

A REFORMA TRABALHISTA E A SEGURANÇA JURÍDICA: ANÁLISE CRÍTICA

LABOR REFORM AND LEGAL SAFETY: A CRITICAL ANALYSIS

João Bosco Pinto Lara*

RESUMO

O presente artigo analisa a Reforma Trabalhista, sob o prisma da segurança jurídica. Inicialmente, são apresentadas, ainda que de forma breve, notas dissonantes sobre o tema, tais como debates relacionados à (in)constitucionalidade da Lei n. 13.467/2017 e à interferência ideológica na aceitação, compreensão e interpretação do novo diploma legal. Para o autor, deve ser evitado o seguinte comportamento pelos atores coadjuvantes ou operadores intelectuais: a construção de uma realidade abstrata ou de um mundo ideal em conformidade com a ideologia pessoal, para, só depois, buscar-se o enquadramento do mundo real nas categorias jurídicas. Isso porque são inegáveis e inevitáveis os impactos da economia e da revolução tecnológica nas relações de trabalho; a produção tem um custo a ser pago; as decisões trabalhistas têm repercussões econômicas. Diante desse cenário, as mudanças trazidas pela Lei n. 13.467/2017 são benéficas, tornando-se urgentes e essenciais a flexibilização da legislação trabalhista e a superação da intervenção jurisprudencial trabalhista, a fim de garantir poder de negociação aos verdadeiros protagonistas das relações de trabalho.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Segurança jurídica. Economia. Revolução tecnológica. Custo da produção. Flexibilização das relações de trabalho. Superação da intervenção jurisprudencial trabalhista.

1 NOTAS DISSONANTES SOBRE O TEMA

O título para o artigo foi proposto pela coordenação da Revista, mas pode sugerir que não corresponda exatamente ao tema para quem, desde muito, tem ponto de vista favorável, e bem cristalizado, acerca da inadiável necessidade de uma profunda revisão e modernização da legislação trabalhista e das formas de regulação de trabalho humano no Brasil. Mais

* Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Professor da PUC/Minas de 1985 a 2002, licenciado.

do que isso, imagino e anseio que esta seja apenas uma primeira etapa de um processo que tenha continuidade em futuro próximo, embora já tenha sido suficientemente profunda e paradigmática para dar novas formas e novo conteúdo para a matéria.

Ao longo deste desprezioso artigo, depois de fazer uma análise favorável ao que propõe a Lei n.13.467, de 13 de julho de 2017, pretendo indicar alguns outros focos de mudança a serem perseguidos, de modo que a regulação do trabalho, para além de sua necessária atualização, possa retomar seu leito natural de clareza e de simplicidade, como convém a um conjunto de normas que se proponha a harmonizar as relações entre capital e trabalho num cenário irreversível de economia de mercado, e de dar segurança jurídica às partes do contrato de trabalho.

Também reputo inapropriado, uma vez aprovada a lei pelo Congresso e sancionada sem vetos pelo Poder Executivo, insistir em tratar do tema como se fosse ainda uma “reforma”, vale dizer, um processo de mudança em andamento. Não, pois o que se tem agora pela frente, depois de vencido o período da *vacatio legis*, é a fase de materialização das intenções do legislador como convém a todos aqueles que operam no vasto mundo das relações de trabalho, seja como seus atores principais, os empregados e empregadores e seus sindicatos, seja como seus atores coadjuvantes, os designados operadores do Direito do Trabalho. São estes últimos que devem dar os meios necessários para a solução das controvérsias que possam emergir de sua concretização, mas sempre lembrados que um dos principais vetores das mudanças foi dar protagonismo àqueles a quem de fato se destinam as normas legais.

Evidente que não se pode excluir, aprioristicamente, do Poder Judiciário trabalhista o papel de interpretá-las, sobretudo à luz da Constituição, e dar-lhes concretude nos conflitos que possam surgir do seu encontro com a realidade. Mas é fundamental que juízes, advogados e procuradores do trabalho tenham em mente que, como convém num país que se pretenda civilizado e numa democracia madura, proteção e segurança jurídica, além daquelas já fartas e dispensadas pela lei, devem ser perseguidas pelos seus atores principais. O Estado deve cuidar apenas, e bem, de modo eficiente e rápido, garantir a correta e segura aplicação de suas leis.

E por falar em sua inevitável interpretação pelo Judiciário trabalhista, desde sua formatação como lei e ao sair da Câmara para o Senado, surgiram os primeiros questionamentos acerca da constitucionalidade do próprio projeto ou de algumas de suas disposições, a depender da posição do crítico no espectro ideológico. Os partidos de oposição, muitas vezes alimentados por entidades e organizações corporativas atuantes fora do Congresso, mas com interesses diretos na matéria, sustentaram a sua completa

inconstitucionalidade com um fundamento único, espécie de mantra repetido à exaustão, de que ela “retiraria direitos dos trabalhadores”, que estariam historicamente assegurados na quase octogenária CLT e na CR/88.

Alguns menos afoitos, incluído aqui um coletivo de ministros do Tribunal Superior do Trabalho que encaminhou ao Senado longo e detalhado documento com apreciação exaustiva de todos seus artigos, seguem afirmando a inconstitucionalidade de vários dos seus dispositivos, já agora buscando razões em variados princípios constitucionais. Mas foi exatamente essa a trilha que ao longo dos últimos anos possibilitou construir o arcabouço normativo que as mudanças de agora põem em xeque, que foi a transformação da necessária proteção legal ao trabalho humano num cipoal complexo de normas e súmulas da jurisprudência, que veio a instalar de modo exacerbado e perigoso a insegurança nas relações do trabalho e fomentar enorme litigiosidade nessa seara, fazendo crescer de modo exponencial o número de demandas trabalhistas mesmo em recente período tido por muitos como de pleno emprego.

Daí que o tema proposto será examinado e discutido desde já e ao longo do artigo, reservando-se apenas um tópico final para as suas conclusões.

Há outros questionamentos pontuais de inconstitucionalidade, esses expostos com critérios de maior racionalidade, que nos primeiros anos de implantação e consolidação das mudanças deverão ser enfrentados pelo Judiciário; espera-se que com parcimônia e com segurança, pois o controle difuso de constitucionalidade das leis, sem embargo de sua necessidade e importância, é de pouco alcance e de quase nenhuma eficácia. Ao Supremo Tribunal Federal caberá o papel de dar a solução definitiva sobre as controvérsias de ordem constitucional, e o esperado é que a Justiça do Trabalho, ao contrário do vem ocorrendo em tempos recentes, não pretenda erigir uma jurisprudência de resistência na busca de reconstruir o arcabouço de normas e súmulas que a nova legislação pretende superar nos próximos anos.

A advertência seguinte diz respeito à forma, ao conteúdo e aos fins deste artigo dentro de um periódico que adquiriu ao longo de sua existência foros de publicação acreditada oficialmente junto a universidades e de outros órgãos oficiais de fomento e de incentivo à pesquisa. Neste momento ainda são escassos ou praticamente inexistentes trabalhos acadêmicos acerca da matéria, até mesmo porque foi na academia do Direito do Trabalho, pelas razões que serão alinhadas mais adiante, onde se ergueram um dos principais muros de resistência às mudanças introduzidas pela nova lei.

Dele resultará apenas uma reflexão embasada na experiência e na vivência de quem há mais de quatro décadas se dedica ao estudo e à aplicação prática do Direito do Trabalho em suas diversas áreas, na

advocacia, no magistério e na magistratura, com uma visão do mundo do trabalho que pretende ser moderna e atualizada (não pós-moderna, como querem muitos!), em sintonia com exigências que se colocam para além das fronteiras do Direito e do Judiciário. Por isso que as citações preferenciais serão de artigos e matérias de jornais que tratam com mais realidade e mais atualidade do problema instalado no campo da contratação do trabalho no Brasil.

Serão raras, portanto, citações doutrinárias e jurisprudenciais, mesmo sobre o antigo e tormentoso tema da segurança jurídica porque, como é de fácil apreensão, ele nem sempre foi central nas preocupações dos nossos juristas, do nosso sistema jurídico em toda sua abrangência, e muito menos no âmbito da nossa jurisprudência. Aqui a intenção é de utilização de dados e de estatísticas de fora da área do Direito, quase sempre ignorados pelos seus operadores, como se o Direito do Trabalho fosse uma ilha constituída de normas e princípios protetores dos denominados hipossuficientes, que de per si justificassem a sua existência e a sua independência, num isolamento que de tão absoluto levou ao completo desconhecimento, consciente ou não, de seus impactos na vida social e econômica do país.

Por fim, como quarta e última nota de esclarecimento, impõe-se dizer que qualquer estudo ou análise que se faça sobre o tema, ou sobre outros do Direito do Trabalho, eles virão sempre marcados pela visão ideológica do seu autor. Isso é inevitável se todos nossos atos e atitudes como humanos são plasmados de ideologia, quanto mais quaisquer atividades intelectuais.

Mas neste tema, é preciso esclarecer, há ideologias e ideologias. Há posições que não apenas são por elas infiltradas, o que é perfeitamente natural. Mas há muitas outras que devem ser rejeitadas quando venham adquirir papel transgressor ou destruidor de qualquer pensamento ou atitude racional em face do tema. Isto é comum no nosso meio, o dos atores coadjuvantes ou dos operadores intelectuais, onde os envolvidos primeiro constroem uma realidade abstrata ou um mundo ideal em conformidade com sua ideologia, para depois buscar enquadrar o mundo real nas suas categorias teóricas. Esse comportamento deve ser evitado, insiste-se, pois na medida em que todos se propuserem a refletir e indagar a partir de fatos e dados empíricos da realidade, e não de seus exclusivos pontos de vista sobre a realidade, aí teremos construído um microsistema jurídico de regulação e proteção do trabalho mais humano e justo, e mais proveitoso para seus atores e para a sociedade em geral.

2 A LEGITIMIDADE DAS MUDANÇAS E A ABUNDÂNCIA DE DEBATE SOBRE A MATÉRIA

2.1. Onde está a fonte legítima das mudanças

Diante da inarredável realidade da aprovação e sanção da Lei n. 13.467/17, os opositores e resistentes às mudanças, e seus críticos em geral, dedicam-se agora a três frentes de batalha, que não são estanques mas complementares. Como procurar-se-á demonstrar em seguida, são todos argumentos equivocados ou puramente artificiosos e servem apenas de cortina de fumaça para o questionamento de fundo, que será sempre o da posição contrária a qualquer proposta de mudança.

