

ANÁLISE ECONÔMICA DA AUTONOMIA DA EMPRESA E A LIBERDADE DE CONTRATAR O EMPREGADO COM INIDONEIDADE CADASTRAL NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO

ECONOMIC ANALYSIS OF THE ENTERPRISE'S AUTONOMY AND THE FREEDOM OF HIRING THE EMPLOYEE WITH REGISTRATION OF UNSUITABILITY IN ORGANS OF PROTECTION TO CREDIT

Kátia Lima Sales Leite*

RESUMO

Análise econômica da autonomia da empresa e a liberdade de contratar o empregado com inidoneidade cadastral nos órgãos de proteção ao crédito. Primeiramente, aborda-se o exercício da atividade econômica pela empresa para depois adentrar-se na análise de sua autonomia e liberdade de contratar os empregados. Analisa-se a responsabilidade da empresa por atos de seus empregados e, em seguida, é realizado um exame sobre a não contratação de empregado com inidoneidade cadastral nos órgãos de proteção ao crédito. Por fim, efetua-se uma análise econômica do direito objeto de estudo. Objetiva-se descobrir se a empresa possui autonomia e liberdade para excluir do processo seletivo para compor seus quadros funcionais o empregado cujo nome esteja inscrito no cadastro de devedor inadimplente dos órgãos de proteção ao crédito. O tema é relevante por possuir repercussões práticas na vida cotidiana dos operadores de direito e de toda a sociedade. A pesquisa é bibliográfica e documental. Conclui-se pela possibilidade de a empresa não contratar esse tipo de empregado, por possuir autonomia privada e livre iniciativa na condução dos seus negócios e no exercício da atividade econômica, não cabendo ao Estado interferir nessa liberdade.

PALAVRAS-CHAVE: Empresa; Autonomia; Liberdade de contratar; Empregado; Restrição ao crédito.

ABSTRACT

Economic analysis of the enterprise's autonomy and the freedom of hiring the employee with registration of unsuitability in organs of protection to credit. First, is made an approach on the exercise of economic activity by the enterprise to enter later in the analysis of its autonomy and freedom to hire employees. Analyzes the enterprise's responsibility for acts of its employees and then is performed an examination about the not hiring of the employee with registration of unsuitability in organs of protection to credit. Finally, performs an economic analysis of the right that is being object of this study. It aims to find out if enterprise's has autonomy and freedom to delete from staff selection process an employee whose name is registered as debtor in organs of protection to credit. The topic is relevant because it has practical implications in lawyers daily lives and all society. The research is bibliographic and documentary. It concludes by the enterprise possibility to not hire this kind of employee, because she has private autonomy and free initiative to conduct her business in the economic activity exercise, and the State should not interfere in this freedom.

KEYWORDS: Enterprise; Autonomy; Freedom of hiring; Employee; Credit restriction.

* Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR; bolsista da FUNCAP; especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera – UNIDERP; especialista em Direito Empresarial pela UVA/FESAC; especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Gama Filho. katials@gmail.com

Introdução

O presente artigo trata de uma análise econômica da autonomia da empresa e a liberdade de contratar o empregado com inidoneidade cadastral nos órgãos de proteção ao crédito.

O estudo do tema se justifica na medida em que constantemente estão sendo interpostas na Justiça do Trabalho reclamações trabalhistas por trabalhadores que foram excluídos de processo seletivo para preenchimento de vaga de emprego pelo fato de terem seus nomes inscritos em cadastro de devedor inadimplente dos órgãos de proteção ao crédito (SPC/SERASA), bem como ações civis públicas interpostas pelo Ministério Público do Trabalho no sentido de proibir a empresa de consultar referidos cadastros e de deixar de contratar candidatos que possuam essa característica, alegando que seria prática discriminatória ilícita e proibida no ordenamento jurídico pátrio.

Objetiva-se com a investigação averiguar se a empresa pode deixar de contratar os trabalhadores que possuam restrição ao crédito, apenas por esse motivo, aferindo se a exclusão desses candidatos configura discriminação proibida ou se faz parte da liberdade de contratar e autonomia da empresa.

De igual forma, busca-se, por meio do estudo, verificar se o Estado pode intervir na esfera privada da empresa e impor-lhe conduta, interferindo na condução dos seus negócios. Pretende-se também realizar uma análise econômica do direito, estudando a situação investigada para entendê-la sob uma perspectiva econômica, avaliando os custos que ela gera e o que dela se espera a título de eficiência. Almeja-se, ainda, contribuir para uma compreensão do assunto em face da ordem legal pátria, examinando-o sob o aspectos jurídicos e também econômicos.

Analisa-se a atividade econômica desenvolvida pela empresa e sua autonomia privada, liberdade de contratar e livre iniciativa, abordando a responsabilidade da empresa por atos de seus empregados até se iniciar o estudo da não contratação dos empregados com inidoneidade cadastral, tecendo-se comentários sobre decisão recente da segunda turma do Tribunal Superior do Trabalho, que trata do assunto em questão, para, por fim, abordar o assunto por meio de uma análise econômica do direito.

A justificativa da pesquisa é constatada na medida em que, conforme já exposto, está sendo bastante comum a não contratação de empregados por motivo de restrição ao crédito e muito frequente a interposição de ações questionando tal prática. Objetiva-se com esse

trabalho contribuir para uma compreensão do assunto e estudo de seus contornos no ordenamento jurídico brasileiro.

A relevância do tema reside na ampliação dos conhecimentos jurídicos do operador do Direito, para que possam ser utilizados em sua atuação na área acadêmica e prática profissional.

1 O exercício de atividade econômica pela empresa

Primeiramente, há de se observar a importância da atividade econômica. Ela produz riquezas para o país, funcionando como grande fonte de tributação e arrecadação para o Estado e de renda para as pessoas, pois gera empregos, sendo essencial para qualquer estrutura organizacional humana e satisfação de suas necessidades. Deve, portanto, ser preservada e protegida pela ordem jurídica, pois sem ela o Estado não se desenvolve.

O ordenamento jurídico pátrio atribuiu às empresas a prestação da atividade econômica, funcionando a empresa como importante elemento da realidade social e econômica, possuindo importância não apenas jurídica, mas também econômica, social e política. (MESSANOTTI, p. 16 e 18)

A Consolidação das leis do trabalho (CLT), no art. 2º, estabelece que: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”. O conceito de empresário é trazido pelo Código Civil (CC), no art. 966, nos seguintes termos: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Os dois dispositivos legais citados se complementam para o entendimento da abrangência do conceito de empregador, para os propósitos desse trabalho, que é o de empresa. Para Rachel Sztajn (2006, p. 198 e 200):

Atividades empresariais caracterizam-se por serem econômicas, organizadas para a produção de bens e serviços para mercados; são exercidas profissionalmente, e o escopo de lucro, que tanto pode ser representado pela partilha de excedentes financeiros quanto pela partilha de utilidades econômicas patrimoniais, é outro elemento presente na definição da empresa.

.....
Empresa será atividade econômica organizada para a criação de utilidades destinadas a mercados.

[...] qualquer pessoa, natural ou jurídica, que, profissionalmente e de forma organizada, ofereça bens ou serviços em mercados, é **empresário** uma vez que faz da atividade econômica seu meio de vida.

