 com os de abril de 2018 (DIEESE, 2018). Como repercussão do desligamento de trabalhadores dos sindicatos e da queda na receita proveniente da contribuição sindical, houve uma queda no total das negociações coletivas de 23,3% em 2018 em

³ Muito embora a unicidade sindical tenha permanecido tal como expressa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB-88).

⁴ Anteriormente bastava a filiação sindical e o sindicato comunicava ao empregador para a realização do desconto, sem a necessidade de manifestação do trabalhador. Com a alteração legislativa, foi imposta a necessidade de autorização expressa dos trabalhadores já sindicalizados e os futuros, a fim de haver o desconto a título de contribuição sindical.

⁵ A arrecadação sindical diminuiu 86,1% em 2018, quando comparada com 2019 (ROUBICEK, 2019).

relação a 2017. Em 2019, a queda foi de 19,4% abaixo do total observado em 2017, segundo dados do DIEESE (2018).

A partir da vigência da Lei nº 13.467/2017, um novo regramento foi estabelecido para dirigir a negociação coletiva no Brasil, no qual prevalece o convencionado sobre o legislado. O rol estabelecido no artigo 611-A, além de ser meramente exemplificativo, encontra limite nas matérias elencadas no artigo 611-B⁶, sendo a enumeração deste artigo taxativa. Com isso, inaugurou-se uma nova fase para a negociação coletiva, caracterizada pela valorização das soluções negociadas em detrimento do assegurado pela legislação heterônoma, de origem estatal e mais protetiva.

Essa alteração legislativa veio acompanhada das razões de Estado consubstanciadas no aspecto econômico nacional, na argumentação do “custo Brasil”, associada aos fatores desfavoráveis à competitividade de bens e serviços brasileiros no âmbito nacional e internacional. Com relação ao “custo Brasil”, em que pese a defesa dessa argumentação, ela não pode ser adotada como fundamento científico na medida em que não possui consenso sequer quanto aos dados percentuais. Todavia, essa racionalidade é própria dos regimes populistas que têm no neoliberalismo a base para provocar alterações na sociedade.

O neoliberalismo é, em primeiro lugar e fundamentalmente, uma racionalidade cujo objetivo é estruturar e organizar a ação dos governantes e da própria sociedade, e que tem a concorrência como norma de conduta para a empresa. Essa racionalidade é a razão do capitalismo contemporâneo que vem para determinar um novo modo de governo e uma nova política de Estado (DARDOT; LAVAL, 2016), incluindo aquela que intervém nos direitos trabalhistas e na representação sindical dos trabalhadores.

No contexto da alteração da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), percebe-se o franco ataque à manutenção dos sindicatos de trabalhadores, bem como a retirada do equilíbrio nas negociações para o estabelecimento de cláusulas convencionais, na medida em que permite, além das desconsiderações expressas no artigo 611-A, a definição de cláusulas sem a devida contrapartida para a classe trabalhadora. Portanto,

⁶ “Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, **exclusivamente**, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: [...].” (BRASIL, 2017, grifo nosso).

a alteração da CLT, em uma perspectiva neoliberal, determina um novo tratamento para as negociações coletivas de trabalho.

Diante disso, a construção doutrinária acerca da aplicação do princípio da boa-fé apresenta uma alternativa para frear os retrocessos consequentes da contrarreforma trabalhista. Propõe-se aproveitar o movimento atual de aproximação entre o direito civil e o direito do trabalho brasileiros⁷ para extraír um uso combativo do princípio da boa-fé na formulação e interpretação das cláusulas que compõem os instrumentos coletivos de trabalho. Pretende-se encontrar, com a aplicação desse princípio, uma forma para o equilíbrio das cláusulas dentro do direito coletivo do trabalho, com a finalidade de fomentar o aumento da segurança jurídica e equipar os sindicatos com uma ferramenta a mais para impedir a precarização do trabalho por meio das negociações coletivas.

4. O princípio da boa-fé e a aplicação no direito coletivo do trabalho

Diante das recentes contrarreformas trabalhistas, o equilíbrio entre as partes vem sendo mitigado e dando margem para uma maior liberdade e autonomia na negociação coletiva, conforme a redação do artigo 611-A⁸, da CLT, que permite a prevalência do negociado sobre o legislado. Dessa forma, há uma aproximação entre as normativas do direito do trabalho e do direito civil, o que abre margem, também, para uma aplicação combativa do princípio geral da boa-fé como alternativa para a garantia de

⁷ “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. (...) § 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.” (BRASIL, 1943).

⁸ “Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: “[...] § 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 contrapartida recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico. [...]” (BRASIL, 2017).

proteções, com base na ideia de equilíbrio das cláusulas das negociações e acordos coletivos de trabalho.