A primeira tenta desqualificá-la ao fundamento de que foi aprovada por um Congresso ilegítimo, espúrio e desacreditado da população no turbilhão da crise política que vive o país, além de ter sido proposta por um governo que teria chegado ao poder através do que muitos denominam “golpe parlamentar” (*sic!*). Acrescentam que o anteprojeto original enviado pelo executivo, no seu curso no parlamento teria sido radicalmente ampliado e alterado de modo a introduzir quase duas centenas de modificações na CLT, o que reforçaria a sua ilegitimidade. Essa vertente de resistência é puramente político-ideológica, e dela aqui me ocuparei em poucas linhas porque a discussão foge inteiramente do objetivo proposto para o artigo, e, também, da linha editorial da Revista.

Nos processos políticos de legitimação do poder numa sociedade democrática, e em qualquer canto do mundo, o que se dá através do sufrágio universal, vale dizer, do processo de eleições gerais, é possível e até previsível que os procedimentos utilizados para a sua concretização sejam maculados por falhas, anomalias diversas e, no limite, até por desvios éticos mais comprometedores de sua legitimidade. Isso ocorre em maior ou menor intensidade a depender do grau de progresso civilizatório das sociedades e da maturidade do seu sistema de representação política.

No caso do Brasil são antigas e quase monocórdias, embora verdadeiras, as críticas que se levantam sobre nosso processo político-eleitoral, perpassado de disfunções e irregularidades as mais diversas. O exemplo clássico é o modo de financiamento das campanhas eleitorais e o seu custo astronômico, aspectos que agora foram postos a nu em razão das ações ante corrupção exigidas pela população, e colocadas em prática por diversas esferas de atuação do Estado, principalmente pelos órgãos de investigação criminal, que são o Ministério Público e a Polícia judiciária, e pelo Poder Judiciário.

Há também as evidentes distorções e disfuncionalidades do antigo sistema de escolha da nossa representação política no Congresso, nunca resolvidas por uma necessária e indispensável reforma política, sempre prometida e nunca concretizada; ao contrário, quando nossos representantes no Parlamento se propõem a fazê-la, o pessimismo é generalizado, pois o resultado poderá ser sempre o da piora do sistema e

do aprofundamento das suas distorções, pois seu único e imediato interesse é a manutenção do seu mandato e do seu lugar nos diversos espaços ou nichos de poder político.

É com uma representação política dessa qualidade que convivemos há décadas, e a única distinção deste momento específico com um passado remoto ou mais recente é que agora há uma espécie de “purgação” pública dos hediondos pecados dessa velha estrutura. Nada mais do que isso! Daí por que soa como mero oportunismo político, com todo respeito aos defensores da tese, buscar desqualificar a nova legislação por esse caminho. Essa é a representação política que temos em todos os poderes da República, principalmente no Congresso Nacional, e que foi extraída das últimas eleições gerais do ano de 2014. Inclusive para o Poder Executivo, hoje sob comando do vice-presidente da República eleito na forma da Constituição. O país simplesmente não pode cruzar os braços e parar à espera das eleições gerais vindouras, sob pena de cair em perigoso sistema de anomia constitucional e legal ou de entrar em convulsão política radicalizada como se tem visto mundo afora e entre alguns de nossos vizinhos sul-americanos.

Se a crise política é uma realidade inafastável, também é imperioso que as instituições da República, com os homens que estão à sua frente, eleitos ou ungidos pelo concurso público como no caso do Poder Judiciário e seus órgãos complementares, continuem funcionando e cumprindo o papel que lhes é atribuído pela Constituição. Por isso espanta-me que aqueles que se dizem juristas ou pensadores do Direito assumam igual posição, de tentar resistir ou “salgar” todos os resultados das atividades do atual Congresso. Assim fosse, tudo o que ele produziu nas últimas décadas, pelo menos a partir do marco institucional criado pela Constituição da República de 1988, de bom ou de ruim, de útil e proveitoso ou de imprestável, estaria irremediavelmente perdido. Pensar assim é sucumbir ao fantasma da tentação autoritária, pois somente eleições gerais, livres de manipulações e de irregularidades, são o remédio eficaz para a nossa profunda crise de representação política.

Por falar em legitimidade como fonte de regras destinadas a regular o mercado de trabalho, essa vertente crítica demonstra não ter compreendido um dos principais vetores das mudanças. Sabe-se que o principal fator de instabilidade, de insegurança e de excessiva oneração de custos na contratação do trabalho no Brasil é o conhecido ativismo judicial, que campeia leve e solto nas hostes do Judiciário trabalhista, e tem como seu *front* principal a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Só não concordam com este diagnóstico aqueles que o praticam ou que dele se beneficiam, e o fazem ancorados no mais dissimulado solipsismo.

A proliferação de súmulas e orientações jurisprudenciais editadas pelo TST nos últimos anos, que hoje chegam à casa de 1.300 verbetes no seu

conjunto, e mais recentemente as centenas de súmulas dos Tribunais Regionais do Trabalho editadas a partir da vigência da Lei n. 13.015, de 2014, é a maior responsável pela insegurança jurídica e pelo aumento astronômico dos custos da contratação do trabalho no Brasil. Fossem elas verdadeiras súmulas, e a quantidade por si só já seria um absurdo, grande parte é escancaradamente invasiva do poder e da competência para legislar do Congresso. Este processo de criação de súmulas busca impor obrigações de pagar e de fazer aos empregadores que só seriam admissíveis através de norma legal em observância ao princípio fundante do Estado Democrático de Direito, que está expresso no artigo 5º, inciso II, ao fixar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.” Os exemplos são numerosos e alguns serão lembrados na finalização deste artigo. Elas só fizeram aprofundar a indesejada complexidade e a esquizofrenia que já eram a tônica da nossa legislação.

Como, então, negar legitimidade a uma mudança legislativa aprovada por ampla maioria nas duas casas do Congresso sem se questionar sobre a legitimidade dos seus próprios atos?

2.2. A modernização trabalhista como reforma microeconômica

Há também o imperativo das inadiáveis reformas fiscais e econômicas de que necessita o país, e dentre estas últimas estão a reforma tributária e a modernização das leis trabalhistas, além de muitas outras que já estão em discussão e que de tão urgentes seriam para ontem, sob pena de que o Estado venha a sucumbir a uma das maiores crises fiscais de sua história. Embora antiga, ela foi anabolizada pela crise econômica legada ao país pelas equivocadas políticas econômicas implementadas sobretudo a partir de 2007, fato que é consensual aqui e mundo afora entre economistas e analistas não comprometidos, política ou ideologicamente, com o que se ousou denominar “A Nova Matriz Econômica”.

Sabe-se que as mudanças implementadas na política econômica a partir de então desaguaram na maior crise já vivida pela economia brasileira em todos os tempos. A recessão já mostrava suas garras no segundo trimestre de 2014, ano das eleições gerais, e só fez se aprofundar nos anos seguintes. De lá para cá o Produto Interno Bruto (PIB) levou um tombo de quase 10% e somente agora, em meados de 2017, depois de tentativas não muito convincentes e persistentes de implantação de um regime de austeridade fiscal, nos limites da crise política, é que ela dá mostras de recuperação. Com ela veio a maior onda de desemprego e de desocupação já experimentada pela população trabalhadora. Há muito já se sabia que esse período de crescimento da economia, que foi impulsionado pelo mercado mundial de *commodities* e pela expansão do consumo a custos sociais e

econômicos altíssimos, teria significado apenas um “voo de galinha” no jargão dos economistas. Vivemos ali uma verdadeira euforia no mercado de trabalho, com alardeado pleno emprego e com aumentos reais de salários, inclusive do mínimo legal, mas paradoxalmente o número de demandas trabalhistas só fez aumentar e hoje chega à casa de quase quatro milhões de novos processos por ano.

Esse conjunto de políticas econômicas equivocadas empurraram o Estado brasileiro para a maior crise fiscal de sua história, crise essa que já vinha se desenhando ao longo das duas últimas décadas, simplesmente porque ele já não consegue mais sustentar e financiar os gastos para a manutenção do modelo de organização da sociedade que escolhemos desde a Constituição de 1988. A realidade inelutável, que muitos nós se recusam a enxergar, é que andamos para trás. O país e a sociedade empobreceram nos últimos anos, e a palavra de ordem agora é reformular e sobreviver. E se não reformar, é sucumbir.

O aparelho estatal no seu conjunto, com todo o complexo de seus órgãos, inclusive os do Judiciário, está no olho deste furação. As experiências dramáticas hoje já vividas por alguns Estados da Federação, cujo exemplo mais notório e chocante é o do Estado do Rio de Janeiro, alertam para esse eminente perigo. Daí a conclusão de que não há como manter o crescimento e a expansão da estrutura física e do capital humano da Justiça do Trabalho na linha experimentada nas duas últimas décadas, e por isso é fundamental que se faça um diagnóstico realista do crescimento exponencial do número de ações trabalhistas no mesmo período, e as mudanças miram de frente essa realidade.

A expansão do emprego a partir de 2005 se deu quase que exclusivamente no setor de serviços, e em alguns outros setores da economia que foram eleitos pelas equivocadas políticas econômicas setoriais, como o de óleo e gás, das indústrias naval e automobilística, e da construção civil, esta impulsionada por algumas políticas sociais. O setor industrial de maior tradição, motor do crescimento econômico sustentável, só veio definhando nos últimos anos e, quando passa o período de bonança acima mencionado, vem o choque dilacerante do desemprego. Por isso torna-se fundamental reinventar os mecanismos duradouros de perpetuação do mercado de trabalho, o que passa também pela reinvenção dos modos de contratação do trabalho e de manutenção do emprego, ainda que em tempos desfavoráveis de desemprego estrutural resultante das novas tecnologias.