Mas, se o fato de exercer profissionalmente atividade econômica é condição necessária para ser empresário, resta saber se é suficiente. [...] (Grifa-se)

A título de observação, vale destacar que o art. 982 do Código Civil define o que caracteriza uma sociedade como empresária, estipulando que: “Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e simples, as demais”. A esse respeito, colacionam-se as lições de Unie Caminha (2006, p. 210) acerca de atividade e tipo societário:

Com efeito, no que se refere à natureza, as atividades passaram a ser classificadas em simples ou empresárias, conforme possuam, ou não, em sua organização, **elementos de empresa**. [...]

.....
Note-se que essa classificação é bastante criticável, quer por conta da própria palavra escolhida para designar as sociedades não empresárias, qual seja, simples, quer pela forma como foi inserida no Código, que dá lugar a diversas interpretações divergentes sobre o que a palavra efetivamente se refere: se à atividade ou ao tipo societário designado pelo vocábulo “simples”.

É importante ainda ressaltar que as sociedades de atividade não empresária (simples, na linguagem do Código) podem desempenhar **atividades economicamente relevantes**, buscam resultados e compartilham resultados entre seus sócios e não necessariamente são simples, no sentido literal, não jurídico, da palavra. Podem contar com uma organização tal que admita concurso de auxiliares (art. 966, parágrafo único) e ter administradores não sócios em sua estrutura, caso adote, por exemplo, o tipo societário limitada ou sociedade simples.

Ressalta-se, para fins de uma melhor compreensão, que, no estudo que ora se apresenta, não será utilizada a noção (empresarial) de empresa como sendo a atividade econômica organizada desenvolvida pelo empresário, mas sim a noção trabalhista de que a empresa seria sinônimo de empregador ou mesmo de empresário, podendo ela ser individual ou coletiva. Como bem afirma Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 495):

A produção de bens e serviços resulta da ação conjunta de três fatores: a natureza, o capital e o trabalho. O direito diferencia ainda um quarto fator: o empresário, que a economia inclui dentro do fator trabalho, **dando à figura incorpórea da empresa o papel que o direito atribui ao empresário**. A diferença é até certo ponto semântica, mas a compreensão de que há este quarto ator, denomine-se o que for, que é o dono do capital e o responsável por organizar o processo produtivo, é importante na análise das regulações trabalhistas. (Grifa-se)

Assim, pode-se dizer que, no âmbito da relação de emprego, o empregador é a empresa, individual ou coletiva, que exerce atividade econômica de maneira organizada e assume seus riscos, contratando empregados para lhe prestarem serviços de forma pessoal, sendo responsável pelo pagamento de seus salários e cabendo-lhe dirigir a prestação desses serviços.

No art. 2º da CLT visualiza-se o poder diretivo do empregador na relação de emprego, caracterizado pela contratação de empregados, direção e organização da prestação de seus serviços. Sobre o poder diretivo ou de direção do empregador, Eduardo Gabriel Saad, José Eduardo Duarte Saad e Ana Maria Saad C. Branco (2010, p. 42) tecem os seguintes comentários:

O poder de direção ou de comando é exercido para estabelecer os **meios e métodos necessários à produção de bens de natureza econômica.** [...]

É o empregador o responsável pelo **desenvolvimento normal dos negócios da empresa; é quem cuida da sua viabilidade econômica.** No âmbito do Direito do Trabalho, esse poder é a resultante da soma de faculdades jurídicas e cujo exercício lhe permite utilizar o trabalho do empregado, trabalho que lhe cabe organizar para que a empresa alcance a sua meta. [...]

O poder de direção do empregador, em conceito mais amplo, é o conjunto de umas tantas faculdades jurídicas que lhe permitem **organizar econômica e tecnicamente a empresa.** (Grifa-se)

O risco é inerente à atividade econômica. Como é a empresa que a desenvolve, cabe a ela assumir os riscos advindos com essa atividade. Sobre o risco na atividade empresarial, Rachel Sztajn (2006, p. 200) aborda que:

Sempre se disse que a atividade empresária é de risco, ou melhor, que o risco é econômico, que pode ter resultados positivos, ou não, lucros ou prejuízos. Não se considera que pode haver resultado zero, nem lucro nem prejuízo, hipótese que também está incluída na noção de risco, de álea quanto ao resultado econômico desejado ou esperado. [...]

.....
Quando se pensa em risco econômico, cabe ao empresário, o agente que põe a empresa em movimento, avaliar como fazer a organização interna e que relações externas manterá. Contratação de mão-de-obra e/ou serviços; aquisição de matérias primas ou insumos, outros produtos – bens ou utilidades - necessários à produção, local, máquinas e equipamentos, recursos financeiros são alguns dos contratos celebrados para por em marcha a atividade (quando se tratar de indústria) além da distribuição dos produtos. Por isso é que o dimensionamento da atividade, quanto produzir, onde produzir e como produzir são decisões que devem ser avaliadas da perspectiva de riscos envolvidos sem o que a economicidade da organização estará comprometida e o risco será potencializado. (Grifa-se)

Risco na atividade da empresa significa possibilidade de lucro ou prejuízo, sendo resultado incerto, mas previsível com relação ao resultado econômico que se espera com o exercício da atividade. Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 124 e 125) discorrem sobre o risco da forma que se segue:

Pelo senso comum, risco é aquilo que pode representar perigo ou possibilidade de perigo, ou aquilo que é impreciso, incerto e que traduz dúvida. [...]

Risco é *álea*, ou seja, aquilo que traz, ao mesmo tempo, a chance de prejuízo e a possibilidade de lucro. Mas, acima de tudo, é lançar-se sobre o desconhecido. [...]

Risco é uma incerteza estatisticamente mensurável.

Já que em uma relação de emprego cumpre à empresa exercer atividade econômica e assumir os seus riscos, dirigindo a prestação de serviços dos empregados, faz-se importante delinear-se o significado de atividade econômica para os fins do presente trabalho.

A Constituição Federal de 1988 no capítulo 1, do título “Da ordem econômica e financeira”, trata dos “Princípios gerais da atividade econômica” e, em seu art. 170, *caput* e parágrafo único, estatui que:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na **valorização do trabalho humano** e na **livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

.....
Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer **atividade econômica**, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (Grifa-se)

Atividade econômica, portanto, é a atividade que se desenvolve na ordem econômica para produção ou circulação de bens ou prestação de serviços, a qual tem por base a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, visando assegurar a todos uma existência digna, estando garantido a todos o seu livre exercício, salvo disposição legal em contrário. Para os que são mais rigorosos, “a atividade econômica deve estar baseada e desenvolver-se segundo as leis do mercado, sem que haja outros limites que não aqueles estabelecidos pela própria Constituição.” (NAPOLITANO, 2004, p. 192)

Segundo Eros Roberto Grau (2005, p. 103 e 104), há duas espécies de atividade econômica (sentido amplo): a do serviço público, prestada por empresas públicas e sociedades de economia mista, e a atividade econômica em sentido estrito, que é a exercida pela iniciativa privada e a qual se refere esse trabalho. Eduardo Goulart Pimenta (2006, p. 66) menciona que:

Em uma ordem econômica baseada na livre iniciativa privada as diferentes modalidades de sociedades empresárias assumem fundamental papel. São elas que agrupam diferentes quantidades de capitais e pessoas com o objetivo de viabilizar e maximizar o exercício das atividades de produção ou distribuição de bens ou de serviços com **intuito lucrativo**. (Grifa-se)

Tem-se, então, que a atividade econômica empresarial, por si só, é uma atividade de risco que possui fins lucrativos e, para que a empresa possa desenvolver essa atividade,

necessária se faz a contratação de empregados para prestarem serviços e comporem seus quadros.

