

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Rômulo Soares Valentini

**APLICAÇÃO DE SANÇÕES POSITIVAS NO DIREITO DO TRABALHO
BRASILEIRO**

Belo Horizonte

2012

Rômulo Soares Valentini

APLICAÇÃO DE SANÇÕES POSITIVAS NO DIREITO DO TRABALHO
BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre em Direito do Trabalho. Linha de Pesquisa: Poder e Cidadania no Estado Democrático de Direito. Projeto Estruturante: As transformações do Direito material e processual do Trabalho exigidas pelo Pós-Moderno.

Orientador: Professor Doutor Antônio Álvares da Silva.

Belo Horizonte

2012

Rômulo Soares Valentini

APLICAÇÃO DE SANÇÕES POSITIVAS NO DIREITO DO TRABALHO
BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre em Direito do Trabalho. Linha de Pesquisa: Poder e Cidadania no Estado Democrático de Direito. Projeto Estruturante: As transformações do Direito material e processual do Trabalho exigidas pelo Pós-Moderno.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Belo Horizonte, de de 2012

Dedico este trabalho à memória de Edmar Soares.

AGRADECIMENTOS

Registro meus agradecimentos, em primeiro lugar, a Deus e a toda minha família, em especial a meus pais, Cláudia e Remo, meu irmão Ricardo, minha avó Marise e minha companheira Ana Cláudia, que sempre me apoiaram e também sofreram de perto com a minha ausência durante a semana e a porta do meu quarto constantemente fechada durante esses anos dedicados a esta pesquisa e às demais atividades profissionais.

Agradeço ao Professor Doutor Antônio Álvares, não apenas por sua orientação, mas por todas as oportunidades que me disponibilizou em minha trajetória acadêmica e profissional e por ser um modelo de referência a ser sempre seguido.

Do mesmo modo, registro agradecimentos a todos os colegas do corpo discente e docente da UFMG, em especial aos Professores Doutores Adriana Goulart, Daniela Muradas, Renato Cardoso, Ricardo Salgado, Marcelo Cattoni, Miracy Gustin, Iara Menezes e João Bosco Leopoldino, os quais contribuíram para o aperfeiçoamento desta dissertação.

A todos os meus grandes amigos, em especial ao Felipe, por todo o suporte e apoio fornecidos desde a época de estágio, que me possibilitaram ir adiante nesta empreitada. E aos eternos companheiros André, Fernando, Marcelo, Rafael, Renato, Sérgio e Tiago - foi quando me falaram que havia potencial neste projeto, no qual tive a certeza de que deveria levá-lo adiante.

Agradeço ainda à Juíza Ana Celina e aos colegas da 2ª Vara do Trabalho de Macaé - Ana Cláudia, André, Ary, Denise, Glória Ignês, Lívia, Maria Helena, Marina, Maurício, Michel, Rose, Valmar e Vanuza – pela compreensão e auxílio, que foram fundamentais para a conclusão deste trabalho.

"Wichtiger als jegliche Reform des Rechtsstreits ist diese Organisation des Rechtsfriedens. Wir haben die Rechtspflege bisher zu sehr nur als Streitentscheidung statt vor allem als Streitverhütung aufgefaßt, zu viel Rechtschirurgie und zu wenig Rechtshygiene."

(Mais importante do que o litígio é a organização da paz jurídica. Até agora consideramos a jurisdição muito mais como solução de conflitos do que como prevenção de litígios. Fizemos muita cirurgia e pouca higiene jurídicas.)

RADBRUCH. Gustav. Einführung in die Rechtswissenschaft. Stuttgart. K.F. Koehler Verlag, 1952. p. 188.

RESUMO

A conjuntura social e econômica existente no Brasil contribui para a criação de um cenário no qual o inadimplemento da legislação trabalhista passa a ser mais vantajoso para as empresas, sob o aspecto financeiro, do que o cumprimento da lei. As respostas tradicionalmente elaboradas pela teoria jurídica para coibir esse comportamento se pautam pelo aumento da eficácia das sanções punitivas do Estado, visando reprimir a conduta ilícita tornando-a mais desvantajosa para o agente. O presente trabalho busca lançar bases para a solução do problema por meio de outra abordagem, consistente na criação de normas jurídicas que tenham por objetivo tornar o cumprimento da lei mais vantajoso para o agente, estabelecendo sanções positivas. Essa lógica, pautada pela função promocional do Direito, possibilita a criação de um modelo normativo capaz de atuar em conjunto com a lógica repressiva de modo a garantir maior eficácia das normas jurídicas e promover o cumprimento voluntário da legislação.

Palavras-chave: Direito. Sanção. Direito do Trabalho. Sanção Positiva.

ABSTRACT

Brazil's social and economic situation leads to a scenario in which the breach of labor legislation becomes more advantageous for companies, under the financial aspect, than to act as predicted by the law. The traditional legal theory aims to curb this behavior by improving the efficiency of punitive sanctions in order to repress the illegal conduct, making it unprofitable for those who opt to act in disrespect to the law. This paper intends to shed bases for resolving the issue through another approach, consistent in the creation of legal rules that aim to make law enforcement more advantageous to the agents, establishing positive sanctions. This logic, guided by the promotional function of law, allows the creation of a normative model capable of acting together with the repressive logic to ensure maximum effectiveness of legal standards and promote voluntary compliance of the legislation.

Keywords: Law. Sanction. Labor Law. Positive Sanction

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO E PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	9
2	A ESTRATÉGIA DO INADIMPLEMENTO	13
2.1	A Crise Estrutural Existente nas Relações Capital-Trabalho no Brasil	13
2.2	O Inadimplemento sob o Enfoque da Análise Econômica: Um Estudo a Partir da Teoria da Empresa de Ronald Coase	24
2.3	A Intervenção Normativa como Forma de Alterar o Equilíbrio Econômico	38
3	SANÇÕES POSITIVAS E A FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO	42
3.1	Sanção jurídica, coerção e coação	42
3.2	Evolução do Conceito de Sanção Jurídica: Da Função do Direito no Positivismo Clássico à Função Promocional do Direito	46
3.3	Aspectos Jurídicos das Sanções Positivas: Elaboração de Novos Conceitos a Partir da Teoria de Norberto Bobbio	51
3.4	Instrumentos de controle objetivo para a implementação de sanções Positivas	58
3.5	A Função Promocional do Direito e a Intervenção Econômica do Estado	64
4	O MODELO JURÍDICO PROMOCIONAL	70
5	DA ESTRUTURA À FUNÇÃO	72
5.1	Modelo para a Operacionalização das Sanções Positivas no Direito do Trabalho Brasileiro	72
5.2	É Possível Estabelecer uma Lógica Promocional nas Demandas Judiciais?	85
6	CONCLUSÃO	92
	REFERÊNCIAS	95

1 INTRODUÇÃO E PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A presente pesquisa teve como premissa a proposta de utilização das sanções positivas como método alternativo capaz de alterar o cenário existente nas relações de trabalho no Brasil, pautado pela frequente violação e sonegação de direitos sociais. Os objetivos do estudo foram:

- a) demonstrar que a criação e aplicação de sanções positivas é uma alternativa viável para a solução do problema estrutural, isto é, que a alteração do equilíbrio econômico existente por meio da concessão de prêmios e incentivos para as condutas conformes ao ordenamento jurídico se revela mais eficiente do que aumentar cada vez mais os gastos estatais com ações de caráter repressivo que visam punir as condutas desviantes;
- b) demonstrar a possibilidade da construção do conceito de sanção positiva dentro da ciência do Direito, bem como definir os limites conceituais, teóricos e áreas de aplicação nas quais o emprego das sanções positivas se revela possível e adequado conforme o ordenamento jurídico brasileiro.

A investigação desenvolvida foi capaz de fornecer respostas afirmativas aos objetivos propostos, de modo que se revelou possível concluir a pesquisa com o desenvolvimento de um sistema teórico capaz de determinar parâmetros para a criação e operacionalização da aplicação de sanções positivas no âmbito das relações de trabalho.

Para o desenvolvimento do trabalho, foi utilizada uma metodologia pautada pela pesquisa documental, com consulta às bases de dados de órgãos governamentais e institutos de pesquisa independentes e bibliográfica, realizada em diversos ramos do Direito e também em caráter interdisciplinar, abordando, sobretudo, conceitos das Ciências Econômicas, da Filosofia e da Sociologia contemporânea.

A pesquisa bibliográfica consistiu na principal estratégia metodológica do trabalho e, sempre que possível, buscou-se realizar a leitura do material bibliográfico em língua estrangeira em suas fontes originais. Quando essa tarefa não se revelou possível, por razão de limitação de tempo e recursos, foram utilizadas traduções fidedignas e confiáveis para outros idiomas – notadamente o português, o inglês e o

espanhol - bem como estudos realizados por autores que tiveram acesso às fontes primárias.

A seleção da abordagem de pesquisa se deu em razão da necessária identificação de parâmetros para atender aos objetivos propostos, notadamente a construção de um sistema teórico de suporte para a operacionalização da aplicação de sanções positivas no âmbito das relações de trabalho.

Com base na compilação, análise e sistematização dos dados e informações obtidas tanto na pesquisa bibliográfica como na análise documental, tornou-se possível esclarecer e delimitar os problemas existentes.

A utilização da metodologia aplicada se revelou adequada para o desenvolvimento da pesquisa, possibilitando extrair respostas satisfatórias para os problemas propostos.

O estudo foi desenvolvido em três partes principais. A primeira parte, de caráter multidisciplinar, abordou a questão infraestrutural, demonstrando como o cenário das relações de trabalho no Brasil consolidou um sistema de equilíbrio ineficiente que incentiva a chamada “estratégia do inadimplemento” e procurou estabelecer diretrizes, com respaldo na Análise Econômica do Direito, para possibilitar uma alteração viável e eficiente desse equilíbrio.

A segunda parte buscou esclarecer o conceito da chamada “sanção positiva” a partir de análises filosóficas e jurídicas sobre o instituto jurídico da sanção, bem como analisar o papel da função promocional do Direito nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, possibilitando, dessa forma, formar um conceito de sanção positiva adequado para alterar o equilíbrio econômico existente.

Por fim, a terceira parte procurou extrair uma síntese das ideias desenvolvidas nas etapas anteriores, consistente na proposta de criação de um modelo de referência capaz de demonstrar como a utilização de sanções positivas deve ser aplicada para possibilitar avanços para garantir maior efetividade dos direitos trabalhistas no Brasil.

No que se refere à primeira parte, o estudo foi organizado em três aspectos distintos. Sob o primeiro aspecto, optou-se por fazer uma breve exposição do problema estrutural que envolve a dinâmica das relações de trabalho no Brasil, de caráter multidisciplinar, descrevendo o impacto na cadeia produtiva causado pelo surgimento do modelo Toyotista e pelo avanço das políticas neoliberais. Pretendeu-se, ainda, relacionar tais fatos estruturais com as concepções filosóficas que

acompanharam esse movimento, notadamente o desenvolvimento e o fortalecimento do chamado modelo de Estado Poietico e a ascensão da sociedade de consumo pós-moderna, caracterizada pelo culto exacerbado ao individualismo.

Em um segundo momento, buscou-se analisar os motivos da ineficiência e os impasses existentes no atual sistema jurídico-trabalhista brasileiro a partir de uma fundamentação teórica embasada na Análise Econômica do Direito como método investigativo, analisando o problema do inadimplemento voluntário da legislação trabalhista sob a ótica da empresa, a partir da obra de Robert Coase. Em relação a esse ponto, é importante esclarecer, de imediato, que o estudo do problema por este método não foi realizado com o intuito de defender – ou mesmo reconhecer - uma subsunção do Direito do Trabalho à realidade econômica existente. Ao contrário. O intuito do estudo realizado foi tão somente de promover a utilização do método da Análise Econômica do Direito como **diagnóstico** do problema estrutural existente e não como **remédio**. E é exatamente a partir da síntese gerada entre a compreensão de como o pensamento econômico de cunho liberal produz efeitos jurídicos e os referenciais teóricos fundamentadores da constante reafirmação do valor-trabalho que serão lançadas as bases para buscar uma solução que seja, ao mesmo tempo, eficiente e garantidora dos direitos sociais.

Por fim, em um terceiro momento, objetivou-se construir, a partir dos estudos realizados nos momentos anteriores, um sistema jurídico capaz de, simultaneamente, intervir de modo a resgatar a eticidade das relações entre Estado, capital e trabalho e, ao mesmo tempo, interferir de maneira eficiente para a alteração do equilíbrio econômico existente na estratégia do inadimplemento.

No que se refere à segunda parte, o estudo também buscou organizar-se em três momentos distintos. Primeiramente, foi realizado um estudo sobre os conceitos filosóficos e jurídicos clássicos da ideia de sanção.

Posteriormente foi apresentado o conceito de sanção positiva, baseada nos estudos de Norberto Bobbio, a partir da análise dos pressupostos teóricos que fundamentam a existência de uma função promocional do direito no século XXI em contraposição às teorias positivistas clássicas.

E é a partir da compreensão do modelo exposto por Bobbio em contraposição com os conceitos clássicos de sanção que a conclusão encontrada nesta segunda parte de desenvolvimento do estudo sugere a criação de um conceito mais específico e restrito de sanção positiva, diferenciando as diferentes espécies de

sanção, como forma de possibilitar o atendimento dos pressupostos de funcionamento do modelo teórico criado na etapa anterior, com especial destaque para a necessidade de criação de modelos de controle objetivo e a utilização de normas tributárias indutoras.

A terceira parte buscou apresentar a conclusão propriamente dita do presente trabalho, ou seja, o modelo teórico capaz de orientar a adequada operacionalização das sanções positivas no âmbito das relações de trabalho visando promover, de maneira eficiente, a alteração do equilíbrio econômico e a efetivação dos direitos sociais.

Por fim, foi abordada a possibilidade de aplicação e implementação da lógica premial proposta por este estudo no âmbito forense, ou seja, nos milhões de casos que já se encontram sob apreciação do Poder Judiciário ou que venham a surgir antes da criação das sanções positivas. A conclusão obtida foi no sentido de que, embora as sanções positivas tenham sua aplicação e eficácia diretamente relacionadas com a prevenção dos conflitos, a compreensão da lógica premial por parte dos atores envolvidos nos conflitos já estabelecidos perante o Poder Judiciário pode possibilitar uma releitura doutrinária e jurisprudencial das normas já existentes, de modo a proporcionar a harmonização da função repressiva estabelecida pelos comandos judiciais e a estrutura econômica existente, possibilitando um resgate ético das relações de trabalho.

2 A ESTRATÉGIA DO INADIMPLEMENTO

2.1 A Crise Estrutural Existente nas Relações Capital-Trabalho no Brasil

Antes de uma análise do quadro fático-jurídico das relações de trabalho existente na realidade brasileira, o presente trabalho requer uma breve introdução histórica sobre o desenvolvimento do sistema capitalista e das relações de produção ocorridos na última metade do século XX até o final da primeira década do século XXI.

Esse quadro deve ser analisado por meio da compreensão de três fatores preponderantes: a consolidação do sistema capitalista informacional, impulsionado pela implementação do modelo Toyotista de produção e pelo avanço das políticas neoliberais; as transformações culturais e filosóficas ocorridas na sociedade pós-moderna, sobretudo a exacerbação do individualismo e do hiperconsumo e, por fim, a crise ética do Estado Democrático de Direito, marcada pela ascensão do chamado modelo de Estado Poiético.

Inicialmente se faz necessário esclarecer as bases do chamado sistema de pensamento neoliberal. A definição de Harvey (2007, p. 8) parece revelar um bom ponto de partida:

El neoliberalismo es, ante todo, una teoría de prácticas político-económicas que afirma que la mejor manera de promover el bienestar del ser humano, consiste en no restringir el libre desarrollo de las capacidades y de las libertades empresariales del individuo, dentro de un marco institucional caracterizado por derechos de propiedad privada, fuertes mercados libres y libertad de comercio.

Importante compreender que esse sistema de pensamento foi impulsionado a partir da segunda metade do século XX em contraposição ao modelo do Estado providência – chamado de Estado de Bem Estar Social – e começou a ganhar terreno com as crises do capitalismo ocorridas a partir da década de 70, por oferecer respostas teóricas para a superação da crise econômica. Tais respostas se revelaram eficientes sob o ponto de vista econômico em virtude da reestruturação produtiva, com a transição do antigo modelo Taylorista/Fordista para o chamado modelo Toyotista de Produção e da chamada revolução informacional.

O sistema Toyotista de produção surgiu como um novo modelo de gestão empresarial destinado a reverter o processo de estagnação do capitalismo ocorrido a partir dos choques do petróleo da década de 70. O Toyotismo pode ser definido

como um sistema de gestão que visa “elevar a produtividade do trabalho e a adaptabilidade da empresa a contextos de alta competitividade no sistema econômico e de insuficiente demanda no mercado consumidor” (DELGADO, 2008, p. 47). Para atingir tal finalidade, o sistema Toyotista necessitava de um modelo inovador, capaz de romper com o paradigma taylorista/fordista até então vigente.

Tais inovações provocaram alterações substanciais no mercado mundial, consolidando uma nova estruturação econômica baseada em princípios de maximização da eficiência produtiva com a incorporação de conceitos como acumulação flexível, controle de qualidade e o sistema *just. in time*. As empresas passam organizar-se de forma horizontal (ou quase vertical), consolidando-se a terceirização e as subcontratações como um processo definitivo de extinção de setores e do quadro permanente de funcionários da empresa. As consequências dessa reestruturação são assim descritas por Delgado (2008, p. 48):

O resultado socioeconômico obtido pelo implemento de tal mecanismo de subcontratação empresarial tende a significar, a um só tempo, a diminuição do custo da empresa-pólo, o incremento da produtividade do trabalho, além da própria redução da renda propiciada aos trabalhadores.

O próprio trabalhador passa a ser multifuncional, de modo a ocupar diversos postos de trabalhos simultaneamente sem que isso represente perda para a atividade empresarial, resultando em uma nova relação de subordinação que permite a geração de maiores ganhos para o capital, conforme demonstra Antunes (1999, p. 44-45):

Os capitalistas compreenderam que, em vez de limitar a explorar a força de trabalho muscular dos trabalhadores, privando-os de qualquer iniciativa e mantendo-os enclausurados nas compartimentações estritas do taylorismo e do fordismo, podiam multiplicar seu lucro explorando-lhes a imaginação, os dotes organizativos, a capacidade de cooperação, todas as virtudes da inteligência.

Com efeito, esse processo reveste-se de uma lógica perversa sob a ótica social, na qual a mão de obra passa a ser vista como descartável no sistema de acumulação flexível. Manter um trabalhador sob o manto da relação empregatícia não mais se revela necessário para o empregador de modo que, para se manter no emprego, é preciso que o trabalhador esteja a todo o momento em busca de maior qualificação para conseguir manter-se útil, de modo permanente, para o processo

produtivo. Em outras palavras: o Toyotismo retira o trabalhador de dentro da fábrica, mas coloca a fábrica dentro do trabalhador. Na ótica do mercado, o valor a ser preservado não é a pessoa que trabalha, mas sim os resultados imediatos de sua produção.

A visão do trabalho humano como um produto descartável e substituível e a nova lógica de produção Toyotista culminaram na teorização do “fim do emprego” (ANTUNES, 2003), que serviu como pano de fundo para justificar a onda precarizante iniciada na década de 90, promovendo transformações no sentido de desregular os direitos trabalhistas historicamente consolidados sob o pretexto de uma necessária flexibilização normativa para adequar as relações de produção às necessidades dos novos tempos.

Por sua vez, o sistema capitalista informacional, também conceituado como Terceira Revolução Industrial, caracteriza-se pela utilização das novas tecnologias de comunicação para possibilitar um maior contato e deslocamento de recursos, sendo um instrumento propulsor da globalização e transformador das relações produtivas assim definida por Lojkine (2007, p. 31-37):

A revolução informacional opõe-se à revolução industrial que marcou o desenvolvimento mundial do capitalismo a partir do século XVIII. A revolução industrial, como seu nome indica, é uma revolução tecnológica em um setor preciso da economia: a produção industrial, caracterizada pela transformação da matéria e pela produção de mercadorias. O coração dessa revolução tecnológica é a objetivação do trabalho realizado pela “mão ferramenta” nas máquinas-ferramentas. Já a revolução informacional é caracterizada pela objetivação de certas funções do cérebro no que concerne ao tratamento padronizado da informação. Ela se aplica não somente ao domínio profissional, mas também a todos os setores da economia e, mais amplamente, a todos os setores profissionais da sociedade [...]. [...] um primeiro processo é aquele da passagem do trabalho de produção industrial ao trabalho de tratamento das informações complexas, à relação social de serviço: o trabalho é mais qualificado, mais intelectualizado, ele emprega novas capacidades relacionais e comunicacionais dificilmente padronizadas, reprodutíveis: a reação dos acontecimentos a capacidade de iniciativa, de criação, de inovação substituem pouco a pouco o trabalho de execução das tarefas prescritas. Porém, simultaneamente, essas novas formas de trabalho estão submetidas à lógica capitalista do rendimento a curto prazo e às novas ou antigas formas de exploração (desemprego, precariedade multiforme, crimes relativos à intermediação de mão-de-obra ou à subcontratação, ausência de cobertura social, etc [...])

O sistema informacional, portanto, prioriza uma hipertrofia do setor terciário, passando a produção imaterial (de dados e informações) a ter fator preponderante sobre o processo produtivo propriamente dito.

A consequência dessas mudanças no setor produtivo, baseadas na filosofia neoliberal, é a hiperespecialização da mão de obra, o que tende a eliminar os chamados quadros intermediários¹ com o conseqüente achatamento salarial da maioria da massa trabalhadora não hiperqualificada. Além disso, os novos paradigmas de produção acabam por gerar uma nova espécie de distanciamento do trabalhador do processo produtivo o que gera, nos termos elaborados por Bauman (2001), a consolidação de um cenário no qual a ética tradicional baseada na realização do trabalho (valorização do processo produtivo) encontra-se cada vez mais substituída pela estética do consumo (valorização do produto final).

Percebe-se assim que essas transformações econômicas são inter-relacionadas com as transformações culturais e sociais ocorridas na segunda metade do século XX. Dentre essas diversas transformações, pode ser extraído um conceito básico que se consolida na sociedade pós-moderna: a ascensão das ideias que priorizam os direitos do indivíduo em detrimento dos direitos sociais, de interesse da coletividade. O historiador norte-americano Meic Pearse (2004, p. 72-74) descreve com propriedade esse fenômeno:

It is worth remembering that political life in most Western Countries has been dominated by two-party systems that have used the binary logic of "freedom of the individual versus "best for everyone" with relentless force [...] In consequence, all political and moral arguments have tended to take on the nature of a contest between those who wish to maximize individual freedoms and those who wish to do "what is best for everyone" [...] The argumentations of left and right, then, have tended to the same end: breaking down all durable institutions bigger than the individual and smaller than the state. [...] By the turn of the century, the triumph of the left (or of those political forces that still liked to designate themselves as such) was the triumph of individualism and of the individualistic understanding of human rights. The left-wing values they had retained were those of sexual and social libertarianism. The values they had quietly ditched were those of economic collectivism (or socialism) in the interests of free markets.

Trata-se, portanto, de um fenômeno de hipertrofia da esfera privada em detrimento da esfera pública existente na sociedade pós-moderna, o que, por sua vez, contribui para criar uma sensação de apatia e individualismo exacerbado não só

¹ O conceito também se encontra no texto de Lojkin. Entretanto é relevante, para a compreensão desta expressão, fazer uma breve remissão às notas do tradutor apostas à fls.35-36 do texto original. Quadros (em francês, "cadres") é um termo de referência utilizado para denominar os trabalhadores assalariados de categorias superiores e que possuem maior nível de formação, em geral os responsáveis pela administração das empresas e dos aparelhos do Estado. Por sua vez, *employés* são aqueles que se situam em uma camada intermediária de trabalhadores assalariados, entre os quadros (que concentram os cargos de gerência, possuindo iniciativa e autoridade) e os operários (aqueles que produzem, no sentido estrito), tais como os empregados do comércio ou funcionários de pequenos escritórios e microempresas.

no plano econômico, mas em todos os aspectos da vida. Essa preocupação pode ser observada na filosofia contemporânea, sendo importante salientar a exposição feita por Lipovetsky:

Após a agitação política e cultural dos anos sessenta, que podia parecer ainda um investimento de massa da coisa pública, é uma desafeção generalizada que ostensivamente se afirma no social, tendo por corolário o refluir dos interesses no sentido de preocupações puramente pessoais e isto independentemente da crise econômica. A despolitização e a dessindicalização ganham proporções nunca antes atingidas, a esperança revolucionária e a contestação estudantil desapareceram, a contra-cultura esgota-se, raras são as causas ainda capazes de galvanizarem a longo prazo as energias. A res publica encontra-se desvitalizada, as grandes questões «filosóficas», econômicas, políticas ou militares suscitam mais ou menos a mesma curiosidade desenvolvida do que um qualquer fait divers.

Percebe-se, portanto, que as bases de pensamento nas quais se sustenta o ideário neoliberal não produzem efeitos apenas nas relações econômicas, mas também afetam as estruturas de pensamento da sociedade civil.

Ao analisar a questão sob os pressupostos teóricos norteadores do Direito do Trabalho, pode-se dizer que se trata de um ataque indireto e sofisticado do capital ao trabalho, consolidando uma transformação gradual no modo de pensamento da sociedade a ponto de fazer com que as propostas de transformações imbuídas pelo pensamento neoliberal pareçam ser “corretas”, “lógicas” e “racionais” ao passo que as ideias que não seguem a mesma agenda passam a ser vistas como, no mínimo, desarrazoadas.

Transferindo esse raciocínio para o campo concreto das relações de trabalho, medidas antes vistas como retrocesso social - tais como a desregulamentação, a terceirização e as contratações temporárias – passam a ser encaradas como necessárias e inevitáveis ao progresso. E, do mesmo modo, conquistas sociais passam a ser compreendidas tão somente como regalias e entraves ao desenvolvimento econômico.