É um equívoco sustentar, como querem alguns, que as mudanças na legislação trabalhista significaram “mudanças estruturais” no campo do direito ou da economia, ou que “destruíram as bases sociológicas do trabalho”. A afirmação não se sustenta, pois se trata apenas de uma reforma “microeconômica” e setorial, ainda que com grande possibilidade de impacto

na economia e no crescimento econômico, a conferir no futuro próximo. As estruturas fundamentais do Direito do Trabalho, e que dão sustentação jurídico-legal às suas “bases sociológicas e econômicas”, permanecem inalteradas e intocadas na Constituição, o que deveria servir de ponto de partida para qualquer discussão intelectual sobre a matéria, que se pretenda minimamente honesta.

Já se disse acima que o processo de mudanças precisa avançar para, aí sim, atacar algumas dessas “bases” que são arcaicas e autoritárias, ainda ancoradas na Constituição e na CLT. Todos são unânimes em clamar pela sempre desejada e jamais concretizada pluralidade sindical, a liberdade total na forma de criar e organizar sindicatos e de legitimar a sua representação. Há outros exemplos a indicar urgentes alterações legislativas na CLT, como a permanência dentro do seu bojo de verdadeiros estatutos para determinadas corporações, o que permite criar diversas categorias de trabalhadores: os agraciados pela lei com direitos e vantagens especiais, e os outros. Pergunta-se, exemplificando, qual a justificativa da permanência de um estatuto diferenciado para os trabalhadores bancários, inclusive com a regalia de uma jornada de trabalho reduzida e que tem sido fonte de centenas de milhares de ações trabalhistas?

Sabe-se que o corporativismo ainda está impregnado nas nossas instituições, e em especial nas trabalhistas. O cientista político MARCUS ANDRÉ MELO, da UFPE, em recente artigo publicado no caderno *ilustríssima* da *Folha de São Paulo*, de 31.01.2016, bem ilustra a situação:

[...] Torres também forneceu a chave para a fórmula da disjunção “país legal *versus* país real”. Não adiantava insistir, como seu adversário Rui Barbosa, em fazer cumprir a letra da lei, mas reconhecer o “idealismo da constituição”, e superá-lo. Em livro com esse título, Oliveira Vianna sustentou que o remédio para essa disjunção era um Estado forte que asseguraria seus interesses contra os interesses mesquinhos, porque privados, dos clãs familiares. Para isso seria necessário passar por cima da Constituição artificial, porque liberal, ou elaborar uma carta constitucional em que o império da lei fosse uma ficção. CORPORATIVISMO. Barbosa Lima Sobrinho, em sua biografia de Torres, mostra a influência decisiva dessa agenda na criação das instituições da Era Vargas - cujos principais atores políticos reuniam-se na Sociedade dos Amigos de Alberto Torres, fundada em 1932. Um dos seus membros, Oliveira Vianna, foi artífice de instituições com as quais convivemos até hoje, as estruturas corporativistas que regulam o mercado de trabalho no Brasil: a Justiça do Trabalho, o imposto sindical, a unicidade sindical, o IAA (Instituto do Açúcar e do Alcool), o IBC (Instituto Brasileiro do Café) e outros órgãos do intervencionismo econômico, como o Código de Águas e de Minas - a lista é longa.

Vianna flertou abertamente com o racismo e o fascismo, mas a maioria dos arquitetos do Brasil contemporâneo não aderiu abertamente a projetos totalitários. A historiografia brasileira criou uma expressão própria para identificar o conteúdo substantivo do programa desses publicistas: “liberais autoritários”, por buscarem fortalecer direitos individuais a partir de instrumentos autoritários. Na balança, na realidade, esses direitos pesavam muito menos do que a razão de Estado.

É fundamental enfatizar que Uruguai, Torres e Oliveira Vianna não eram liberais. Não moldaram apenas a visão de mundo dos brasileiros, tal como Sérgio Buarque de Holanda. Uruguai, Torres e Oliveira foram todos membros de cortes superiores e presidentes de província e Estados - além de ministros. Foram homens de Estado, construtores de instituições. Influenciaram gerações de militares golpistas e a esquerda brasileira.

A rejeição ao liberalismo naquele contexto não foi um fenômeno brasileiro - só que no Brasil - deitou raízes que permanecem até hoje. As democracias maduras fortaleceram o Poder Executivo e aprofundaram a democracia; no Brasil só fizeram a primeira tarefa, não a segunda, e extirparam a dimensão iliberal. Muitas instituições (do mercado de trabalho etc.) continuam intactas até hoje e apresentam patologias desconhecidas no resto do mundo (como a existência de 38 mil sindicatos inorgânicos). [...]¹

Extrai-se dessa passagem de seu artigo que o corporativismo e o autoritarismo, travestidos de suposta proteção do Estado ao trabalhador, persistem como pedras angulares de muitas das instituições, sobretudo daquelas do mundo do trabalho, e por isso as mudanças precisam avançar.

Já os muitos questionamentos no campo das alegadas inconstitucionalidades da lei poderão ser aqui referidos quando necessários ao enfrentamento do tema da segurança jurídica, que é um dos propósitos maiores das mudanças. Eles não são objeto do artigo, mas neles se estabelece nesse momento o principal patamar de resistência de implantação das mudanças por parte daqueles que sempre a elas se opuseram.

2.3. A exaustão do debate sobre a matéria

A última frente de resistência, digamos, mais contida e igualmente equivocada, sustenta que tudo foi aprovado de modo açodado e sem o necessário debate ou discussão com a sociedade ou com seus segmentos diretamente interessados na matéria.

¹ MELO, Marcus André. FOLHA DE SÃO PAULO, Caderno Ilustríssima, domingo, 31 de janeiro de 2016.

De fato, as discussões sobre a matéria só viralizaram ao longo da tramitação do projeto de lei, e quase todas acaloradas, primeiro em razão das resistências a qualquer mudança de regulação que se proponha a realizar em área tão sensível da vida em sociedade que é o mundo do trabalho; e segundo, em razão de resistências irrefletidas de muitos setores da sociedade envolvidos na matéria que simplesmente se posicionavam contra, por entender que o aparato de legislação e jurisprudência trabalhistas em vigor seria o “ideal”, sempre o ideal, para a proteção do trabalhador.

Suponho que os críticos não estejam querendo sustentar que a matéria, embora tenha impacto direto na vida de trabalhadores e empregadores e da sociedade como um todo, devesse ser discutida e aprovada por toda a população ou por toda sociedade numa forma de democracia direta. Ocorre que medidas dessa natureza, dado o seu alto grau de tecnicidade, devem ser discutidas e aprovadas em foros de representação dos interessados que tenham capacidade de compreendê-las em todo o seu alcance, porque aqueles que verdadeiramente poderão ter sua vida afetada por sua implementação não terão a mínima condição de fazê-lo, a não ser que se descambe para democratismos ou populismos incompatíveis com a verdadeira democracia e com os imperativos de um Estado moderno. É o caso típico da inadiável Reforma do Sistema Previdenciário, que tem despertado tantas paixões mas que deve se pautar, antes de tudo, por estudos econômicos, estatísticos e demográficos; mais do que isso, deve perseguir a criação de um sistema mais justo e igualitário para todos os trabalhadores, do serviço público e da iniciativa privada.

O problema é que os interesses das corporações encontram sempre mais eco na sociedade, pois se apresentarão sempre embalados pelo discurso de que “[...] as reformas retiram direitos dos trabalhadores e dos cidadãos de um modo geral [...]”, mas nunca se propõem a discutir o seu mérito. Por isso não impressiona que pesquisas de opinião tenham apontado que parte expressiva da população se opunha às mudanças na legislação trabalhista, assim como se oporá à reforma da Previdência. Trata-se apenas de opinião ou de avaliação política, que, sem embargo de sua importância como orientação para formulação de políticas públicas, são destituídas de qualquer fundamento racional ou científico que seja decisivo para a adoção das medidas.

Ouvi muito por aí, quando indagava àqueles do nosso meio sobre as propostas, um sonoro “sou contra”; e, quando perguntava ao interlocutor se pelo menos havia lido o projeto de lei, a resposta era invariavelmente a mesma: “não, não li”; isso de pronto me remetia à personagem de um dos Quadrinhos que mais marcou a minha juventude de militância política, a Mafalda do argentino Quino, com a famosa frase: “*hay gobierno, soy contra*”. Há muitas críticas no sentido de que não teria havido debate suficiente da matéria, e muitas delas externadas por pessoas que alternaram a posição

inicial de “ser contra” para outra forma de resistência em face da nova realidade que surge com a proximidade de vigência da nova legislação, mas elas não procedem pelo menos no âmbito de um debate intelectual franco e honesto.

Explica-se. Há muitos anos sustento que os debates nos arraiais do Direito do Trabalho, na academia, na doutrina e no âmbito da jurisprudência, transformaram-se num verdadeiro samba de uma nota só. Não havia propriamente debate ou diálogo, pois eles estavam há décadas interditados por um pensamento dominante e massificante sobre o Direito do Trabalho. (Com a lembrança de que essa divisão por áreas ou setores de atuação não é estanque, ao contrário, nem existe, se considerarmos que uns e outros atores atuam em todos eles, na medida em que professores, acadêmicos, juizes, procuradores e advogados transitam de um para outro papel, mas sempre interpretando o mesmo texto. E isto nos diferencia sobremaneira de culturas de países mais desenvolvidos, onde esses papéis costumam ser bem demarcados e distribuídos, vale dizer, os juizes têm atuação quase que exclusiva na jurisdição, idem os professores na academia e os advogados na sua área profissional).

Por isso que dos bancos das faculdades de Direito às escolas judiciais de formação inicial de juizes, e nas sessões de julgamentos dos tribunais, o pensamento único ainda é massacrante. Qualquer voz de resistência não tem espaço para fazer-se ouvir ou logo recebe um rótulo qualquer, que pode variar de intensidade ou de qualidade a depender do nível de politização e de ideologização do debate: pensamento de “direita” ou “neoliberal”, “juiz patronal” ou “defensor do capital”. Simplesmente não se permite que visões diferenciadas do mundo das relações do trabalho apareçam e sobrevivam, ainda que fundamentadas em dados empíricos da realidade, em levantamentos estatísticos ou em demonstrações de que há algo de equivocado, para dizer o menos, nessa unanimidade.