Nesse sentido, é relevante uma análise do contexto jurídico no qual se insere essa contratação e em que moldes de liberdade ela pode ocorrer, tendo em vista a livre iniciativa que norteia a atividade econômica a ser praticada pela empresa.

2 A autonomia da empresa e a liberdade de contratar os empregados

A princípio, toda e qualquer pessoa tem liberdade de escolher o que, quando, onde e com quem vai contratar. A liberdade de contratar está prevista expressamente no art. 421 do Código Civil, mas possui sua gênese em normas constitucionais, das quais podem ser extraídas a autonomia da vontade, a autonomia privada ou negocial e a livre iniciativa, que fundamentam a existência da liberdade de contratar da empresa.

O art. 5º, II da Constituição Federal estatui que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Pela leitura desse dispositivo constitucional, pode-se verificar que, se não há lei obrigando a fazer algo ou proibindo que se faça, a conduta é permitida.

Trata-se do princípio da legalidade, do qual podemos extrair, para o particular, a noção de autonomia da vontade, que é a autonomia dos particulares de possuírem uma vontade interna e de determinar-se livremente conforme essa vontade. Como afirma Ana Prata (1982, p. 10), “o negócio é a afirmação da liberdade da pessoa, o negócio é o efeito jurídico da vontade livre”. Então, no âmbito dos negócios, essa autonomia é conhecida como autonomia privada, e, sobre ela, Ana Prata (1982, p. 11) leciona que:

A autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se pois no poder *reconhecido* pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade (designadamente, a sua actividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos. (Grifo original)

A autonomia privada, então, pode ser entendida como o poder que a lei atribui aos indivíduos para se autorregular e estabelecerem suas próprias normas, aplicáveis em suas relações com outros particulares, a fim de gerirem seus interesses, encontrando limites na ordem legal imposta e, segundo Renata Nóbrega F. Moraes (2009, p. 212), “particulariza-se, sobretudo, na liberdade contratual ou negocial”. A liberdade de contratar decorre da

autonomia privada e permite ao particular, nos contratos que celebra, escolher com quem, quando e como contratar (MATIAS, 2007, p. 112).

Sendo assim, ao particular é assegurada a liberdade de contratar, decorrente de sua autonomia privada, podendo escolher livremente a pessoa com quem vai contratar, decidindo quando, como e em que termos o contrato será celebrado.

Pode-se afirmar que a autonomia privada é representada, do ponto de vista econômico, pela livre iniciativa, a qual, conforme mencionado alhures, foi prevista, ao lado da valorização do trabalho humano, como fundamento da ordem econômica, no *caput* do art. 170 da Constituição Federal, e também como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao lado dos valores sociais do trabalho, no art. 1º, IV.

Nesse sentido, Ana Prata (1982, p. 197) afirma que: “É comum ver entender que a autonomia privada constitui a expressão jurídica da livre iniciativa econômica privada.” De igual modo, Gabriela Mezzanotti (2003, p. 26) infere que: “Na esfera constitucional, a autonomia privada assume relevo no que se refere à garantia fundamental da iniciativa econômica, intimamente ligada ao tema da empresa”.

Observa-se a relação que a iniciativa econômica da empresa tem com sua autonomia privada, pois, para que ela possa desenvolver a atividade econômica a que se propõe, é necessário que possua liberdade de atuação nessa seara. Segundo Eros Roberto Grau (2005, p. 2003): “Uma das faces da livre iniciativa se expõe, ninguém o contesta, como liberdade econômica, ou liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa”.

Dessa maneira, a empresa possui autonomia privada para exercitar a atividade econômica, assegurada pela livre iniciativa, por meio da qual a Constituição lhe garante, dentre outras, a liberdade negocial para atuar na esfera econômica. Pode-se afirmar que a liberdade econômica ou de iniciativa econômica é necessária para que a empresa possa desenvolver suas atividades no setor privado.

Não é a toa que a Constituição Federal, no art. 174, ao reportar-se à atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica em sentido amplo, estipula que ele tem papel apenas indicativo para o exercício da atividade econômica em sentido estrito (realizada pelos particulares) e determinante para a do setor público (explorada excepcionalmente de forma direta pelo Estado, por meio de suas empresas públicas e sociedades de economia mista, na forma do art. 173 e § 1º), quanto às suas funções de fiscalizar, incentivar e planejar referida atividade.

Para Carlo José Napolitano (2004, p. 191 e 192), a livre iniciativa é um verdadeiro princípio e “deve ser compreendida como a possibilidade, no campo econômico, de decidir o

que fazer, como fazer e quando fazer, independentemente de autorização e determinação do Estado”, sendo caracterizada, nas palavras de Miguel Reale Júnior e David Teixeira de Azevedo (1995, p. 137 apud NAPOLITANO, 2004, p. 192), pela ‘livre eleição da atividade e dos meios de que se deve lançar mão na consecução da atividade econômica’.

Além de poder escolher a atividade que irá desenvolver no setor econômico, a empresa, por meio da livre iniciativa, possui liberdade para selecionar os instrumentos que entender necessários para organização dessa atividade, dentre eles os recursos materiais e humanos para sua realização.

O poder diretivo do empregador seria, então, uma das manifestações do princípio da livre iniciativa, e a livre escolha e contratação de seus empregados estariam embutidas dentro dessa liberdade da empresa.

3 A responsabilidade da empresa por atos de seus empregados

Uma vez contratado, o empregado, no exercício de seu trabalho, pratica atos em nome da empresa para que a atividade econômica possa ser desenvolvida. Por isso, o Código Civil dispõe, em seu art. 932, III, que o empregador é responsável pelos atos de seus empregados, “praticados no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele”.

Trata-se de responsabilidade civil objetiva da empresa por ato de outrem (empregado) e em relação a terceiros (clientes, outros empregados etc), de forma tal que, se ficar comprovado que seu empregado agiu com dolo ou culpa, causando danos e prejuízos a terceiros, a empresa responde civilmente pelo ato de ação ou omissão do empregado, independentemente de o empregador ter concorrido com dolo ou culpa para a prática do ato. Na verdade, há quem entenda que houve presunção de uma culpa *in eligendo* da empresa, pelo fato de ela ter selecionado mal seu empregado. (STOCO, 2004, p. 918-920) Explicando melhor essa responsabilidade, Rui Stoco (2004, p. 920) menciona:

Não se pode olvidar que a evolução da lei abandonando a culpa como pressuposto da responsabilidade, para abraçar a responsabilidade objetiva ou sem culpa, decorreu da adoção **da teoria do risco profissional**, ou seja, **o risco que deve ter o empregador pelo exercício de atividade lucrativa**, respondendo pelos comportamentos de seus funcionários que causem prejuízo a outrem. É a teoria do *ubi emolumentum, ibi onus*, ou seja, a responsabilidade deve recair sobre aquele que auferir os benefícios ou lucros da atividade que explora. (Grifa-se)

Dessa maneira, importante se faz que a empresa seja criteriosa no momento da seleção e escolha de seus empregados, pois, conforme já explanado, ela assume sozinha todos

os riscos da atividade econômica, respondendo, inclusive, pelos prejuízos que seus empregados causarem a terceiros durante o exercício do trabalho ou em sua função.

4 A não contratação de empregado com inidoneidade cadastral nos órgãos de proteção ao crédito

Analisou-se que a empresa possui autonomia privada e livre iniciativa para escolher o que, quando, como e com quem contratar, sendo a liberdade de contratar seus empregados uma liberdade da empresa decorrente de seu poder diretivo na relação de emprego.