E essa lógica de pensamento acaba por atingir também a estrutura de funcionamento do próprio Estado. Para a compreensão desse fenômeno é importante lembrar que o Estado não é uma entidade imaterial e transcendental, mas sim uma instituição formada, em essência, pelo conjunto dos atores sociais, de modo que não se encontra alheio e impenetrável às transformações de pensamento ocorridas na sociedade.

Por este motivo, é natural e compreensível que a visão de mundo que se tornou predominante na sociedade pós-moderna também venha a atingir o pensamento e a formação intelectual das pessoas responsáveis pela administração do Estado. Desse modo, a lógica individualista pautada pela elevação dos valores liberais ao patamar de racionalidade em sentido estrito passa a permear a lógica da Administração Pública, transformando, ainda que gradativamente, o modo pelo qual o Estado se organiza e atua.

Ainda que algumas mudanças possam vir a se revelarem positivas e eficientes, a implementação da lógica individualista em uma organização que foi criada com o propósito de garantir os interesses da coletividade cria novos problemas, sobretudo no tocante à compreensão filosófica do papel do Estado. Em especial, revela-se preocupante a ruptura entre os conceitos de interesse público e os de interesse do Estado, uma vez que, no caso de haver conflito entre ambos, a lógica individualista fará a balança pender para o Estado, que passa a atuar como se tivesse um fim em si mesmo, desvinculado do seu propósito de servir à coletividade.

Trata-se da manifestação do chamado modelo de Estado Poiético, definido por Salgado (1998)² como “a ruptura no Estado Ético contemporâneo que alcançou a forma do Estado de Direito” no qual “o produto do fazer é o econômico, que nenhum compromisso tem com o ético, e procura, com a aparência de cientificidade, subjugar o político, o jurídico e o social (SALGADO, 1998).³”

Trabalhando com o mesmo conceito, Delgado (2006, p. 176) afirma que o Estado Poiético coloca as bases do próprio Estado Democrático de Direito sujeitas “à opressão do capital e de seus interesses econômicos (estes sim privilegiados e creditados como valores essenciais da sociedade capitalista contemporânea)” (DELGADO, 2006, p. 176).

Em outras palavras, neste modelo de Estado, os conceitos de eficiência e probidade se manifestam primordialmente sob o aspecto econômico. Deste modo, no contexto do Estado Poiético, a administração pública entendida como desejável é aquela que obtém maior proveito econômico ao longo do exercício financeiro, mesmo à custa de contratações irregulares de mão de obra, terceirizações ilícitas no âmbito da administração pública, interposição de recursos obrigatória em processos cuja matéria já se encontra pacificada e de demora intencional no pagamento dos

² <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1998/02/-sumario?next=3>.

³ <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1998/02/-sumario?next=3>.

precatórios e prestação de serviços públicos. Esse pensamento também se traduz em uma interpretação jurídica conservadora e em processos legislativos pautados pela ótica liberal adotada pela iniciativa privada, contribuindo para a consolidação do *status quo*, no qual existe uma submissão dos interesses e direitos sociais aos interesses e direitos individuais.

Isso significa que o próprio Estado, no âmbito da Administração direta e indireta, passa em verdade a atuar habitualmente em prejuízo dos próprios cidadãos – seja na esfera judicial ou administrativa - e em desconformidade com os próprios valores constitucionais que são impostos à iniciativa privada. O contrato social, portanto, encontra-se subvertido, com o Leviatã transformado em banquete e repartido entre os negociantes (HOBBS, 1984)⁴.

Esclarecidos os fatores preponderantes para a consolidação do quadro de crise das relações de trabalho, é importante esclarecer que este cenário, ao final da primeira década do século XXI, ainda se encontra fortemente afetado pelos reflexos da ascensão do pensamento neoliberal que se consolidou nas últimas décadas do século XX. Embora a recente crise econômica ocorrida em 2008 tenha contribuído para abalar algumas estruturas do neoliberalismo como pensamento dominante e reacendido as bases teóricas que pugnam por um pensamento “pós-neoliberal”, segundo Sader e Gentili (1995), tem-se que, ao menos até o presente momento, tais perspectivas não se consolidaram. Passados quase quatro anos desde a crise de 2008 constata-se que o cenário econômico mundial não apresenta perspectivas de melhora em curto prazo. A ameaça de um *double dip* no mercado financeiro, abalado pela crise europeia e o insucesso político e econômico das propostas de austeridade, possibilitou o surgimento de novos movimentos em favor da reafirmação das ideias de matrizes keynesianas em detrimento das da escola austríaca (KRUGMAN, 2012).

Entretanto, o retorno da intervenção estatal na economia, ocorrido em diversos países após a crise de 2008, não teve a finalidade de preservar empregos e as garantias sociais, mas sim de impedir a falência das grandes empresas⁵. Essa realidade demonstra que, embora a crise tenha viabilizado a retomada das críticas

⁴ Em subversão à passagem bíblica constante em Jo. 41. 6, capítulo no qual é descrito o Leviatã utilizado por Thomas Hobbes em sua obra clássica para descrever, de maneira metafórica, o Estado.

⁵ Cita-se aqui a já célebre frase proferida pelo escritor José Saramago (A SEMANA, 2008): “Onde estava todo esse dinheiro? Estava muito bem guardado. De repente, ele apareceu logo, para salvar o quê? Vidas? Não. Apareceu para salvar os bancos.”

ao modelo econômico neoliberal, o pensamento humano continua situado no contexto pós-moderno, em que impera a desconstrução dos valores e das grandes instituições humanas e prepondera uma ótica de individualismo exacerbado, de primazia da esfera privada em detrimento dos fins sociais. Nesse contexto, pode-se afirmar com propriedade que o quadro de crise do mundo do trabalho ainda persiste, sendo necessário o surgimento de novas ideias e propostas dos operadores do direito do trabalho.

Feita a breve introdução histórica e esclarecidas as bases teóricas que norteiam a análise crítica a ser desenvolvida neste estudo, passa-se agora a analisar a realidade brasileira.

O direito do trabalho no Brasil não se encontra alheio ao cenário global. Apesar da sobrevivência da legislação trabalhista e da resistência por parte do judiciário e demais operadores do Direito do Trabalho às diversas tentativas de desconstrução orientadas pelo pensamento neoliberal, as relações de trabalho ainda se encontram afetadas por uma onda de precarização. Segundo dados recentes do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA (2012) - aproximadamente 34,1% da população economicamente ativa no Brasil se encontram na chamada economia informal, ou seja, à margem da legislação trabalhista, isso sem levar em conta o índice de subempregos e violações aos direitos dos empregados contratados formalmente.

Existem correntes doutrinárias de cunho liberal para as quais esse elevado índice de informalidade se deve aos elevados custos dos encargos trabalhistas e à inadequação dos preceitos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) com a realidade atual do mercado, sendo necessária e urgente uma flexibilização normativa.

No tocante ao primeiro aspecto, boa parte das críticas se revela falaciosa. Segundo Sussekind (2004, p. 50), a realidade demonstra que os custos dos encargos trabalhistas no Brasil são inferiores aos índices apresentados por grandes economias europeias, pelos Estados Unidos e pela Coréia do Sul. A confusão reside no próprio conceito da expressão “encargos trabalhistas”. Ainda que, sob a ótica do empregador, os direitos trabalhistas e a tributação incidente sobre a folha de pagamento sejam vistos como custos não há que se confundir, do aspecto jurídico, esses conceitos. Essa imprecisão referente ao conceito de encargos gera dúvidas, inclusive, entre os órgãos especializados, de modo que há grande discrepância

entre os valores apurados por diferentes instituições, como pode ser observada no quadro 1 - Encargos sobre salários, conforme Vilaça (2003, p. 71), *apud* Abreu (2006, p.4):

Quadro 1 – Encargos sobre salários

Pesquisador	Precentual de encargos
SindusCon – SP, 2002	192,32
FCMG, 1996	110,63
IOB, 1996	109,29
Pastore, 1994	102,06
Rocha, 2000	101,48
Leão, 2000	101,08
FEBRAC/SEAC, 2000	92,07
IBRE/FGV, 2001	81,62
Rocha, 2000	65,39
Fioca, 1996	46,18
Rocha, 2000	36,8
Amadeo, 1994	26,1
Dieese, 1997 e Santos, 1995	25,1

Quadro 1 – Encargos sobre salários
Fonte: Vilaça (2003, p.71)

Em relação ao segundo aspecto há que se atentar para o fato de que boa parte das propostas teóricas que defendem a flexibilização se revelam, na realidade, tentativas de precarização das relações de trabalho e desconstrução de direitos sociais. Há que se diferenciar a mera existência da informalidade da precarização consciente, conforme demonstra Álvares da Silva (2002, p. 53-54):

A (flexibilização) de fato se opera na realidade, à revelia de qualquer controle normativo. Esta forma é comum e existe em todos os países, em maior ou menor grau. É a chamada informalidade. Não se pode confundir esta situação com a fraude a direitos trabalhistas praticada por empresas estabelecidas, que simplesmente deixam de pagar ou pagam incorretamente suas obrigações contratuais ou tributárias. Para este tipo de falsa "informalidade", deve haver o rigor da lei.

Entretanto, independentemente dos motivos que ensejam o alto índice de trabalho informal no Brasil, é certo que muitos empregadores deliberadamente

adotam a chamada “estratégia do inadimplemento trabalhista” (ÁLVARES DA SILVA, 2009, p. 16)⁶.

Em outras palavras, diversas empresas – e mesmo pequenos empresários – cada vez mais têm pautado suas decisões de mercado por meio do cálculo dos custos financeiros que advirão do adimplemento da legislação trabalhista em contraposição com os proveitos econômicos que poderão obter com o inadimplemento, assumindo riscos calculados.

Essa estratégia culmina na seguinte premissa: enquanto o inadimplemento da legislação trabalhista e a protelação das demandas judiciais forem mais **vantajosos** para o empregador, sob o ponto de vista econômico, este não promoverá medidas para alterar essa realidade fática, criando, assim, um quadro endêmico de precarização das relações de trabalho.

Contra esta e qualquer estratégia que se estabeleça de modo a consolidar a preponderância do fator econômico sobre o cumprimento das leis trabalhistas, o Direito pode se manifestar de modo a promover maior efetividade das medidas de cunho repressivo e inibitório, visando tornar o inadimplemento voluntário e consciente dos direitos sociais uma estratégia **desvantajosa** sob o aspecto econômico. No mesmo sentido argumenta Barroso (1997, p. 509-510):

A idéia jurídica da livre iniciativa, no Direito Constitucional brasileiro, significa que devem ser preservadas as regras de livre propriedade, de liberdade de empresa, de liberdade de contratar e de liberdade de lucro. Estes fundamentos jurídicos, todavia, do princípio da livre iniciativa consoante o delineamento constitucional; nenhuma dessas regras – como de regra não deve se considerar nenhuma norma – é absoluta; todas sofrem de um temperamento ditado pela própria Constituição, de forma tal que a liberdade, a propriedade privada e a liberdade de empresa sofrem os condicionamentos da função social da propriedade; a liberdade de lucro sofre os condicionamentos das regras constitucionais que reprimem o abuso do poder econômico; e a liberdade de contratar sofre as limitações das regras constitucionais que impõem a qualquer empresário a preservação de uma esfera mínima de direitos trabalhistas, cláusulas de ordem pública que não podem ser derogadas por vontade das partes; e, portanto, a liberdade de contratar sofre os condicionamentos da jornada de trabalho, do salário mínimo, das férias, do repouso remunerado, etc. [...] o Estado desempenha um importantíssimo poder de polícia, que é o poder de fiscalizar a execução dessas leis e o poder, muitas vezes, de restringir o exercício de direitos em favor do bem comum.

Sendo assim, a existência da crise das relações de trabalho pode ser atribuída à ineficiência das próprias instituições estatais, ou seja, devido à falta de

⁶ Esse comportamento também pode ser conceituado, em uma esfera mais ampla, como “síndrome da violação das leis” (ÁLVARES DA SILVA, 2009, p. 16.)

fiscalização efetiva do cumprimento das normas legais pelos órgãos da administração e pela falta de reformas na legislação, sobretudo no campo processual, mantendo uma estrutura que favorece a interposição de recursos protelatórios e a criação de obstáculos no processo de execução.

Portanto, revela-se razoável supor que, por meio de uma fiscalização mais rigorosa e aplicação de sanções repressivas mais eficazes, o equilíbrio financeiro criado a partir estratégia do inadimplemento pode ser alterado, tornando a conduta antijurídica mais arriscada e, por conseqüência, desvantajosa. Essa maior efetividade das sanções repressivas pode ser alcançada com o aumento do aparato administrativo-judicial do Estado (maior número de Varas e fiscais do trabalho) ou com a evolução da interpretação dos tribunais na aplicação das normas jurídicas já existentes.

Em relação a este segundo aspecto, deve-se ressaltar que a doutrina jus-trabalhista brasileira não se omite. Com efeito, muitas obras abordando tais problemas estruturais são publicadas todos os anos, dentre as quais podem ser destacados os trabalhos sobre a aplicação das inovações do processo civil ao processo do trabalho (ÁLVARES DA SILVA, 2007), da possibilidade de aplicação de multas administrativas pela Justiça do Trabalho, (ÁLVARES DA SILVA, 2009) e a adoção de tutelas metaindividuais trabalhistas (PIMENTA, 2009).

No entanto, boa parte do notável conteúdo científico produzido pela doutrina trabalhista encontra dificuldades para obter aplicação prática, seja devido a decisões anacrônicas tomadas pelos tribunais superiores ou pela resistência a aplicação de interpretações jurídicas voltadas à efetividade por parte dos próprios tribunais e juízes do trabalho. Ainda que assim não o fosse, é difícil delegar ao Poder Judiciário o dever de garantir direitos sociais enquanto, conforme já demonstrado, o próprio Estado⁷ atua habitualmente em prejuízo dos próprios jurisdicionados e dos valores constitucionalmente assegurados em favor de maiores ganhos financeiros em curto prazo.

Por esses motivos, é difícil vislumbrar o surgimento espontâneo de uma ação proativa por parte do Estado para promover uma efetiva fiscalização e aplicação das normas jurídicas de proteção aos direitos sociais. Os argumentos invocados para justificar a inércia serão, em geral, pautados pelas alegações de restrições

⁷ Em mais uma demonstração de seu caráter poiético.

orçamentárias, as quais por sua vez inviabilizariam a alocação de mais recursos para promover uma ampliação das ações repressivas.

Mas ainda que fosse possível – ou desejável - a ampliação dos gastos públicos para desenvolver o aparato repressivo do Estado, isso não significaria, de imediato, a solução dos problemas. Isto porque o aumento nos gastos⁸ levaria ao aumento da carga tributária, o que por sua vez, segundo Álvares da Silva (2002a, p. 53-54) seria respondido pelas empresas com o desenvolvimento de novas estratégias de sonegação, causando assim aumento dos níveis de informalidade. Conforme Ichino (1996), a elevação dos índices de informalidade, por sua vez, contribui para o agravamento da tensão entre trabalhadores protegidos pela legislação trabalhistas e os trabalhadores terceirizados ou informais (*insiders* e *outsiders*) e gera, ainda, novos desperdícios de recursos produtivos por parte de empresas e do próprio Estado, transformando a fiscalização em um verdadeiro jogo de gato e rato. E a conta desse desperdício, inevitavelmente, recairá sobre toda a sociedade.

2.2 O Inadimplemento sob o Enfoque da Análise Econômica: Um Estudo a Partir da Teoria da Empresa de Ronald Coase

Conforme demonstrado, o problema exposto pode ser compreendido como a manifestação de um fenômeno mais amplo. Trata-se de uma exacerbação ou resgate de um pensamento pautado pela racionalidade econômica, que remete aos princípios presentes nos estudos de Jeremy Bentham (1984, p. 4):

O homem é um ser econômico, independentemente de estar praticando atos de comércio ou não, eis que ele: i) deseja a felicidade tanto no êxito, quanto no fracasso; ii) considera, seus interesses, predominantes sobre os demais; iii) sua conduta social rege-se por parâmetro concernente a auto-preferência; iv) o homem tem consciência que outros homens também atuam baseados na auto-preferência.

Independentemente do juízo de valor que se possa fazer a respeito de tais matrizes filosóficas e sobre o macro cenário exposto no decorrer deste capítulo, é inegável que se pode constatar que a exacerbação do comportamento economicista se adéqua à lógica de pensamento da sociedade de consumo pós-moderna. Isto porque, ainda que o comportamento humano não esteja restrito ou condicionado ao pensamento economicista é possível constatar que, ao menos em tese, o respeito

⁸ Não se fala aqui de um aumento qualitativo nos gastos, mas tão somente de um aumento quantitativo.

voluntário e quase religioso do indivíduo às leis e às instituições – baseado em padrões éticos e morais que vêm perdendo a importância no mundo pós-moderno - vem cedendo lugar a um pensamento crítico e individualista, marcado pela descrença nessas mesmas leis e instituições. E, por sua vez, esse pensamento reforça a construção e o desenvolvimento de uma racionalidade economicista do ser humano, baseada na busca (seja ela consciente ou inconsciente) da maximização da satisfação pessoal, ainda que em detrimento de outros valores.

Dito de outro modo, ainda que existam bases teóricas sólidas e aptas para rejeitar as premissas de cunho utilitarista e liberal sobre a natureza do homem como possuidor de uma “racionalidade econômica”, não se pode mais ignorar que o comportamento economicista vem ganhando cada vez mais importância no pensamento da sociedade pós-moderna e contribuindo para a transformação da realidade das relações sociais.

E, por certo, o Direito não se encontra alheio a tais influências. Nesse sentido, surgem cada vez com mais destaque estudos que buscam compreender a interação dos conceitos e princípios das ciências econômicas no comportamento humano e, via de consequência, na elaboração das leis e no cumprimento das leis existentes. Nos dizeres de Posner (2003, p. 5):

The convicted criminal who has served his sentence is said to have “paid his debt to society” and an economist would find the metaphor apt. Punishment is, at least from the criminal’s standpoint (why not from society’s, unless the punishment is in the form of a fine?), the price that society charges for a criminal offense. The economist predicts that an increase in either the severity of the punishment or the likelihood of its imposition will raise the price of crime and therefore reduce its incidence. The criminal will be encouraged to substitute other activity. [...]

Posner (2003, p. 219) ainda conclui: “*The model (of criminal’s behavior) can be very simple: a person commits a crime because the expected benefits of the crime to him exceed the expected costs.*”

Importante relembrar que a interação entre a ciência jurídica e as ciências econômicas não é propriamente uma novidade. Há mais de trinta anos, Souza (1980, p. 68) já afirmava que:

De qualquer modo o fenômeno econômico, referido a atos e fatos humanos, embora nas relações do homem com a natureza, além das relações sociais, não exclui a opção, a decisão que, por sua vez, submetem-se à norma jurídica quando transformadas em ação, isto é, quando postas em prática. Neste instante, portanto, o comportamento racional, sugerido pelo cálculo

econômico, depara com os contornos do comando normativo, impostos pelo Direito.

Deve ser lembrada a advertência de Posner (2003, p. 3) no sentido de que o cálculo elaborado pela racionalidade econômica nem sempre é fruto de um cálculo consciente: “*Rational maximization should not be confused with conscious calculation.[...] Behavior is rational when it conforms to the model of rational choice*”.

Deste modo, tem-se que a estratégia do inadimplemento é “racional” em termos de cálculo econômico, embora nem sempre seja fruto de cálculo consciente. Entretanto, conforme já demonstrado, existe uma tendência crescente na realização de cálculos conscientes por parte dos agentes econômicos, visando elaborar uma lógica de relação de custo-benefício que favoreça os interesses individuais em detrimento de outros valores.

No que se refere ao Direito do Trabalho, tal situação é ainda mais facilmente constatável. Isto porque a lógica economicista que permeia as relações de trabalho não sofreu, em sua essência, transformações substanciais desde o advento do sistema capitalista. Por mais que tenham ocorrido algumas mudanças nas estruturas internas do próprio capitalismo, ao menos os sujeitos centrais da relação de trabalho – trabalhadores e empregadores – continuam os mesmos, bem como o conflito de interesses inerente entre eles.

Dito de outro modo: a visão dos direitos trabalhistas como custos para o empregador é uma constante dentro do sistema capitalista. Portanto, para saber se realmente há algum outro fator que tem levado cada vez mais empresas a adotarem condutas pautadas pela prática de ilícitos trabalhistas além da histórica tensão entre capital e trabalho, é preciso analisar as matrizes que norteiam o pensamento empresarial em contraponto com o macro cenário existente.

Dentro deste cenário, é preciso entender como o Direito, em especial o Direito do Trabalho, pode interagir com essa lógica de cunho utilitarista - e até mesmo egoístico - de modo a garantir o cumprimento das leis e efetivar os direitos constitucionais. E para construir essa interação, se faz necessária uma leitura do problema a partir de princípios e conceitos oriundos da Análise Econômica do Direito.

Primeiramente, é preciso esclarecer que essa corrente de pensamento se fundamenta em matrizes filosóficas e ideológicas distintas e até mesmo opostas àquelas que fundamentam o Direito do Trabalho. Porém, como já demonstrado, não

se pode ignorar a importância e a influência desse método para a compreensão da estratégia do inadimplemento trabalhista e, assim, traçar alternativas para a superação do problema com base em pressupostos teóricos baseados na reafirmação do valor trabalho.

Em segundo lugar, deve ser esclarecido que não se busca a utilização dos princípios e teorias próprias da Análise Econômica do Direito para defender a necessidade de mudanças e transformações na legislação trabalhista brasileira, mas sim para demonstrar os motivos pelos quais esta legislação não vem sendo cumprida de maneira satisfatória por parte considerável da força de trabalho do país. Os conceitos formulados por Rodrigues (2007, p. 34) permitem estabelecer com propriedade essa distinção:

As questões a que a Análise Econômica do Direito tem dado mais atenção são de dois tipos: Quais são os efeitos de um determinado enquadramento jurídico? Qual o enquadramento jurídico que deveria existir? O primeiro grupo de questões decorre directamente da definição da Economia como o estudo da escolha racional: os economistas admitem que as escolhas que as pessoas fazem são influenciadas pelos sistemas de incentivo a que estão sujeitas, porque estes alteram os custos e benefícios das diversas opções disponíveis. O comportamento individual é alterado pelo enquadramento legislativo: se determinado comportamento é proibido, e punido, a sua relação custo-benefício torna-se menos atractiva do que se não é. A lei pode, assim, ser pensada como um sistema de incentivos e analisar os efeitos de diferentes sistemas de incentivos é uma das grandes questões dos economistas. Este tipo de questões corresponde à *análise positiva* do direito. Já o segundo tipo de questões corresponde a uma *análise normativa*, que decorre da preocupação dos economistas com a *eficiência*. Diferentes sistemas de incentivos, e, portanto, diferentes enquadramentos legais, não são igualmente eficientes: um economista defenderia que se devem preferir enquadramentos legislativos mais eficientes a enquadramentos legislativos menos eficientes.

Portanto, utilizar a Análise Econômica do Direito como diagnóstico significa inquirir qual o efeito econômico resultará de um determinado enquadramento jurídico, ou, no conceito exposto acima, a uma análise positiva do direito. É esse o ponto de interesse do trabalho. A questão referente à adequação do direito para promover maior eficiência econômica não consiste em objeto do presente trabalho.

É importante, contudo, esclarecer que a análise normativa do direito, muito embora seja frequentemente estudada por teóricos que possuem uma visão da economia pautada por ideias ultraliberais e princípios oriundos da escola neoclássica, em nada impede o desenvolvimento de novos estudos no sentido de promover uma análise normativa do direito a partir de modelos econômicos de

cunho keynesiano ou neomarxista. Compreender a Análise Econômica do Direito como mero instrumento de subjugação do Direito aos ditames do mercado é uma visão míope que prejudica o desenvolvimento de análises normativas do direito pautadas por matrizes de pensamento econômico que não estejam restritos ao ideário da Escola de Chicago e da Escola Austríaca. Assim, como o Direito e as Ciências Econômicas evoluíram para além do pensamento liberal, do mesmo modo a Análise Econômica do Direito pode – e deve - passar por tal evolução.

A partir de uma análise positiva do direito pode-se utilizar a compreensão fornecida pela teoria econômica não como forma de subjugação de direitos consolidados aos interesses econômicos, mas sim o contrário: ter a consciência da realidade econômica para promover intervenções jurídicas mais eficientes que possibilitem a concretização de direitos⁹.

Para investigar o problema da estratégia do inadimplemento perante esses princípios, é preciso compreender como o cálculo econômico – consciente ou não - é realizado pelos empregadores na dinâmica da gestão empresarial. Em outras palavras: deve-se analisar a relação de trabalho sob a ótica do empregador para se descobrirem quais são os aspectos principais do macro cenário econômico existente que estimulam a estratégia do inadimplemento.

Uma chave para a formulação dessa análise positiva pode ser desenvolvida com base na análise de pontos relevantes do célebre estudo feito por Ronald Coase sobre a natureza da empresa, cujos pontos centrais residem na alocação efetiva de recursos e na minimização dos custos de transação. Busca-se, por meio dessa investigação, aproximar dois conceitos e matrizes de pensamento aparentemente antagônicas (Direito do Trabalho e Teoria da Empresa) de modo a expor como o problema criado pelo equilíbrio consolidado na estratégia do inadimplemento se estabelece na realidade do capitalismo brasileiro contemporâneo e, ainda, como esse equilíbrio se revela nocivo, tanto para o empregado quanto para o empregador.