Estabeleceu-se, na verdade, um verdadeiro fundamentalismo nessa área, e com isso surgiu uma minoridade oprimida composta daqueles que procuram enxergar o vasto mundo das relações do trabalho com lentes mais realistas e menos românticas, por assim dizer, dado que a realidade da economia de mercado é insuperável e que sem empresas ou empreendedores não haverá emprego. Trata-se, sim, de discurso opressivo e autoritário, muitas vezes traduzido e revelado em puro *marketing* da ideologia do politicamente correto que se instalou em nosso meio: pensar, escrever e julgar fora daquilo que essa maioria estabeleceu, de forma autoritária, como revelador dos interesses da classe trabalhadora e dos oprimidos é ser contra tais interesses. Ponto final!

Ocorre que esse fenômeno não é exclusivo do Direito do Trabalho. Nas faculdades de Direito ele se espalhou por muitas outras especialidades,

embora não tivesse delas se assenhorado como aconteceu por aqui. Ele se inscreve num universo maior, que ocorre sobretudo nas denominadas áreas de Humanidades ou das Ciências Humanas, onde a ideologia de esquerda empolgou o poder e estabeleceu-se de forma avassaladora, quase definitiva, saltando das universidades para a cultura em geral. A tal ponto que um dos escritores e pensadores vivos e mais celebrados da literatura de língua latina, o Prêmio Nobel de Literatura Mario Vargas Llosa, de passado de militância na esquerda como o autor deste pequeno artigo, tenha dito com propriedade que “[...] o único setor da vida humana em que a esquerda não fracassou foi na cultura.”

Constata-se sem maior esforço que há antigo e farto debate nessa área, e talvez seja no Direito do Trabalho onde tenha ocorrido nas últimas décadas, em razão da radicalizada militância da sua vanguarda intelectual, o maior número de eventos os mais variados, de publicações de livros, revistas e artigos. É uma das poucas áreas do Direito que conta com muitas editoras exclusivas e especializadas. Basta uma visita às livrarias jurídicas para ver o quanto se publica sobre temas trabalhistas, e num grau de teorização e de sofisticação de fazer inveja aos outros ramos do Direito. Esse movimento tem um significado óbvio: abriu-se um vasto e promissor mercado para seus intelectuais e operadores, o mesmo “mercado” tão demonizado nos seus escritos, e exatamente como ressonância do crescimento descomunal do número de ações trabalhistas e do agigantamento da estrutura da Justiça do Trabalho, num movimento simbiótico, interpenetrado e de mão dupla.

Essa visão de mundo se materializou entre nós na ditadura dos princípios, que saltou rapidamente da doutrina para a jurisprudência dando margem aos seus ímpetus criativos, em muitas situações à margem e em confronto com o direito legislado. O juiz do trabalho, quando pretende imprimir nas suas decisões essa visão de mundo, abandona o texto da lei e vai fundamentar suas decisões em um princípio qualquer, desde aqueles mais nobres instalados na Constituição até em outros mais mambembes e prosaicos, como um tal “princípio circular atrativo do salário” (*sic!*), apenas para dar um exemplo do exotismo que aqui se instalou em larga escala. Há, por exemplo, condenações “por dano existencial” (*sic!*) ou por “*dumping social*” (*sic!*) dentre outras esquisitices. O resultado é sabido: mais e mais ações trabalhistas, com pesados custos para a produção de bens e serviços e para os cofres públicos.

Trago aqui uma pequena citação de uma obra que considero indispensável, e da qual recomendo a leitura por todos envolvidos nesse debate. Trata-se de interessante livro de CARLOS ARI SUNDFELD, publicista e professor da graduação e da pós-graduação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de SP. Tome-se a obra como um todo, apenas

substituindo onde está escrito “direito público ou administrativo” por “direito do trabalho”, e teremos um retrato perfeito da situação acima descrita. Apenas para deleite dos leitores, veja-se:

Vive-se hoje um ambiente de “geleia geral” no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão. O objetivo deste ensaio é opor-se a essa deterioração da qualidade do debate jurídico.

O profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito.

Opondo-se à maré, este artigo sustenta a tese de que, ao deliberar com base em textos normativos de extrema indeterminação (em princípios), o juiz tem de suportar o ônus da competência e o ônus do regulador.

Como não há fundamento algum para a presunção absoluta de que é do Judiciário, e não de outros órgãos, a competência para construir soluções jurídicas específicas a partir de princípios, sua intervenção em cada caso depende de elementos especiais de ordem institucional que a justifiquem, e eles têm de ser identificados pela decisão (ônus da competência).

Ademais, a simples pertinência do princípio ao caso não é bastante para justificar a solução específica, sendo indispensável formular de modo explícito a regra geral que se vai aplicar, justificando-a com a análise profunda das alternativas existentes, de seus custos e, ainda, de seus possíveis efeitos positivos e negativos (ônus do regulador).²

A polarização do discurso político e ideológico, que também passou a exercer forte influência nos destinos da humanidade quando surge como espécie de reação à derrocada do “socialismo real”, que se deu com o fato simbólico da derrubada do Muro de Berlim, teve efeitos devastadores na nossa área de estudo e de conhecimento. Não no mundo do trabalho como realidade, pois este é resultado das relações que se travam no plano da economia real e seguiu normalmente o seu curso histórico; mas sim no trabalho e na atividade daqueles que operam dentro do aparato teórico e jurídico que lhe dá sustentação institucional.

As posições teóricas e doutrinárias se acirraram de tal modo que o debate se empobreceu e ficou reduzido a rotulações e clichês de lado a lado. E com a hegemonia alcançada pelo denominado pensamento de

² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2014. p. 205-206.

esquerda o debate simplesmente desapareceu (com a lembrança, como já referido, de que, diante da sua aceitação fácil e irrefletida no âmbito da sociedade, esse discurso sedutor espalhou seu domínio para toda a área da cultura).

Nas últimas décadas nunca se produziu ou se ganhou tanto, em termos financeiros, na sombra do Direito do Trabalho: no magistério, nos cursos de especialização e de pós-graduação; nas palestras e nos seminários; com a publicação de livros e revistas especializados; nos cursos preparatórios para as carreiras jurídicas da área; mas, especialmente, na advocacia trabalhista de empregados, realizada dentro e fora dos sindicatos.

Ah, na advocacia! Quem como eu, que militei na advocacia trabalhista e sindical em favor dos trabalhadores por quase 12 anos no final dos anos 70 e nos anos 80, lembra perfeitamente dos tempos românticos dessa advocacia, que se fazia quase que exclusivamente dentro dos departamentos jurídicos dos sindicatos, com modesta remuneração e com raríssimos e minguados honorários profissionais, um verdadeiro sacerdócio!

Todos naqueles tempos, professores, juízes e advogados, militavam em torno de uma causa nobre. No plano dos direitos individuais, ela se localizava na solução de autênticos conflitos trabalhistas, de verdadeiro fundo sociológico e econômico, pois os trabalhadores não tinham acesso à rede de informações que chegou com a revolução tecnológica e com a era digital; na sua expressiva maioria eram os verdadeiros hipossuficientes da relação de emprego, principalmente em razão de sua esquálida informação sobre a realidade do mundo.

No plano do direito coletivo alguns sindicatos ensaiavam a busca da normalidade democrática depois de três décadas de trevas do regime militar, e outros tantos procuravam se organizar fora dos marcos do sistema opressivo e controlado pelo Estado, herança do fascismo getulista. Foram os tempos dos famosos movimentos denominados de “oposições sindicais”, para os quais muitos de nós advogados militantes trabalhamos *pro bono*, em intermináveis reuniões e assembleias nos finais de semana, e muitas vezes nas portas de fábricas.

Daí concluir-se que não se sustenta a tese da ausência de debates e discussões na formulação das propostas que redundaram na elaboração do projeto de mudança ao longo de quase um ano de tramitação no Congresso. Seja porque eles sempre estiveram presentes e foram marcantes nas últimas décadas, seja porque aqueles que se opuseram à modernização da legislação trabalhista simplesmente não se propuseram a discutir e modificar o *status quo*. A não ser para insistir naquele mesmo rumo que apressou e tornou urgente a sua aprovação, aquele que construiu a mais complexa regulação do trabalho jamais vista mundo afora. Inclusive através de um ativismo judicial sem precedentes em outros setores do direito e do

Judiciário, com a deliberada política dos tribunais trabalhistas, em especial do Tribunal Superior do Trabalho, de assumir o seu monopólio em flagrante invasão de competência legislativa, com a criação de direitos através de enunciados de súmulas, inclusive sem quaisquer precedentes jurisprudenciais.

Tudo isso foi campo fértil para a implantação da insegurança jurídica que foi a tônica na contratação do trabalho no Brasil nas duas últimas décadas, com evidentes prejuízos para o nosso almejado processo de crescimento e de desenvolvimento econômico inclusivo.

3 A URGÊNCIA E A IMPERIOSIDADE DA MODERNIZAÇÃO DA REGULAÇÃO DO TRABALHO NO BRASIL

3.1. Um mundo do trabalho impactado pela revolução tecnológica

Os tempos são outros. O primeiro fato histórico incontestável é que as diversas formas de revoluções tecnológicas, e a dominância da chamada economia de mercado que se consolidou nas últimas duas décadas do século passado, impactaram de modo duro, traumático e irreversível o mundo do trabalho. Sabidamente, as expectativas românticas de uma sociedade igualitária, sem dominadores e dominados, redundaram em experiências frustradas e desastrosas na tentativa de construção coletiva do bem-estar social, para dizer o mínimo.

Todas elas, sem exceção, descambaram para o puro totalitarismo com supressão total das liberdades e dos direitos civis, quando não manchadas pelo sangue de muitos homens, mulheres e crianças. É forçoso admitir que não há caminho de volta ao passado, e essa constatação impõe a todos nós, homens de boa vontade, a difícil tarefa de encontrarmos saídas e caminhos que, primeiro, eliminem a fome e as guerras fratricidas que são a tônica dos novos tempos, com seus assustadores movimentos migratórios; e segundo, que encontrem um estágio desejável de bem-estar social diante da irreversibilidade das regras da economia de mercado, o que somente poderá ser alcançado com mais liberdade, mais progresso econômico e com uma mais justa distribuição de renda.