De igual forma, verificou-se que a empresa exerce atividade econômica e dela assume sozinha todos os riscos advindos, inclusive o de responder pelos atos dos empregados que são praticados durante a prestação dos serviços ou em razão dela.

Não obstante tais constatações, uma questão que se coloca é se, diante de um processo seletivo para escolha de empregados para comporem seus quadros, a empresa poderia deixar de contratar trabalhadores candidatos pelo simples fato de possuírem inidoneidade cadastral nos órgãos de proteção ao crédito (SPC/SERASA), ou se tal conduta configuraria prática discriminatória proibida pelo ordenamento jurídico, ofensiva ao direito à igualdade de acesso ao emprego dos trabalhadores.

Uma recente decisão em sede de acórdão da segunda turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST – RR – 38100-27.2003.5.20.0005), publicada em 24 de fevereiro de 2012, que decidiu, por unanimidade, recurso de revista em uma ação civil pública (ACP), impetrada pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), referente à prática empresarial de não contratação de candidatos a vagas de emprego que estivessem com nome inscrito nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito (SPC/SERASA), após consulta prévia realizada pela empresa em processo de seleção.

Entendeu o *Parquet* trabalhista que houve discriminação no processo seletivo e invasão na intimidade dos candidatos, pois tal consulta e diferenciação entre trabalhadores seria injustificada, o que acarretaria dano moral coletivo, a ser compensado por meio do pagamento de indenização. Requereu, ainda, a imposição de obrigação de não fazer à empresa e a aplicação de multa por cada consulta que fosse realizada, com vistas a coibir a suposta prática discriminatória. Alegou que a conduta da empresa violou os artigos 1º, III; 3º, IV; 5º, X da Constituição Federal de 1988 e art. 1º da lei nº. 9.029/95.

O acórdão supramencionado foi alvo de severas críticas (MONTEIRO, 2012, p. 4-9), pelo fato de, diferentemente do que costumava ser decidido pelo TST, ter entendido que o empregador teria o direito, sim, de inadmitir ao emprego candidatos que possuíssem restrição ao crédito perante SPC/SERASA, pois não configuraria discriminação proibida no ordenamento jurídico, já que a conduta da empresa não se enquadraria em nenhum dos fatores de discriminação expressamente proibidos pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional. Vale destacar alguns trechos do referido acórdão, que se relacionam com a temática desse trabalho:

No mesmo sentido, não se reconhece a alegada violação direta e literal ao artigo 3º, IV, da CF/88, que também de forma genérica estabelece os ‘objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil’, dentre os quais ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.’

.....
Referido dispositivo, contudo, trata especificamente de práticas discriminatórias relacionadas a ‘motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade’, não tendo qualquer pertinência com a prática da reclamada em realizar prévia consulta sobre a conduta dos candidatos às vagas de trabalho disponibilizadas pela empresa.

Se não há qualquer vedação legal à própria existência de serviços de proteção ao crédito (SPC e SERASA), de registros policiais e judiciais, menos ainda poderia ocorrer quanto à possibilidade de algum interessado pesquisar tais dados, a fim de **melhor avaliar os riscos** a serem enfrentados caso decida realizar o negócio jurídico que tem em mente, e, mais especificamente, à contratação de empregados.

Como bem salientado pelo acórdão recorrido, ‘**não se pode retirar do empresário o direito de separar e escolher para o seu serviço**, dentre os candidatos que se apresentam, aqueles que são portadores das qualificações técnicas necessárias e cuja conduta pessoal não se desvia da normalidade’.

Se a Administração Pública, em praticamente todos os processos seletivos que realiza, exige dos candidatos, além do conhecimento técnico de cada área, inúmeros comprovantes de boa conduta e reputação, não há como vedar ao particular, no caso o empregador, o acesso a cadastros públicos como mais mecanismo de melhor selecionar candidatos às suas vagas de emprego, mesmo porque todos estes cadastros detém natureza pública, de acesso irrestrito a qualquer interessado, salvo as exceções legais. (Grifa-se)

De início, deve ser analisado que não só é direito do empregador selecionar e escolher livremente seus empregados, como também se faz necessário que ele aja com todo cuidado no momento dessa escolha, de forma a selecionar da melhor maneira possível os seus empregados, executores subordinados da atividade econômica da empresa, para que posteriormente não venha a se arrepender ou mesmo a responder perante terceiros em razão dessa má escolha.

Por outro lado, não se nega que a autonomia privada do empregador possua limites e que esses limites estejam estabelecidos na lei e na Constituição Federal e que devam ser

obedecidos, pois, embora implique liberdade, não significa arbítrio ou uma vontade sem limites. (MAILLART; SANCHES, 2011, p. 13-15)

Sendo assim, realmente, o empregador, quando do processo seletivo para contratação de novos empregados, deve se ater às proibições de discriminação estatuídas na Constituição Federal (art. 3º, IV e 7º, XXX) e leis infraconstitucionais trabalhistas (art. 1, “a” da Convenção nº. 111 da Organização Internacional do Trabalho e art. 1º da lei nº. 9.029/95), mas todas elas relacionam-se apenas a motivos que digam respeito a condições pessoais do empregado candidato, tais como: sexo, cor, idade, raça, origem, estado civil, religião, opinião política, ascendência nacional e situação familiar, e não à sua conduta pessoal, que é o fato dele não cumprir com suas obrigações contratuais, não honrando suas obrigações creditícias, motivo gerador da sua inadmissão ao emprego por parte da empresa, consoante está sendo analisado.

Dessa maneira, não se pode utilizar de interpretação extensiva para restringir um direito e poder, atribuído por lei ao empregador, quando a lei não o restringiu em relação à hipótese que se pretende. Nesse caso, a autonomia negocial privada da empresa se impõe, pois se constata a importância e a necessidade da liberdade de contratar que a empresa deve ter para admissão ou não desse tipo de empregado, que possui o crédito restrito.

Se a empresa é detentora do poder diretivo na relação de emprego e responde pelos danos que seus empregados causarem a terceiros no exercício das funções ou em razão delas, assumindo sozinha todos os riscos da atividade econômica que desenvolve, necessário se faz que tenha liberdade e autonomia na escolha de seus empregados.

Quando se analisa a culpa *in elegendo* presumida, para fins de responsabilização da empresa por ato de seu empregado, a qual se daria em razão da má escolha pela empresa do empregado que irá lhe representar, verifica-se uma imposição ou exigência de que a empresa seja diligente na eleição ou seleção dos empregados que atuarão em seu nome.

Negar esse direito à empresa é o mesmo que lhe atribuir uma responsabilidade por algo que não se justifica. Como a empresa seria responsabilizada por ter elegido mal um empregado, se a ela tiver sido negada a autonomia para sua livre contratação e escolha? Como se observa, isso não faria o menor sentido.

Não há lei, na ordem legal brasileira, que proíba a empresa de inadmitir empregados com restrição ao crédito junto ao SPC/SERASA, ainda que apenas por esse motivo, não tendo sido prevista essa conduta como prática discriminatória em nossa legislação, nem poderia ser, já que a liberdade na seleção e escolha de empregados é inerente ao poder diretivo das

empresas, as quais, como já explanado, respondem sozinhas pelos riscos de tal contratação e da atividade econômica a ser desenvolvida.