Inicialmente, é preciso compreender como o contrato de trabalho se consolida dentro da lógica empresarial na teoria de Coase (1988, p. 37-39):

Our task is to attempt to discover why a firm emerges at all in a specialized exchange economy. The price mechanism (considered purely from the side of the direction of resources) might be superseded if the relationship which

⁹ Na síntese de Mathis (2009, p. 183): “[...] *the suggestion of striving for the efficiency goal instrumentally, as a means of pursuing other social goals, sounds highly plausible*”.

replaced it was desired for its own sake. This would be the case, for example, if some people preferred to work under the direction of some other person. Such individuals would accept less in order to work under someone, and firms would arise naturally from this. But it would appear that this cannot be a very important reason, for it would rather seem that the opposite tendency is operating if one judges from the stress normally laid on the advantage of "being one's own master." Of course, if the desire was not to be controlled but to control, to exercise power over others, then people might be willing to give up something in order to direct others; that is, they would be willing to pay others more than they could get under the price mechanism in order to be able to direct them. [...]

Ainda:

The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. The most obvious cost of "organizing" production through the price mechanism is that of discovering what the relevant prices are. This cost may be reduced but it will not be eliminated by the emergence of specialists who will sell this information. The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must also be taken into account. Again, in certain markets, e.g., produce exchanges, a technique is devised for minimizing these contract costs; but they are not eliminated. It is true that contracts are not eliminated when there is a firm, but they are greatly reduced. A factor of production (or the owner thereof) does not have to make a series of contracts with the factors with whom he is co-operating within the firm, as would be necessary, of course, if this co-operation were a direct result of the working of the price mechanism. For this series of contracts is substituted one (COASE, 1988, p. 37-39).

Os sujeitos básicos da relação – empregado e empregador - e a lógica do sistema seguem, em essência, a mesma estrutura conceitual já exaustivamente estudada e adotada no Direito do Trabalho. Entretanto, o ponto chave a ser compreendido é o porquê de o contrato de trabalho se revelar mais vantajoso para o empregador do que a contratação de serviços prestados por profissionais autônomos no mercado.

A resposta reside no conceito de custos de transação. No paradigma da teoria econômica proposta por Coase, a organização da empresa - com a divisão entre empregador e empregado sendo realizada por meio de contrato de trabalho - surge como método pelo qual a atividade empresarial pode se beneficiar de uma prestação de serviços mais ampla e passível de direcionamento de acordo com suas intenções do administrador. Ainda, tal prestação de serviços é obtida a um custo menor do que ocorreria caso a empresa tivesse que celebrar diversos contratos sucessivos com diversos prestadores de serviços para cada atividade desenvolvida.

De acordo com essa premissa, tem-se que o empregado, dentro de um contrato de trabalho, prestará serviços por um valor inferior ao que obteria ao prestar

os mesmos serviços de forma autônoma, mas terá como contrapartida a certeza da remuneração, o que não ocorre no trabalho autônomo. Na teoria de Coase, portanto, o contrato de trabalho surge como instrumento capaz de diminuir os custos de transação para o empregador que, em contraprestação, oferece garantia de remuneração fixa ao empregado. E, a partir dessa dinâmica de produção, a atividade empresarial pode desenvolver-se de forma eficiente, com a direção da força produtiva sendo guiada pelo empregador por meio de um único instrumento contratual de duração indeterminada, no qual os ganhos do empregado são fixos e os lucros ou prejuízos advindos da atividade empresarial são de responsabilidade do empregador.

A partir dessa estrutura básica, a empresa começa a desenvolver suas atividades empresariais visando à obtenção de lucro e eliminando os custos de transação envolvidos, concentrando-se em desenvolver as etapas necessárias ao exercício de sua atividade produtiva em âmbito interno ao invés de contratar outros serviços no mercado. Entretanto, a teoria de Coase apresenta outra premissa, aparentemente contraditória, mas em verdade complementar ao primeiro postulado: o de que o crescimento da empresa, vertical ou horizontal, tende a aumentar os custos de transação envolvidos no processo, diminuindo sua efetividade:

First, as a firm gets larger, there may be decreasing returns to the entrepreneur function, that is, the costs of organizing additional transactions within the firm may rise. Naturally, a point must be reached where the costs of organizing an extra transaction within the firm are equal to the costs involved in carrying out the transaction in the open market or to the costs of organizing by another entrepreneur. Second, it may be that, as the transactions which are organized increase, the entrepreneur fails to place the factors of production in the uses where their value is greatest, that is, fails to make the best use of the factors of production. Again, a point must be reached where the loss through the waste of resources is equal to the marketing costs of the exchange transaction in the open market or to the loss if the transaction was organized by another entrepreneur. Finally, the supply price of one or more of the factors of production may rise because the "other advantages" of a small firm are greater than those of a large firm (COASE, 1988, p. 43).

Em outras palavras: a empresa é mais eficiente em gerar lucros dentro da área de atuação em que é mais especializada. Esse é o motivo pelo qual pode obter maior lucratividade com a contratação de outras empresas no mercado para obter produtos que são úteis ou necessários para o desenvolvimento de sua atividade

empresarial ao invés de direcionar parte de sua capacidade produtiva organizada para suprir tais carências.

Tal situação ocorre porque o ganho gerado com os menores custos de transação – lembrando que o pressuposto da existência da empresa é conseguir a obtenção de produtos e serviços abaixo do preço de mercado – é inferior ao proveito que seria obtido caso a empresa direcionasse todo o seu esforço produtivo para a área de sua especialidade. Trata-se, portanto, de uma ruptura crucial entre o modelo Toyotista de produção e o antigo modelo Fordista.

Sob esse aspecto, é importante compreender as implicações desse modelo teórico em duas situações correlatas. A primeira situação a ser abordada refere-se aos serviços prestados diretamente pelo Estado. Nesse ponto, a teoria da empresa de Coase apresenta uma das matrizes básicas para a compreensão do pensamento neoliberal. Isso porque, ao se considerar que o Estado, ao prestar serviços, comporta-se para todos os aspectos como uma empresa – no sentido de ser um ente organizado para a prestação de determinados serviços –, quanto maior for o número de atividades exercidas pelo Estado, menos eficiente ele será.

A segunda, de maior relevância para o presente estudo, refere-se ao fato de que a teoria de Coase não afirma que uma empresa que exerce um maior número de atividades será menos lucrativa, e sim menos eficiente. Obviamente, uma empresa que exerça monopólio em diversos setores pode extrair uma boa margem de lucro sem, necessariamente, ser eficiente. Mas em um paradigma teórico que defenda a existência de sistema econômico liberal e pautado pelo controle da concorrência, o cenário macroeconômico desejável prevê a existência de um maior número de empresas eficientes e altamente especializadas em detrimento dos monopólios.

Por meio deste raciocínio, pode-se compreender os fundamentos dos defensores da chamada flexibilização positiva, sobretudo no tocante à defesa da chamada “boa terceirização”. O argumento para justificar a possibilidade de regulamentação das terceirizações pode ser extraído do princípio narrado no texto de Coase: uma empresa menor tenderá a ser mais especializada e, por consequência, mais eficiente em seu objeto social, de modo que, segundo a teoria de Coase, é mais eficiente para a sociedade como um todo que as empresas

terceirizem as atividades que não estejam relacionadas com a *expertise* da empresa.¹⁰

Compreendidos tais pontos centrais da teoria de Coase, passa-se agora à apresentação de uma releitura da problematização apresentada, por meio da síntese desse pensamento como as ideias anteriormente expostas.

O primeiro ponto a ser problematizado é que, na realidade brasileira – e talvez mundial – o que realmente leva o indivíduo a procurar vender sua força de trabalho por meio de um contrato não é tão somente o conforto de ter um salário fixo no final do mês. Isso porque a opção de obter o conforto de uma remuneração garantida, muitas vezes, não se trata de uma escolha, mas sim de uma necessidade imediata de sobrevivência para o trabalhador e a sua família.

Soma-se a tal realidade outro problema. Pode-se afirmar que na sociedade brasileira existem dois tipos de empreendedores: os empreendedores por opção e os empreendedores por falta de opção. Nesse segundo grupo estão incluídos diversos tipos de pessoas, desde aquelas de origem humilde e sem instrução que não conseguem inserção no mercado de trabalho, passando por jovens bacharéis recém-formados que não conseguem obter no mercado empregos que oferecem a remuneração esperada pelo seu nível educacional e pessoas de idade mais avançada, já aposentadas ou desempregadas após décadas de serviços prestados a uma única empresa, que possuem economias – além do FGTS – de toda uma vida de trabalho à sua disposição.

Trata-se, portanto, de pessoas que optam pelo empreendedorismo devido à falta de emprego e não por terem o perfil de empreendedor e ou vontade de empreender. Além disso – embora essa realidade esteja transformando-se de maneira acelerada - o pequeno empresário brasileiro em geral não dispõe de uma estrutura educacional que valorize o empreendedorismo e investidores que estejam dispostos a financiar novos empreendimentos.

Entretanto, seja a atividade empresarial iniciada pela escolha voluntária ou pela falta de outras opções, o empreendedor brasileiro que deseje competir no mercado e

¹⁰ O debate envolvendo a legitimidade das terceirizações é bastante complexo e foge aos objetivos do presente estudo. Entretanto, o argumento liberal não reflete a opinião do autor e não foi aqui apresentado para defender a prática da terceirização, mas sim para facilitar a compreensão do leitor sobre como a teoria de Coase fornece embasamento lógico e científico para a construção de uma matriz de pensamento favorável à flexibilização normativa.

cumprir a rigor a legislação trabalhista, provavelmente pagará um preço alto por essa escolha.

Isso porque, ao menos em curto prazo, perderá competitividade e margem de lucro devido aos altos custos de entrada e manutenção gerados pela burocracia e pela concorrência desleal praticada por empreendedores que atuam na ilegalidade, utilizando-se da estratégia do inadimplemento para obterem redução de custos e, conseqüentemente, maiores ganhos.

Essa realidade faz com que o micro e pequeno empresário brasileiro seja levado a escolher entre a informalidade (e, conseqüentemente, a ilegalidade) e a falência. Nessa escolha de Sofia, a informalidade acaba sendo preferível à falência, uma vez que o pequeno empresário normalmente precisa de parte considerável da renda obtida com sua atividade empresarial para sua própria subsistência. Isso faz com que os proprietários das empresas que conseguem sobreviver aos primeiros anos de atividade comecem a enxergar a atividade informal como necessária e tolerável. Do mesmo modo, passam a ver os direitos trabalhistas e a carga tributária como “fora da realidade” ou ainda como extravagâncias de um Estado ineficiente e paternalista.

A conclusão é clara: como o cenário econômico praticamente inviabiliza que o pequeno empreendedor exerça sua atividade empresarial dentro da legalidade, este passa a ver a legislação como injusta e inadequada. Tal entendimento surge de maneira compreensível, uma vez que – sob a ótica desse empresário - as leis se apresentam tão somente como custos e barreiras de entrada no mercado.

A partir desse ponto, a crise ética se instaura no interior do indivíduo: uma vez que a própria legislação é percebida como injusta, o seu descumprimento passa a ser **necessário**, provavelmente **justificável** e até mesmo **desejável**. A ruptura do indivíduo em relação ao Estado Democrático de Direito em que vive é, portanto, quase inevitável.

A descrença do empresário com o Direito, somada ao contínuo processo de tecnização e profissionalização da gestão causada pelo capitalismo informacional e à complexidade da legislação gera uma demanda cada vez maior pela contratação de consultorias jurídicas especializadas. Entretanto, as orientações prestadas pelos profissionais do Direito muitas vezes não são utilizadas para que as empresas se adéquem à legislação, mas sim para que possam elaborar estratégias para burlarem a lei de maneira mais adequada e eficiente. Nos dizeres de Posner (2003, p. 603);

Lawyers' advice helps avert inadvertent violations of law and to that extent reduces litigations and (probably) promotes social welfare. But at the same time, lawyers' advice also averts some inadvertent compliance with law. The client may learn that a course of action which he correctly guessed was illegal is unlikely to evoke a heavy sanction. Or the lawyers may be aware of loopholes that allow the client by a slight restructuring of the proposed course of action to comply with the letter while flouting the spirit of the law. One of the economically most dubious forms of legal advice is the advice on how to minimize one's tax liability. A reduction in one taxpayer's taxes is likely in the long run to be offset by an increase in some other taxpayers' taxes [...].

Acentua-se assim um paradoxo de ordem filosófica, que pode ser definido como um desdobramento do problema filosófico da consciência irônica do bem e do mal: ao mesmo tempo em que o indivíduo tem conhecimento do que deve ser feito, ele também adquire o conhecimento do que não deve ser feito¹¹. E se este indivíduo pós-moderno não possui mais o respeito à lei, elaborada – em conceito kantiano (KANT, 2003, p. 76-77). - como a conduta a ser seguida fundamentada em uma ordem racional, a sua “racionalidade” individual o levará a agir de modo egoístico, ou seja, adequando sua conduta para agir de um modo em que possa obter a melhor relação de custo-benefício, ainda que em detrimento da coletividade.

Essa conclusão leva ao segundo ponto a ser problematizado, que se situa na realidade observada em debates nos tribunais e na sociedade brasileira: a precarização de mão de obra realizada conscientemente por empresas - de pequeno, médio e grande porte -, ou seja, a já mencionada estratégia do inadimplemento.

Como demonstrado, é possível argumentar com base na teoria de Coase que uma empresa pode adotar formas de flexibilização positiva, tais como optar pagar para obter produtos ou serviços no mercado do que desenvolvê-los dentro da firma, como forma de obter maior ganho de eficiência em sua atividade produtiva. Tal prática é, sob a ótica empresarial, mais do que justificável por possibilitar a produção de riqueza em maior quantidade e, ainda, fomentar o desenvolvimento de novas empresas e novos postos de trabalho.

Contudo, um complicado problema para a teoria surge quando se constata que a flexibilização, muitas vezes, não é feita para gerar eficiência para a cadeia

¹¹ Ressalta-se aqui o pensamento de Chesterton, segundo Ahlquist (2003, p. 18): “Men do not differ much about what things they will call evils; they differ enormously about what evils they will call excusable.”

produtiva, e sim simplesmente para reduzir os custos referentes à mão de obra e encargos correspondentes. Tal prática não visa gerar maior eficiência para a atividade produtiva, mas sim reduzir custos operacionais por meio de fraude à legislação, com a utilização dos mecanismos já demonstrados.

Surge ainda o agravante de que é consideravelmente mais fácil para a empresa, em curto prazo, conseguir melhores resultados financeiros e um maior fluxo de caixa por meio do corte imediato de custos operacionais do que desenvolver projetos que realmente permitam um ganho de eficiência real da atividade produtiva.

Logicamente, não são todas as despesas operacionais que podem ser cortadas. É extremamente arriscado para uma empresa perder seu crédito junto a seus fornecedores, investidores e consumidores. Também pode revelar-se bastante prejudicial para a saúde financeira da empresa um corte no seu capital de giro e das despesas com a manutenção do capital empregado na atividade produtiva, como máquinas, imóveis e insumos.

Portanto, sob o ponto de vista financeiro, os cortes orçamentários a serem buscados são aqueles que atingirão as despesas não exigíveis em curto prazo e/ou que dependam de fiscalização externa para a efetiva cobrança. É o caso de alguns tributos, mas, sobretudo, os “ajustes” são realizados em detrimento do setor da produção que pode ser mais facilmente substituído: o trabalhador, ou, de acordo com os novos jargões empresariais, o “capital humano”, sobretudo aqueles que possuem baixa qualificação ou aqueles que integram quadros intermediários que podem ser suprimidos pelas novas relações de produção do capitalismo informacional.

Os custos operacionais referentes ao trabalhador podem ser reduzidos por meio da dispensa (*downsizing*) ou – mais frequentemente – por meio da supressão de direitos trabalhistas por meio do temor da dispensa – no qual se incluem a exigência de cumprimento de metas e prestação de horas extras não remuneradas (“vestir a camisa da empresa”) ou de artifícios judiciais para mascarar a existência de uma relação de emprego. Surgem assim as fraudes dos vínculos empregatícios, a formação de pessoas jurídicas de fachada, as falsas terceirizações e a proliferação de contratos simulados.

Os ganhos potenciais com a utilização dessas estratégias, do ponto de vista financeiro são imensos. As fraudes podem durar anos sem serem descobertas. Nem todos os trabalhadores demitidos tentarão demandar na Justiça do Trabalho com

medo de retaliações em empregos futuros. Em parte das demandas intentadas, os trabalhadores poderão perder por falta de provas. Em outra parte, os trabalhadores poderão aceitar acordos por um valor inferior ao que fariam jus, por estarem necessitando de dinheiro rápido para minorar o sofrimento causado pelo desemprego. E existe ainda o risco substancial de que, mesmo vitorioso na demanda, não consiga receber seu crédito uma vez que a estratégia pode continuar a ser aplicada na fase de execução, com o ocultamento dos bens penhoráveis.

E ainda que o trabalhador precarizado venha a ganhar no processo tudo o que tem direito e consiga a execução do valor atualizado do crédito, ainda assim a estratégia se revela vantajosa para a empresa. Como ressalta Álvares da Silva (2007), o devedor ganha muito mais colocando este crédito no jogo econômico, obtendo lucros e juros de mercado, enquanto paga, na execução trabalhista, juros de apenas 1% ao mês.¹²

Algumas vezes tais práticas são feitas até mesmo com a concordância do empregado, seja devido à necessidade de emprego ou pela possibilidade de obter maiores ganhos em curto prazo, aceitando o trabalho irregular – na condição de falso autônomo ou pessoa jurídica - como forma de obter melhores rendimentos líquidos em um mercado de salários cada vez mais achatados e com tributação elevada para o trabalhador¹³.

Entretanto, tais práticas inevitavelmente lesam o Estado – pelo fato de diversos tributos incidirem sobre a folha de pagamento – e contribuem para a precarização dos vínculos trabalhistas a longo prazo, servindo ainda como meio de afirmação do discurso de que os direitos sociais são anacrônicos e desarrazoados. Tal discurso, não raro, chega a integrar o senso comum, passando a ser defendido, inclusive, pelos próprios trabalhadores, sobretudo os integrantes da cada vez mais inchada (e nivelada por baixo) “classe média”.

¹² Embora essa taxa de juros possa ser vista como excessivamente onerosa se comparada com os rendimentos oriundos da poupança e dos demais investimentos conservadores disponíveis no mercado financeiro para pessoas físicas, esta taxa ainda é bastante atrativa quando comparada às taxas cobradas para a concessão de empréstimos bancários e os índices de retorno sobre o investimento do capital empregado (ROE) nas grandes empresas. Logo, sob o ponto de vista financeiro, é mais vantajoso para o devedor trabalhista protelar o pagamento da dívida do que contrair uma dívida para quitar o débito ou retirar capital empregado em sua atividade produtiva.

¹³ Novamente, pode-se atribuir a origem deste desequilíbrio à lógica de gestão do Estado Poiético. Ao não cumprir seu papel social, colocando-se como mero ente arrecadador, o Estado passa a ser visto pelos diversos segmentos da sociedade – trabalhadores e empresários – como um adversário a ser combatido.

Tal fenômeno já era constatado por Jean Lojkin (2007, p. 44), na França, durante a década de 90:

O sentimento crescente em muitos dos quadros intermediários (na França, ao menos) de se sentir “mais próximos” do conjunto dos assalariados que das direções de suas empresas não conduz ainda os interessados a se identificar com o salariado, pelo menos com suas formas dominantes de representação e de organização (a “classe operária”). A aproximação das condições materiais (diminuição das rendas e baixo nível de vida) não conduz automaticamente à consciência de uma proximidade de situação e de uma solidariedade social. Assim, os trabalhadores mais pobres, nos EUA como também em outros lugares, são muito sensíveis à campanha neoliberal contra o Estado Providência, cujos benefícios sociais oferecem às famílias “assistidas” rendas próximas a aquelas do “working poors”.

Mas não é só. Além de ser danosa aos trabalhadores e ao Estado, essa prática também acaba por incentivar a formação de um cenário de concorrência desleal, no qual uma empresa eficiente e cumpridora da legislação pode vir a sucumbir para um concorrente medíocre, mas que consiga obter maiores ganhos financeiros por meio de sonegação de impostos e de violação de direitos trabalhistas.

Tendo em vista o exposto nas linhas acima, pode-se constatar que o preço da mão de obra assalariada formal no Brasil (e, de modo geral, no resto do mundo) se tornou mais caro do que o da contratação de profissionais autônomos ou empresas especializadas, em parte por uma política de tributação ineficiente - incidente sobre a folha de pagamento das empresas – e em parte pelo fato de que o trabalho autônomo vem sendo cada vez mais pauperizado no novo capitalismo informacional.

Esse quadro fático subverte toda a teoria da empresa exposta por Coase, uma vez que o pressuposto básico que justificava a contratação de empregados era fornecer ao empregador o poder de dirigir livremente a mão de obra assalariada a um preço inferior do que pagaria para obter os serviços no mercado.

Entretanto, a solução adotada pelas empresas – o inadimplemento voluntário e consciente da lei – deseja solucionar o problema obtendo o melhor dos dois mundos à custa do trabalhador e do erário. Pretendem obter o direito à ampla direção do contrato de trabalho, como se empregadores fossem, sem arcar com os ônus de manter seus empregados, como se empregadores não fossem.

Configura-se assim um quadro fático jurídico, social e econômico que se revela altamente prejudicial para os trabalhadores, para o Estado brasileiro e também para as empresas eficientes e que desejam exercer sua atividade empresarial de maneira ética.

O sistema atual não incentiva o empreendedorismo, ao mesmo tempo em que precariza a situação do contingente que depende da venda de sua força de trabalho como meio de subsistência. Com efeito, os grandes beneficiários desse sistema atual são empresas já consolidadas, que conseguem manter o controle do mercado não por serem mais eficientes, mas por obterem maior fluxo de caixa por meio da violação voluntária e planejada da legislação. Essa situação é ainda estimulada pelo desinteresse do Estado em promover gastos mais eficientes para a alteração desse quadro e pelo fato de que a estrutura do Poder Judiciário brasileiro contribui para a proliferação das estratégias protelatórias ao possibilitar com que a empresa inadimplente, mesmo que venha a ser condenada, obtenha maiores ganhos do que se tivesse cumprido a rigor o determinado pela legislação.

Dito de outro modo: o equilíbrio econômico vigente e respaldado pela sistemática jurídica atual favorece o desenvolvimento e a preponderância de empresas ineficientes – o que prejudica a economia do país - e antiéticas – o que prejudica a sociedade como um todo e afronta o próprio Estado Democrático de Direito. Há que se concordar com o pensamento exposto por Álvares da Silva (2002b), no sentido de que a ordem jurídica incentiva o desrespeito à lei e ainda fornece vantagem patrimonial para quem assim age. É este o diagnóstico fornecido ao se analisar o problema pela perspectiva econômica.

2.3 A Intervenção Normativa como Forma de Alterar o Equilíbrio Econômico

À luz do exposto, percebe-se que a estratégia do inadimplemento e a violação aos direitos sociais está inserida em um contexto mais amplo do que as relações trabalhistas. Somam-se ao histórico conflito entre capital e trabalho os conflitos de ambos contra o Estado - contra a política de tributação incidente sobre a folha de pagamento -, do Estado contra ambos – ao não adotar medidas adequadas para a resolução dos conflitos -, do Estado contra os trabalhadores – ao se utilizar de mão de obra terceirizada e contratar trabalhadores de maneira irregular, refugiando-se no ordenamento jurídico para não pagar as verbas devidas - e do Estado contra o capital, marcado pela ação da Justiça do Trabalho e demais instituições que atuam pela lógica repressiva, visando garantir a efetividade dos direitos sociais.

E, ao mesmo tempo paralelamente e intrinsecamente a estes conflitos, encontra-se a exacerbação do pensamento individualista que permeia todos os setores da sociedade, do econômico ao jurídico.

Por este motivo, e tendo em vista a pluralidade dos problemas estruturais apontados no decorrer deste capítulo, a presente pesquisa pretende criar um novo sistema de pensamento capaz de estabelecer diretrizes e determinar um modo pelo qual a alteração deste equilíbrio possa ser feita.

O ponto fundamental que deve nortear este sistema reside em garantir que a efetivação dos direitos sociais seja não apenas desejável do ponto de vista dos atores envolvidos, mas também vantajosa sob o ponto de vista econômico. Parte-se ainda da premissa de que a ciência do Direito admite outro modo de atuação na intervenção no domínio econômico de modo a garantir a efetividade dos direitos sociais que não seja a ação direta e repressiva por parte do Estado.

As bases de construção deste sistema são fundadas a partir da constatação de que, para se promover uma alteração de um dado estado de equilíbrio, é possível adotar ao menos duas estratégias distintas. A primeira delas, como já demonstrado, consiste em tornar a conduta **indesejável** mais **desvantajosa** para aquele que a pratica. No entanto, conforme Bobbio (2007) a segunda estratégia se pautava pela atitude oposta: tornar a conduta **desejável** mais **vantajosa** para quem a pratica.

A aplicação concreta dessa nova estratégia no âmbito da ciência do Direito pode ser materializada pela aplicação da chamada “sanção positiva”¹⁴, ou seja, por meio da criação de normas que visem garantir prêmios e incentivos para que determinado agente pratique a conduta tida como desejável pela ordem jurídica.

Em outras palavras, ao invés de punir a conduta desviante, premia-se a conduta conforme ao ordenamento jurídico. A grande vantagem da utilização desse sistema para a alteração do equilíbrio econômico existente encontra-se, ironicamente, no próprio contexto paradoxal criado na pós-modernidade. Em outras palavras, trata-se de canalizar o pensamento economicista e o individualismo exacerbado da sociedade contemporânea para garantir o cumprimento das normas jurídicas.