Os juslaboristas raramente trataram dessa nova realidade porque sempre se recusaram a reconhecê-la, e optaram por permanecer atados a conceitos e modelos teóricos de um passado há muito superado. E quando o fizeram foi no sentido de desconhecer ou negar a nova realidade ou, mais grave, fizeram errado na tentativa de tentar enquadrá-la a *forceps* nos seus antigos modelos. O conceito de subordinação estrutural, de larga aceitação e aplicação entre nós, é um exemplo arrematado dessa cruzada de resistência.

Como forma de enfrentar o fenômeno econômico e irreversível da “terceirização” de serviços ou de repasse para terceiros de partes da atividade empresarial nas cadeias de produção de bens e serviços, a jurisprudência de resistência inventou o conceito de subordinação estrutural, que nada mais é do que uma simples rarefação do conceito clássico de subordinação jurídica, de forma a permitir o reconhecimento do vínculo de emprego com quem quer que fosse e que estivesse envolvido nessa longa e complexa cadeia de produção. Sustentam seus defensores que esta seria a forma de evitar a “precarização” do trabalho e restituir “dignidade ao trabalhador”, o que é nada mais nada menos do que a utilização de um discurso político e ideológico sem nenhum efeito prático, mas de alta repercussão e aderência na sociedade. E com esse discurso bloqueou-se por décadas a fio a chegada entre nós de um indispensável e decente marco regulatório para a terceirização.

Ora, não se evita precarização de trabalho, de emprego ou de salários, e nem se restitui a dignidade do trabalhador aqui e em qualquer outro sistema jurídico-trabalhista, com pagamento de indenizações pecuniárias depois de extinto o contrato de trabalho, portanto depois de sua suposta consumação. E o que é mais grave: indenizações partilhadas ao meio com honorários advocatícios, contribuições previdenciárias e imposto de renda.

Somente se combate a precarização do emprego e dos salários com uma correta e eficaz proteção dos trabalhadores terceirizados através de necessária regulamentação jurídica do fenômeno no âmbito das relações de trabalho, o que nunca foi possível em face da resistência ideológica e jurisprudencial, esta montada simplesmente para tentar bani-la do nosso sistema produtivo.

Com esse modo de proceder, tentando resistir ao impulso da realidade, paradoxalmente eles conseguiram chegar ao resultado que diziam combater, pois a terceirização, que por definição seria a transferência de determinadas atividades da cadeia produtiva para empresas especializadas, muitas vezes com conhecimento e tecnologia mais avançados do que aqueles de domínio da empresa contratante, foi relegada ao gueto das relações de trabalho. Passou assim a representar exatamente a suprema desvalorização dessa força de trabalho, na medida em que a obtusa Súmula n. 331 do TST só a permitia para tarefas ou atividades de pouca relevância dentro do processo produtivo, tais como atividades de limpeza, portaria, conservação e assemelhadas.

O único resultado obtido com a estratégia foi relegar ao país as piores colocações em estatísticas mundiais de produtividade do trabalho e de competitividade da economia, e com isso o Brasil se transformou em presa permanente da denominada armadilha da renda média. Vale dizer, o país envelheceu, queimou seu bônus demográfico, e permaneceu pobre. As suas

consequências no mundo do trabalho são trágicas e se revelam no paradoxo de que hoje ostentamos um dos maiores custos para o trabalho assalariado dentro do conjunto dos países da OCDE, mas pagamos os piores salários para os nossos trabalhadores.

São ilustrativos os dados colhidos em recente Editorial do jornal *Folha de São Paulo*, de sua edição de 03 de março de 2017, com o sugestivo título “Ficamos para trás”:

Não deixa de causar espanto a notícia de que os salários da indústria na China já superam os de países como Brasil e Argentina, aproximando-se de níveis observados na periferia europeia.

Segundo estudo da Euromonitor, com informações da Organização Internacional do Trabalho e estatísticas nacionais, os salários triplicaram na indústria chinesa de 2005 a 2016 - de US\$1,2 para US\$3,6 por hora.

No mesmo período, houve queda de US\$2,9 para US\$2,7 no Brasil. Emergentes como México e África do Sul também amargaram piora; em outros, como Colômbia, Argentina e Tailândia, a alta foi tímida.

[...] O desempenho brasileiro, em particular, tem figurado entre os mais desanimadores. Aqui, a produtividade - a capacidade de produção por trabalhador, decisiva para a elevação da renda - mantém-se estagnada há décadas.³

Ainda no curso de discussão e aprovação das mudanças, economistas do Banco Itaú se debruçaram em números e estatísticas do mercado de trabalho de diversos países do mundo, como forma de compreender os potenciais impactos que elas produziriam no nosso mercado interno. Os resultados são espantosos e podem ser vistos nas transcrições que se seguem:

Em comparações internacionais, o mercado de trabalho brasileiro se destaca pela falta de flexibilidade, custos elevados e ineficiência das relações entre empregados e empregadores. Isto fica evidente pelo gráfico abaixo, baseado em 10 métricas de eficiência do mercado de trabalho no Relatório de Competitividade Global (RCG) produzido pelo Fórum Econômico Mundial.

O Brasil aparece no ranking do RCG com nota 3,7 em uma escala de 0 a 7, o que corresponde ao 117º lugar dentre 139 países. Ou seja, de acordo com esta pesquisa, o Brasil possui um dos mercados de trabalho mais ineficiente do mundo, contribuindo para a baixa competitividade da economia.

³ FOLHA DE SÃO PAULO. Editorial “Ficamos para trás”, Caderno Opinião, sexta-feira, 03 de março, de 2017.



[...] Argumentamos acima que diversos pontos da reforma trabalhista podem contribuir para aumentar a eficiência do mercado de trabalho brasileiro. Mas como quantificar estes efeitos?

Primeiramente, elaboramos uma lista das principais medidas da reforma, totalizando 13 medidas. Em segundo lugar, relacionamos cada medida da reforma com cada subitem do conceito de eficiência do mercado de trabalho no RCG. Isto nos permite avaliar qualitativamente como cada subitem será impactado pelas características específicas da reforma brasileira e classificar tais impactos como “muito alto”, “alto”, “médio”, “baixo” e “nulo”. Por exemplo, fatores como facilidade de encontrar mão de obra estrangeira não se alteram com esta reforma, mas fatores como a flexibilidade para contratações e demissões devem ser impactados significativamente.

Impacto da reforma trabalhista brasileira		
Sub-item	Medidas relevantes da reforma trabalhista*	Impacto qualitativo
Impostos sobre o trabalho***	1,11	Baixo
Flexibilidade para contratar e demitir	1,3,8,9,10,11	Muito alto
Flexibilidade de salários	4,5,6,7,12	Médio
Cooperação empregado-empregador	1,2,3,4,5,6,7,8,10,11,12,13	Muito alto
Mão de obra estrangeira	-	Nulo
Remuneração e produtividade	1,5,6,11,12,13	Alto
Participação de mulheres	1,10,11	Médio
Custos de demissão**	4,5	Baixo
Qualidade da liderança	-	Nulo
Mão de obra qualificada	-	Nulo

* Baseado nas 13 medidas listadas no anexo

** Não inclui custo com processos trabalhistas

*** Valor de taxas e contribuições pago pela empresa como percentual dos lucros

Definido o impacto qualitativo para cada subitem de eficiência do mercado de trabalho, o próximo objetivo é obter o impacto quantitativo. Para isto, utilizaremos a experiência de outros países que, como o Brasil, também fizeram reformas trabalhistas com o objetivo de tornar o mercado de trabalho mais flexível. Os dados do RCG se iniciam em 2007, então utilizamos uma amostra de países que fizeram reforma trabalhista após este período. Valendo-se da literatura sobre o tema, definimos a seguinte lista de 10 países: Espanha (2012), Irlanda (2012), Portugal (2011), Rep. Checa (2012), México (2012), Grécia (2011, 2012), Romênia (2011), Sérvia (2014), Itália (2009, 2010) e Islândia (2009).⁴

Os resultados desse trabalho de pesquisa mostram que a rigidez e a imprevisibilidade na regulação do mercado de trabalho no Brasil jamais produziram o resultado alardeado pelos defensores do protecionismo e da intervenção. Ao contrário, com décadas de exacerbada proteção e de interferência do Estado, especialmente da Justiça do Trabalho, que deveria se limitar à solução dos conflitos reais que possam dali surgir, eles continuam

⁴ GONÇALVES, Fernando M.; BARBOSA, Luka; MATCIN, André. *Reforma trabalhista: potenciais impactos*. Disponível em: <<http://www.itau.com.br/itau/bba-pt/analises-economicas/publicacoes>>. Acesso em: 20. set. 2017.

perdendo renda e qualificação, e sem mudanças nesse quadro amargarão para sempre a condição de trabalhadores de segunda categoria.

Apenas as corporações profissionais que operam no campo teórico e prático do Direito do Trabalho, e jamais os trabalhadores terceirizados, lucraram com a estratégia: os advogados com a enormidade de demandas trabalhistas originadas desse embate, o que levou à expansão incontrolável da estrutura da Justiça do Trabalho para atender a essa demanda; o aumento do número de juízes e procuradores do trabalho, que, amparados por uma numerosa casta de servidores públicos para lhes dar suporte, e com a crescente ampliação de sua estrutura física, fizeram inchar de modo estrondoso o seu orçamento; tanto que sozinha ela abocanha cerca de 70% de todo o orçamento da União para o seu Poder Judiciário; e, finalmente, os acadêmicos e teóricos com a expansão de cursos e de seminários, e com a prolífica edição de livros e revistas especializados.

3.2. Onde estariam as saídas para o impasse?

Pensadores de outras áreas é que cuidaram do problema com mais propriedade e maior profundidade, buscando a identificação de suas causas e propostas mais ou menos viáveis para enfrentá-lo. Economistas, sociólogos, filósofos e intelectuais de outras formações estranhas ao Direito têm se debruçado sobre ele, mas como sempre com uma clara e inevitável bifurcação ideológica quando se trata de criar alternativas que permitam a sobrevivência do trabalho humano, com a dignidade que lhe convém, num mundo de avassalador progresso tecnológico. Aqui as discussões seguem em parêntese com aquela outra de fundo, da constatação da irreversibilidade da economia de mercado, ou simplesmente da sua negação. E os teóricos de linhagem de esquerda mais uma vez nada propõem de concreto porque, no seu entendimento, saídas dentro daquilo que ainda denominam de “capitalismo” nada significam além de sua legitimação.