Outrossim, conforme já abordado, se não há proibição, a conduta do particular é permitida, não cabendo cogitar-se de interpretação extensiva de restrição a direito fundamental do empregador, qual seja o da sua liberdade de contratar, decorrente da autonomia privada e livre iniciativa que a Constituição lhe assegura.

De mais a mais, uma avaliação sobre a conduta pessoal do trabalhador de não honrar com suas obrigações e ser devedor inadimplente perante os órgãos de proteção ao crédito vai além de uma mera análise sobre sua regularidade financeira e maior potencialidade de causar danos patrimoniais à empresa ou a terceiros, abrangendo também um exame sobre a real eficiência do empregado. Se um empregado não sabe organizar suas próprias finanças, não conseguindo sequer administrar sua própria vida, como poderá ter organização e eficiência em suas atividades laborais cotidianas?

Nesse contexto, a empresa teria autonomia e liberdade de contratar os empregados com inidoneidade cadastral nos órgãos de proteção ao crédito da forma que entender melhor para a condução dos seus negócios e necessidades empresariais, pois essa prática é permitida no ordenamento jurídico pátrio e, como já foi afirmado, não configura ato ilícito de discriminação.

É, dessa maneira, direito da empresa a liberdade de escolher com quem quer contratar, os riscos que deseja assumir e até que ponto, não podendo o Estado, por meio do Poder Judiciário, intervir nessa escolha, já que não assumiria os riscos em seu lugar.

Ademais, conforme já fortemente mencionado, a Constituição Federal estatuiu o princípio da livre iniciativa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) e também da ordem econômica (art. 170, *caput*), devendo norteá-la, não havendo que se falar em intervenção estatal nessa seara, a fim de restringir a liberdade do empregador e impedir sua atuação, já que a conduta do particular não está vedada pelo ordenamento jurídico vigente, não havendo lei alguma que proíba a prática empresarial objeto de análise ou que imponha ação diversa.

Como bem salientado pela decisão acima referida, se nos processos seletivos da Administração Pública, no qual impera o princípio da legalidade administrativa (pelo qual ela só pode fazer o que a lei determina), o Estado costuma tomar precaução na escolha de seus servidores, exigindo inúmeros comprovantes de boa conduta e reputação, mediante previsão na legislação desse tipo de prática para selecionar pessoas para comporem seus quadros de pessoal, como, então, impedir o particular de tomar a mesma cautela para o preenchimento de

vagas de emprego em seus quadros funcionais, ainda mais quando em sua atuação impera a autonomia privada e a livre iniciativa, com liberdade para fazer ou deixar de fazer tudo o que a lei não lhe proíba ou imponha, respectivamente?

Comparando-se as duas situações, particular e administrativa, constata-se que não é a intenção do ordenamento jurídico coibir a liberdade de contratar da empresa em relação a esse aspecto, sendo plenamente justificáveis e até mesmo necessárias tais distinções de trabalhadores realizadas pelas empresas em processos seletivos de seus empregados. Não cabe, portanto, ao juiz restringir essa liberdade e autonomia da empresa na condução da atividade econômica a ser por ela desenvolvida.

Além disso, evidencia-se que é da natureza de qualquer contrato a consensualidade, a qual decorre da livre manifestação de vontade das partes contratantes no sentido de consentimento e anuência com o pacto a ser firmado. No contrato de trabalho não poderia ser diferente, exigindo-se, portanto, o ajuste de vontades, sem o qual, obviamente, não poderia haver sua formalização. Não deve, assim, o Estado interferir na liberdade de contratar da empresa, impondo limitações que a lei não trouxe à sua autonomia, pois, via de regra, não cabe ao Estado intervir na atividade empreendedora.

Por fim, passa-se agora a uma análise econômica do direito da situação objeto de estudo, qual seja a da inadmissão ao emprego de trabalhador que possua restrição ao crédito junto aos órgãos SPC/SERASA.

5 Uma análise econômica do direito

Antes de adentrar-se na análise econômica propriamente dita, faz-se importante tecer algumas considerações iniciais para posterior compreensão da abordagem.

Inicialmente, tem-se que a Economia, diferentemente do Direito, é uma ciência de observação e descrição do comportamento humano, com a análise das escolhas, para aferir a eficiência. Enquanto a Economia observa os comportamentos em busca de eficiência e possibilidade de melhorar sem ter perda, sempre decidindo de forma a causar o menor impacto possível (fazendo-se mais com os mesmos recursos ou o mesmo com menos recursos), o Direito normatiza com o objetivo de alcançar a justiça, funcionando suas normas como um sistema de incentivos (positivos ou negativos; fortes ou fracos) aos comportamentos humanos, mediante aplicação de multas para o caso de descumprimento e almejando sempre o cumprimento espontâneo das normas, as quais são cumpridas ou por convicção ou por medo

da sanção. Nesse sentido, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 83 e 84) asseveram que:

Assim, o movimento de Direito & Economia vem a ser uma corrente acadêmica de juristas e economistas que procura analisar o fenômeno jurídico sob uma óptica comum, baseada em princípios econômicos.

.....
Seus enunciados olham o direito como um sistema que aloca incentivos e responsabilidades dentro do sistema econômico, e que pode, e deve, ser analisado à luz de critérios econômicos, como o da eficiência.

Verifica-se uma importante ligação entre Direito e Economia, pela qual, para Elizabeth M.M.Q. Farina (2005, p. XIII), “a compreensão da relação entre justiça e eficiência vai se tornando cada vez mais premente.[...] Decisões judiciais que buscam fazer justiça desdobram-se em efeitos sobre a eficiência econômica.” Segundo Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 17): “O direito é, por excelência, um indutor de condutas; assim, a interseção entre os fenômenos econômicos e jurídicos deve perseguir o mesmo ideal de todas as áreas do conhecimento, qual seja, promover a justiça e a equidade do sistema social como um todo.” Sobre essa conexão entre Direito e Economia, Uinie Caminha e Juliana Cardoso Lima (2009, p. 2) lecionam que:

A ligação entre Direito e Economia resta incontestada, pois o direito estabelece normas aplicáveis aos fatos econômicos, e esses são objeto de estudo dos economistas. Nessa direção, o movimento do Law and Economics vem demonstrando o impacto que o direito exerce sobre a economia e avaliando como os instrumentos legais podem alocar incentivos e responsabilidades dentro do sistema econômico.

É nesse sentido que se constata a necessidade de observar o comportamento humano e avaliar os fenômenos jurídicos que afetam a vida dos indivíduos por meio da utilização de elementos da Economia para uma análise econômica, ou seja, entender o Direito sob uma perspectiva econômica. “Não é à toa que, de acordo com Posner, a função básica do direito, numa perspectiva econômica, seja manipular corretamente os incentivos.” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 90). Sobre a análise econômica do direito e o direito do trabalho, Carlos Henrique da Silva Zangrando (2009, p. 3) tece as seguintes considerações:

Colocando a questão de modo bastante superficial, a Análise Econômica do Direito entende que os processos legislativos devem buscar promover e promulgar *leis eficientes*, pois que os indivíduos respondem à lei de modo econômico. Do mesmo modo, deve o Poder Judiciário e os doutrinadores conceder a melhor interpretação da lei, de modo que promova a eficiência da norma, em todos os aspectos mensuráveis (econômico, social, político, democrático, sociológico etc.).