O sistema de intervenção por meio de sanções positivas estabelece uma mudança substancial na lógica das relações existentes entre Estado e jurisdicionados. Enquanto em um modelo de ordenamento jurídico meramente repressivo tende a predominar uma relação conflituosa - na qual os jurisdicionados buscam esconder suas atividades e mascarar condutas ilícitas de modo a evitar a

¹⁴ Definição utilizada na obra de Bobbio (2007).

sanção estatal - no modelo promocional é o próprio jurisdicionado que buscará expor suas ações e condutas para o Estado, de modo a comprovar o cumprimento das normas e, conseqüentemente, ser beneficiado com o prêmio correspondente.

Isso ocorre porque ao agir em conformidade com a conduta estabelecida na sanção positiva, a norma garante ao destinatário um verdadeiro direito subjetivo à percepção do prêmio estabelecido, ou seja, de que a promessa realizada pelo Estado seja cumprida e, caso necessário, protegida mediante o recurso à força organizada dos poderes públicos.

Desse modo, no campo das relações de trabalho, a utilização das sanções positivas tornará então desejável para o empregador, sobretudo sob o aspecto econômico, cumprir os direitos trabalhistas e procurar o Estado para demonstrar esse cumprimento, de modo a garantir a percepção do prêmio. Por sua vez, o Estado é beneficiado com menores gastos nas funções repressivas por uma redução nos índices de informalidade e, sobretudo, por um resgate de seu papel ético, uma vez que estará garantindo benefícios apenas àqueles que comprovarem que estão contribuindo para o projeto de sociedade previsto na Constituição.

A adoção dessa lógica premial pode, a princípio, soar ininteligível e impraticável sob a ótica jurídica tradicional. Porém tal raciocínio encontra sólida aplicação em outras áreas do conhecimento, sobretudo a sociologia e a pedagogia.

Nos dizeres de Bobbio (2007, p. 23):

Enquanto é comum a filósofos e sociólogos ampliar o significado de sanção até incluir nele os prêmios e as recompensas, sempre esteve presente entre os juristas uma corrente, que remonta a Austin, segundo a qual é possível falar com propriedade de “sanções” apenas em relação às sanções negativas.

Sob o aspecto pedagógico é importante ressaltar que muito se fala em uma suposta função pedagógica do ordenamento jurídico, mas poucos doutrinadores se atentam para os fundamentos básicos da prática educacional. Com efeito, a arte de ensinar não se pauta apenas pela lógica repressiva, mas sim por estratégias que intercalam um sistema de prêmios e punições. Cita-se aqui a lição de Melo Filho (1976, p. 16):

A contabilização das ações humanas numa balança do ‘deve’ e do ‘haver’ é algo natural e intuitivo, pois, os pais de família, qualquer que seja seu nível econômico-social, para a educação de seus filhos recorrem à técnica dos prêmios e castigos. [...] objetivando estimular positivamente à implantação de hábitos desejados e desmotivar as condutas nocivas e abomináveis.

Com efeito, ao se analisar as transformações da sociedade humana no campo político, social e econômico nos últimos dois séculos - passando pelo liberalismo clássico, pelo modelo de Estado Social, pelo neoliberalismo e agora vislumbrando um possível pós-neoliberalismo - é difícil compreender como a questão da função do Direito parece ter restado imutável e inquestionável, ainda prevalecendo na interpretação jurídica à visão positivista clássica firmada no final do século XIX, para a qual a função do Direito se traduz apenas como a de legitimar o aparato coativo do Estado.

Em que pesem as críticas e as discussões doutrinárias sobre a possibilidade de existência de um ordenamento jurídico pautado por sanções positivas – as quais serão objeto da segunda parte deste estudo – é possível afirmar, com propriedade, segundo Álvares da Silva (2009, p. 13), que a finalidade última do Direito é a de garantir o cumprimento das normas jurídicas de modo a harmonizar a convivência social, sendo uma forma de realização de valores. E, para o exercício desta função, o Estado pode atuar de maneira ampla, seja criando medidas para desencorajar o descumprimento das normas jurídicas, seja criando medidas para encorajar o cumprimento voluntário destas normas e até mesmo a prática de condutas superiores à exigência legal.

É importante ressaltar que a aplicação de uma lógica premial para regulamentar determinadas condutas não constitui óbice para a aplicação de medidas repressivas para as condutas indesejáveis. Ao contrário. Prêmio e castigo devem harmonizar-se e atuar em conjunto para garantir a efetividade do ordenamento jurídico, de modo a possibilitar a alteração da situação fática existente em prol de uma situação fática almejada pela lei.

3 SANÇÕES POSITIVAS E A FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO

3.1 Sanção jurídica, coerção e coação

De acordo com o dicionário Houaiss (2007)¹⁵, a palavra sanção admite sete significados possíveis: “parte coativa da lei, que comina penas contra os que a violam”; “pena ou recompensa que corresponde à violação ou execução de uma lei”; “ato pelo qual o chefe do poder executivo aprova uma lei votada pelo órgão legislativo”; “aprovação ou confirmação que se dá, ou se impõe à lei”; “aprovação formal”; “reconhecimento público, aprovação”; “medida de coação imposta por órgão ou autoridade”.

Diante da pluralidade de sentidos aplicáveis ao termo, faz-se necessário um pequeno estudo da origem etimológica da palavra sanção. Tal análise se justifica pela fundamental importância que possui o estudo da linguística para a ciência do Direito, a qual presume, em sua essência, comunicação entre seres humanos. E tal comunicação só se torna possível através do uso de uma linguagem clara e objetiva, por meio da qual um indivíduo possa compreender as palavras e atitudes de seus semelhantes e se fazer compreendido por eles. Segundo Álvares da Silva (2004), o homem é aquilo que consegue comunicar aos outros, sendo a linguagem o instrumento que materializa a racionalidade humana. Nos dizeres de Gadamer (2002, p. 560), “a linguagem é o meio em que se realiza o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa”.

A comunicação humana se estabelece por meio da linguagem e tem como sua unidade fundamental a palavra, que contém em sua origem marcas da evolução da cultura que a criou. Por isso a importância de se iniciar os estudos jurídicos por meio da pesquisa sobre a origem etimológica das palavras. Entretanto, esse trabalho encontra-se facilitado, uma vez que a origem etimológica da palavra sanção já foi objeto de análise aprofundada realizada por Carvalho Netto (1992, p. 23):

O termo procede do latim *sanctio*, *sanctionis* de *sanciere*, ato de tornar santo, respeitado, e, para Eichhoff, o verbo derivaria da raiz sânscrita *sah*, tomar, fixar. Pott invoca, com dúvidas, o sânscrito *cank*, temer, respeitar, embora considere mais provável haver o termo resultado da composição das raízes sânscritas *sa* e *anc*, honrar, venerar; por outro lado, Pictet, cuja posição encontra respaldo nos estudos mais atuais, atribui ao vocábulo a mesma raiz de *sanctus*, *sanc*, daí também *sacer*, sagrado. A etimologia nos fornece a conotação original e primitiva da palavra. Designava o ato de caráter sacro mediante o qual se erigi algo à categoria de inviolável ou, ainda, a previsão ou aplicação de um castigo para o pecado, para a

¹⁵ Documento eletrônico.

transgressão de uma suposta ordem transcendente, necessária por natureza, que exigiria, para a sua própria recomposição, com base no princípio da retribuição, a imputação de pena equivalente ao transgressor a justiça de talião.

A partir dessa análise e da consciência dos sentidos modernos dados à palavra, pode-se constatar que a construção histórica e etimológica do termo sanção remete ao sentido de uma ordem emanada de uma autoridade sagrada, a qual o indivíduo deve respeitar caso deseje obter o bem ou não sofrer o mal.

É certo que o conceito de **sagrado** vem cedendo espaço para a racionalidade humana no que se refere à legitimidade para a construção de normas prescritivas de condutas e para conceder benefícios e aplicar punições. As sanções, sobretudo as que se destinam a regulamentar o convívio social, não são mais determinadas pela lei da natureza ou por preceitos metafísicos. O que eleva um enunciado ao patamar de **sagrado** é a racionalidade do preceito, em termos kantianos, a qual é construída a partir de métodos racionais de pacificação social – notadamente, a construção de um ordenamento jurídico - os quais também estabelecerão o método racional para garantir a punição das condutas desviantes (irracionais).

A definição da ação justa, em termos racionais, formulada por Kant (2003, p. 76-77) é aquela que é “capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal”, sendo o direito a “soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal da liberdade” (KANT, 2003, p. 76-77).

Isso não significa que a ordem jurídica positiva estabelecida será de fato racional e nem que os homens são seres impelidos por motivos meramente racionais, no sentido de que irão, espontaneamente, adotar a conduta tida como máxima universal. Como salienta Peperzak (2001, p. 180):

Of course, positive right can be rational. If so, it is easy to obey the laws, at least for rational people, be they philosophers of well-intentioned people led 'trust-and-faith'. If the laws or the citizens are irrational, however, the authority of positive right can only be upheld by coercion and fear.

Permanece, contudo, a ideia básica expressa pela palavra sanção: estabelecer consequências a serem aplicadas para a prática de determinados atos. Essas consequências, por sua vez, serão aplicadas no mundo concreto, sendo prescritas por uma ordem jurídica estabelecida pela racionalidade humana e

garantidas mediante a criação de um aparato operacional que deterá o monopólio para o exercício controlado da violência.

Conclui-se, assim, que a sanção, em seu conceito moderno, pode ser definida como a consequência a ser aplicada para a prática de determinado ato regulamentado por uma norma de conduta, podendo constituir-se em uma punição pela violação do preceito ou uma recompensa pelo cumprimento da conduta prevista.

No conceito moderno de sanção, compreendida como sanção jurídica, a garantia de aplicação do prêmio ou da punição é garantida pelo Estado, detentor do monopólio dos meios coativos. Neste aspecto, importante traçar uma distinção do conceito de sanção com os conceitos de coerção e coação.

A coerção pode ser definida como o meio “pelo qual o Estado exerce seu poder, a fim de fazer cumprir as leis que promulgou. A força emanada da soberania que o Estado aplica, a fim de impor o respeito à norma legal” (MATA MACHADO, 1956, p. 42).

O conceito de coerção é o que mais se aproxima e se confunde com o conceito de sanção. Para parte da doutrina, a sanção jurídica é equivalente a uma “ameaça de sanção [...]. As normas, ao estabelecerem uma sanção, são, pois, atos de ameaçar e não representação de uma ameaça” (FERRAZ JÚNIOR, 2000, p. 70). Reduz-se assim, o conceito de sanção para o sentido linguístico de ameaça, sendo a coerção estatal uma ameaça, concede juridicidade à sanção. Essa é, contudo, uma visão fulcrada no desenvolvimento do positivismo jurídico, para o qual, em sua visão clássica, a coerção é meio de validade da norma jurídica e, na chamada teoria moderna, a coerção é o objeto da própria norma (BOBBIO, 1995, p. 147). Tal definição, contudo, não compreende todos os significados possíveis do termo de acordo com a etimologia da palavra, mas sim uma construção doutrinária feita no decorrer da história.

Abstraindo-se, por ora, da definição doutrinária, firma-se o conceito de que a sanção jurídica consiste na prescrição de uma consequência premial ou punitiva para a prática de determinado ato e a coerção se refere ao temor criado pela possibilidade de aplicação da punição (ou da perda do prêmio) pelo ente estatal, representado historicamente pela imagem da Espada de Dâmocles. Resta, portanto, definir o conceito de coação. Como ponto de partida, revela-se adequada a proposta de Melo Filho (1976, p. 104):

A diferença entre coerção e coação é simples, pois, fazendo-se um paralelo com os conceitos aristotélicos de 'potência' e 'ato', verificar-se-á que a coerção corresponde à 'potência', à possibilidade de algo vir a ser, enquanto a coação equivale ao 'ato', ou seja, a efetivação ou realização da 'potência'.

Portanto, pode-se dizer que a coação, segundo Mata Machado (1956, p. 39), é destinada ao indivíduo, mediante a utilização de violência institucionalizada - ou, na definição de Álvares da Silva (2012, p. 78), "a coação é a substituição da virtude no comportamento humano pela conduta obrigatória mediante meios cogentes." - ao passo que a coerção é uma ameaça abstrata destinada à coletividade.

Embora sejam conceitos distintos, é inegável admitir que eles estão intrinsecamente ligados. Isto porque, para a filosofia moderna, a sanção não mais pode ser justificada em seu caráter retributivo - a punição do agente - ou motivada pelo sentimento de vingança contra o violador da norma. Guyau (2007, p. 59-60) afirma que a aplicação da pena, mediante coação, só se legitima para obter a finalidade pragmática de garantir a ordem social:

A sanção só vale como promessa ou ameaça que precede o ato e tende mecanicamente a produzi-lo. Quando este se realiza, ela perde todo seu valor: é um simples escudo ou um simples motor determinista, nada além disso (...) A única coisa que justifica a pena é sua eficácia do ponto de vista da defesa social.

Conforme Bobbio (1995, p. 147) em termos kantianos a coação se apresenta como uma não liberdade (devida ao Estado), que repele a não liberdade do agente. A coação se revela, portanto, uma negação da atividade negada e, em consequência, uma afirmação consistente na reafirmação da liberdade do terceiro, lesada pelo ato contrário à norma jurídica.

A coação individual, portanto, se faz necessária para garantir a eficácia da coerção. Se as consequências previstas pela sanção não forem aplicadas aos casos concretos, o temor criado pela coerção e a ameaça da Espada de Dâmocles se enfraquecerão e, com elas, os instrumentos de controle social. Tem-se assim a síntese exposta por Melo Filho (1976, p. 116):

A coerção é possibilidade de aplicação da coação; a sanção é a consequência ou efeito jurídico; e a coação é a execução forçada da sanção e restringe-se aos atos jurídicos não cumpridos voluntariamente por aqueles que estavam obrigados a tal.

3.2 Evolução do Conceito de Sanção Jurídica: Da Função do Direito no Positivismo Clássico à Função Promocional do Direito

A aplicação concreta da função do Direito que visa tornar vantajosa uma conduta desejada pela ordem jurídica é denominada pelos teóricos de “sanção positiva”, definição utilizada no pensamento de Bobbio (2007), a qual se materializa essencialmente por meio da criação de normas e institutos que visem criar direitos subjetivos o agente que pratique a conduta tida como desejável pelo Estado. Ou, dito de outro modo, “a sanção negativa corresponde à função repressiva do Direito, enquanto a sanção positiva equivale à função promocional do Direito.” (MELO FILHO, 1976, p. 142).

Ainda que as origens históricas e etimológicas da palavra sanção permitam a formulação de um conceito de sanção com caráter positivo – isto é, pautada por uma função promocional do ordenamento jurídico que visa conceder novos direitos ao agente ao invés de restringir direitos existentes – essa ideia provoca, à primeira vista, certa estranheza aos que possuem alguma afinidade com a ciência do Direito. Isto porque, sob a ótica jurídica clássica, o conceito do termo sanção se encontra enraizado à modalidade repressiva, a ponto de suprimir a validade dos outros significados possíveis da palavra. Nos dizeres de Bobbio (2007, p. 7):

Na literatura filosófica e sociológica, o termo sanção é empregado em sentido amplo, para que nele caibam não apenas as consequências desagradáveis da inobservância das normas, mas também as consequências agradáveis da observância, distinguindo-se, no *genus* sanção, duas *specis*: as sanções positivas e as sanções negativas. Ao contrário, é fato que, na linguagem jurídica, o termo “sanção”, se for usado sem determinações ulteriores, denota exclusivamente as sanções negativas.

Para aceitar essa distinção teórica, é necessário compreender o processo evolutivo do pensamento jurídico no século XX. A compreensão do caráter negativo da sanção reflete o ideário presente no chamado modelo de Estado Liberal, no qual a função do Direito se encontra restrita a estabelecer regras de conduta e legitimar a utilização do aparato coativo do Estado (KELSEN, 2003, p. 38), contribuindo para a formação do positivismo jurídico. Tal corrente de pensamento “é caracterizado pelo fato de definir constantemente o direito em função da coação, no sentido que vê nesta última um elemento essencial e típico do direito” (BOBBIO, 1995, p. 147). Logo, no modelo de Estado Liberal não há outro método possível de se qualificar a sanção jurídica que não seja a redução do conceito a seu aspecto punitivo.

A identidade e confusão entre Direito e coação ainda prevalece na interpretação jurídica contemporânea, estabelecendo assim um vínculo necessário e aparentemente indissolúvel entre os termos, suprimindo, assim, a possibilidade de existência de sanções positivas ou relegando-as a um segundo plano. Nesse sentido é a síntese exposta por Guerra (2008, p. 5025-5047):

A visão analítica do direito, que basicamente considera o direito como coação, apresenta, de forma dominante, uma concepção repressiva do direito. Daí a importância exclusiva das sanções negativas. [...] Com efeito, quando se analisa o papel do direito em um Estado sob a égide dos princípios liberais clássicos, a técnica das sanções negativas é a mais adequada; caracterizando-se por uma atuação passiva, focada em proteger interesses mediante a repressão de atos desviantes. Um ordenamento, majoritariamente, com função protetivo-repressiva.

Como demonstrado, de acordo com as correntes positivistas clássicas, a função do ordenamento jurídico possui caráter preponderantemente repressivo. Nesta visão, o Direito consiste em um conjunto de normas, cujo cumprimento é realizado mediante a imposição de sanções negativas. Em outras palavras, no pensamento positivista o ordenamento jurídico constitui uma ordem coativa, que tem por objetivo punir os comportamentos desviantes.

A função promocional do Direito, quando admitida, era vista como um planejamento para um futuro distante, em uma sociedade ideal que estivesse preparada para não ceder a interesses particulares. Nesse sentido se encontra a afirmação de Ihering (2004, p. 73):

Um dia, os juristas vão ocupar-se do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir a matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade e do arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas, sobretudo, no interesse superior da coletividade.

No entanto, é preciso compreender que essa visão clássica do ordenamento jurídico remonta a um modelo de Estado Liberal, o qual já há muito se encontra superado pelo processo histórico. Como já ressaltava Melo Filho (1976, p. 28), há mais de quarenta anos, “o Estado Contemporâneo [...] deixou de ser um mero espectador da vida social, de aceitá-la como um dado pré-constituído, e passou a intervir no processo de sua conformação.” Isto ocorreu devido ao fato de que “as exigências das massas, a pressão dos interesses coletivos, prementes, forçaram o Estado a sair de sua tranquilidade jurídico-formal para intervir no processo

informativo das relações socioeconômicas” (MELO FILHO, 1976, p. 28). Portanto, nos ordenamentos constitucionais pós-liberais, ao lado dessa função de tutela ou garantia, surge também a função do Estado de **promover** transformações sociais. Nos dizeres de Bobbio (2007, p. 15):

Em poucas palavras, é possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precípua impedir o máximo possível a sua prática; ao segundo, interessam, principalmente, os comportamentos socialmente desejáveis, sendo seu fim levar a realização destes até mesmo aos recalcitrantes.

Isso significa que, em contraposição ao modelo jurídico do Estado Liberal pautado pelo *laissez faire*, no qual a concepção repressiva do Direito visava **tutelar** ou, segundo Bobbio (2007, p. 7) **garantir** direitos individuais, as constituições contemporâneas contemplam a função de **promover** direitos individuais, coletivos e difusos. Em outras palavras, a concepção da função repressiva do Direito existente em um modelo de Estado, como diz Ihering (2004, p. 73) - “tipicamente negativo cuja ordem jurídica se estrutura na base de restrições e proibições para amparar a liberdade dos indivíduos” no qual é presente a imagem simplista do Estado como organismo que estabelece as regras do jogo e institui a figura do juiz como um árbitro neutro, imparcial e escravo da lei para promover a resolução de conflitos, conforme Carrió (1966, p. 149), e evoluiu para abranger também uma função de “promover o exercício dos atos conformes [...] tornando os atos obrigatórios particularmente atraentes e os atos proibidos particularmente repugnantes” (BOBBIO, 2007, p. 14-15).

Ainda, tendo em vista a evolução histórica ocorrida nos últimos dois séculos nos modelos de composição dos Estados nacionais, não se pode mais falar em uma mera função tutelar do ordenamento jurídico, sendo certo que a promoção de condutas socialmente desejáveis se encontra na mesma esfera de juridicidade que a repressão das condutas indesejáveis. Retomando a já citada afirmação de Ihering, já passou da hora de os juristas se preocuparem com o direito premial. Em um contexto histórico contemporâneo, no qual as sociedades ocidentais já adotaram diferentes modelos econômicos de Estado – Estado Liberal, Estado Social, Estado Neoliberal – não parece razoável admitir que a função do ordenamento jurídico permaneça presa a conceitos elaborados há dois séculos. Nesse sentido, ressalta Moncada (2007, p. 35):

A noção de Estado-de-Direito foi elaborada pela doutrina constitucional clássica que via nela, antes de mais, um conjunto de pressupostos formais, quais sejam a separação de poderes, a independência dos tribunais e o respeito pelos direitos subjectivos fundamentais indispensáveis para a organização do poder e a garantia dos particulares a que não seriam porventura alheios certos ingredientes axiológicos e mesmo éticos. Esta concepção do Estado-de-Direito traduzia a situação e a realidade constitucionais do século XIX. A intervenção na economia obrigou, porém, a lei constitucional a assumir novo conteúdo, como já se viu, e que se traduziu nomeadamente no reconhecimento de direitos e deveres econômicos e sociais bem como na tomada de posição a favor de uma certa e determinada ordem económica a construir. O Estado-de-Direito torna-se assim permeável a conteúdos socioeconómicos que alteram o seu entendimento; de garantia dos limites do poder e do respeito pela liberdade individual transforma-se num programa normativo de realizações. O conceito de Estado-de-Direito reveste-se de uma natureza positiva, no sentido de passar a incorporar uma acção estadual que não é apenas subsidiária mas conformadora do modelo socioeconómico. A intervenção pública na economia foi a via através da qual a noção de Estado-de-Direito se foi modificando; de uma noção formal e garantística passou-se a uma noção material e conformadora, a que é vulgar chamar-se Estado Social de Direito.

É tendo em vista essa contradição que se faz necessária uma nova proposta filosófica: transferir a crítica realizada no campo político-económico para a esfera jurídica, concebendo o retorno da função promocional do Direito como fator de efetivação dos direitos sociais. Desse modo, a possibilidade de aplicação de sanções positivas surge como uma alternativa possível sob o prisma de um ordenamento jurídico promocional, e não meramente punitivo, sendo uma forma de alterar o equilíbrio dinâmico adotado pela estratégia do inadimplemento. Nos dizeres de Álvares da Silva (2012, p. 80):

O Estado moderno, em vez da finalidade meramente repressiva, assumiu a finalidade promocional, hoje uma de suas mais importantes ferramentas de atuação social. A repressão continua existindo e nunca deixará de existir. Mas recua-se para o segundo plano. Em primeiro lugar, coloca-se o elemento promocional. Em vez da repressão, que age depois de acontecido o ilícito ou o comportamento indesejado, a promoção dota o Estado de meios para evitá-los, incentivando os cidadãos a cumprir a lei, dando-lhes vantagens ou prêmios pela conduta devida. Surge, com base nessa ideia, uma nova forma de sanção, a sanção premial. Essa nova forma de sancionar inverte a equação clássica do sistema jurídico do século XIX até meados do século XX e dá nova perspectiva à fórmula carnellutiana: em vez de sancionar o mal com o mal, faz-se agora exatamente o contrário: sanciona-se o bem ou o útil com outro bem ou utilidade.

A mudança dessa lógica de pensamento é de fundamental importância e também paradigmática. No paradigma da função promocional do Direito, o poder-dever estatal de **restringir** direitos mediante coação passa a coexistir com o poder-

dever estatal de **criar** direitos subjetivos para determinados jurisdicionados que se adéquem à norma jurídica, os quais serão garantidos pelo próprio Estado mediante o uso do aparato coativo, ainda que o sujeito passivo da obrigação seja o próprio Estado que concedeu os direitos. Ou nos dizeres de Bobbio (2007, p. 19):

Sanção negativa e sanção positiva dão origem a duas relações distintas, nas quais as figuras do sujeito ativo (o titular do direito) e o do sujeito passivo (o titular da obrigação) estão invertidas: no primeiro caso, a relação direito-obrigação parte daquele que sanciona em direção aquele que é sancionado; no segundo caso, a mesma relação desloca-se daquele que é sancionado para aquele que sanciona.

Portanto, ao se aceitar a transformação da função do Direito em consonância com a transformação das formas de organização do Estado contemporâneo, deve-se compreender que a coação se torna uma via de mão dupla: muito embora o monopólio coercitivo ainda seja de cunho estatal, “emanada da soberania que o Estado aplica, a fim de impor o respeito à norma legal” (MATA MACHADO, 1956, p. 42), o próprio Estado passa a submeter-se à coação imposta pela lei, que visa atender os fins promocionais presentes no ordenamento jurídico. Este, por sua vez, passa então a ter não apenas a função de punir as condutas desviantes, mas também de possibilitar que as condutas praticadas em conformidade com os fins almejados sejam premiadas, garantindo para o destinatário da norma premial a possibilidade de uso do aparato coativo estatal para efetivar o direito conquistado.

Conclui-se, portanto, que a função do ordenamento jurídico sancionador na atualidade consiste em garantir o cumprimento das normas jurídicas de modo a harmonizar a convivência social, sendo, conforme Álvares da Silva (2009, p. 13), uma forma de realização de valores. E, para garantir que essa realização de valores seja efetiva, conforme Bobbio (2007, p. 21), o Estado pode tanto desencorajar o não cumprimento da norma jurídica quanto encorajar o cumprimento da norma ou até mesmo de condutas superiores à exigência legal. Resta, assim, comprovado que existe a possibilidade de utilização de sanções positivas no Direito, em um paradigma pós-positivista, no qual a função promocional do Direito desponta como objeto e finalidade da ciência jurídica.