O artigo não tem por objeto abordar esta discussão, o que demandaria trabalho de maior fôlego diante da quantidade que se escreve e se publica sobre o assunto. Todavia, as únicas saídas viáveis para o impasse estão com aqueles que adotam linha de pensamento mais liberal, vale dizer, dado que a economia de mercado é uma realidade insuperável, há de se construir um novo modelo ou marco teórico para a regulação do trabalho humano, mas sem deixar de lado a sua centralidade que é a sobrevivência digna do trabalhador nesse preocupante cenário.

Nessa linhagem de pensamento há uma tendência, ou uma tônica dominante, de abandonar o discurso e trabalhar com pesquisas e dados empíricos, científicos e matemáticos. Exatamente como fazem, mundo afora e no Brasil nesse momento crucial de crise econômica, os economistas

denominados ortodoxos em contraposição àqueles ditos heterodoxos: se há consenso de que o Estado continua sendo fundamental para a sobrevivência das populações e da própria economia de mercado, trata-se agora de saber de sua viabilidade e sobrevivência fiscal, de modo que todos não sucumbam numa torrencial e mortífera crise.

Para jogar um pouco de luz sobre o debate que envolve a profunda impactação que as novas tecnologias causaram nas diversas formas de trabalho humano, o que está a exigir ação e não apenas discursos ideológicos, recolho estes trechos de pequeno mas elucidativo artigo do Prof. HÉLIO ZILBERSTAJN, da FEA-USP, economista e estudioso do assunto:

O mundo do trabalho está vivendo sob duas ameaças simultâneas: o fim do trabalho e o fim do emprego. As duas são muito preocupantes, pois, caso se concretizem, haverá impactos profundos na sociedade como um todo e no modo de vida de cada um de nós. A primeira delas significaria que não haveria mais trabalho nem trabalhadores. A segunda implicaria não no fim do trabalho, mas no fim da forma contratual conhecida como emprego ou vínculo. O propósito deste texto é contribuir para uma interpretação do significado da segunda ameaça. Mas, antes de abordá-la, vale a pena uma menção rápida à primeira delas.

Fim do trabalho?

Durante muito tempo, a tecnologia tem tido uma relação, digamos, ambivalente com o trabalho. De um lado, o avanço técnico destrói postos de trabalho quando modifica processos produtivos, criando máquinas que substituem o trabalho humano. De outro lado, expande o mercado quando cria novos produtos e novos processos. Marx já se apercebia desse duplo processo, diferenciando o desenvolvimento tecnológico em duas categorias: o progresso técnico e os novos produtos. Os novos processos, por sua vez, reorganizam a produção e desenvolvem a produtividade do trabalho e, conseqüentemente, reduzem a quantidade de postos de trabalho. Os novos produtos expandem o consumo para novos bens ou serviços, criam-se novas empresas, e crescem as oportunidades de trabalho. O primeiro fenômeno destrói enquanto o segundo cria. Diante da expansão do capitalismo e do mercado de trabalho, não é difícil concluir que o lado criativo do progresso técnico tem superado sua vertente destrutiva. Mas, para desespero dos marxistas e de seus descendentes mais ou menos modernos, a tecnologia parece ser hoje uma ameaça grande para a continuidade do trabalho e, portanto, da “centralidade do trabalho” na sociedade. Aparentemente, nos nossos dias, a equação do progresso técnico estaria se invertendo a tal ponto que em algum momento a tecnologia poderia destruir mais que criar.

[...] Neste ponto, chegamos ao debate sobre o paradigma do Direito do Trabalho. Não é coincidência que regulamentação do mercado de trabalho e o Direito do

Trabalho emergiram e atingiram seu [ápice] no século passado, acompanhando a expansão do capitalismo corporativo. Os mercados eram compostos por grandes empresas e o contrato de fornecimento de longo prazo, inclusive e principalmente o contrato de fornecimento de serviços do trabalho. Ou seja, o vínculo, o emprego permanente. Essa era a forma de reduzir os custos de transação e coordenação.

Hoje, o paradigma da competitividade é outro. É impossível para uma empresa competir sem se horizontalizar. A corporação vertical e gigantesca, que internaliza todos os processos produtivos, não consegue competir com as empresas horizontais e virtuais globalizadas. A terceirização, o trabalho autônomo, o trabalho a distância, o trabalho sem vínculo são manifestações da redução do custo de transação e de coordenação que ocorrem hoje fora da organização.⁵

Diante desse quadro o que se coloca como crucial à sobrevivência do Direito do Trabalho nas próximas décadas, aqui e em todos os quadrantes do planeta, é mudar e modernizar, ou naufragar. Não há outras escolhas à vista.

3.3. A desconhecida conexão do mundo do trabalho com o mundo real e mais abrangente da economia. O trabalho humano como custo da produção

Antes de tudo impõe-se uma necessária autocrítica, dentro da crítica, para todos quantos militamos nesse complexo mundo da regulação do trabalho humano. Quando se diz complexo, não se está a referir à desnecessária e aberrante complexidade em que se transformou essa regulação no país, cuja origem está exatamente na exacerbação dos seus instrumentos de intervenção e de proteção, criados ao longo das últimas décadas, e em sobreposição a um conjunto de leis e normas há muito desconectadas da realidade. Disso já se tratou acima, ainda que de modo superficial. A complexidade aqui diz respeito à interação desse microssistema jurídico de regulação do trabalho humano com um conjunto maior de normas e instituições, não necessariamente de natureza jurídica em senso estrito, mas de natureza econômica.

O autodenominado juslaborista, o intelectual e o profissional que atuam nessa área, sofre de uma espécie terrível de autismo (para que não sobre dúvidas não vai aqui qualquer referência desrespeitosa e depreciativa às

⁵ ZYLBERSTAJN, Hélio. Uma interpretação econômica para a crise do paradigma. In: FREDIANI, Yone (Coord.). *A valorização do trabalho autônomo e a livre-iniciativa*. Porto Alegre: Magister, 2015.

milhões de pessoas que, mundo afora, padecem desse transtorno ou distúrbio neurológico. Longe disso!). Aqui me refiro ao seu completo alheamento no que toca a essa necessária correlação ou interseção que se dá entre o conjunto de normas de regulação e proteção do trabalho com outra área mais importante para a sobrevivência das sociedades civilizadas, tão ou mais sensível, que é a economia. Mais sensível porque dela depende a sobrevivência de todos, estados nacionais, governos, instituições diversas, trabalhadores, empresários, empregadores, autônomos, desempregados, aposentados, aspirantes ao mundo do trabalho, enfim, o ecossistema como um todo.

Ele, o juslaborista, tem para si como dogma que o trabalho é um valor inalienável do ser humano, e como tal há de merecer toda sorte de proteção estatal de modo a garantir a sobrevivência digna do trabalhador em todas as suas dimensões, humanas, espirituais e materiais. Isso é verdadeiro. Mas não é menos verdade que ele, como um dos principais fatores da produção de bens e riquezas, ao lado do capital e hoje da tecnologia, é também um custo da produção, e como tal há de ser avaliado quando em confronto com os interesses daqueles que dele se servem para produzir.

Em estudo realizado para a Federação do Comércio de São Paulo, para abordar a “Dimensão Econômica das Decisões Trabalhistas, o PROF. JOSÉ PASTORE, também da *FEA-USP*, procura demonstrar com arguta propriedade que cabe à multiplicidade de instituições sociais, políticas e econômicas estabelecer as regras desse complexo jogo, e que por isso não deve ficar nas mãos do Poder Judiciário trabalhista, a quem cabe outra missão constitucional, de grande importância e significado, mas não a de árbitro exclusivo desse conflito.

Transcrevo-o, para dele apropriar-me de um conceito de instituições mais amplo e de mais utilidade para este debate do que aquele puramente formal que vem do Direito; e segundo, para buscar uma pista de como nós, que nos ocupamos do estudo e da aplicação do Direito do Trabalho, precisamos dialogar com a economia e com os economistas, se é que estejamos preocupados com empregos, empregabilidade e dignidade do trabalho humano, que somente serão alcançados com o desenvolvimento econômico. Veja-se:

Em 1993, ao receber o prêmio Nobel de Economia, o norte-americano Douglass North definiu as instituições como os limites inventados pelos humanos para estruturar as relações entre eles. “São compostas por restrições formais (regras, leis, constituições); informais (normas de comportamento, convenções e códigos de conduta) e características de *enforcement* (execução de leis). Juntas, as três definem a estrutura de incentivos das sociedades e, especialmente, das economias. As instituições

e tecnologias empregadas determinam os custos de transação e transformação que são acrescidos aos custos de produção.”

Por que impor restrições à livre ação dos indivíduos? As regras sobre o comportamento humano se mostram necessárias na medida em que o mundo onde se constrói o sistema econômico, fundado por indivíduos e organizações, não é totalmente conhecido, estático e previsível pelos seus participantes. Na verdade, as transações econômicas abrangem um forte componente temporal e cognitivo: os agentes devem atuar e fazer suas escolhas com base em volume limitado de informações e sobre os resultados futuros de ações irreversíveis.

Essa condição de incerteza é agravada pela dificuldade de impor cooperação, coordenação e planejamento entre os diversos agentes da economia: as interações não se repetem ao longo do tempo e o número elevado de agentes envolvidos nos mercados produz um grau de complexidade que não pode ser inteiramente contornado por eles via mecanismos próprios de mercado, como “preço”.

Tal situação gera uma classe adicional de gastos, são eles: (I) custos em pesquisa e aquisição de informações; (II) custo da procura de parceiros comerciais e elaboração de contratos e negociação; e (III) custos de conclusão, *enforcement* e fiscalização do cumprimento das cláusulas contratuais. Os “custos de transação”, resultantes da incerteza, da falta de garantias, da insegurança institucional e da assimetria informacional, influenciam diretamente no desempenho das economias e dos mercados.

Como forma de combater e reduzir o problema, as instituições fornecem as “regras do jogo”, definindo o campo de escolha e moldando o comportamento dos indivíduos e organizações ao longo do tempo. Ou seja, elas fornecem os laços que unem o passado e o futuro, favorecendo a estabilidade das relações entre os agentes e seus resultados econômicos. Na literatura econômica, essa estabilidade é apontada como uma das fontes de resultados sociais desejáveis (crescimento, equidade e eficiência).