As formas de proteção e os limites impostos à atuação deliberada das partes são as características que distinguem os contratos de trabalho dos contratos regulamentados pelo direito civil. Todavia, este também vem desenvolvendo teorias que buscam adotar um tratamento diferenciado para sujeitos considerados “vulneráveis”, como ocorre nas relações consumeristas e nas relações que envolvem menores ou incapazes. Ademais, outro mecanismo capaz de impor uma atuação pautada pela razoabilidade e pela proporcionalidade, como forma de limitar eventuais abusos do empregador dentro das relações contratuais, é a aplicação do princípio da boa-fé.

O princípio da boa-fé atua como uma “norma de conduta” e pressupõe que todos devem se comportar de acordo com um padrão ético, moral, de confiança e lealdade. Como fonte de dever instrumental do contrato, ele tem uma função reequilibradora, sendo seus deveres a lealdade, a coerência, a informação e o aviso. O dever de coerência, em especial, requer que o contrato firmado seja interpretado a partir das situações de confiança a que uma parte remete a outra, interpretação esta hermenêutico-integrativa, e “diz respeito ao papel da cláusula geral não somente como baliza para a compreensão do conteúdo do contrato – interpretação em sentido estrito, mas também como padrão geral de comportamento [...]” (FRAZÃO, 2013, p. 281).

Objetiva-se que a interpretação ocorra de forma leal e atenta quanto à repercussão gerada no destinatário, conforme o artigo 113, Código Civil Brasileiro de 2002 (BRASIL, 2002): “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé, e os usos do lugar de sua celebração”.

O princípio da boa-fé não fica circunscrito a um ou outro ramo do direito, mas se entrelaça com todos. Os seus valores e a confiança legítima devem ser observados pelo Estado em todas as fases das suas ações com os cidadãos, podendo a inobservância ser objeto de tutela administrativa e judicial. Constitui, também, um elemento de ordem moral essencial para o cumprimento do direito. Sem o valor do princípio da boa-fé, a maioria das normas perde seu sentido e seu significado (PLÁ RODRIGUEZ, 2015), por isso se faz essencial em todas as fases do contrato.

Nessa perspectiva, a teoria do diálogo das fontes determina que as leis não sejam aplicadas de forma isolada, mas coexistam e incidam de forma complementar, o que viabiliza a interpretação do ordenamento jurídico como um todo unitário (MARQUES, 2004). Dessa forma, a aplicação de princípios e direitos fundamentais, de forma concomitante, colabora para garantir a máxima eficácia desses institutos. O diálogo entre o direito civil e o direito do trabalho é possível em decorrência do artigo 8º, §1º, da CLT⁹, que determina a sua aplicação subsidiária. Todavia, para além de mera fonte subsidiária, o diálogo entre ambas as matérias é recomendado por Tartuce (2013), inclusive com a aplicação direta do direito civil em determinadas questões trabalhistas.

A teoria do diálogo das fontes, portanto, adota a heterointegração das normas, que busca harmonizar os subsistemas do direito como forma de obter a máxima efetividade dos direitos fundamentais (LEITE, C., 2015). Assim, a aplicação do princípio da boa-fé no direito do trabalho e, mais especificamente, nos ACT e CCT garante a razoabilidade e a proporcionalidade dentro das relações de trabalho.

Nesse sentido, o sistema jurídico que fundamenta o direito do trabalho é aberto ou de autorreferência relativa (MAZURKEVIC, 2003), conforme o artigo 8º da CLT, e tem como elemento estruturante o princípio de proteção, cuja finalidade é compensar a desigualdade verificada entre empregado e empregador. É a partir dessa ótica que o princípio da boa-fé é aplicado na esfera trabalhista.

O Código Civil Brasileiro de 1916 (CCB-1916), com perfil formalista e individualista, não possibilitava a integração com o sistema do trabalho, mas o Código Civil Brasileiro de 2002 (CCB-2002), com características de socialidade, eticidade e operabilidade, trouxe maior afinidade com a principiologia trabalhista, permitindo a complementaridade entre os sistemas jurídicos (FRAZÃO, 2013). Para Frazão (2013, p. 280), “se antes era o direito civil que podia buscar no direito do trabalho a inspiração para

⁹ “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” (BRASIL, 1943).

romper com o formalismo e o individualismo, hoje o último também pode se basear no primeiro para o fortalecimento e mesmo a releitura de diversos dos seus institutos”.

Até 2017, eram nítidos os reflexos do princípio da boa-fé no convívio social, em especial no direito coletivo do trabalho e na negociação de cláusulas de ACT ou CCT. Atualmente, pode haver a negociação, mas com a supressão de direitos decorrentes de lei, sem haver a devida contrapartida recíproca e sem caracterizar o vício do negócio jurídico, conforme acima já indicado. A não exigência de contrapartida para os casos de estabelecimento de cláusulas não favoráveis à categoria profissional, somada ao enfraquecimento do sindicato profissional, reclama um instrumento retificador a fim de reequilibrar as forças entre o sindicato da categoria profissional e da categoria econômica, o que pode ocorrer mediante a aplicação do princípio da boa-fé.