3.3 Aspectos Jurídicos das Sanções Positivas: Elaboração de Novos

Conceitos a Partir da Teoria de Norberto Bobbio

Para se examinarem os aspectos jurídicos das sanções positivas e estabelecer novos conceitos, primeiramente é preciso demonstrar a possibilidade de criação dessa modalidade de sanção na ordem jurídica. Como já demonstrado, existem substancialmente duas teorias predominantes sobre a sanção jurídica: a teoria que dá particular destaque ao aspecto da institucionalização, isto é, ao fato de que a resposta à violação de normas do sistema que visam torná-la o mais constante, proporcional ao delito, imparcial e certa possível; e a teoria que, dando especial destaque ao exercício da força por parte do poder constituído, identifica a sanção jurídica com a coação, isto é, com aquele modo particular de infligir um mal que é o exercício da força física (BOBBIO, 2007, p. 28-29).

Para a corrente clássica que associa a sanção jurídica à coação, parece ser difícil admitir a existência de sanções positivas. No entanto, reforçando os conceitos já abordados na parte inicial deste capítulo, Bobbio (2007, p. 28-29) apresenta argumentos para a superação desse impasse:

Enquanto pura e simplesmente reduzir a sanção jurídica à coação nos impede de inserir as sanções positivas entre as sanções jurídicas, considerar a coação como garantia do cumprimento da sanção nos permite considerar como sanções jurídicas também sanções positivas: segundo essa interpretação da relação entre sanção e coação, são jurídicas as sanções positivas que suscitam para o destinatário do prêmio uma pretensão ao cumprimento, também protegida mediante o recurso à força organizada dos poderes públicos. Tal como uma sanção negativa, uma sanção positiva se resolve na superveniência de uma obrigação secundária – lá, no caso de violação; aqui no caso de supercumprimento de uma obrigação primária. Isso significa que podemos falar de sanção jurídica positiva quando a obrigação secundária, que é a sua prestação, é uma obrigação jurídica, isto é, uma obrigação para cujo cumprimento existe, por parte do interessado, uma pretensão à execução mediante coação.

Demonstra-se assim, a princípio, a possibilidade de criação de sanções positivas na ordem jurídica. Contudo, essa conclusão não consiste propriamente em uma novidade. Isto porque mesmo os doutrinadores do positivismo clássico já haviam atentado para a possibilidade da existência de tais modalidades de sanção. Kelsen (2003, p. 26) afirma que “o prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa por sanção somente a pena, isto é, um mal a aplicar como consequência”.

Ocorre que, na abordagem kelseniana, “a conduta condicionante da sanção é proibida e a conduta oposta é prescrita” (KELSEN, 2003, p. 27), o que revela outra grande dificuldade dos juristas clássicos em aceitar a existência de sanções positivas no Direito: na realidade, o prêmio se trataria da conduta prescrita, sendo que a sanção jurídica se consumaria com a não percepção do prêmio. Tratar-se-ia, portanto, de uma tautologia: a sanção positiva nada mais seria do que uma sanção negativa “às avessas”. Em outras palavras: ao invés de o enunciado normativo ser elaborado sob a forma “Se fazes A, deves B” ele passa a se instituir no plano lógico da seguinte forma: “Deves B, a menos que faça A” ou “Se não fazes A, deves B”.

A refutação dessa interpretação, conquanto se revele simples, deve ser construída por etapas, de modo a permitir a releitura de conceitos já há muito enraizados na cultura jurídica.

Primeiramente deve ser compreendida a fórmula lógica do conceito de sanção. No modelo clássico, o enunciado lógico da sanção negativa é: “Se fazes A, deves B”, ou seja, caso seja praticada determinada conduta deverá sofrer uma punição a ser exercida pelo ente estatal. Já no modelo das sanções positivas a relação lógica é: “Se queres A, fazes B” (BOBBIO, 2007, p. 19), isto é, obterá um direito que será garantido pelo próprio Estado, o qual deverá movimentar seu aparato coativo para garantir a proteção desse direito. Não há que se falar, portanto, que a sanção positiva tão somente equivale a uma sanção negativa “às avessas”. Na lógica clássica, a sanção negativa estabelece a perda ou restrição de direitos, ao passo que na lógica promocional a sanção positiva estabelece requisitos para a obtenção de um direito subjetivo.

A distinção acima formulada é de fundamental importância. Enquanto no modelo positivista clássico todas as espécies de sanção estabelecem uma punição ao particular a ser exercida pelo Estado – recaindo assim na visão tautológica – o modelo promocional pós-positivista estabelece a criação de novos direitos subjetivos ao particular.

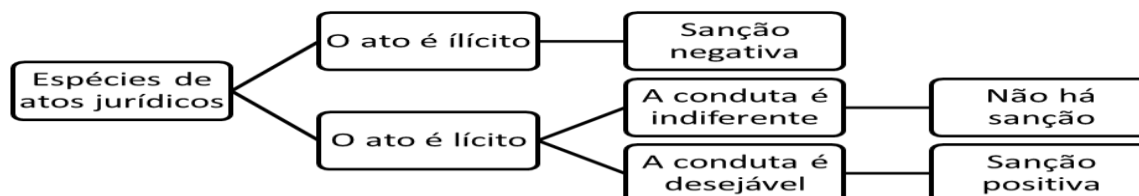
O ponto-chave para a compreensão dessa distinção reside em superar a visão de que o Direito se resume à dicotomia entre condutas lícitas e ilícitas. O ordenamento jurídico promocional cria uma terceira categoria – ou, mais precisamente, uma subcategoria dentro da esfera dos atos lícitos: as condutas **desejáveis**, que são compreendidas como o cumprimento em superconformidade com a norma. O que torna a conduta desejável é o fato de o agente particular abrir

mão de parte da liberdade concedida pelo ordenamento jurídico para atuar de um modo que é do interesse do projeto constitucional elaborado.

Desse modo, dentre as condutas lícitas existem aquelas que podem ser exercidas livremente tão somente em virtude do interesse do particular – e, deste modo, indiferentes para a promoção da ordem jurídica – e aquelas que podem ser exercidas pelo particular, mas dentro de determinados critérios que são de interesse público. Essas últimas são as condutas desejáveis, que devem ser objeto de sanções positivas por parte do Estado. Não premiar as condutas desejáveis consiste em uma violação do ordenamento jurídico, assim como não punir as condutas ilícitas, uma vez que estará havendo tratamentos desiguais de maneira igual, privilegiando o agente particular que adota condutas lícitas que são indiferentes e até mesmo prejudiciais à efetivação de direitos sociais.¹⁶

Para facilitar a compreensão dos conceitos, foi elaborado o fluxograma 1 – Atos jurídicos e sanções:

Fluxograma 1 – Atos jurídicos e sanções



Fonte: Autor do presente trabalho.

¹⁶ Como exemplo, tem-se a situação de uma empresa que se utiliza do seu direito – lícito e legítimo – de esgotar todas as instâncias recursais antes de realizar o pagamento de um crédito trabalhista. Se, por outro lado, essa empresa voluntariamente aceitar abrir mão do direito de recorrer sobre determinadas questões já sedimentadas pela jurisprudência ela estará contribuindo para economizar gastos estatais com o aparato judiciário e, sobretudo, possibilitando que o trabalhador receba o crédito em tempo hábil, minimizando a ocorrência de problemas familiares e de saúde pública. É uma situação que, indubitavelmente, revela-se desejável pela ordem jurídica. Mas enquanto não forem criados instrumentos para incentivar essa conduta desejável, a conduta lícita não desejável será a escolha economicamente viável para a empresa. Outra opção é minimizar a recorribilidade restringindo o direito à recorribilidade – como propõe a PEC dos Recursos de iniciativa do Min. César Peluzo – o que, por sua vez, esbarra no problema ideológico já amplamente debatido neste trabalho. A prática sancionatória de restringir direitos existentes sempre encontrará resistência.

Em segundo lugar, é necessário compreender as formas de intervenção pelas quais as normas sancionatórias podem atuar no ordenamento jurídico. Bobbio (2007, p. 32) esboça uma divisão tripartite, válida tanto para as sanções negativas quanto para as sanções positivas.

Podem ser distinguidos esses três graus: medidas de *construção* ou de *preclusão*, que visam promover o aparecimento do comportamento desejado ou impedir o não desejado; medidas de *facilitação* ou de *obstaculização*, que procuram favorecer a realização de uma conduta desejada ou desfavorecer a prática de uma indesejável; e medidas de *retribuição* ou de *reparação*, que intervêm quando o comportamento já ocorreu e visam atribuir conseqüências agradáveis ao comportamento desejado, desagradáveis ao indesejado ou, então, reparar a ordem perturbada por um ou outro desses atos.

Tal categorização não parece ser de todo satisfatória, por passar a falsa impressão de que as sanções positivas se revelam tão somente um espelho das sanções negativas. Entretanto, as definições utilizadas constituem um bom ponto de partida para a distinção das diferentes espécies de sanções positivas.

O primeiro ponto a ser abordado na crítica à conceituação proposta por Bobbio é que as normas que prevêm obstaculização, preclusão ou reparação sempre estabelecem restrições de direitos, criando conceitos de atos ilícitos. Caso o ato ilícito seja praticado, a sanção sempre consistirá em alguma forma de punição ao agente. Não parece, portanto, adequada a categorização no âmbito das sanções negativas.

Já no tocante às sanções positivas, a categorização se faz necessária. Isso porque a necessidade de promoção de uma determinada conduta lícita pode ser feita em diferentes níveis. O Estado pode promover valores, **permitindo** o exercício de determinada conduta em conformidade com o interesse coletivo, garantindo aos particulares que aceitarem submeter-se a tais regras o direito subjetivo de praticar a conduta. Em um nível mais elevado, pode promover valores, **facilitando** ou **recompensando** o exercício de determinados atos ou condutas.

Nessa classificação proposta, o conceito mais complexo a ser trabalhado reside nas chamadas normas permissivas, nas quais o Estado estabelece requisitos mínimos para regulamentar a prática de determinados atos, visando resguardar o interesse público. Visa tutelar, em especial, situações nas quais a prática de determinados atos requer a autorização ou participação do ente estatal. Exemplos marcantes desta espécie normativa são as condições exigidas para que particulares

tenham acesso a determinados cargos públicos – como a obrigatoriedade de três anos de atividade jurídica para ingresso na carreira da magistratura – ou possam contratar com o poder público por meio de procedimento licitatório.

No tocante às normas positivas, a tautologia alegada pelo positivismo clássico se revela mais sólida. Isto porque, uma vez que a norma cria regulamentações para restringir o rol de legitimados para a prática de determinados atos, estaria criando uma nova distinção de licitude. Logo, se o particular pratica o ato sem atender aos requisitos estabelecidos pela lei estaria praticando ato ilícito e sofreria uma sanção negativa pelo descumprimento. Essa é, com efeito, a posição mais adequada que pode ser formulada dentro de um paradigma positivista.

Entretanto, dentro da matriz de pensamento desenvolvida, parece mais adequado admitir que as normas permissivas estabelecem sanções positivas, por criarem direitos subjetivos para determinados particulares. É, contudo, necessário compreender a mudança de paradigma já exposta, entendendo que as sanções positivas se situam no campo dos atos lícitos.

Isso porque os atos regulamentados pelo Estado, não são ilícitos. Embora a atividade só possa ser desenvolvida mediante determinadas circunstâncias, o fato de o agente não se adequar àquelas condições não torna a sua conduta ilícita. Não possuir três anos de experiência jurídica impede tão somente o ingresso na carreira da magistratura caso o particular seja aprovado no concurso público, o que não significa que o fato de não possuir tal experiência seja ilícito ou sequer seja fato impeditivo para prestar o certame. Entretanto, uma vez impostas as condições pelo ente estatal, apenas o particular que atende aquelas condições passa a possuir um direito subjetivo de exercer aquelas atividades, enquanto mantiver essa situação. Do mesmo modo, enquanto o particular não comprovar possuir os requisitos necessários pela lei não terá o direito subjetivo de praticar o ato.

A compreensão desse conceito possibilitaria encerrar diversas discussões jurídicas sobre temas variados. A título de exemplo, as controvérsias envolvendo as sanções a serem aplicadas ao motorista que dirige sobre a influência de álcool seriam retiradas da esfera punitiva do Direito Penal e colocadas na esfera positiva do Direito Administrativo. Basta o legislador lembrar que a possibilidade de dirigir um veículo automotivo não é um direito do particular, mas sim uma permissão que o Estado fornece ao particular, o qual se compromete a dirigir sob determinadas condições, tais como a submissão a exames médicos, testes de direção e controle

difuso da condução por meio do sistema de pontuação. Deste modo, caso o motorista seja autuado em flagrante dirigindo sob a influência de bebida alcoólica, o simples parecer da autoridade policial ou administrativa poderia suspender imediatamente a permissão de dirigir do particular, mesmo sem ser realizado o exame de sangue ou o teste do bafômetro. Ao contrário. Caberia ao particular buscar tais elementos probatórios para pleitear a reversão da decisão mediante processo administrativo ou judicial, podendo inclusive obter efeito liminar e antecipação de tutela para continuar dirigindo.

Mas, nesse caso, a ele incumbirá o ônus de provar a inveracidade das alegações da autoridade policial, submetendo-se voluntariamente aos instrumentos probatórios ou demonstrar que não lhe foi oferecido o direito de produzir provas. Em outras palavras: o direito de não produzir provas contra si mesmo sem que isso culmine na presunção de culpa do réu é plenamente admissível para fins do Direito Penal, o qual se situa perante a lógica punitiva. Contudo, estando o direito a dirigir condicionado a uma permissão do Estado é plenamente possível que a inércia do acusado acarrete na presunção de veracidade da alegação formulada pela autoridade administrativa.

Em síntese: a norma permissiva não cria novos parâmetros de licitude, mas restringe a abrangência da lei àqueles que comprovem o atendimento a parâmetros tidos como desejáveis pela ordem jurídica. Por estes dois motivos - estar a atividade dentro da esfera dos atos lícitos e a restrição da atividade ser realizada por motivo de interesse público – a sanção estabelecida pela norma permissiva encontra-se dentro do conceito das sanções positivas.

O fato de a norma permissiva vir a ser transgredida, ou seja, a atividade vir a ser praticada por um particular que não tenha o direito subjetivo de praticá-la não retira o caráter positivo da sanção da norma. A atitude praticada tão somente configura afronta a outras normas do ordenamento jurídico, podendo configurar ato ilícito, passível de sanção punitiva. Do mesmo modo que o recebimento indevido de um prêmio, como uma isenção tributária erroneamente concedida a quem não atendia os requisitos para tal, pode implicar, além da supressão imediata da isenção tributária, o dever de pagar ao erário os valores correspondentes aos tributos não pagos.

Pelos mesmos motivos, nada impede que um único texto legal possa trazer em seu bojo normas que estabeleçam, de uma só vez, sanções negativas punitivas,

sanções positivas permissivas e sanções positivas premiais sobre uma mesma situação fática. Não há, portanto, que se confundir o efeito permissivo da conduta regulamentada pela norma jurídica – que estabelece uma sanção positiva, criando condições para se adquirir o direito subjetivo à prática de determinado ato – com a punição do ato ilícito consistente na prática do ato por pessoa que não atenda as condições da norma.

Feita tal conceituação, resta trabalhar o conceito das sanções positivas premiais propriamente ditas, isto é, as que de fato estabelecem incentivos – e não apenas permissão - para a adoção de um comportamento tido como desejável pelo ordenamento jurídico, concedidos pelo próprio Estado por meio de benefícios econômicos diretos ao agente, em geral na forma de subsídios ou isenções tributárias. No que tange às sanções premiais cabe perfeitamente a distinção realizada por Bobbio entre normas facilitadoras e recompensatórias. A distinção reside no fato de que “a recompensa vem depois, enquanto a facilitação precede ou acompanha a ação que se pretende encorajar.” (BOBBIO, 2007, p. 30).

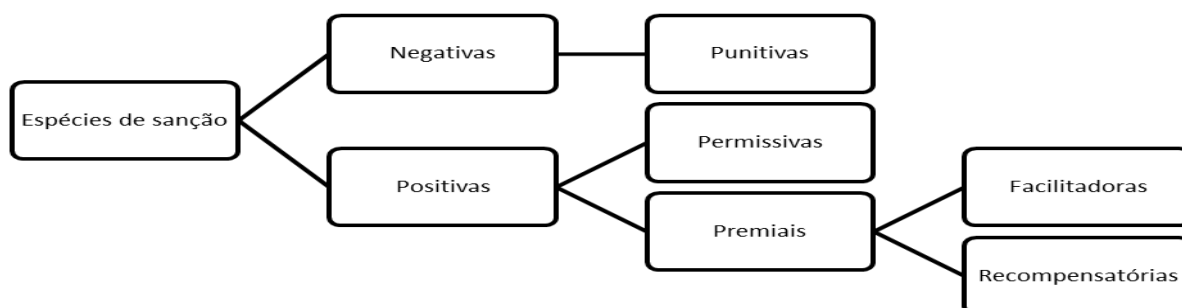
A norma facilitadora tem sua estrutura parecida com a da norma permissiva. Basta que o particular comprove que atende aos requisitos impostos pela lei que lhe garanta uma situação privilegiada, juridicamente motivada em função de interesse público – como uma isenção tributária concedida a uma empresa que gere determinada quantidade de empregos em uma região que necessita de desenvolvimento – para obter o direito subjetivo ao benefício. A partir do momento em que o particular não mais atender aos requisitos cessará o direito à facilitação. O efeito é, portanto, imediato e o proveito econômico é obtido pelo agente independentemente de novos procedimentos burocráticos. Contudo, em caso de violação, os efeitos da facilitação só irão cessar quando a fiscalização apurar o descumprimento ou quando surgir para o particular a obrigação de demonstrar que atendeu aos requisitos previstos pela norma e esse não se desincumbir do ônus probatório.

Já a norma recompensatória, muito embora exija do particular o cumprimento de requisitos semelhantes aos previstos nas normas permissivas, funciona em uma dinâmica diversa. O particular irá efetuar o pagamento de tributos de modo normal e só irá obter o efeito benéfico do prêmio após comprovar que atendeu às exigências legais. O efeito, portanto, não é imediato. O proveito econômico só será usufruído pelo particular após o Estado constatar a regularidade do cumprimento da norma.

Trata-se de um procedimento que necessita maiores gastos com o aparato burocrático e que deve garantir ao particular segurança e certeza na obtenção do prêmio, uma vez que, em tese, a conduta superconforme ao ordenamento jurídico já foi praticada.

Com o intuito de esclarecer e fixar os conceitos ora abordados, de maneira simples, foi elaborado o fluxograma 2 - Espécies de sanção:

Fluxograma 2 – Espécies de sanção



Fonte: Autor do presente trabalho.

3.4 Instrumentos de controle objetivo para a implementação de sanções positivas

Constatada a possibilidade de implementação de um ordenamento jurídico promocional, deve-se, primeiramente retomar as lições expostas no capítulo anterior no sentido de se atentar para a eficácia das normas. Cabe ressaltar que não é o fato de uma norma estabelecer uma sanção positiva que a torna eficiente ou imune à estratégia do inadimplemento consciente. Ao contrário. O estabelecimento de uma sanção premial pode esbarrar tanto em problemas de ineficiência operacional – que a tornaria **letra morta** – quanto no problema da fraude através da criação de uma estratégia de “adimplemento formal” das condições estabelecidas pela norma, na qual o agente simula o cumprimento do comportamento superconforme para obter as vantagens premiais.

O dilema a ser enfrentado, portanto, reside em tornar a norma premial capaz de produzir efeitos imediatos na ordem econômica de um modo que reduza ao

máximo a possibilidade de utilização de recursos protelatórios e entraves burocráticos – que retirariam a imediatez dos efeitos da norma – e a utilização de artifícios fraudulentos – que retirariam a eficácia da norma.

Por este motivo, antes de se cogitar a concessão de prêmios, é necessário adotar certas cautelas para garantir que a lógica promocional não seja desvirtuada. Em outras palavras: a obtenção do prêmio deve estar condicionada à comprovação do cumprimento de condutas tidas como desejáveis pelo ordenamento jurídico. O Estado só deve premiar por meio de critérios simples e objetivos, que possam ser facilmente constatáveis e capazes de minimizar as possibilidades de fraude. Do contrário, a lógica promocional se tornará ineficaz ou, ainda pior, poderá vir a premiar também aqueles que não adotam a conduta tida como desejável.

Portanto, é necessário estabelecer parâmetros simples, confiáveis e adequados que possibilitem a realização de um controle objetivo e eficaz para garantir que a norma atingirá sua função promocional e não se transformará em apenas mais uma exigência burocrática que em nada contribuirá para a alteração da realidade fática.

A impossibilidade de estabelecer tais parâmetros é um problema que tem ocorrido com grande parte dos métodos normalmente cogitados para promover o controle da distribuição dos prêmios. As portarias e as normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho não se revelam adequadas sob os aspectos de simplicidade e confiabilidade. Ao estabelecerem um grande número de regras e exigências minuciosas - que configuram verdadeiras normas gerais e abstratas – e que são frequentemente modificadas, torna-se necessária a constante fiscalização das empresas pelos auditores fiscais do trabalho ou peritos judiciais para avaliarem se as regulamentações estão sendo cumpridas, sendo inviável o controle objetivo por meio desses instrumentos.

Situação um pouco diversa ocorre com os chamados “selos de qualidade” que têm sido utilizados como método para separar as empresas cumpridoras da legislação das demais. Os selos, indubitavelmente, revelam-se adequados em situações nas quais é possível avaliar os produtos produzidos pela empresa, como os testes realizados pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO). A prática de realizar o controle das atividades empresariais por meio de selos de qualidade já foi incentivada até mesmo pela Organização Internacional do Trabalho, que promoveu em 1997 discussão sobre a implementação da “etiqueta

social”. Na oportunidade, o então diretor geral da OIT Michel Hansenne propôs a “etiqueta social” para os países do Terceiro Mundo que observam as normas laborais básicas, com a criação de um mecanismo internacional de supervisão (CARDOSO, 2003).

Contudo, revela-se duvidosa a efetividade desta espécie de controle em atividades continuadas, tais como o cumprimento das legislações trabalhista e ambiental. O problema da utilização dos selos de qualidade como instrumento objetivo para controlar a concessão de sanções premiais nestas circunstâncias reside na confiabilidade e atualização constante dos dados obtidos. Isto porque a aferição do selo está condicionada ao cumprimento de condições pré-estabelecidas pelo órgão regulamentador, mas diferentemente do que ocorre com os produtos – que podem ser testados a qualquer momento - o controle efetivo da qualidade das condições de trabalho só pode ser constatado com a avaliação externa. Tal situação gera o risco de que determinada empresa possa vir a cumprir os quesitos apenas formalmente ou ainda pior: realizar o cumprimento das condições apenas no momento da avaliação, visando maquiagem o ambiente de trabalho com o intuito de obter o selo de qualidade.

Diferentemente desses instrumentos citados, as certidões negativas de débito tributário já vêm sendo utilizadas com êxito, já há algum tempo, pela administração pública, sobretudo na área fiscal, através das disposições previstas no artigo 205 do Código Tributário Nacional, Lei n. 5.172 (BRASIL, 1966), como meio de comprovar a regularidade do pagamento de tributos:

Art. 205 - A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

A prova de regularidade fiscal, materializada em uma certidão negativa de débitos é utilizada pelo Estado para finalidades diversas, como garantir o direito à participação em licitações e à concessão de incentivos fiscais.

É certo que a utilização de cadastros negativos, em âmbito público e privado, também apresenta alguns problemas de ordem prática e não impede a ocorrência de fraudes.

Contudo, a crítica embasada no argumento de que a necessidade de apresentação de certidões diversas consiste tão somente em mais um dos já

excessivos entraves burocráticos existentes no Brasil vai perdendo seu fundamento na medida em que a disponibilização destas certidões passa a ser feita de maneira simples, rápida e imediata pelos órgãos públicos via internet. Desse modo, a empresa ou indivíduo interessado pode saber a qualquer momento sua situação perante os cadastros sem ter que se submeter a filas e atendimentos presenciais nas repartições públicas e regularizar suas pendências tão logo ocorra alguma restrição. Eventuais prejuízos que venham a ser causados devido à impossibilidade de retificação das informações cadastrais com celeridade e urgência necessária à dinâmica empresarial não mais podem ser imputados exclusivamente à administração pública, incumbindo ao particular que zele pela regularidade de sua informação cadastral, agora que possui meios para fazer esse controle de forma simples e praticamente sem custos.

Mas, ao contrário do que ocorre com a fiscalização ativa, a lavratura de autos de infração e a concessão de selos de qualidade, a expedição de certidões está condicionada a critérios objetivos, notadamente a inexistência de processos pendentes ou débitos do interessado junto ao poder público, informações estas que podem ser facilmente constatadas e registradas de maneira imediata por meio da criação e manutenção de dados públicos e sistema informatizado.

Tais bancos de dados, via de regra, são alimentados com dados objetivos e de forma automática, objetiva e sem juízos de valor sobre o mérito da causa que lhes deram origem.

Como exemplo notável, a “lista suja”, criada para tornar mais eficaz o combate ao trabalho escravo, não se revela totalmente adequada para essa finalidade, pois necessita da fiscalização externa para a alimentação dos dados no cadastro e, portanto, estão sujeitos aos demais contratemplos e medidas protelatórias que envolvem o caráter repressivo da fiscalização. Entretanto, os dados constantes do cadastro podem e devem ser conectados com o já criado Banco Nacional dos Devedores Trabalhistas para garantir maior eficácia às restrições. Nos dizeres de Viana (2006, p. 189):

É dentro desse amplo contexto que se inserem as Portarias de n. 504, do Ministério do Trabalho e Emprego, e 1.150, do Ministério da Integração Nacional. A primeira criou o cadastro de pessoas físicas e jurídicas que exploram o trabalho “em condições análogas à de escravo”. A segunda recomenda aos órgãos financeiros que não lhes concedam regalias.