Como lembra Douglass North, as regras do jogo são em grande parte determinadas por disputas no campo político. Podem trazer resultados positivos quando levam à eficiência na destinação de recursos escassos. Já quando agravam distorções e induzem a má distribuição dos recursos, aumentam os custos de transação, abrem brechas para comportamentos oportunistas por parte dos agentes e eliminam espaços e soluções por meio dos quais poderiam acontecer ganhos mútuos nas trocas.⁶

⁶ PASTORE, José. Os problemas das súmulas irrealistas. *In: A dimensão econômica das decisões judiciais*. Publicação da FECOMÉRCIOSP.

[...] contabilidade UHY, que envolveu 25 nações, o Brasil é o país com os encargos trabalhistas mais elevados (57,56% do valor bruto do salário em tributos). A média global da análise, que inclui representantes do BRICS e da OCDE, foi de 22,52%.

Este quadro restritivo e oneroso reflete de maneira negativa na hora de determinar recursos e fatores produtivos (em especial a demanda por mão de obra). Ele reduz a aptidão das empresas de se adaptar a inovações e de operar com maior eficiência produtiva - e também interfere negativamente na capacidade dos trabalhadores de negociar arranjos contratuais alternativos que permitam bem-estar e mais postos de trabalho.⁷

Quase em repetição ao que acima vem transcrito, volto a um artigo publicado na *Folha de São Paulo*, também no Caderno *Ilustríssima*, de 3/7/2016, do jornalista VINICIUS MOTA, que a propósito de resenhar um livro lançado nos EUA sobre a problemática do desenvolvimento econômico no Brasil, deixa mais clara a ideia do papel das instituições, por nós desconhecido, como essencial para alcançarmos uma sociedade mais inclusiva. E o faz citando o mesmo Prêmio Nobel de Economia:

Coube a Douglass North (1920-2015), Nobel de 1993, enfatizar a crítica mortal do *insight* de Coase ao pressuposto neoclássico e extrapolar esse achado para os campos da história econômica e do desenvolvimento comparado. Custos de transação são manifestações da eterna luta das comunidades humanas contra a ignorância, a incerteza e a opacidade do futuro.

Porque os homens estão imersos num labirinto de relações cujo mapa não enxergam eles erguem arquiteturas diversas na tentativa de domar os monstros da incerteza e da violência, de regularizar na medida do possível o curso dos acontecimentos e de mitigar sua brutalidade potencial. As arquiteturas são as instituições: regras explícitas e tácitas de como o jogo social funciona, bem como os meios para sua efetivação, Tais regras se manifestam na economia sobretudo como custos de transação.

LIBERDADE As instituições, continua *Douglass North*, limitam por definição a liberdade de escolha dos indivíduos. Elas podem fazê-lo de modo a favorecer mais ou menos a eficiência e a prosperidade de um povo. Evoluem e mudam com o tempo, mas não necessariamente para arranjos mais produtivos.

Apenas um minoritário conjunto de nações, nos 10 mil anos de história da civilização, logrou estabelecer, e muito recentemente, uma estrutura de estímulos flexível o suficiente para permitir uma moderada, mas constante e secular, evolução da prosperidade.

⁷ PASTORE, José. Os problemas das súmulas irrealistas. In: *A dimensão econômica das decisões judiciais*. Publicação da FECOMÉRCIOSP.

Essas são as “sociedades de acesso aberto”, para usar o termo de *North*, ou as “inclusivas”, na definição de Daron Acemoglu e James Robinson. Elas comungam entre si traços como o império abstrato da lei sobre todos, o livre acesso ao empreendedorismo, a proteção do direito à propriedade, a ampla participação política e democrática, a responsabilização de autoridades, o número elevado de organizações públicas e privadas e um volume relativamente alto de arrecadação e despesa governamentais, especialmente no nível subnacional.

A grande maioria das comunidades, entretanto, definiu arranjos que produzem grande variabilidade da renda no curto prazo, mas, quando muito, semiestagnação no decurso dos séculos. São os “Estados naturais”, termo que *North* e colegas deslocaram do léxico hobbesiano, ou as “sociedades extrativistas” de Acemoglu e Robinson.⁸

O juslaborista daqui e de outros quadrantes do mundo, a ver pela literatura jurídica estrangeira que chega por aqui (em especial da Itália, da Espanha, de Portugal, e da França em menor quantidade), construiu seu mundo exclusivo, internou-se numa redoma e se alienou da realidade de um mundo maior em constante transformação, sempre aferrado a um passado distante e romântico do Direito do Trabalho, de conceitos que não mais encontram eco na atualidade. É verdade que ele criou outros conceitos e outras categorias teóricas, mas que se diferenciam dos antigos apenas numa suposta modernidade de linguagem: trabalho precarizado, precarização das relações de trabalho, terceirização ilícita ou fraudulenta, trabalho em situação análoga a de escravo, dentre muitos outros. E a partir deles pretendeu subjugar uma realidade muito distante daquela que foi a matriz das regras de regulação e proteção do trabalho e que ainda estão plasmadas na anciã CLT.

O máximo que nosso juslaborista permitiu, e apregoou como se fossem mudanças ou atualizações, foi a inclusão de várias disposições na CLT que só fizeram aumentar e aprofundar o seu anacronismo. Tanto que um dos argumentos de que se utilizaram para resistir às mudanças foi o de que “[...] ela teria sofrido dezenas ou quase centena de alterações e mudanças ao longo de sua existência [...]”, o que não deixa de ser verdadeiro, mas não admitiam discutir o mérito ou a funcionalidade dessas alterações, pois todas elas só se prestaram a tornar mais disfuncional o sistema.

Relevante salientar que tais mudanças não decorreram de demandas efetivas dos atores principais do mundo do trabalho, trabalhadores e patrões, e nem de outros movimentos sociais, mas foram gestadas na doutrina e na

⁸ MOTA, Vinicius. Uma travessia possível - o teste do Brasil numa nova teoria do desenvolvimento. *FOLHA DE SÃO PAULO*, Caderno Ilustríssima, domingo, 03 de julho de 2016.

jurisprudência, sobretudo no âmbito das decisões judiciais. Seguiram sempre o seguinte roteiro: primeiro apareciam como um pedido dentro de uma ação trabalhista ou como uma decisão tipicamente voluntarista de um juiz, que foram se tornando rotineiros lá e cá; em seguida, recebiam a forma e o *status* de uma súmula da jurisprudência, notadamente no TST; finalmente, levadas pelos seus operadores a um parlamentar no Congresso Nacional acabariam se transformando em lei.

Os exemplos são fartos e poderiam ser objeto de um trabalho à parte. Tome-se o caso, dentre muitos, dos mais infindos minutos excedentes à jornada de trabalho, que partiram das sentenças, passaram pela fase da súmula e foram introduzidos no artigo 58 da CLT. *Idem* quanto às denominadas horas *in itinere*, também ali introduzidas. Em qualquer superficial pesquisa na legislação trabalhista de todo o planeta, onde ela existir, será fácil constatar que estas são jabuticabas exclusivas da legislação brasileira. Somos o único país do planeta onde não será permitido ao empregado apresentar-se no local de trabalho com mais de 10 minutos de antecedência, até para seu próprio bem-estar pessoal, sem que o empregador já se veja na obrigação de pagar-lhe horas extras.

Os exageros só se aprofundam na jurisprudência e nas súmulas, pois até o período de tempo quando o empregador lhe destina um desjejum ou um lanche, a que não está legalmente obrigado, já deve ser pago como hora extra. O mesmo se dá em relação ao tempo em que, antes ou depois do expediente, desembarca ou aguarda embarque num confortável meio de transporte que lhe oferece o empregador, para sua economia e comodidade. Confortável, sim, quando se sabe que grande maioria dos trabalhadores, formais ou não, perambulam pelas ruas das grandes cidades em busca de transporte coletivo, depois se amontoam num ponto de ônibus debaixo de intempéries, para finalmente seguir viagem num transporte público precário. Imaginam esses juslaboristas, equivocadamente, que estão fazendo justiça e distribuição de renda quando na verdade estão plantando mais distorções e disfunções num campo já minado.

Neste ponto entra outro fenômeno que se tornou recorrente, se não regra geral na Justiça do Trabalho, que é o da jurisprudência de desvalorização ou de desautorização das negociações coletivas protagonizadas pelos sindicatos, que se converteu em diversas súmulas do TST. Empregadores e empregados fizeram ao longo dos anos diversas tentativas de simplificar a contratação do emprego e de evitar litigiosidade entre eles e o ajuizamento despropositado de ações trabalhistas.

Buscaram a via constitucional da negociação coletiva, por exemplo, para fixar tempo de intervalo que fosse mais conveniente para as duas partes do contrato, para estabelecer forma de concessão de transporte gratuito como meio de acessar o local de trabalho ou para fixar que minutos que

sobejassem a jornada contratual, quando o empregado estivesse recebendo algum benefício empresarial (lanche, troca de uniforme fornecido pelo empregador, ginástica laboral, dentre outros) não fossem tomados como horas extras. Mas o excesso de protecionismo da jurisprudência, fazendo-se substituir à vontade das partes, simplesmente vetou essa possibilidade e, o que é mais grave, produziu o efeito contrário e perverso de elevar sobremaneira o número de ações na Justiça do Trabalho.

Sobre essa linha jurisprudencial largamente adotada na Justiça do Trabalho, nomeadamente a partir do TST, é notório que o Supremo Tribunal Federal vem reiterando entendimento contrário e em julgamentos interpretativos da Constituição da República, dois deles com força de repercussão geral (RE 590.415-SC, Rel. Mi. Roberto Barroso, e RE. 895.759-PE, Rel. Min. Teori Zavasck), dá validade plena das (às. Motivo: negociações coletivas sindicais, exatamente como preconizado no artigo 7º, inciso XXVI, dentre outros.

[...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal apreciou discussão semelhante à presente, sob o rito do art. 543-B do CPC/1973, no julgamento do RE 590.415 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 29/5/2015, Tema 152), interposto contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho que negara a validade de quitação ampla do contrato de trabalho, constante de plano de dispensa incentivada, por considerá-la contrária ao art. 477, § 2º, da CLT. Ao analisar o recurso paradigma, o STF assentou a seguinte tese:

A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado.