Conhecendo o comportamento induzido pela lei, podemos definir sua eficiência. Para tanto, é necessário conhecer como os indivíduos efetivamente reagem à lei, e qual comportamento, no mundo concreto, poderá ser tido como eficiente. Do mesmo modo, tomando-se em conta as decisões judiciais sobre determinado tema legal, o analista poderá interpretar as diferentes opiniões e comportamentos, e deles extrair um modelo econômico que sublinha a norma jurídica ou a decisão judicial. Daí se poderá afirmar se a norma ou a decisão judicial é ou não eficiente.

Analisou-se que a atividade empresarial é uma atividade econômica e, portanto, uma atividade de risco e de caráter lucrativo. Como os riscos são todos do empregador, cabe somente a ele avaliar quais os riscos deseja assumir no exercício dessa atividade, a começar pelos referentes ao negócio jurídico que deseja realizar, qual seja o da contratação de empregados para comporem o quadro de pessoal da empresa. Sobre o risco nos contratos, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 124-126) discorrem que:

[...] o contrato pode ajudar os agentes econômicos a reduzir o ônus imposto pelo risco à atividade econômica, e, dessa forma, contribuir para que se chegue a uma situação mais eficiente. [...]

.....
A incerteza, ou o risco, dependendo do caso, também afeta diretamente a performance do contrato. [...]

O risco existe e a forma de mitigá-lo (ou reduzi-lo) é celebrar um contrato em que se estimam condições e situações que possam ocorrer no seu cumprimento. O contrato desempenha, assim, uma função econômica: reduzir e, principalmente, alocar e distribuir riscos entre as partes.

Quanto mais riscos assumir e quão maiores forem esses riscos, mais prejuízos a empresa estará sujeita a sofrer e menores serão os lucros auferidos. Sendo assim, provavelmente o empresário não iria optar por contratar empregados que aumentassem os riscos da atividade. Se a empresa contratasse um empregado ineficiente, a produção provavelmente ficaria comprometida e, diminuindo-se a produção, diminuir-se-iam os lucros. De igual forma, se contratasse um empregado que sofria restrição ao crédito e, talvez por ser mais propenso, viesse ele a causar danos materiais à empresa e a terceiros (outros empregados ou mesmo clientes), a empresa seria responsabilizada e arcaria com os prejuízos. Sobre a eficiência contratual, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 120 e 121) abordam:

O que é *eficiência*? Em termos estritamente econômicos, eficiência se refere à relação entre os benefícios e os custos agregados a uma situação.

.....
Em matéria de contratos, típico mecanismo de distribuição de risco, a eficiência é um dos principais objetivos a ser atingido: um contrato deve permitir melhorar a situação individual dos contratantes, ou corre o risco de inexecuibilidade. (Grifo original)

Como consequência, a empresa poderia embutir esses prejuízos que obteve com a contratação errada de empregado dentro dos preços dos produtos que fornece ou da prestação de serviços, elevando os valores e prejudicando, por via de consequência, a coletividade consumidora, que é a destinatária final da atividade econômica por ela desenvolvida. Como relata Carlos Henrique da Silva Zangrando (2009, p. 3), “os indivíduos agem, de modo a maximizar seus benefícios, minimizando custos ou perdas”.

Como os custos da empresa seriam aumentados em razão da diminuição da produção e/ou prejuízos advindos da má contratação, ela provavelmente internalizaria isso no preço de seus produtos ou serviços, a fim de minorar suas perdas. Conforme Eduardo Gabriel Saad, José Eduardo Duarte Saad e Ana Maria Saad C. Branco (2010, p. 29), “a empresa não se furta à influência de fatores que podem: a) reduzir ou aumentar sua produção; b) baixar ou elevar o preço dos produtos; c) aumentar o contingente de empregados ou diminuí-lo”.

Uinie Caminha e Luís Bezerra Lima Neto (2007, p. 121) observam que a atividade empresarial exercida por uma sociedade produz efeitos além da esfera jurídica dos seus sócios, sendo “afetada pela solução da atividade produtiva uma cadeia de empregados, fornecedores, consumidores, entidades arrecadoras.”

Ademais, caso não se permitisse que a empresa utilizasse como um dos critérios de seleção de seus empregados a idoneidade cadastral deles perante os órgãos de proteção ao crédito, haveria, na verdade, uma distinção velada entre os candidatos cujos nomes estivessem inscritos nos cadastros de devedores e os que não possuíssem restrição ao crédito. A empresa não deixaria de diferenciá-los por esse motivo, apenas passaria a fazer isso de uma maneira oculta.

Isso tornaria o processo de seleção de empregados mais custoso tanto para a empresa como para os candidatos. A empresa teria um custo maior com essa seleção velada, pois não poderia mais transparecer todos os requisitos para a contratação, nem dizer claramente os critérios utilizados para escolher seus empregados em um processo de seleção; outrossim, os trabalhadores candidatos que possuíssem restrição ao crédito teriam seus custos aumentados, na medida em que despenderiam seu tempo e investiriam esforços para participarem da seleção, para depois serem excluídos do processo seletivo sem que soubessem o real motivo.

Como consequência, haveria, então, aumento dos custos de transação, pois Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 75) descrevem custos de transação como sendo os:

Custos incorridos pelos agentes econômicos na procura, na aquisição de informação e na negociação com outros agentes com vistas à realização de uma transação, assim como na tomada de decisão acerca da concretização ou não da transação e no monitoramento e na exigência do cumprimento, pela outra parte, do que foi negociado.

Um dos objetivos do Direito é diminuir os custos de transação. Segundo Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 73 e 74): “São cinco as atividades que tendem a ser necessárias para viabilizar uma transação: a busca pela informação; a negociação; a realização e a formalização dos contratos; o monitoramento; e a correta aplicação do contrato.”

Para que o sistema de incentivos apresentado pelo Direito para o cumprimento de suas normas seja eficiente é preciso que ele tenha como objetivos criar um ambiente seguro para que as normas sejam cumpridas, reduzir os custos de transação (prospecção, transação, fiscalização e cumprimento dos contratos) e preservar as avenças. Nesse sentido, com relação aos contratos em direito e economia, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 139) tratam que existem três funções para os contratos pela teoria da firma, aduzindo o seguinte:

[...] a função dos contratos pela Teoria da firma é, em larga escala, prover incentivos eficientes para que as partes tenham uma conduta coerente com os objetivos da empresa (Teoria da Agência), com a alocação eficiente dos riscos e a economia em custos de transação, em especial nos custos de monitorar a sua execução e remediá-lo em caso de inadimplência.

De mais a mais, em cada situação, a pessoa faz uma avaliação geral sobre o que é melhor para si, analisando qual seria a melhor forma de agir e calculando os custos de cada opção individualmente considerada, optando, então, por cumprir ou não as regras criadas pelo Direito, cumprir ou não os contratos firmados. Se as pessoas estão preferindo descumprir uma norma, por entender ser mais vantajoso, diz-se que o sistema de estabelecimento da norma e imposição de sua sanção é ineficiente, pois o Direito não deu a ela o incentivo que deveria ter dado para o seu cumprimento. Um incentivo errado pode fazer com que o sistema fique ineficiente. Com relação à análise de tais circunstâncias, há de ser notado que, conforme sustenta Carlos Henrique da Silva Zangrando (2009, p. 3):

Pode o analista econômico do Direito tentar prever o comportamento do Poder Legislativo, dada uma proposta efetuada por um de seus membros, ou algum projeto enviado pelo Poder Executivo, **ou ainda, como reagirá se o Poder Judiciário tomar a iniciativa de produzir sentenças aditivas ou interpretativas.**

E ainda num outro momento, pode o analista tentar **examinar a adequação de normas jurídicas às necessidades efetivas da sociedade.** Nesse passo, surge a questão da eficiência da norma, que já nos referimos anteriormente.