Basta haver a abertura de processo judicial ou administrativo devidamente constituído e registrado nos sistemas conveniados e/ou o lançamento da informação de existência de débito pelos sistemas próprios da administração pública para que os dados sejam imediatamente transmitidos ao cadastro centralizado, do qual serão expedidas as certidões.

Os efeitos da restrição cadastral são imediatos. A presunção jurídica nestes casos fica, portanto, invertida: em caso de pendência nos cadastros, é o jurisdicionado quem deverá demonstrar ao Estado que faz jus à obtenção da certidão negativa. Do contrário, presume-se a veracidade das informações constantes da certidão, autorizando a administração pública, de imediato, a realizar a adequação da situação jurídica do jurisdicionado para inadimplente, o que, por sua vez, poderá repercutir de maneira negativa para o particular. Por fim, há que se atentar que o aspecto jurídico relevante que possibilita a inversão da presunção não é a existência material da certidão expedida, mas sim a fidedignidade, legitimidade e validade jurídica dos dados cadastrados junto ao banco de dados do qual as certidões são extraídas. Essa distinção é de fundamental importância para se compreender que as certidões podem ser utilizadas não apenas para a restrição de direitos, mas também para a concessão de prêmios.

A transferência da presunção tem um efeito fundamental para a aplicação efetiva da lógica premial, ao retirar do poder público o ônus jurídico e, principalmente, o ônus financeiro de investigar exaustivamente toda violação à lei ocorrida no território nacional. Possibilita-se, assim, que os recursos públicos sejam gastos de maneira mais eficiente, sendo que os eventuais prejuízos causados por inconsistências nos bancos de dados poderão – e deverão – ser questionados pelo jurisdicionado, por se tratar de direito subjetivo.

Não há que se falar que essa inversão da presunção consiste em uma sanção punitiva em afronta ao direito da ampla defesa e do contraditório. Isto porque a restrição de direitos do inadimplente se dará apenas no campo das sanções positivas. Em outras palavras, o jurisdicionado não estará sendo privado de seus bens e de sua liberdade pelo Estado – situação na qual se faz necessário o devido processo legal nos termos do art. 5º inciso LIV da Constituição da República (BRASIL, 1988) – mas sim deixando de ter o direito subjetivo de exigir do Estado a obtenção de prêmios ou a permissão para praticar determinados atos jurídicos que dependam da autorização estatal. Esse direito voltará a existir para o particular tão

logo a sua situação cadastral seja regularizada. E caso os dados cadastrais estejam equivocados, o particular tem o direito de exigir a retificação mediante processo administrativo ou judicial, podendo inclusive obter provimento liminar em sede de antecipação dos efeitos da tutela.

É, com efeito, uma situação análoga à que ocorre com as inscrições realizadas nos cadastros negativos de crédito mantidos por empresas privadas, como a Serasa Experian¹⁷. E deve-se ressaltar que a existência desse tipo de serviço tão somente vem reforçar a eficácia da adoção de uma lógica premial por meio de instrumento de controle objetivo no âmbito das relações privadas.

A utilização dos dados constantes nos registros de proteção ao crédito é um serviço que possui mercado e se revela eficaz para impelir o devedor a realizar o pagamento tempestivo de dívidas privadas. Se tal instrumento não apresentasse resultados satisfatórios, já teria sido abandonado pela iniciativa privada. Não é por outro motivo que se tem como desejável a utilização de tais dados também pelo poder público, como mais uma garantia para o pagamento das dívidas constantes de títulos judiciais.¹⁸

Ainda que reste alguma controvérsia quanto à possibilidade de utilização das certidões negativas para promover a restrição de direitos, não há como se tecerem as mesmas críticas à utilização de certidões para a criação de normas premiaias. Conforme já demonstrado, as normas jurídicas podem estabelecer sanções que visem causar consequências negativas para as condutas desviantes e também consequências positivas para as condutas conformes ao ordenamento jurídico. Portanto, é perfeitamente possível que – com base em informações constantes do banco de dados público – sejam criados novos direitos subjetivos para os jurisdicionados cujos dados registrados nos cadastros estejam em conformidade ou em superconformidade com o ordenamento jurídico. A formação de um cadastro positivo já é vista com bons olhos no âmbito da iniciativa privada – provavelmente por possibilitar ganhos de eficiência na atividade produtiva – e desde o ano de 2011

¹⁷ No tocante aos cadastros privados, há que se reconhecer a validade dos registros, contanto que as informações constantes nos dados cadastrais tenham origem e finalidade lícitas. Deste modo, as “listas negras” de informações de trabalhadores compartilhadas pelas empresas para fins de recrutamento são ilícitas por vedação expressa do art. 29, § 4º da CLT, o qual proíbe a aposição de informações desabonadoras sobre o empregado na CTPS, interpretado extensivamente.

¹⁸ Sobre o tema, discorrem Valentini e Chaves (2011).

encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro – Lei n. 12.414 (BRASIL, 2011).¹⁹

Trata-se, novamente, de uma questão de enfoque. Os dados dos cadastros podem possibilitar a criação de sanções positivas de caráter permissivo – estabelecendo, por meio do controle objetivo, novos requisitos para o exercício de determinados direitos – ou de caráter premial, criando novos direitos subjetivos para recompensar aqueles que comprovem, por meio de certidões, a adoção reiterada de boas práticas.

No caso das normas premiais, a certidão pode garantir a continuidade da facilitação – mantendo as isenções tributárias até haver a necessidade de apresentação da certidão ao final do exercício - ou a garantia da recompensa, restituindo ao particular os valores desembolsados no decorrer do exercício, mediante a apresentação da certidão.

Entretanto, qualquer que seja o entendimento adotado, o resultado prático será o mesmo: a conduta tida como juridicamente desejável será premiada imediatamente e a conduta desviante não será prejudicada, a menos que seja corrigida ou questionada mediante processo judicial. Do mesmo modo, caso a conduta juridicamente desejável deixe de existir, o jurisdicionado deixará de fazer jus ao prêmio imediatamente e incumbirá à parte interessada o ônus de demonstrar que voltou a praticar a conduta correta ou que nunca deixou de praticá-la.

3.5 A Função Promocional do Direito e a Intervenção Econômica do Estado

Sendo admitida a função promocional do Direito e a possibilidade de criação de sanções positivas, bem como o fato de que a principal vantagem da lógica premial é de inverter a lógica das demandas judiciais - facilitando assim a promoção e o controle da ordem social - resta verificar quais as formas de sanções positivas que podem promover alterações no equilíbrio econômico.

Primeiramente, há que se compreender a existência da possibilidade jurídica da intervenção do Estado moderno nas relações econômicas, a qual não encontrava previsão no modelo de Estado Liberal. A intervenção do Estado na economia surge com a ascensão do modelo de Estado Social na primeira metade do

¹⁹ Pode-se dizer, dentro do contexto do presente trabalho, que os cadastros negativos se apresentam como instrumentos de controle para possibilitar a criação de normas permissivas (no caso dos cadastros privados, direito à obtenção de crédito) enquanto os cadastros positivos se revelam como instrumentos adequados para a criação de normas premiais (no caso dos cadastros privados, uma redução das taxas de juros praticadas pelo mercado.)

século XX. É precisamente essa transição que fez surgir o problema expresso pela afirmação de Bonavides (2007, p. 372-373), em consonância com os pensamentos de Tomandl e Franz Horner, de que "um dos graves problemas do Direito Constitucional decorre de que ele realiza os fins do Estado social de hoje com as técnicas do Estado de Direito de ontem".

Como já demonstrado, a superação do modelo do Estado Liberal cria uma demanda pela atuação do Estado como agente indutor de consolidação de direitos e transformações sociais. Como ressaltam Belchior e Portela²⁰, "tanto a conjuntura quanto a estrutura econômica passam a cobrar medidas corretivas por parte do Estado", para que seu propósito não seja unicamente a "obtenção de receita para a respectiva despesa pública, mas também um agente que provoque modificações deliberadas nas estruturas sociais" (BELCHIOR; PORTELA).²¹ Neste aspecto, revela-se necessária a consolidação da mudança ideológica da Constituição ao patamar de juridicidade, como salienta Souza (1980, p. 133-136):

Os princípios ideológicos nela (Constituição) registrados, portanto, são a própria autorização para que a legislação decorrente verse sobre o assunto e a orientação do modo pelo qual o faça. [...] Surgem aqueles que consideram programática as normas portadoras de preceitos *incômodos*, porém que definem de algum modo anseios que, apesar de irrealizáveis para determinado sistema, acabaram levados para o texto constitucional em virtude da formação heterogênea dos parlamentos ou do *modismo* predominante na circunstância da elaboração do texto. [...] A presença do princípio ideológico na Constituição, entretanto, é conteúdo do dispositivo legal, tão legítimo como qualquer outro, e sua *juridicidade* parece-nos garantida pela própria força jurídica incontestável, que possui a Constituição.

É a chamada Constituição Econômica, portanto, que irá estabelecer os princípios pelos quais o Estado pode realizar sua intervenção na ordem econômica (SOUZA, 1980). Essa intervenção pode ser realizada pela atuação direta do Estado na atividade econômica em concorrência com particulares – por meio da criação de empresas públicas e sociedades de economia mista – ou pela atuação indireta, agindo o Estado como regulador da atividade econômica. Neste aspecto, destaca-se que o texto constitucional, em seu art. 174 (BRASIL, 1988), prevê que o Estado pode intervir como agente normativo e regulador da atividade econômica exercendo funções de fiscalização e de incentivo. Percebe-se assim que a Constituição brasileira, em seus princípios de ordem econômica, adotou o entendimento de uma

²⁰ <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/germana_parente_neiva_belchior2.pdf>.

²¹ <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/germana_parente_neiva_belchior2.pdf>.

visão promocional do Direito, permitindo ao Estado promover intervenções indiretas na economia por meio de controle de cunho repressivo, por meio da fiscalização, e premial, por meio da concessão de incentivos.

São, portanto, diversos os modos pelos quais o Estado pode intervir nas relações econômicas. Contudo, é no campo da atuação indireta do Estado que surgem as possibilidades mais promissoras para a implementação de sanções positivas nos termos formulados no presente trabalho. Isto porque a regulamentação macroeconômica de caráter indireto, por meio de sanções positivas, permite com que o Estado promova intervenções efetivas sem ter que aumentar o seu aparato financeiro e burocrático, transferindo para a iniciativa privada o ônus de se adequar à regulamentação traçada.

Ocorre que o excesso de regulamentação, por si só, também consiste em um problema que aumenta os entraves burocráticos e dificulta o procedimento fiscalizatório. O simples estabelecimento de condições para obter a permissão de realizar determinadas atividades não basta para coibir as estratégias pautadas na adequação formal aos requisitos estabelecidos pela norma, apostando na ineficiência da fiscalização.

Por esse motivo, é desejável, para causar efetivo impacto econômico e impelir os agentes ao cumprimento das regras estabelecidas que a intervenção do Estado seja feita em caráter premial – estabelecendo facilidades e recompensas – e pautada por instrumentos de controle objetivo. Neste aspecto, revela-se como instrumento de excelência para a intervenção indireta de caráter premial a concessão de isenção total ou parcial de tributos para agentes que cumpram com os objetivos desejados pelo estado.

A intervenção na economia por meio de uma política tributária com fins não fiscais surge como “uma consequência lógica da transformação da concepção econômica liberalista em intervencionista, com um sentido econômico-social (BELCHIOR).²² O direito tributário, especificamente em suas manifestações extrafiscais, admite o desestímulo de condutas, que, em princípio, são apenas socialmente indesejáveis ou ineficientes.” (Aguiar, 2010, f. 102).

A extrafiscalidade pode ser definida como a “utilização do tributo como meio de fomento ou de desestímulo a atividades reputadas convenientes ou

²² < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/germana_parente_neiva_belchior2.pdf >.

inconvenientes à comunidade” (MEIRELLES, 1993, p 158). Ou, na definição de Baleeiro (2011, p. 576-577):

Costuma-se denominar de extrafiscal aquele tributo que não almeja, prioritariamente, prover o Estado dos meios financeiros adequados a seu custeio, mas antes visa a ordenar a propriedade de acordo com a sua função social ou a intervir em dados conjunturais (injetando ou absorvendo a moeda em circulação) ou estruturais da economia. Para isso, o ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido ao legislador tributário a faculdade de estimular ou desestimular comportamentos, de acordo com os interesses prevalentes da coletividade, por meio de uma tributação progressiva ou regressiva, ou da concessão de benefícios e incentivos fiscais.

No caso das intervenções positivas, o benefício será concedido à custa do Estado, que irá abrir mão de parte de sua arrecadação para promover a conduta desejável²³. Do mesmo modo, nada impede que a conduta a ser promovida seja ineficiente sob o aspecto econômico, mas desejável sob o aspecto jurídico. A admissão da extrafiscalidade tributária na ciência jurídica encontra fundamentação similar à limitação do âmbito de aplicação da Análise Econômica do Direito: o reconhecimento do fato de que nem sempre a sociedade opta por escolher a alocação mais eficiente de recursos, podendo abrir mão dessa opção jurídica por priorizar soluções mais concernentes à justiça, à equidade ou a algum outro valor juridicamente protegido (ZOLT, 1996, p. 62).

Como conclusão, tem-se a síntese de Aguiar (2010, f. 102):

A proteção de outros valores constitucionais, ainda que à custa de ineficiências, compõe a própria essência do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, apesar de ser economicamente desaconselhável, é juridicamente defensável o estímulo, por meio de tributos negativos, ao aumento da produção de bens em mercados concentrados, desde que a proteção àquele mercado encontre fundamento em algum outro valor constitucional. Os valores sociais do trabalho podem justificar o estímulo a determinada indústria altamente empregadora, em detrimento de outras que utilizem pouca mão de obra.

A indução de comportamentos e de medidas de estímulo à economia por meio da adequação tributária e tributação extrafiscal vem sendo utilizada pelos governos Lula e Dilma Rousseff como instrumento de ajuste do cenário

²³ Não há, contudo, inconstitucionalidade ou irregularidade orçamentária a ser declarada. Primeiramente, porque a finalidade da arrecadação de tributos pelo ente estatal é promover as condutas tidas como desejáveis pelo ordenamento jurídico. Deste modo, é indiferente que o Estado consiga promover a conduta deixando de arrecadar tributos ou gastando os recursos acumulados com o pagamento dos tributos. Em verdade, a não arrecadação de tributos pode vir a ter inclusive maior eficiência, possibilitando a redução da informalidade e resultando em maiores ganhos de arrecadação para o erário.

macroeconômico em face da crise mundial, visando resguardar direitos sociais e, paralelamente, garantir competitividade a determinadas empresas. Ainda que existam críticas - no sentido de que as intervenções realizadas vêm sendo conduzidas por motivos políticos e econômicos e não para promoção dos valores tidos como desejáveis pela ordem constitucional - é inegável que a possibilidade jurídica da tributação extrafiscal e a existência de uma elevada carga tributária no Brasil concedem aos governantes uma ampla margem de manobra para promover estímulos à economia. Entretanto, deve-se buscar a utilização desses estímulos não apenas para combater crises econômicas, mas para efetivar o projeto constitucional brasileiro.

No caso da utilização de normas tributárias indutoras - tais como a concessão de incentivos fiscais ou redução das alíquotas existentes para determinados particulares - há que se fazer a adequação da norma aos preceitos debatidos no decorrer deste capítulo e aos princípios do Direito Tributário, insculpidos no ordenamento jurídico brasileiro no art. 145 e seguintes do texto constitucional (BRASIL, 1988). Em particular, deve-se atentar para o fato de que a norma tributária indutora não pode ser impeditiva da atividade – declarando-a ilícita pela via transversa. Em outras palavras, segundo Schoueri (2005, p. 324) se a atividade é ilícita “não há como admitir possa o legislador valer-se de subterfúgios para declará-la” e se a atividade é lícita, “não há como o legislador tributário impedir seu exercício” (SCHOUERI, 2005, p. 324).

O legislador, sopesando princípios constitucionais, poderá buscar restringir o exercício de certas atividades, quando interesses de ordem pública indicarem a inconveniência de seu emprego descontrolado. Ter-se-á, em tal caso, a possibilidade de uso de normas tributárias indutoras, que poderão, inclusive, ser "excessivas", mas não "proibitivas", sob pena de se ferir o princípio da livre iniciativa e, com ele, a garantia da propriedade, configurando-se o efeito de confisco (SCHOUERI, 2005, p. 324).

É preciso, primeiramente, decidir se a conduta será enquadrada como ato lícito ou não, para depois partir para a criação dos requisitos de superconformidade da norma. Após concluir-se pela legalidade da conduta, deve-se definir a configuração do comportamento tido como desejável, a qual deverá ser pautada em requisitos objetivos e isonômicos, permitindo assim que todos os interessados tenham condições reais de usufruir dos direitos concedidos pela norma.

Por fim, nada impede que a mesma norma estabeleça, ao mesmo tempo, sanções positivas e negativas. Como exemplo, a norma tributária pode prever

alíquotas diferenciadas ou isenção de tributos para particulares que comprovem a prática do comportamento desejável e, ainda, a majoração de alíquotas ou multa para aqueles que não comprovem que exerceram a conduta atendendo aos requisitos mínimos previstos pela legislação.

4 O MODELO JURÍDICO PROMOCIONAL

Seja punindo ou premiando, a função da sanção no ordenamento jurídico, no sentido de promover determinadas condutas através de coerção (ameaça) mantém-se inalterada, isso porque existe para o particular o temor tanto de sofrer a punição quanto de perder o direito ao prêmio. Entretanto, ao se admitir a função promocional do Direito, torna-se possível a releitura do conceito clássico de sanção jurídica, no qual está imbuído o pensamento de que sempre incumbe ao Estado o dever de exercer a coação contra o particular que pratica a conduta desviante, para abranger também o conceito de sanção positiva, pelo qual é incumbência do particular demonstrar que faz jus a um direito subjetivo por agir em conformidade com a norma, podendo exercer sua pretensão contra o Estado em caso de violação daquele direito.

Espera-se, ainda, que essa transformação na lógica de pensamento do legislador possa contribuir para solucionar o problema crônico da demora da entrega da prestação jurisdicional. A inversão de um controle repressivo para o controle promocional, transferindo ao particular o ônus da demora judicial permitirá a desjudicialização do conflito como estratégia econômica e possibilitará que o Estado cumpra com sua obrigação de prestar serviço público judiciário eficiente e de qualidade, escapando assim do dever de reparar os danos causados pela demora na entrega da prestação jurisdicional – é o que discorre Lima (2012, p. 338) sobre esse tema.

A função promocional do Direito se manifesta no plano concreto a partir da atuação do Estado na economia, de maneira direta ou indireta, em conformidade com os princípios estabelecidos na Constituição Econômica. A intervenção indireta – por meio da criação de normas tributárias indutoras – revela-se uma forma adequada para o surgimento de sanções positivas premiais, por criar a possibilidade de implementação das condutas superconformes ao ordenamento jurídico, em contraposição com a clássica distinção binária entre conduta lícita e ilícita.

As sanções positivas podem ser de caráter permissivo, por meio de normas que estabelecem condições para que o particular possua acesso a determinado direito ou prática de certos atos, ou de caráter premial, cujas normas estabelecem um tratamento jurídico legitimamente diferenciado para o particular que voluntariamente se adéque a condutas tidas como desejáveis pelo Estado, que

podem consistir na recompensa pela prática do ato desejável ou pela facilitação do exercício da conduta.

Para garantir a eficácia das sanções positivas, a existência do direito à prática do ato jurídico ou ao prêmio deve ser constatada a partir de um instrumento de controle objetivo, permitindo, assim, a imediatez do efeito econômico desejado – concedendo ou retirando o prêmio de maneira rápida e simplificada - e transferindo para o particular o ônus de demonstrar que pode praticar a atividade ou que faz jus ao recebimento do prêmio em caso de conflito.

5 DA ESTRUTURA À FUNÇÃO

5.1 Modelo para a Operacionalização das Sanções Positivas no Direito do Trabalho Brasileiro

Neste momento, faz-se necessária uma breve recapitulação dos pontos centrais das exposições desenvolvidas nas etapas anteriores deste trabalho. Como síntese, podem destacar-se as presentes conclusões:

- a) existe no Brasil um macro cenário - de cunho social, econômico e jurídico - que contribui para a criação de um ambiente propício para a proliferação do inadimplemento consciente da legislação trabalhista;
- b) a opção jurídica e política em tentar garantir maior efetividade das normas de proteção ao trabalho por meio da ampliação dos meios coercitivos e utilização da lógica repressiva contra as condutas desviantes não tem conseguido o êxito esperado na tarefa de promover alterações significativas no cenário existente;
- c) o estabelecimento de uma intervenção estatal nas esferas jurídica e econômica baseada na lógica premial - que tem como objetivo criar instrumentos para incentivar o cumprimento voluntário da legislação e transferir o ônus da fiscalização para os agentes interessados na obtenção dos prêmios – capaz de caminhar conjuntamente com a lógica repressiva já instituída se revela, sob o ponto de vista teórico e das necessidades dos agentes envolvidos (trabalhadores, empresas e Estado), uma alternativa viável de ser implementada e capaz de alterar o equilíbrio econômico imperfeito que se configurou no cenário existente;
- d) a função do Direito na atualidade, diferentemente do que ocorria na tradição positivista dos séculos anteriores, não mais se limita em estabelecer regras de conduta social e garantir a punição dos comportamentos desviantes com medidas coercitivas, mas também possui um caráter promocional, que visa garantir meios de promover transformações sociais para que seja possível alcançar a efetividade dos direitos fundamentais previstos no projeto constitucional brasileiro;
- e) uma das formas pelas quais o Direito pode promover essas transformações é a criação de sanções positivas. Estas se distinguem das sanções negativas por, ao invés de estabelecerem punições para a

prática de atos ilícitos, estabelecem a concessão de direitos subjetivos para os jurisdicionados que pratiquem atos lícitos tidos como desejáveis pelo ordenamento jurídico. As sanções positivas podem ser permissivas, as quais garantem ao particular que se adeque às regras o direito de exercer atividade cujo controle e regulamentação são estabelecidos pelo Estado, ou premiais, garantindo ao particular a facilitação ou recompensa pelo exercício de determinada conduta desejável em caráter superconforme (superior ao patamar mínimo exigido pela lei);

- f) as sanções positivas, para possuírem a desejada eficácia operacional e evitar fraudes, devem ser implementadas em conjunto com um instrumento de controle objetivo que possa garantir de maneira rápida e eficaz a percepção ou supressão das vantagens econômicas garantidas pela norma. No sistema premial, o direito ao prêmio deve ser facilmente constatável de modo a garantir a obtenção da vantagem pelo período em que ficar comprovado o cumprimento das condutas desejáveis e suprimir a vantagem imediatamente caso seja comprovado o descumprimento destas condutas;
- g) no modelo do Estado Social, e, posteriormente, do Estado Democrático de Direito, diferentemente do que ocorre no Estado Liberal, é juridicamente possível a intervenção do Estado na economia por meio da consolidação de uma Constituição Econômica. Esta, por sua vez, determina as diretrizes para que o Estado possa intervir, de maneira direta ou indireta, criando sanções negativas (proibindo o exercício de determinadas atividades e ou condutas) e sanções positivas. No campo da intervenção indireta por meio de sanções positivas, o estabelecimento de tributos ou isenções com caráter extrafiscal se revela uma forma eficiente de controle direto e imediato na ordem econômica, constituindo um mecanismo que favorece a criação de normas premiais no âmbito das relações de trabalho.

Embora a bibliografia existente ainda se revele bastante escassa no que se refere ao estudo da aplicação de sanções positivas no âmbito do Direito do Trabalho brasileiro, é evidente que a temática encontra ampla área de aplicação e

compatibilidade com esse ramo do Direito, como salienta Álvares da Silva (2002b, p. 2):

Hoje, na moderna Ciência do Direito, a sanção vai cedendo paulatinamente lugar ao prêmio ou vantagem, para levar o cidadão ao cumprimento das leis. É muito mais pedagógico oferecer ao empregador uma compensação, por não dispensar empregados, do que puni-lo pela dispensa. Se a lei lhe oferece redução das contribuições compulsórias que pesam sobre o contrato de trabalho ou empréstimo para garantia do capital de giro, sempre que contrata um empregado ou evita-lhe a dispensa, ela age muito mais racionalmente do que punindo patrimonialmente o empregador, ou determinando a reintegração do empregado dispensado. O exemplo é válido para todas as relações jurídicas da vida social. O indivíduo compensado por uma vantagem concreta está sempre mais motivado a cumprir a lei do que aquele que a obedece apenas por medo da sanção. Esta mudança de significado na sanção é fundamental para a construção das bases do novo ordenamento jurídico, que se pretende criar no país. O legislador deve saber que o incentivo é melhor do que a sanção e premiar é sempre mais fácil do que punir. A construção de um "Direito Premial" em áreas diretamente relacionadas com o cidadão, tais como o Direito do Trabalho e o Tributário deveria ser uma prioridade do legislador brasileiro.

No mesmo sentido, Oliveira (1996, p. 34):

Desponta com bastante interesse na doutrina moderna um outro aspecto da sanção: em vez de só punir, de castigar o violador da norma, incentivar o cumprimento desta por meio das sanções denominadas premiais [...] As medidas econômicas de incentivos fiscais, de direcionamento das atividades produtivas, de incremento das exportações, dentre outras, têm sido implementadas com a recompensa das sanções premiais. Com esse posicionamento, a sanção está deixando de ser apenas o mal, ou castigo pelo descumprimento do preceito, passando a ser uma consequência jurídica que tanto pode ser positiva, concedendo uma recompensa, quanto pode ser repressiva, cominando uma pena.

Tais posições doutrinárias se revelam em conformidade com as ideias apresentadas no decorrer do presente trabalho. Sendo admitida a possibilidade teórica de construção de uma lógica promocional no âmbito das relações de trabalho, resta constatar a existência de um instrumento de controle objetivo para a aplicação de sanções positivas e os requisitos jurídicos concernentes à ordem econômica brasileira que devem nortear as espécies de sanções positivas a serem criadas.