Não por outro motivo, Ruprecht (1979, p. 219), ao tratar dos conflitos coletivos de trabalho, pondera que a negociação coletiva de trabalho, que antecede a ACT ou CCT, deve ter como requisito prévio “uma estrutura política e um grau de desenvolvimento econômico favorável à negociação coletiva e um ordenamento legal fundamental que defina claramente os direitos e obrigações mútuos dos empregadores e trabalhadores”. Para tanto, o sindicato de categoria profissional é essencial, pois “corrigir os maiores defeitos do regime capitalístico e atenua as imposições da grande indústria, quase insuportáveis, e dia a dia mais vexatórias e deprimentes” (MORAES, 1986, p. 93).

Em consonância com os desenvolvimentos teóricos acima, o Tribunal Regional do trabalho da 15^a Região (TRT15) decidiu pela aplicação do princípio da boa-fé em dissídio coletivo. Muito embora anterior à Lei nº 13.467/2017, afigura-se importante a decisão no contexto da presente pesquisa:

DISPENSA COLETIVA. OBRIGATORIEDADE DA PRÉVIA NEGOCIAÇÃO DO PPE. BOA-FÉ OBJETIVA. INFORMAÇÃO PLENA. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA. (...) 2- A negociação coletiva, à luz dos institutos da boa-fé objetiva e da transparência, não mais pode ser amesquinhada a um palco teatral com tolerância a blefes. Pelo contrário, as partes, especialmente o empregador, que detém as informações, devem colocar todas as cartas na mesa, com o objetivo da construção conjunta e madura de uma solução que responda aos seus anseios. 3- O PPE (MP nº 680, de 2015 e Lei nº 13.189, de 19/11/2015) não prevê um

programa de cunho individual, a ser analisado apenas sob o limitado prisma das partes. Pelo contrário, considerando inclusive a "*mens legislatoris*" (parecer do Relator, Deputado Federal Daniel Vilela, no sentido de que a "*operação é, pois, financeiramente vantajosa para o governo, além de preservar parcialmente as estruturas de produção e de consumo, com efeitos benéficos sobre a arrecadação e o PIB*"), é de interesse eminentemente público. O mesmo deve ser dito em relação ao *lay off* (art. 476-A, CLT). (TRT-15, 2016).

A aplicação do princípio da boa-fé, portanto, tem a função de garantir que nenhuma das partes da relação de trabalho seja lesada, em especial a classe trabalhadora, que se encontra em posição maior de vulnerabilidade, notadamente na contrarreforma trabalhista, que retirou o equilíbrio negocial do sindicato de categoria profissional ante o sindicato de categoria patronal.

5. Considerações finais

A relação entre o direito do trabalho e a ideologia faz com que a legislação trabalhista seja um alvo constante de tensões e embates políticos. Com a ascensão de políticas neoliberais, o direito do trabalho vem sendo objeto de contrarreformas trabalhistas, com o intuito de flexibilizar e desregulamentar direitos da classe trabalhadora, bem como mitigar a atuação dos sindicatos das categorias profissionais.

Por meio da Lei nº 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, houve o fomento de uma maior liberdade e autonomia nas negociações coletivas. Assim, alterações como a prevalência do negociado sobre o legislado, o enfraquecimento da atuação dos sindicatos, retirando sua fonte de custeio e dificultando a celebração de negociações, aproximam as normas trabalhistas das normas do direito civil.

A proposta de utilização do princípio da boa-fé como mecanismo protetivo visa garantir o equilíbrio das cláusulas nas negociações coletivas, aproveitando a aproximação das matérias para adotar um uso combativo desse princípio em prol da proteção da classe trabalhadora diante da precarização do trabalho por meio da celebração de ACT e CCT prejudiciais.

Essa aproximação pode ser encarada também com olhares positivos, permitindo a aplicação do princípio da boa-fé dentro das celebrações dos

ACT e CCT tornadas vulneráveis pela flexibilização da contrarreforma. Dessa forma, a teoria do diálogo das fontes permite olhar o ordenamento jurídico como um todo unitário, a fim de harmonizar a aplicação das normas para garantir a máxima eficácia dos direitos fundamentais do trabalho.