.....

Mais ainda, pode o analista examinar as decisões judiciais e verificar suas repercussões no campo social e econômico. Sob a justificação de ‘fazer justiça’, deve-se questionar exatamente: para quem? Se tivermos que beneficiar um indivíduo, ou uma categoria ou classe, em detrimento de outras categorias ou classes, e até de toda a sociedade, estaríamos realmente fazendo ‘justiça’?

Para a Análise Econômica do Direito, as decisões judiciais devem ser medidas única e exclusivamente pelas consequências que geram, e não simplesmente por fundamentos ideológicos ou pelo simples fato de serem ‘decisões judiciais’ fundadas em ‘lei’. Isso não é suficiente! **Todas as decisões devem ser medidas em relação aos seus efeitos à sociedade.** Baseia-se, assim, essa nova escola, em uma ‘ética consequencialista’. (Grifa-se)

Seguindo essa linha, é válido destacar que o acórdão da segunda turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST – RR – 38100-27.2003.5.20.0005) salienta, dentre outros, os seguintes trechos dos fundamentos da decisão do TRT da 20ª região, que, ao decidir a questão da inadmissão ao emprego de trabalhadores que sofram restrição ao crédito por possuírem o nome inscrito em cadastro de devedor inadimplente do SPC/SERASA, efetuou uma análise econômica do direito posto em discussão, argumentando o que se segue:

‘A inadimplência onera os preços dos produtos, sendo certo que em toda compra parcelada (crediário) ou mesmo nos empréstimos bancários, acrescenta-se ao valor real, além dos juros e taxas, também um percentual variável a título de risco de inadimplência. Conclui-se, portanto, que **toda a coletividade termina onerada pelo inadimplente, sendo certo que, sob esse aspecto, não se lhe há de dar tratamento igualitário.**’

Quem assume dívidas além de sua capacidade de pagamento e, por isso mesmo, descumpra o contrato e tem o seu nome inscrito no rol de maus pagadores pelos serviços de proteção ao crédito SPC ou SERASA (esta controlada pelo próprio Banco Central) não pode sentir-se ultrajado ou invadido em sua intimidade nem pretender indenização por dano moral (diga-se moral da qual não cuidou devidamente), quando tal fato é levado em consideração em um processo seletivo.’ (Grifa-se)

Tratou a decisão de analisar o efeito prejudicial à sociedade de uma internalização de externalidade, decorrente do aumento de custo ao sistema de fornecimento de crédito advindo pela inadimplência contratual e não pagamento de dívidas por parte daqueles que tiveram seus nomes inscritos nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, fato que não só oneraria o preço dos produtos, como também afetaria o sistema creditício como um todo, ocasionando ônus em prejuízo de toda a coletividade. Sobre a importância do crédito e da eficiência contratual para o desenvolvimento do mercado, Unie Caminha e Juliana Cardoso Lima (2009, p. 2-4) aduzem ainda que:

É difícil imaginar qualquer **desenvolvimento econômico** que não possua **ligação direta com um mercado de crédito.**

.....

O crédito e sua oferta à população é combustível indispensável para se atingir níveis desejáveis de crescimento. [...]

O crédito, basicamente, possibilita o investimento que catalisa o desenvolvimento econômico, permitindo que indivíduos saiam da linha da miséria e garantindo melhor e maior bem-estar social numa economia de mercado.

.....
A eficiência contratual é, portanto, aquela que **possibilita a cobrança e o cumprimento da promessa, devendo a lei garantir a execução dos contratos sob pena de desestimular a concessão do crédito e, conseqüentemente, paralisar ou retroceder o crescimento econômico da sociedade.** (Grifa-se)

Assim, o sistema não pode incentivar a quebra contratual. Se um dos objetivos do Direito é a preservação das avenças pelo devido cumprimento dos acordos, buscando que tais desvios de conduta (a pessoa se aproveitar do crédito e a confiança que nela depositaram para não honrar com suas obrigações contratuais, tornando-se devedora inadimplente) não ocorram, por que o Estado, por meio da figura do juiz, impediria a empresa de levar em consideração essa “conduta pessoal anormal” do trabalhador no momento da contratação? Que legitimidade teria o Estado-juiz de imiscuir-se na autonomia privada da empresa, restringindo-a, se a própria lei não impôs nenhuma limitação quanto a esse aspecto?

Na verdade, uma postura contrária, qual seja a de autorizar expressa e generalizadamente que as empresas deixem de contratar empregados por sofrerem restrição ao crédito, além de melhor coadunar-se com os objetivos do Direito, representaria um incentivo para que as pessoas levassem mais a sério o cumprimento de suas obrigações e o pagamento de suas dívidas. Se os devedores começassem a sofrer esse tipo de restrição, provavelmente pensariam melhor antes de tornarem-se inadimplentes. Carlos Henrique da Silva Zangrando (2009, p. 3 e 4) reflete que:

Dessa forma, a lei também pode ser compreendida sob uma ótica de maximização dos efeitos em relação ao **bem-estar geral** [...]

.....
Observa-se, portanto, que a análise econômica do Direito impregna de pragmatismo uma questão que, anteriormente, seria analisada sob ótica puramente jurídica, quando não ideológica, apontando de modo claro as conseqüências prováveis da execução da norma, como ela se encontra, e com isso se apresenta como útil ferramenta para o intérprete, para o profissional do Direito e também até mesmo para o criador do Direito, **para se prever qual será a reação das pessoas e da sociedade**, em face da criação ou alteração de uma norma jurídica, e, com isso, permitir que **melhor apreendam as conseqüências de seus atos, que tanto podem fazer florescer, quanto prejudicar a sociedade.** (Grifa-se)

Partindo-se de uma análise econômica da negociação contratual, especificamente sobre o exame da relevância que a reputação das partes possui no momento da negociação, tendo por base a avaliação e valoração de seus comportamentos anteriores, mencionando que

uma relação de confiança entre elas fornece informações para resolver problemas e reduzir os custos, Lidia María Rosa Garrido Cordobera (2008, p. 27) assim aborda:

Otro extremo que en la negociación se tiene en cuenta es la reputación de las partes, es lo que en el análisis económico se conoce como “mecanismo de Goodwill” que es una forma de reducción de inseguridad que se apoya en el principio de extrapolación, el comportamiento futuro de una persona se valora por su comportamiento en el pasado, este modo de análisis esta tan presente en nuestra vida cotidiana que motiva continuamente nuestras transacciones. [...]

.....
Vemos que las relaciones de confianza se establecen para resolver problemas de información y ahorrar en los costes [...] (Grifa-se)

Diante de todo o exposto, constata-se a possibilidade em no ordenamento jurídico brasileiro de a empresa deixar de contratar como seu empregado aquele trabalhador que sofra restrição ao crédito por possuir nome inscrito em cadastro de devedor inadimplente dos órgãos de proteção, tendo ela autonomia e liberdade para decidir contratar ou deixar de contratar tais empregados da forma que seja melhor para o desempenho da atividade econômica que desenvolve, buscando sempre amenizar ao máximo os riscos de sua atuação e reduzir os custos de transação, não cabendo ao Estado-juiz intervir nessa sua liberdade de livre selecionar e escolher os empregados que comporão seus quadros.