No tocante à criação de instrumento de controle objetivo, esse problema parece já haver sido solucionado pelo advento da Lei n. 12.440 (BRASIL, 2011), que criou o Banco Nacional dos Devedores Trabalhistas (BNDT) e instituiu, entre outras normas, a necessidade de apresentação da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) como requisito para a participação em licitações. Sob este aspecto, afirma Álvares da Silva (2012, p. 82).

A lei não chega a ser propriamente de natureza premial. É apenas uma condição jurídica exigida para a participação de licitações e concorrência [...] Mas é um bom começo, pois termina numa concessão premial à empresa que não tem débito trabalhista: participar de concorrência, o que a leva a privilegiar a conduta positiva em vez de sonegar o débito trabalhista.

No conceito elaborado no presente trabalho, o estabelecimento da condição de apresentação da CNDT para a participação em licitações configura uma sanção positiva permissiva. Isto porque cabe ao Estado estabelecer requisitos para que o particular possa contratar com a administração pública, sem os quais este não terá o direito subjetivo de concorrer à licitação. Uma vez que a exigência da apresentação da CNDT tem por objetivo garantir a efetivação de direitos sociais e é perfeitamente possível que qualquer interessado obtenha a certidão – basta pagar ou garantir o débito – não há que se falar em inconstitucionalidade da norma, pelos motivos já exaustivamente debatidos no capítulo anterior.

Com efeito, a Lei n. 12.440 (BRASIL, 2011) não estabeleceu sanções positivas de caráter premial. Mas criou algo ainda mais importante: um instrumento integrado de controle objetivo de informações de devedores trabalhistas, consubstancializado no BNDT. Embora a lei não tenha previsto novas espécies de sanção, é perfeitamente possível e desejável que se aperfeiçoe ainda mais o sistema cadastral do BNDT para que este possa se transformar em um instrumento de controle objetivo para outras matérias além das previstas pela lei, tema do qual trata Valentini (2012). Iniciativas nesse sentido já vêm sendo formuladas, destacando-se a Recomendação nº 3/2012 do Conselho Nacional de Justiça, a qual dispõe no sentido de que todos os tabeliães de notas devem cientificar as partes envolvidas em transações imobiliárias e partilhas de bens imóveis sobre a existência e possibilidade de apresentação da CNDT para conceder mais garantias aos procedimentos e facilitar a identificação de fraudes.

A existência do BNDT como instrumento de controle objetivo, mantido e constantemente atualizado com dados da própria Justiça do Trabalho, permitirá a coleta de informações que poderão criar certidões aptas para possibilitar a implementação de uma lógica premial nas relações de trabalho, na qual o devedor trabalhista não apenas temerá a possibilidade de coação estatal, mas também deverá zelar pela regularidade no cumprimento de suas obrigações trabalhistas para

garantir direitos subjetivos que não lhe serão concedidos caso possua restrições nos bancos cadastrais.

A criação e instalação do BNDT demonstrou ser possível e viável a consolidação de um sistema de dados confiável, de âmbito nacional e sincronizado em tempo real com os demais sistemas existentes em âmbito regional. Deste modo, conclui-se que existem as condições materiais para promover um controle objetivo, apto a possibilitar a criação de sanções positivas. Se o banco de dados pode conter informações de devedores trabalhistas mediante simples lançamento eletrônico, nada impede que este mesmo sistema passe a obter novas espécies de dados – como o quantitativo de processos contra um mesmo devedor ou o montante devido – e, assim, possibilitar a criação de novas espécies de sanções positivas.

A utilização das informações constantes do sistema cadastral que formou o BNDT como instrumento de controle objetivo institui um novo elemento na disputa capital-trabalho, reduzindo o papel do Estado no tocante à fiscalização das relações de trabalho e deixando a solução de conflitos nas mãos dos próprios agentes envolvidos na disputa - os próprios trabalhadores e sindicatos que teriam o poder de exigir uma rápida e justa quitação do débito trabalhista, evitando a procrastinação das execuções e possibilitando maior efetivação dos direitos sociais.

Chega-se assim ao ponto mais importante do presente trabalho: determinar quais são os aspectos jurídicos norteadores da aplicação destas sanções que possibilitem garantir a efetividade dos direitos trabalhistas e, simultaneamente, o resgate ético nas relações de trabalho que vem sendo mitigado pela estratégia do inadimplemento e pelo caráter poiético da administração pública.

Com efeito, são diversos os exemplos de sanções positivas que poderiam ser implementadas com êxito em diversos aspectos das relações de trabalho. A título de exemplo, podem ser citadas as seguintes medidas:

- a) a garantia de preferência e condições facilitadas para concessão de empréstimos públicos e participação em licitações para o empregador que não é réu em reclamações trabalhistas em fase de execução, segundo Álvares da Silva (2009, p. 20);
- b) isenções tributárias para o empregador que cumpre à risca as normas de segurança e meio ambiente do trabalho, segundo Álvares da Silva (2009, p. 20).

Pode-se condicionar o exercício de certos direitos à comprovação de inexistência de recursos pendentes de apreciação no Tribunal Superior do Trabalho ou de ausência de condenações referentes ao uso de práticas discriminatórias no ambiente de trabalho nos últimos cinco anos. A própria progressividade da alíquota do Fator Acidentário de Prevenção (FAP), criada pela Resolução n. 1.308/2009, do Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS, 2009), conforme a Lei n. 10.666 (BRASIL, 2006) e Decreto n. 3.048 (BRASIL, 1999), determinando alíquotas reduzidas para as empresas que não deram causa a acidentes de trabalho, apresenta-se como uma sanção premial corretamente construída sob o manto da extrafiscalidade tributária.

No entanto, em sendo a proposta deste trabalho de caráter teórico, os exemplos expostos acima não serão minuciosamente detalhados e explicados, mas sim tomados como ponto de partida para extrair os fundamentos lógico-jurídicos norteadores da função promocional do Direito. Em outras palavras, não serão exploradas as particularidades de cada medida permissiva ou premial, mas sim a generalidade, o ponto central em que todas elas se baseiam e extraem seu fundamento de validade.

E, sob este aspecto, tem-se que esse denominador comum que norteia todas as propostas de criação de sanções positivas deve ser buscado por meio da análise das normas constitucionais referentes à ordem econômica. Isso porque a implementação de sanções premiais no âmbito trabalhista aqui apresentada – para ser eficaz na alteração do cenário existente nos termos propostos – deve demonstrar, perante a ordem constitucional brasileira – em especial, à Constituição Econômica, os fundamentos necessários para que possam ser estabelecidas soluções jurídicas possíveis viáveis que garantam a proteção dos trabalhadores, mas que também sejam possíveis e viáveis para os interesses éticos de empresas e do próprio Estado. Como afirma Álvares da Silva (2011, p. 48) “não se pode, por lei ou coação, obrigar as empresas a agir numa determinada direção que contrarie a realidade. Também não se pode relegar tudo à visão cega do mercado”. A intervenção estatal, portanto, deve ser guiada com bases nos princípios jurídicos estabelecidos pela ordem econômica.

A ordem econômica brasileira é regulamentada pelo art. 170 e seguintes do texto constitucional (BRASIL, 1988), consistente em sua chamada Constituição Econômica. Deste modo, as intervenções do Estado brasileiro na ordem econômica

para estabelecer sanções positivas devem observar, primeiramente, os preceitos jurídicos estabelecidos na Constituição Econômica e, posteriormente, os valores que desejam promover. Dentro desse contexto, destacam-se dois valores fundamentais que devem nortear a criação de sanções positivas: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Nesse sentido, afirma Luís Eduardo Schoueri (2005, p. 106):

Em sua atuação positiva, o Estado brasileiro reveste-se de sua condição de Estado Democrático Social de Direito, implementando princípios delineados em sua constituição Econômica. O vetor da atuação estatal positiva do Estado se localiza no dever de construir uma sociedade na qual seja valorizada a pessoa humana, com existência digna, num ambiente de justiça social. A existência digna deve ser encontrada a partir da conjugação de dois elementos: valorização do trabalho humano e livre-iniciativa. Os princípios arrolados no artigo 170 informam o entendimento de todos os tópicos pertinentes à Constituição Econômica, sendo, daí, extensivos às normas tributárias indutoras.

A livre iniciativa é um valor constitucional a ser preservado, possuindo a mesma hierarquia do valor social do trabalho humano. São faces opostas da mesma moeda e o motor que impele as relações sociais. Do mesmo modo que não se podem suprimir direitos sociais em nome do resguardo da livre iniciativa, tampouco se deve suprimir a livre iniciativa em nome do resguardo de direitos sociais.

Como salienta Álvares da Silva (2011, p. 107) "em vez de se pensar em limitações, deve-se permitir a expansão da livre iniciativa, como vontade constitucional" sendo ao empregado garantida "a tutela do Direito do Trabalho neste contexto, pois é exatamente para isso que ele existe." (ALVARES DA SILVA, 2011, p. 107).

Contudo, a livre iniciativa, como todas as demais espécies de liberdade juridicamente tuteladas deve adequar-se aos demais preceitos constitucionais. Neste sentido, Affonso Insuela Pereira (1974, p. 162-163) leciona:

A livre iniciativa, entretanto, no mundo atual, não mais pode ser admitida nos mesmos termos em que a admitia o Estado liberal do século XVIII. Enquanto neste ela se constituía em um direito relativo que, embora constitucionalmente assegurado, visando a elevação da pessoa humana, deve ficar contido dentro de limites que visam, acima de tudo, os interesses coletivos.[...] A ordem econômica privada e a ordem econômica pública devem, por imperativo da lei, ao contrário de se repelir, se completar. E a função da norma jurídica é, acima de tudo, adequá-las, tendo em vista os fins sociais.

Sendo a livre iniciativa um direito de origem liberal por excelência, a ótica clássica, presente no modelo de Estado Liberal, se revela satisfatória para o

resguardo desse direito. Dito de outro modo, a tutela da liberdade de iniciativa deve ser feita sob a ótica da regulamentação negativa, estabelecendo a distinção entre atos lícitos e ilícitos e punindo com rigor as condutas que afetam e restringem essa liberdade, como a formação de cartéis e demais condutas anticoncorrenciais. Entretanto, é certo que, dentro da esfera dos atos lícitos, o particular possui plena liberdade para exercer suas atividades. Não há, portanto, necessidade de se estabelecerem sanções positivas que visem promover a livre iniciativa. A própria liberalidade do agente é que lhe permite determinar se será de seu interesse adequar-se às condutas tidas como desejáveis pela coletividade.

Portanto, para que determinado comportamento tido como desejável pelo ordenamento jurídico-trabalhista possa vir a ser promovido pela intervenção estatal na economia, deve-se constatar se a referida conduta tem como fundamento de validade a valorização do trabalho humano e os demais princípios expostos no *caput* do art. 170 da Constituição (BRASIL, 1988), notadamente a busca do pleno emprego.

Com efeito, a busca pelo pleno emprego consiste no ponto central da proteção constitucional ao trabalho, motivo pelo qual se faz necessária uma ressalva especial em relação a esse aspecto. Apesar das já citadas correntes que indicam a probabilidade de declínio e até mesmo o risco de desaparecimento da figura do emprego formal devido aos novos rumos da economia (ANTUNES, 2003), encontra-se expresso na ordem constitucional brasileira que o Estado deve adotar medidas no sentido de promover o pleno emprego. E, como demonstrado no decorrer do presente trabalho, a intervenção do Estado na economia por meio da criação de sanções positivas visa garantir a efetividade de direitos, ainda que estes sejam antieconômicos por natureza.

Portanto, mesmo que a tendência econômica caminhe no sentido da extinção das relações de emprego, o Estado pode intervir de modo a estabelecer medidas capazes de incentivar a manutenção de empregos e até mesmo a criação de novos postos de trabalho. Seria, em tese, possível a adoção de prêmios, tais como concessão de incentivos fiscais e facilidade para obtenção de empréstimo junto a órgãos públicos, para as empresas que optem por criar novos postos de trabalho, abdicar de terceirizar seus serviços ou se abster de promover a dispensa de empregados e a rotatividade da mão-de obra.

Nesse modelo de busca do pleno emprego a partir da lógica promocional seria possível uma proteção ao emprego ainda mais efetiva do que as previstas pelas normas internacionais – notadamente a Convenção n.158 da OIT – e pelo art. 7º, I da Constituição (BRASIL, 1988) ao resgatar o princípio básico da já exposta teoria econômica de Coase, tornando a manutenção da relação de emprego mais vantajosa para a empresa do que a dispensa imotivada e as “más terceirizações”, que não objetivam ganhos de eficiência produtiva, mas tão somente sonegação de direitos trabalhistas.

A “primeirização”, ou seja, a incorporação de empregados terceirizados e o reconhecimento de vínculos seriam vantajosos para a empresa, que passaria a fazer jus ao recebimento das vantagens estabelecidas pela sanção positiva.

Do mesmo modo, a dispensa imotivada passaria a ser duplamente onerosa para a empresa, pela necessidade de pagamento das verbas rescisórias ao trabalhador e pela perda dos prêmios. Isso levaria ao incentivo da utilização de meios alternativos para a manutenção do emprego e solução amigável das controvérsias trabalhistas por meio das comissões de conciliação prévia e da negociação coletiva, que poderiam estabelecer programas – justos – de demissão voluntária e instrumentos para possibilitar a manutenção dos empregos em épocas de crise.

Contudo, o mais beneficiado seria o próprio Estado. Isso porque, ainda que este tenha que arcar com o ônus financeiro da concessão dos prêmios, os ganhos proporcionados pela instauração de uma dinâmica econômica baseada no pleno emprego podem superar, em muito, o prejuízo imediato da perda de arrecadação.

A título de exemplo, conforme o Departamento Intersindical de Estudos Sócio-Econômicos - DIEESE (2011, p. 4), em 2009, foram gastos R\$ 19,5 bilhões com o pagamento do benefício do seguro desemprego e R\$ 7,5 bilhões com abono salarial, além de desembolsados mais de R\$ 603,5 milhões para as demais políticas públicas de emprego, trabalho e renda (por exemplo, ações de intermediação de mão de obra e qualificação social e profissional e concessão de crédito por meio do Programa de Geração de Emprego e Renda - Proger). As despesas da ordem de R\$ 27,7 bilhões contra uma receita líquida de R\$ 25,4 bilhões geraram o primeiro déficit operacional na história do fundo, de R\$ 2,3 bilhões. Das despesas totais verificadas no FAT, no período em questão, o Seguro Desemprego respondeu por 70,6%.

Isso significa que, uma vez mais, o Estado brasileiro está se pautando pela lógica da remediação ao invés da lógica da prevenção. Uma economia de apenas 10% com o montante gasto com o pagamento do seguro desemprego possibilitaria triplicar o valor dispendido para o fomento de políticas públicas de promoção ao emprego. Acrescente-se a tal fato a provável economia indireta que o Estado tende a obter com os baixos índices de desemprego e de informalidade – que possibilitam maior nível consumo das famílias e menores gastos com assistência social – e pode-se constatar que a perda de arrecadação com a concessão de incentivos fiscais pode vir a ser compensada e até mesmo implicar em maior arrecadação bruta.

A efetiva proteção do emprego por meio da implementação de sanções positivas, por si só, já possibilitaria ao legislador dispensar as demais espécies de intervenção do Estado na ordem econômica para resguardar direitos trabalhistas.

Entretanto, além da busca do pleno emprego, devem ser observadas as demais normas de proteção ao trabalho, previstas na ordem constitucional brasileira, sobretudo em seu art. 7º (BRASIL, 1988), que podem fundamentar a intervenção estatal na economia. Neste aspecto, cabe lembrar a distinção entre as espécies de sanção a serem aplicadas pelas diferentes normas. Os parâmetros que devem ser analisados pelo intérprete são, primeiramente, a licitude da conduta e, posteriormente, se a conduta é tida como particularmente desejável pelo ordenamento jurídico.

É importante declarar que as normas constitucionais por certo expressam condutas desejáveis. Contudo, devem se distinguir as normas tidas como desejáveis pelo ordenamento jurídico sob o paradigma da função promocional do Estado. Em outras palavras: o simples fato de a Constituição prever o direito ao pagamento de salário mínimo legal ao trabalhador não justifica, por si só, que o empregador que cumpra com esse comando – ou que pague ao empregado salário superior ao mínimo – deva obter um prêmio do legislador. Entretanto, a Constituição prevê expressamente no art. 7º, XX (BRASIL, 1988), a concessão de incentivos regulamentados por lei para que sejam adotadas medidas de proteção ao mercado de trabalho da mulher.

Percebe-se, portanto, que a ordem constitucional regula os direitos sociais com normas de caráter repressivo e promocional. Sendo assim, do mesmo modo que não seria razoável aplicar a lógica punitiva para o agente que não cumpre a norma promocional, não se revela razoável aplicar uma lógica promocional para o

agente que cumpre a norma cogente. Cabe, portanto, ao intérprete e ao legislador analisarem a viabilidade de implementação da lógica promocional para a concretização de cada um dos direitos elencados no art. 7º da Constituição (BRASIL, 1988).

De acordo com os critérios já expostos no presente trabalho, tem-se que a utilização de sanções positivas de caráter premial se revela mais adequada para situações nas quais o ordenamento jurídico previu a necessidade de se promover condutas superiores ao patamar mínimo exigido pela lei. Do mesmo modo, a utilização de sanções positivas de caráter permissivo se revela mais adequada para situações nas quais o ordenamento jurídico estabelece o dever de cumprimento a um patamar mínimo de direitos assegurados aos trabalhadores. Embora esses critérios não sejam rígidos, objetiva-se que a concessão de prêmios propriamente ditos seja destinada aos os agentes que adotarem condutas que auxiliem no cumprimento das normas de caráter programático e a simples permissão para contratação com o Estado seja concedida para aqueles que tão somente cumpram as normas mínimas de proteção ao trabalho. Resta, assim, observada a progressividade das condutas tidas como desejáveis, em conformidade com o previsto pela ordem constitucional.

Ainda, nada impede que a lei ou outros dispositivos normativos – como a negociação coletiva – possam estabelecer novas condutas tidas como desejáveis, uma vez que o próprio *caput* do art. 7º da Constituição (BRASIL, 1988) prevê como direitos dos trabalhadores todos aqueles que visem a melhoria de suas condições sociais.

Feita essa explicação, destacam-se como previsões normativas presentes no art. 7º da Constituição (BRASIL, 1988) que demandam a implementação de sanções positivas de caráter premial, além do já mencionado inciso XX, os direitos a proteção contra automação (inciso XXVII) e a redução dos riscos inerentes ao trabalho (inciso XXII).

Da mesma forma que ocorre em relação ao pleno emprego, a criação de incentivos fiscais para possibilitar a concretização desses direitos não implicará em prejuízo irremediável ao erário. A título exemplificativo, Pastore (2011) constatou, em pesquisa recente, que a sociedade brasileira gasta, em estimativas conservadoras, 71 bilhões de reais por ano com acidentes e doenças do trabalho sendo que somente a Previdência Social gasta, diretamente, 14 bilhões de reais por ano com

aposentadorias e benefícios. Esses cálculos não incluem os gastos do SUS com o tratamento dos trabalhadores. Percebe-se assim que a alteração do equilíbrio econômico por meio da intervenção normativa, buscando favorecer as empresas que adotam condutas de prevenção aos danos, pode concretizar direitos dos trabalhadores e, ainda, resultar em ganho financeiro para o Estado.

Além das normas acima expostas, vislumbra-se ainda a possibilidade de adoção de sanções positivas para concretizar direitos dos trabalhadores que estejam previstos em outros dispositivos constitucionais. Neste particular, destaca-se a possibilidade de estabelecer incentivos que visem a promover a efetividade e celeridade do processo judicial trabalhista, em consonância com o disposto no art. 5º, LXXVIII da Constituição (BRASIL, 1988), premiando os agentes que optem por adotar uma conduta processual tida como desejável pela ordem jurídica.

Por fim, conforme já exposto neste trabalho, tem-se que as sanções positivas a serem criadas devem observar - além da conformidade com as normas do Direito do Trabalho e do Direito Econômico - a existência de instrumento de controle objetivo, a progressividade das sanções e o impacto nos cofres públicos que será gerado com a intervenção econômica.

Devem observar, ainda, os pressupostos de legalidade previstos nos ramos do Direito em que se concretizará a intervenção na ordem econômica. Em outras palavras: a concessão de uma isenção fiscal deverá observar os princípios e regras do Direito Tributário enquanto a permissão para contratação com o Estado deverá observar os princípios e regras do Direito Administrativo.

Tendo em vista essas matrizes de compreensão, é possível estabelecer os seguintes parâmetros para nortear a criação de sanções positivas em âmbito trabalhista no Direito brasileiro:

- a) as sanções positivas trabalhistas pautadas pela intervenção indireta do Estado na economia devem ser estabelecidas em observância com os objetivos e princípios consagrados na Constituição Econômica, estabelecida pela ordem constitucional em seu art. 170 (BRASIL, 1988). Deste modo, tem-se que a conduta a ser promovida deve ter como fundamento de validade a valorização do trabalho humano e a busca do pleno emprego;
- b) as sanções positivas de caráter que visem conceder incentivos à prática de atos superconformes no âmbito das relações de trabalho

devem ser elaboradas em consonância com as finalidades programáticas estabelecidas pelo texto constitucional. Estas são as condutas tidas como desejáveis pelo ordenamento jurídico, superconformes à exigência legal, em contraposição ao patamar mínimo de direitos assegurados pelas demais normas trabalhistas. A simples observância de normas trabalhistas que estabeleçam direitos concretos – tais como concessão de repouso semanal remunerado, férias, 13º salário, dentre outras - não pode ser compreendida como uma conduta superconforme, mas sim como simples cumprimento da lei e, portanto, não deve ser objeto de sanção premial. Entretanto, o cumprimento do patamar mínimo estabelecido pela legislação pode ser objeto de sanção positiva de caráter permissivo, restringindo direitos do particular no que se refere à contratação com o Poder Público, seja para a prestação de serviços (participação em licitações) ou para a concessão de serviços (empréstimos junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES).

- c) as sanções positivas devem ser fundamentadas por estudo sobre a viabilidade e eficácia das medidas a serem adotadas, de modo a possibilitar uma intervenção que consiga alterar o equilíbrio econômico vigente de modo a promover a efetivação dos valores sociais almejados sem prejudicar outros valores existentes na ordem jurídica. A intervenção deve analisar o fato a ser regulamentado sob a ótica dos atores envolvidos: trabalhadores, que devem ter seus direitos promovidos; empregadores, que devem ter o direito de se adequar voluntariamente à norma, e o Estado, que deve obter recursos e meios para arcar com o custeio das vantagens concedidas aos particulares. Do mesmo modo, a legalidade formal e material da norma a ser criada – como o atendimento aos princípios e requisitos da ordem tributária para a criação de hipótese de isenção fiscal – bem como a progressividade dos prêmios concedidos e a criação de um instrumento de controle objetivo para a percepção do prêmio são requisitos de fundamental importância para garantir a eficácia econômica da intervenção.

Para facilitar a compreensão da síntese construída, foi desenvolvida a pirâmide abaixo, Esquema de pirâmide normativa para a elaboração de sanções positivas, que demonstra a hierarquia normativa para se conferir validade à norma jurídica que estabelece sanções positivas.

Pirâmide 1- Esquema de pirâmide normativa para a elaboração de sanções positivas



Fonte: Autor do presente trabalho.

5.2 É Possível Estabelecer uma Lógica Promocional nas Demandas Judiciais?

A indagação proposta serve como epílogo ao presente trabalho e consiste, ao mesmo tempo, em uma questão essencial e inerente à pesquisa desenvolvida. Afinal, de pouco adianta demonstrar a existência de uma função promocional do Direito Poietico sem repensar o papel do Poder Judiciário como agente indutor e concretizador desta mudança de paradigma.

A tarefa, contudo, não é de fácil resolução. O principal problema a ser enfrentado reside no fato de que, diferentemente do que ocorre no campo das políticas públicas e no processo legislativo, o Poder Judiciário lida diretamente com o conflito já estabelecido, que deve ser solucionado. Ou seja: se as demandas

continuam chegando em grande quantidade ao judiciário é porque a abordagem preventiva não está se revelando suficiente para evitar o conflito ou garantir sua solução por métodos alternativos. Resta apenas a aplicação do amargo remédio da solução heterônoma do conflito pela via judicial, garantindo-se o cumprimento das decisões pela aplicação de sanções negativas.

Desse modo, a falta de pacificação social no campo preventivo devido à existência de desequilíbrios de ordem econômica, social e política é um problema que não pode ser solucionado pela concepção clássica do Poder Judiciário inerte, que atua somente mediante provocação das partes - art. 2º do Código de Processo Civil – (BRASIL,1973).

Sob estes aspectos, surge a indagação: pode o juiz, perante um conflito já estabelecido e consolidado perante o Poder Judiciário aplicar uma lógica promocional às suas decisões? Em outras palavras: pode o juiz utilizar de suas decisões no caso concreto como instrumento para induzir os agentes à prática de comportamentos tidos como desejáveis pelo ordenamento jurídico?

A resposta meramente negativa é de fácil constatação: uma vez que ao juiz é vedado conhecer de matéria estranha aos limites da lide, imperando o princípio dispositivo da demanda, não é possível a extrapolação do objeto do pedido, sob pena de se configurar a sentença *ultra petita*. Dito de outro modo: o papel do juiz é solucionar o caso concreto e não de promover quaisquer outros efeitos estranhos ao objeto do litígio.

Por outro lado, a resposta afirmativa consiste na constatação de que o papel dos juízes – sobretudo dos juízes do trabalho – não mais é totalmente inerte e estático. O crescente incentivo à prevenção e solução de conflitos por métodos alternativos, o uso de técnicas de conciliação, bem como a construção do conceito do juiz ativo²⁴ em contraposição com o conceito pejorativo de “ativismo judicial”, revela uma mudança no perfil do Poder Judiciário.