Referências bibliográficas

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.
- BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1 mai. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.
- BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 08 nov. 2020.
- BRASIL. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017**. Dispõe sobre a alteração da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 04 dez. 2019.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente**: análise jurídica da exploração do trabalho: trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. 4. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DIEESE. **Subsídios para o debate sobre a questão do Financiamento Sindical**. Nota Técnica: nº 200, dez. 2018. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&crct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUEwi7hYSz5vPsAhWmHrkGHXuhCNUQFjAAegQIAxAC&url=https%3A%2F%2Fwww.dieese.org.br%2Fnotatecnica%2F2018%2FnotaTec200financiamentoSindical.pdf&usg=AOvVaw0rZJSVcKPxCP44m2hmm5U1>. Acesso em: 08 nov. 2020.
- EAGLETON, Terry. **Ideologia**: uma introdução. São Paulo: Unesp/Boitempo, 1997.

EDELMAN, Bernard [1946]. **A legalização da classe operária.** São Paulo: Boitempo, 2016.

FRAZÃO, Ana. A boa-fé objetiva e o contrato de trabalho: as funções de criação de deveres instrumentais e de limitação ao exercício de direitos e faculdades contratuais. In: TEPEDINO, Gustavo *et al.* (coord.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil.** São Paulo: RT, 2013. p. 295-324.

GHIRALDELLI, Reginaldo. (Contra) Reforma Trabalhista: “modernização” destrutiva no Brasil das desigualdades. **Revista Libertas**, Juiz de Fora, v. 19, n. 2, p. 387-407, ago./dez. 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. As lacunas do direito e a necessidade de heterointegração (diálogo das fontes) com o direito civil. In: ALMEIDA, Renato R. (coord.). **Aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2015.

LEITE, Márcia de Paula. **O movimento grevista no Brasil.** São Paulo: Brasiliense, 1987.

LOPEZ, Manuel-Carlos Palomeque. **Direito do trabalho e ideologia:** meio século de formação ideológica do direito do trabalho espanhol (1873-1923). Coimbra: Almedina, 2001.

LUXEMBURGO, Rosa. **Reforma social ou revolução?** São Paulo: Global, 1986.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. **Revista da Esmese**, n. 07, 2004.

MARX, Karl. **O capital:** crítica da economia política. 10. ed. São Paulo: Difel, 1985.

MAZURKEVIC, Arion. A boa-fé objetiva: uma proposta para reaproximação do direito do trabalho ao direito civil. In:DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo (coords.). O impacto do novo código civil no direito do trabalho. São Paulo:LTr, 2003. p. 349-375.

MORAES, Evaristo de. **Apontamentos de direito operário.** 3. ed. São Paulo: LTr, 1986.

NOGUEIRA, Danielle. Lula: Brasil vive quase pleno emprego. **O Globo**, Rio de Janeiro, 04 nov. 2011. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/lula-brasil-vive-quase-pleno-emprego-2935099>. Acesso em: 09 dez. 2019.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTr., 2015.

ROUBICEK, Marcelo. Acordo coletivo: como ficou 2 anos após a reforma trabalhista. **Nexo Jornal**, 05 nov. 2019. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2019/11/05/Acordo-coletivo-como-ficou-2-anos-após-a-reforma-trabalhista>. Acesso em: 03 dez. 2019.

RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do direito do trabalho.** Trad. Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

_____. **Conflitos coletivos de trabalho.** Trad. José Luiz Ferreira Prunes. São Paulo: LTr/USP, 1979.

SILVA, Wanise Cabral. **As fases e faces do direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15^a REGIÃO (TRT15). Dissídio Coletivo: DC 0007390572015515000. Relator: Samuel Hugo Lima. DJ: 15/02/2016. **JusBrasil**, 2016. Disponível em: <https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/844874869/dissidio-coletivo-dc-73905720155150000-0007390-5720155150000>. Acesso em: 08 nov. 2020.

VIANA, Márcio Túlio. A reforma sindical entre o bem e o mal. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3^a Região**, Belo Horizonte, v. 39, n. 69, p. 23-36, jan./jul. 2004.

Submissão: 08 de novembro de 2020

Aceite: 31 de março de 2021

Autoria:

Ana Maria Maximiliano *anamaximil@yahoo.com.br*

Mestra em Direito pela PUC/PR. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pesquisadora do Grupo de Estudos em Trabalho, Economia e Políticas Públicas (TRAEPP). Advogada Pública.

Isabel Ceccon Iantas *isabelciantas@gmail.com*

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pesquisadora do Grupo Rede de Estudos e Monitoramento da Reforma Trabalhista (REMIR-PR).

Como citar este documento:

MAXIMILIANO, Ana Maria; IANTAS, Isabel Ceccon. A ideologia da contrarreforma do direito coletivo do trabalho e a contribuição do princípio da boa-fé para as negociações coletivas. **Revista Eletrônica do CEJUR**, v. 2, n. 5, set/dez 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/cejur.v2i5.77774>.