Conclusão

Foi realizada uma análise econômica da autonomia da empresa e a liberdade de contratar o empregado com inidoneidade cadastral nos órgãos de proteção ao crédito (SPC/SERASA).

Averiguou-se que a empresa exerce atividade econômica, com livre iniciativa, respondendo por todos os riscos dela advindos, inclusive de forma objetiva por atos danosos culposos praticados por seus empregados perante terceiros, possuindo autonomia privada negocial e liberdade para selecionar e escolher livremente seus empregados, podendo deixar de contratar os candidatos à vaga de emprego em seus quadros funcionais que possuam restrição ao crédito junto ao SPC/SERASA, se assim entender conveniente para o bom desempenho de suas atividades, pois isso faz parte do poder diretivo que possui na relação de emprego e refere-se à utilização de critério de distinção que tem por base a conduta pessoal do trabalhador e não sua condição pessoal, não configurando ato ilícito de discriminação proibida no ordenamento jurídico pátrio, pois não está prevista como tal nem na Constituição, nem nas leis infraconstitucionais.

Foi verificado que, como não há nenhuma norma jurídica proibindo a referida prática empresarial, não cabe ao Estado-juiz intervir na esfera de sua autonomia privada, impondo-lhe conduta que interfira na condução de seus negócios, pois somente a Constituição e a lei podem impor limites ou restrições ao exercício da liberdade de contratar, autonomia privada e livre iniciativa da empresa, que necessita dessa liberdade para desempenhar a atividade econômica e assumir os seus riscos.

Realizou-se uma análise econômica do direito na situação objeto de estudo e constatou-se que o Direito e a Economia estão ligados um ao outro. Aquele normatiza condutas e objetiva a justiça; essa observa comportamentos e busca a eficiência.

Observou-se que a contratação de empregados inadimplentes e que sofram restrição ao crédito pode implicar em assunção de um risco maior da atividade, com aumento de custos e prejuízos para a empresa, devido à probabilidade de ineficiência desses obreiros em não conseguirem organizar suas próprias finanças, o que pode ocasionar a diminuição da produção da empresa e aumentar o preço dos produtos que fornece ou serviços que presta, onerando toda a coletividade, consumidora de seus produtos e serviços.

Analisou-se que a proibição da utilização desse critério de distinção entre trabalhadores no processo de seleção de novos empregados, implicaria em aumento dos custos da transação, gerando uma seleção mais custosa tanto para a empresa, como para os candidatos à vaga de emprego que possuam o nome inscrito nos cadastros de inadimplentes dos órgãos de proteção ao crédito.

Percebe-se que o Direito funciona como um sistema de incentivos para cumprimento ou não de normas e, como tal, não pode incentivar o descumprimento de contratos, não proibindo a empresa de ter por base uma conduta pessoal de inadimplência para fins de não contratação de empregado em processo seletivo, inclusive porque o contrato de trabalho, como todo contrato, é consensual e baseado na confiança entre as partes, a qual é perfeitamente aferível com a análise da reputação.

Finalmente, pode-se concluir, em síntese, que a empresa possui autonomia privada, livre iniciativa e liberdade para contratar ou deixar de contratar o empregado que sofra restrição ao crédito, pois a livre seleção, escolha e contratação decorrem de seu poder diretivo na relação de emprego, não podendo o Estado-juiz se imiscuir na esfera privada e impor restrições a essa liberdade da empresa, pois a ordem jurídica não criou limitação nesse particular aspecto, pois não proibiu a conduta especificamente analisada.

Referências

BRASIL. Decreto- Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 16 out. 2012.

_____. Convenção nº. 111 da Organização Internacional do Trabalho. Discriminação em matéria de emprego e ocupação. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº. 104, de 24 de novembro de 1964. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/472>>. Acesso em: 18 out. 2012.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº. 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 abr. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9029.htm>. Acesso em: 18 out. 2012.

_____. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 out. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **TST- RR-38100-27.2003.5.20.0005**, Rel. Ministro RENATO DE LACERDA PAIVA, segunda turma, julgado em 24/2/2012. Inteiro teor do acórdão. Disponível em: <https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/?ui=2&ik=3754d2a464&view=att&th=139ea313dc0f9ae4&attid=0.1&disp=inline&realattid=f_h7dngiaw0&safe=1&zw&saduie=AG9B_P96e-G9lKVSFCrjaResIw42&sadet=1351907751217&sads=K6EjrpuK_eatfhIfxH_G0-gklm8&sadssc=1>. Acesso em: 22 out. 2012

CAMINHA, Unie. Notas sobre a sociedade simples no novo código civil. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza**. v. 11, p. 209-216, fev. 2006.

_____; LIMA NETO, Luís Bezerra. A resolução do vínculo societário por iniciativa do sócio: direito de recesso e função social da empresa. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza**. v. 12, p. 120-127, mar. 2007.

_____; LIMA, Juliana Cardoso. Poder Judiciário e crédito: Aplicação da teoria dos jogos. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza**. v. 14, p. 204-219, n. 1. 2009.

FARINA, Elizabeth M.M.Q. A firma não é uma firma. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Raquel. **Direito & Economia: Análise econômica do Direito e das organizações**. São Paulo: Elsevier, 2005.

GARRIDO CORDOBERA, Lidia María Rosa. *La negociación contractual y El análisis econômico*. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza**. v. 13, p. 21-28, n. 1, jan./jun. 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MAILLART, Adriana da Silva; SANCHES, Samyra Dal Farra Naspolini. Os limites à liberdade na autonomia privada. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza**. v. 16, n.1, p. 9-34, jan/jun. 2011.

MATIAS, João Luis Nogueira. O público e o privado na sociedade contemporânea e a liberdade de contratar. **Nomos: Revista do curso de mestrado de Direito da UFC**. v. 25, n. 26, p. 105-136, jan./jun. 2007.

MEZZANOTTI, Gabriela. **A disciplina da empresa: reflexos da autonomia privada e da solidariedade social**. Novo Hamburgo: Feevale, 2003.

MONTEIRO, Carolina Masotti. Contratação de empregados e a consulta prévia a órgãos de proteção ao crédito, judiciais e policiais. **Revista do Direito Trabalhista**. ano 18, n. 5, p. 5-9, mai. 2012.

MORAES, Renata Nóbrega Figueiredo. Colisão entre direitos fundamentais nas relações contratuais trabalhistas – autonomia privada *versus* direito à privacidade e intimidade do trabalhador. **Revista LTr Legislação do Trabalho**. ano 73, p. 212-217, fev. São Paulo, 2009.

NAPOLITANO, Carlo José. Do princípio da livre iniciativa na Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos**. Divisão Jurídica. Faculdade de Direito de Bauru. p. 191-196, mai./ago. 2004.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Atualidades. Análise econômica do direito e a regulamentação das sociedades empresariais brasileiras: entre a autonomia da vontade e a estrita legalidade. **Revista de direito mercantil: industrial econômico e financeiro**. v. 45, n. 142, p. 66-79, abr/jun. 2006.

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

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Livraria Almedina, 1982.

REALE JÚNIOR, Miguel; AZEVEDO, David Teixeira de. A ordem econômica na Constituição. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad C. **Consolidação das leis do trabalho comentada**. 43. ed. São Paulo: Ltr, 2010.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SZTAJN, Rachel. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no código civil brasileiro. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza**. v. 11, p. 192-202, fev. 2006.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Análise econômica do direito e o direito do trabalho. **Revista do direito trabalhista**. v. 15, p.3-4, n. 9, set. 2009.