Existe, portanto, o interesse e a possibilidade de o judiciário abarcar uma função que transcende o papel de “escravo da lei” e de mero espectador do processo judicial, para reduzir o intenso fluxo processual que vem assoberbando os tribunais brasileiros e obstaculiza a celeridade e qualidade dos provimentos jurisdicionais.

²⁴ Para uma análise aprofundada do conceito, v. Teodoro (2011).

Desse modo, utilizando-se da previsão do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942) e tendo em vista a lógica promocional é possível aplicar o direito conforme a finalidade social da norma, concedendo ao particular, inclusive, vantagens não previstas na legislação ou até mesmo *contra legem* contanto que a decisão esteja devidamente fundamentada em princípios constitucionais aplicáveis ao caso em exame. O juiz do trabalho pode ainda valer-se das disposições constantes do art. 8º e do art. 832, § 1º, da CLT (BRASIL, 1943) para estabelecer termos e condições promocionais para o cumprimento de suas decisões com base em juízo analógico ou de equidade.

Entretanto, a resposta mais adequada exige uma explicação mais pormenorizada. Inicialmente, retomando-se os já expostos conceitos da Análise Econômica do Direito presentes na teoria de Posner (POSNER, 2003), toda a decisão judicial produz efeitos econômicos e sociais que repercutem para além do caso concreto. Queira o juiz ou não, esteja o juiz consciente ou não.

Isso significa que toda solução jurídica a ser adotada no caso concreto deve ter em mente o caráter de transcendência das decisões judiciais e seu impacto na realidade social e nas dinâmicas de mercado. Dessa forma, ao se alçar a análise da realidade econômica existente e as disposições constitucionais referentes à ordem econômica e à valorização dos direitos sociais como elementos fundamentais da interpretação jurídica, as decisões judiciais devem passar por um processo de reformulação, de modo a não realizar a justiça apenas no caso concreto, mas também buscar a solução justa e equânime tendo em vista toda a dinâmica estrutural da sociedade.

Feita essa explanação e retomando-se a compreensão do macro cenário exposto no primeiro capítulo do presente trabalho, é preciso que os magistrados tenham consciência de que a estrutura judiciária é rotineiramente utilizada como instrumento para tornar financeiramente vantajosa a prática de atos ilícitos.

A não consciência dos magistrados do papel que representam nas relações econômicas e sociais contribuiu para a criação de uma lógica promocional “às avessas” das decisões judiciais nas quais, muitas vezes, o agente que praticou o ato ilícito é premiado – podendo pagar o débito com “desconto” e a juros inferiores ao do mercado - enquanto os agentes que cumpriram à risca as determinações da lei não puderam usufruir dessas vantagens. Esse é o principal aspecto a ser enfrentado: antes de se cogitar que as decisões judiciais possam induzir comportamentos

positivos do agente, deve-se garantir que estas não incentivem a prática de comportamentos negativos.

É a partir dessa consciência que o enfoque a ser dado ao problema não reside no fato de analisar a possibilidade de os juízes aplicarem a lógica promocional em suas decisões para conceder benesses ao agente que provar sua inocência, mas sim de não se tornarem cúmplices do ato ilícito, ou seja, não premiarem indevidamente agentes que comprovadamente cometeram atos ilícitos.

Isso inclui a rigidez no cumprimento da lei e uma ruptura com o papel conciliatório. Como exemplo, o juiz deve recusar-se a homologar acordos em fase de execução que não contemplem o integral pagamento dos créditos trabalhistas, previdenciários e tributários devidos, bem como dos juros e correção monetária devidos. Do contrário, o devedor trabalhista que foi considerado culpado por sentença judicial transitada em julgado estará sendo beneficiado em detrimento dos empregadores que cumpriram à risca suas obrigações legais.

É certo que esse raciocínio, aparentemente, caminha na contramão das diretrizes e metas do judiciário que privilegiam a resolução dos conflitos. Contudo, os valores referentes à pacificação social e o dever de cumprimento às leis não são excludentes. Ao contrário. Propõe-se aqui que o Poder Judiciário incentive ao máximo a resolução dos conflitos por meio de conciliações prévias em âmbito judicial e extrajudicial, como de fato vem fazendo. Mas a partir do momento em que foi dado início ao processo judicial – movimentando o aparato estatal com imensos gastos para o erário – as partes deverão ter ciência de que os atos ilícitos serão punidos com rigor e imediatez, e não serão concedidas benesses.

O incentivo à conciliação deve ser realizado no decorrer do processo, mas há que se garantir a eficácia e a imediatez da coação imposta pelo processo judicial, sem relativismos ou exceções. Do contrário, serão mantidas as ideias de que “o crime compensa”, “é bom fazer o acerto de contas na Justiça” de que “otário é quem cumpre a lei”. E isso, por sua vez, contribuirá para imbuir uma cultura social baseada na crença da impunidade, implicará a ocorrência de mais violações conscientes da legislação e acarretará um maior número de conflitos que chegarão ao Poder Judiciário, fazendo cair por terra todo o esforço imprimido pelas metas judiciais e campanhas de incentivo à conciliação.

Trata-se, em verdade, na premissa em que esse trabalho buscou evidenciar exaustivamente: as lógicas premiais e punitivas não são opostas, e sim

complementares. Punir condutas legítimas ou premiar comportamentos inadequados altera a percepção de justiça da sociedade e coloca em xeque a credibilidade das instituições. Essa descrença, por sua vez, culmina no estabelecimento de uma relação adversarial entre indivíduos, e destes contra o Estado, criando um infinito e vicioso círculo. Por outro lado, a aplicação correta das lógicas punitivas e premiais culminam na criação de um círculo vicioso, permitindo um resgate ético do papel do Estado e das relações sociais.

Portanto, antes de se cogitar da possível aplicação da lógica premial nas demandas judiciais, deve-se garantir que não será adotada uma lógica premial “às avessas”. A resolução desse problema, por si só, já constituiria em um grande avanço.

Já o segundo aspecto a ser analisado passa pela consolidação de uma “magistratura econômica”, ou seja, da consciência dos juízes dos aspectos econômicos de suas decisões conjuntamente com a solução justa para o caso concreto sob exame. Nesse sentido, a lição de FONSECA (2008, p.251):

Na concretização de uma magistratura econômica impõe-se a superação da conduta processualista em que impera o princípio dispositivo. O juiz, ao analisar uma questão que transcende interesses individuais e que põe em questão problemas de organização do mercado, não pode ficar somente à espera das informações e das provas fornecidas ou requeridas pelas partes, que jamais trarão informações que não sejam de seu interesse.

Como já demonstrado, as decisões proferidas pelos juízes do trabalho transcendem os interesses individuais e devem ser pautadas de modo a promover uma regulação do mercado de trabalho que seja eficiente para o resguardo dos atores envolvidos no processo: trabalhadores, empresas e Estado. Em relação a esse aspecto, é de fundamental importância a compreensão da conclusão extraída no primeiro capítulo deste trabalho, de que a estratégia do inadimplemento das obrigações trabalhistas não lesa apenas o trabalhador, mas também ao Estado – que deixa de arrecadar tributos – e às empresas que cumprem a legislação trabalhista. A empresa que conscientemente deixa de pagar verbas de natureza trabalhista e fiscal está obtendo aumento arbitrário de seus lucros – vedado pelo ordenamento jurídico pelo art. 173, § 4º do texto constitucional (BRASIL, 1988) c/c art. 36, III da Lei n. 12.529 (BRASIL, 2011). Nesse sentido, Martins (2004, p. 129) leciona:

Há descompetitividade empresarial e concorrência desleal sempre que ocorra sonegação tributária, visto que, neste ponto, a empresa que sonega leva incomensurável vantagem sobre seus concorrentes que pagam tributos. A questão mais grave acontece, se a empresa que sonega considera haver pequena possibilidade de ser fiscalizada, pela dificuldade de apuração de suas atividades, pela multiplicidade de contribuintes ou pelo tipo de produto que fabrica, com o que o Fisco, com quadros reduzidos de agentes fiscais, torna-se impotente em combatê-la.

A partir do momento em que o combate ao inadimplemento da legislação trabalhista passar não só a ser visto sob a ótica da proteção ao trabalhador, mas sim como proteção da concorrência - tão necessária ao capitalismo e aos defensores do livre mercado - a lógica empresarial buscará adequar-se à nova realidade e o discurso contra os direitos sociais serão esvaziados em seus fundamentos.

A relegação do poder-dever do juiz de aplicar as normas e princípios do Direito Econômico nas relações trabalhistas é uma falha cometida pelos estudiosos do Direito do Trabalho. Essa negligência por parte da doutrina e da jurisprudência no âmbito trabalhista resulta na consolidação de um falso senso comum de que a Análise Econômica do Direito está intrinsecamente ligada à economia neoclássica de caráter liberal e que não encontra espaço no âmbito trabalhista. Ao contrário. A relação entre economia e trabalho é praticamente simbiótica. É exatamente por isso que se reforça, uma vez mais, a necessidade da construção doutrinária de uma Análise Econômica do Direito pautada por conceitos econômicos e jurídicos que visem à proteção e valorização do trabalho. Entretanto, os demais atores envolvidos poderiam impulsionar essa transformação. A instauração de procedimentos por iniciativa do Ministério Público do Trabalho ou dos Sindicatos representantes das categorias econômicas e profissionais junto ao CADE ou a propositura de ações civis públicas com base no art. 47 da Lei n. 12.529 (BRASIL, 2011)²⁵ seria um bom começo.

A compreensão dos conceitos de análise econômica e da função promocional do Direito nas decisões proferidas pela Justiça do Trabalho possibilitaria, além de garantir a tutela jurisdicional ao trabalhador, restabelecer o equilíbrio de mercado, inibindo a concorrência desleal e premiando as condutas conciliatórias.

²⁵ Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação (BRASIL, 1990).

O ponto a ser compreendido é que o dever da Justiça do Trabalho reside, em primeiro lugar, em garantir o acesso do trabalhador às verbas de natureza alimentar que lhes são devidas. Mas não é só. Também deve o Poder Judiciário zelar pela correta arrecadação dos tributos devidos relativos ao trabalho prestado e, ainda, garantir punição às empresas que dolosamente se utilizam da estratégia do inadimplemento como forma de obter proveitos econômicos, como forma de resguardar da concorrência leal. Intervindo, assim, nas três esferas – proteção ao trabalhador, proteção ao erário e proteção à livre-concorrência – a Justiça do Trabalho estará realizando o tratamento adequado da tutela do trabalho humano em todas as dimensões do fato social.

Em síntese: a apreciação das controvérsias jurídicas do trabalho humano prestado a outrem, seja este trabalho prestado sob o manto da relação empregatícia ou não, é de competência da Justiça do Trabalho. Essa competência também inclui a cobrança de verbas de natureza tributária, notadamente as contribuições previdenciárias e as referentes ao FGTS, que possui natureza jurídica complexa “tridimensional” (DELGADO, 2007, p. 1276).

Logo, desde a Emenda Constitucional nº 45 (BRASIL, 2004), a Justiça do Trabalho não mais apenas tutela exclusivamente os interesses individuais e coletivos dos trabalhadores, mas também o interesse público existente na arrecadação de tributos conexos à relação de emprego. Portanto, em sendo constatada a irregularidade trabalhista surge, como via de consequência, a constatação da irregularidade tributária. Por sua vez sendo constatada a sonegação de impostos e supressão de direitos trabalhistas realizada de forma dolosa, está caracterizada a concorrência desleal por aumento arbitrário dos lucros, nos termos do art. 36, III da Lei n. 12.529 (BRASIL, 2011). Apurada a irregularidade, tem-se comprovada a existência de dano patrimonial, passível de reparação oriunda da responsabilidade civil. Os titulares do direito à reparação são, concomitantemente, os trabalhadores lesados, as demais empresas prejudicadas e o próprio Estado ou, em um conceito mais amplo, a coletividade. A competência para o julgamento dessas ações de reparação de danos incumbe à Justiça do Trabalho por força do art. 114, VI do texto constitucional (BRASIL, 1988).

6 CONCLUSÃO

O modelo teórico ora elaborado consiste em uma estrutura básica, que estabelece diretrizes de ordem operacional pautadas por embasamento teórico construído cientificamente a partir da pesquisa realizada. A partir dessa estrutura, torna-se possível delimitar os parâmetros aptos para nortear a aplicação de sanções positivas na ordem jurídico-trabalhista brasileira.

É certo que, além dessa estrutura formal, é de extrema importância que se façam estudos complementares, de caráter multidisciplinar, para a criação de sanções positivas nos casos concretos. Esses estudos devem buscar mensurar o impacto econômico que cada sanção positiva implicará junto aos cofres públicos e a forma de garantir maior eficiência para a intervenção pretendida. Contudo, os fundamentos teóricos para promover a operacionalização das sanções positivas que vierem a ser criadas já estão estabelecidos e aptos para possibilitar a implementação das medidas que venham a ser elaboradas pelos estudos complementares.

Desse modo, uma vez estabelecida a estrutura operacional, as sanções positivas poderão conformar um novo método de implementação da ordem jurídica, o qual permite transformações mais rápidas na realidade concreta, eficientes e com custos reduzidos. Conforme já demonstrado, a substituição do paradigma positivista da função do Direito pelo paradigma da função promocional do Direito possibilita a inversão da lógica das demandas judiciais. Torna-se assim possível a configuração de um ordenamento jurídico capaz de promover uma interferência dinâmica nas relações sociais adequada à velocidade e urgência dos tempos pós-modernos, notadamente nas situações em que estas relações estão relacionadas a questões patrimoniais.

No âmbito trabalhista, o modo de intervenção pelo qual uma sanção positiva devidamente constituída e operacionalizada altera a realidade econômica gera um círculo virtuoso: o Estado consegue realizar a promoção de direitos de maneira mais eficiente e com menores gastos, as empresas que cumprem a legislação passam a contar com uma vantagem competitiva juridicamente justificada, e, com isso, cada vez menos trabalhadores terão seus direitos violados. A implementação de sanções positivas possibilitará a concretização no plano fático de muitos dos direitos dos trabalhadores já previstos na ordem jurídica. Torna-se então possível resgatar a eticidade das relações sociais e a efetividade do projeto constitucional brasileiro,

estabelecendo-se um cenário no qual o cumprimento da legislação resultará em proveitos econômicos maiores para os agentes envolvidos.

Um desdobramento lógico da criação desse círculo virtuoso será a prevenção dos litígios, uma vez que o cálculo econômico realizado pelos gestores das empresas não mais levará em conta apenas a possibilidade da punição, mas a ameaça imediata da perda do prêmio ou permissão. Dito de outro modo, a partir do momento em que a protelação das demandas e a sonegação de direitos passarem a ser economicamente desvantajosas para as empresas – acarretando a perda imediata de direitos – as estratégias pautadas pelo inadimplemento consciente dos direitos sociais estabelecidos deixarão de ser eficientes. E, via de consequência, tenderá a cair em desuso.

Portanto, é de se esperar que, com a alteração das variáveis que permeiam o raciocínio economicista empresarial, cada vez mais empresas passem a buscar o cumprimento espontâneo da legislação e a adoção de formas alternativas para resolução de conflitos. Nesse aspecto, ressalta-se a possibilidade de um resgate da função da negociação coletiva e das comissões de conciliação prévia como instrumentos aptos para promover a resolução imediata dos litígios mais simples, o que permitiria à Justiça do Trabalho concentrar seus esforços para a solução dos casos complexos e a ampliação de sua competência funcional.

As bases estruturais para a revolução no modo de compreensão do Direito, capaz de promover uma lógica promocional para atuar em conjunto com a lógica repressiva começam a ser formadas.

A questão trabalhista não deve ser vista como uma questão isolada, referente apenas a empregadores e empregados, mas sim como um fato complexo que envolve trabalhadores, empregadores e o próprio Estado, devendo ser regulamentada de um modo eficaz que possibilite a formação de uma ordem ética que englobe todos esses atores.

A consolidação da lógica promocional permite inverter a lógica tradicional da demanda, incumbindo os particulares a exercerem o papel fiscalizatório e permitindo a intervenção imediata do Estado na ordem econômica. Por sua vez, o Estado irá fornecer incentivos aos particulares que adotem condutas desejáveis pelo ordenamento jurídico. Ao Poder Judiciário e seus operadores incumbe promover a repressão às condutas ilícitas tendo consciência do aspecto econômico.

Adotadas essas premissas, poderá ser combatida a estratégia do inadimplemento e transferido o enfoque das políticas estatais para a valorização dos direitos sociais e inibindo a concorrência desleal, que gera prejuízos não apenas para as empresas que atuam dentro da legalidade, mas também para os trabalhadores – com a supressão de seus direitos – e para o próprio Estado – que sofre com a perda de arrecadação tributária e inchaço da máquina pública – o qual transferirá o ônus de uma abordagem ineficiente do problema para toda a sociedade, gerando um círculo vicioso sem fim que só interessa àqueles que se beneficiam da fraude à legislação.

O pensamento jurídico, por si só, pode não ser capaz de resolver os problemas da realidade, mas é essencial buscar repensar os conceitos existentes e buscar alternativas para promover mudanças. Mais do que nunca, em uma realidade pós-moderna marcada pela crise das grandes instituições, pelo individualismo exacerbado e pela lógica economicista que impera na esfera pública e na esfera privada, cabe ao operador do Direito buscar soluções para a superação desses impasses.

REFERÊNCIAS

A SEMANA. *Revista Isto É*. n. 2035. São Paulo: Editora Três, 2008.

ABREU, Ari Ferreira. A distorção da mensuração dos encargos trabalhistas devido à forma de cálculo dos impostos e contribuições incidentes sobre o lucro das empresas. In: VI CONGRESSO USP DE CONTABILIDADE E CONTROLADORIA. **Anais**. São Paulo: 2006.

AGUIAR, Danilo Augusto Barboza de. *Tributação pró-competitiva: Critérios especiais de tributação e desequilíbrios da concorrência*. 2010. (Dissertação) Mestrado. Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), Brasília, 2010.

AHLQUIST, Dale. *G.K. Chesterton: the apostle of common sense*. San Francisco, USA: Ignatius Press, 2003.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Flexibilização das relações de trabalho*. São Paulo: LTR, 2002a.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Reforma do judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002b.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. Etimologia e conceito histórico da palavra "vara". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 44, p. 27-41, 2004.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTR, 2007.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Cinco estudos de direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2009.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Globalização, terceirização e a nova visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: LTR, 2011.

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Na vanguarda do direito do trabalho*. Belo Horizonte: RTM, 2012.

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 1999.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? ensaios sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. Campinas: Cortez, 2003.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. A intervenção do Estado no domínio econômico: o Estado como agente normativo e regulador na exploração de atividades econômicas – a prestação de serviços públicos. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 507-515, ago/1997.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BELCHIOR, Germana Parente; PORTELA Paulo Henrique Gonçalves. *O ICMS como instrumento de direção social*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/germana_parente_neiva_belchior2.pdf>. Acesso em 1 maio 2012.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1984.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução Daniela Beccaria Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Introdução às Normas do Direito brasileiro. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, DF, 9 set. 1942.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro DF, 9 ago. 1943.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 27 out. 1966.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 jan. 1973.

BRASIL. Constituição (1988). Diário oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 12 set 1990.

BRASIL. Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social e dá outras providências. Diário oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 7 maio 1999.

BRASIL. Lei n. 10.666, de 8 de maio de 2003. Dispõe sobre a concessão da aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção e

dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 9 maio 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 31 dez. 2004.

BRASIL. Lei n. 12.414, de 9 de junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 10 jun. 2011.

BRASIL. Lei n. 12.440, de 7 de julho de 2011. Acrescenta título VII-A à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 8 jul. 2011.

BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1 dez. 2011.

CARDOSO, Luciane. Códigos de conduta, responsabilidade empresarial e direitos humanos dos trabalhadores. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 69, n. 1, jan/jun 2003.

CARRIÓ, Genaro R. Sul concetto di obbligo giurídico. *Rivista di Filosofia*, Bologna, LVII, Mulino, p. 141-149, 1966.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

COASE, Ronald Harry. *The firm, the market and the law*. Chicago, USA: University of Chicago Press, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. (CNPS) Resolução n. 1.308, de 27.05.2009, Dispõe sobre a nova metodologia para o cálculo do Fator Acidentário de Prevenção - FAP, em substituição à Resolução MPS/CNPS nº 1.269/2006. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 jun. 2009.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTR, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTR, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. 3. reimpressão. São Paulo: Ed. LTR, 2008.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTUDOS SÓCIO-ECONÔMICOS (DIEESE). *O programa de seguro desemprego: desafios para um permanente*

aperfeiçoamento. Nota Técnica. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Análise econômica do direito e direito da concorrência brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos [RBEP]* – 1956. – Belo Horizonte, n. 98, jul-dez. 2008. p. 251.

GADAMER, Hans-Georg. *Pensamento e verdade: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2002, (v. 1).

GUERRA, Marcel Vitor de Magalhães. Sanção na teoria do direito de Bobbio: pesquisa enriquecida por apontamentos extraídos de ensaio inédito no Brasil. In: XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 20-22 nov. 2008. Brasília. *Anais...* São Paulo: 2008. p. 5025-5047.

GUYAU, Jean-Marie. *Crítica da idéia de sanção*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HARVEY, David. *Breve historia del neoliberalismo*. Madrid, España, Akal, 2007.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria: forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os Pensadores).

HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa. Versão 2.0a*, 200. *Software* corporativo.

ICHINO, Pietro. *Il lavoro e il mercato: idee per un diritto del lavoro maggiorenne*. Milano: Mondadori, 1996.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 23. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA) *Boletim Mercado de Trabalho - Conjuntura e Análise* nº 51, maio de 2012. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/>>. Acesso em: 10 de jun. 2012.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRUGMAN, Paul. *The big wrong*. Disponível em: <<http://krugman.blogs.nytimes.com/2012/04/25/the-big-wrong/>>. Acesso em: 26 maio 2012.

LIMA, Vinícius Moreira de. *Relação de trabalho versus relação de emprego: a luta pela nova Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2012.

LIPOVETSKY, Gilles, *A era do vazio: ensaio sobre o individualismo contemporâneo*. Lisboa: Ed. Relógio de Água, 1989.

LOJKINE, Jean. O novo salariado informacional - nas fronteiras do salariado. Tradução Henrique Amorim. *Revista Crítica Marxista*, Rio de Janeiro, n. 25, p. 30-46. 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Obrigações acessórias no interesse da fiscalização e da livre concorrência entre empresas: direito assegurado ao fisco pelas Leis suprema e complementar – parecer. Interesse público – *Caderno de direito tributário*, São Paulo, v. 5, n. 24, p. 124-140, mar./abr. 2004.

MATA MACHADO, Edgard de Godói da. *Direito e coerção*. Belo Horizonte: Ed. Biblioteca Universitária UFMG, 1956.

MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical foundations of the economic analysis of law*. Tradução para o idioma inglês Deborah Shannon. Berlin: Springer Verlag, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELO FILHO, Álvaro. *Teoria e prática dos incentivos fiscais: introdução ao direito premial*. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1976.

MONCADA Luís S. Cabral de. *Direito económico*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. São Paulo: LTR, 1996.

PASTORE, José. *O custo dos acidentes e doenças do trabalho no Brasil*. Disponível em: <http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_320.htm>. Acesso em: 18 mar. 2012.

PEARSE, Meic. *Why the rest hates the west: understanding the roots of global rage*. Downers Grove, Illinois, USA: Downers Grove, Intervarsity Press, 2004.

PEPERZAK, Adriaan. *Modern freedom: Hegel's legal, moral, and political philosophy*. Boston, USA: Kluwer, 2001.

PEREIRA, Affonso Insuela. *O Direito econômico na ordem jurídica*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

PIMENTA, José Roberto Freire (org.) et all. *Tutela metaindividual trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo*. São Paulo: LTR, 2009.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6th ed. New York, USA: Aspen Publishers, 2003.

RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do direito: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007.

SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

SALGADO, Joaquim Carlos. Estado ético e Estado poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v.27, n.2, abr-jun/1998. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1998/02/-sumario?next=3>. Acesso em: 26 jun. 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro. Renovar, 2004.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O juiz ativo e os direitos trabalhistas*. São Paulo: LTR, 2011.

VALENTINI, Rômulo Soares. A certidão negativa de débitos trabalhistas - breve análise da Lei n. 12.440/2011 e suas perspectivas para o Direito do Trabalho. *Suplemento Trabalhista*, São Paulo, Ano 48, 037/12, 2012.

VALENTINI, Rômulo Soares; CHAVES, João Paulo Fulgêncio. Parte 4, DA 25/RP10. In: SILVA, Antônio Álvares da; NUNES, Leonardo Silva.(org.). *Diretrizes de ação dos juízes do trabalho de Belo Horizonte: comentários e aplicação*. Belo Horizonte: RTM, 2011.

VIANA, Márcio Túlio. Trabalho escravo e “lista suja”: um modo original de se remover uma mancha. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, v.44, n.74, p.189-215, jul./dez.2006.

VILAÇA, Geraldo Coutinho. Alternativas para a mensuração de encargos sociais e do seu peso em relação à remuneração da mão-de-obra. 2003. Dissertação (Mestrado em Contabilidade e Controladoria). Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003 *apud* ABREU, Ari Ferreira. A distorção da mensuração dos encargos trabalhistas devido à forma de cálculo dos impostos e contribuições incidentes sobre o lucro das empresas. In: VI CONGRESSO USP DE CONTABILIDADE E CONTROLADORIA **Anais**.... São Paulo: 2006.

ZOLT, Eric M. The uneasy case for uniform taxation. *Virginia Tax Review*. University of Virginia School of Law, Charlottesville, USA, v. 16, p. 62, 1996.