O voto condutor do acórdão, da lavra do Ministro Roberto Barroso, foi proferido com base nas seguintes razões: (a) “a Constituição reconheceu as convenções e os acordos coletivos como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflitos trabalhistas; tornou explícita a possibilidade de utilização desses instrumentos, inclusive para a redução de direitos trabalhistas; atribuiu ao sindicato a representação da categoria; impôs a participação dos sindicatos nas negociações coletivas; e assegurou, em alguma medida, a liberdade sindical [...]”; (b) “a Constituição de 1988 [...] prestigiou a autonomia coletiva da vontade como mecanismo pelo qual o trabalhador contribuirá para a formulação das normas que regerão a sua própria vida, inclusive no trabalho (art. 7º, XXVI, CF)”; (c) “no âmbito do direito coletivo, não se verifica [...] a mesma assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Por consequência, a autonomia coletiva da vontade

não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual”; (d) “[...] não deve ser vista com bons olhos a sistemática invalidação dos acordos coletivos de trabalho com base em uma lógica de limitação da autonomia da vontade exclusivamente aplicável às relações individuais de trabalho.”

3. No presente caso, a recorrente firmou acordo coletivo de trabalho com o sindicato da categoria à qual pertence a parte recorrida para que fosse suprimido o pagamento das horas *in itinere* e, em contrapartida, fossem concedidas outras vantagens aos empregados, “tais como fornecimento de cesta básica durante a entressafra; seguro de vida e acidentes além do obrigatório e sem custo para o empregado; pagamento do abono anual aos trabalhadores com ganho mensal superior a dois salários-mínimos; pagamento do salário-família além do limite legal; fornecimento de repositores energéticos; adoção de tabela progressiva de produção além da prevista na Convenção Coletiva” (fl. 7, doc. 29). O Tribunal de origem entendeu, todavia, pela invalidade do acordo coletivo de trabalho, uma vez que o direito às horas *in itinere* seria indisponível em razão do que dispõe o art. 58, § 2º, da CLT:

“Art. 58 [...]

§ 2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.”

O acórdão recorrido não se encontra em conformidade com a *ratio* adotada no julgamento do RE 590.415, no qual esta Corte conferiu especial relevância ao princípio da autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho. Ainda que o acordo coletivo de trabalho tenha afastado direito assegurado aos trabalhadores pela CLT, concedeu-lhes outras vantagens com vistas a compensar essa supressão. Ademais, a validade da votação da Assembleia Geral que deliberou pela celebração do acordo coletivo de trabalho não foi rechaçada nesta demanda, razão pela qual se deve presumir legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical. Registre-se que a própria Constituição Federal admite que as normas coletivas de trabalho disponham sobre salário (art. 7º, VI) e jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV), inclusive reduzindo temporariamente remuneração e fixando jornada diversa da constitucionalmente estabelecida. Não se constata, por outro lado, que o acordo coletivo em questão tenha extrapolado os limites da razoabilidade, uma vez que, embora tenha limitado direito legalmente previsto, concedeu outras vantagens em seu lugar, por meio de manifestação de vontade válida da entidade sindical.

4. Registre-se que o requisito da repercussão geral está atendido em face do que prescreve o art. 543-A, § 3º, do CPC/1973: “Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.”

Para dar solução definitiva a essa controvérsia, que se constitui num dos enclaves maiores de insegurança jurídica na contratação do trabalho, e que rigorosamente nem deveria estar em pauta mas continua “assombrando” aqueles que querem sobreviver no mercado como empregados e empregadores, surge um dos vetores fundamentais da Lei n. 13.467 de 2017. Ele está materializado nos seus artigos 8º, § 3º, 611-A, 611-B, 614, § 3º e 620, e ficou popularmente conhecido como a regra ou o princípio do “negociado sobre o legislado”, e que foi mote de tanta polêmica.

O excesso de proteção nessa área, considerado em si mesmo, leva a duas consequências danosas aos próprios trabalhadores, como tem insistido com muita propriedade em palestras sobre o tema o mesmo Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO do Supremo Tribunal Federal, confirmando uma preocupação que sempre esteve presente nas minhas atividades de juiz e de magistrado. Recentemente, ele esteve no “Seminário sobre os Impactos da Reforma Trabalhista nas Relações de Trabalho”, realizado nos dias 03 e 04 de agosto em Belo Horizonte, e promovido pela Escola Judicial do TRT da 3ª Região em parceria com sindicatos patronais e empresas privadas. Começou por abordar tema absolutamente proibido no nosso meio, que é a urgência de menos intervenção do Estado e mais liberdade de ação para as pessoas, sobretudo para empregadores e trabalhadores, com a valorização da educação e da meritocracia. Seguiu dizendo do jamais escamoteado preconceito que se estabeleceu contra empresas e empregadores ou contra os empreendedores de modo geral, em certa doutrina e na jurisprudência trabalhista.

Também expressou acerca do incontestável sentimento de fracasso e de incapacidade que fica nos trabalhadores no rastro dessa ação excessivamente intervencionista e paternalista do Estado e da Justiça do Trabalho, como se eles fossem seres absolutamente incapazes em plena era digital, todos com fácil acesso ao mundo de informações que ela propicia.

A primeira consequência é perpetuar e aprofundar no sistema a sua dependência em relação ao Estado, o que sempre refletiu nas formas de organização e de atuação de suas entidades sindicais ao longo de muitas décadas. Os seus efeitos são perversos na medida em que inibem os processos de liberação das forças de trabalho na busca de maturidade e de fortalecimento para negociar melhores condições de vida e de salário. Igualmente inibe a liberação de energias do trabalhador que poderiam estar voltadas ao seu aperfeiçoamento e à sua formação profissional, únicos caminhos possíveis à obtenção de melhores patamares remuneratórios para que o país possa escapar da maldita armadilha da renda média.

A nossa força de trabalho é pouco produtiva. O trabalhador brasileiro produz apenas a quinta parte do que produz o seu colega americano trabalhando em atividades iguais ou similares e em iguais condições de

trabalho. Por isso que, malgrado a economia brasileira, ainda que vivendo a sua maior recessão de todos os tempos, colocar-se entre as vinte maiores do planeta, praticamos os menores níveis salariais se comparados com dezenas de outros países, até de economia menor.

O segundo efeito é ainda mais deletério porque reflete naquilo que há de mais importante para o denominado capital humano, que é a conduta ética do trabalhador. As facilidades que possa e venha efetivamente encontrar quando se envolve como parte de uma ação trabalhista, ainda que não originada de um conflito real, implicam que ele se veja na condição de presa fácil do que tenho insistido em tipificar como “advocacia trabalhista predatória”, e aí sua conduta ética e a sua dignidade de trabalhador se esvaem de forma muita mais cruel do que quando enfrenta, por exemplo, condições adversas no trabalho.

4 O IMPACTO ECONÔMICO DAS DECISÕES TRABALHISTAS

Ocorre que os operadores do Direito do Trabalho não querem saber das consequências advindas da sua atuação, que são uma espiral histórica de baixos salários e de preços elevados de nossos produtos. Nesse jogo não há ganhadores, somente perdedores, porque os honorários advocatícios, os descontos previdenciários e eventual incidência de imposto de renda apropriam de 60 a 70 por cento do crédito trabalhista, e toda a sociedade, incluído o próprio trabalhador supostamente beneficiado, paga a conta lá na frente.

Os exemplos são múltiplos e variados e podem ser recolhidos no dia a dia da Justiça do Trabalho, desde que a observação não venha ofuscada por qualquer preconceito. Há o caso absurdo dos “minutos excedentes” mencionado antes, mas há outro também emblemático, o dos intervalos para refeição e descanso. Quando efetivamente ou supostamente não usufruídos, primeiro a jurisprudência e depois a lei, transformaram-nos em horas extras. Antes a violação desse direito, quando ocorrente, impunha ao empregador penalidade administrativa. Depois o artigo 71 da CLT foi modificado e acrescido para transformar essa infração em horas extras. Pode ser que a intenção nesse caso tenha sido até positiva, porque a conversão do direito violado em indenização poderia ser de fato inibitória de atitudes patronais reprováveis. Mas a intervenção atabalhoada da Justiça nesse campo, sem refletir sobre as suas consequências práticas, transformou-se numa das maiores fraudes trabalhistas e processuais desde alguns anos.

Hoje simplesmente não há trabalhador que tenha gozado de seu intervalo para refeição, por mais que um simples caminhar pelas ruas das cidades ou pelas portas de fábrica demonstrem o contrário. Todas as ações trabalhistas, sem exceção, exibem o pedido de horas extras por supressão

total ou parcial do intervalo. E em todas elas, diante da exibição dos cartões pelo empregador com o registro do intervalo, sempre haverá uma testemunha, que por sua vez já tem a sua própria ação, para dizer o contrário. Aqui está uma das situações em que o Ministro ALMIR PAZZIANOTO, ex-presidente do TST, na sua cruzada por mudanças na lei e em comportamentos que se tornaram regra na Justiça do Trabalho, diz apropriadamente ser geradora de um passivo oculto. Todo empregador que não quiser se surpreender com esse passivo oculto já deverá embutir de imediato nos custos de sua mão de obra as horas extras de intervalo, pois sabe que fatalmente terá um encontro com ele numa futura e quase certa ação trabalhista.

Há outros tantos e variados exemplos como no caso das horas extras por alegada prorrogação ou extensão de jornada. Não se pode desconhecer a realidade de que a prática das horas extras é comum no nosso meio, enraizada mesmo, mas quem olha as estatísticas exibidas pela Justiça do Trabalho chegará à conclusão de ela ser tão avassaladora a ponto de configurar verdadeiro trabalho escravo. Um pouco mais de empirismo ou estudo detalhado de casos concretos no exame das ações trabalhistas, fugindo dos discursos e dos modelos teóricos amplamente utilizados pelos operadores, poderá levar a resultados surpreendentes para quem imagina que elas corresponderiam necessariamente a violações e descumprimento da legislação trabalhista. Longe disso.

O caso das horas extras é sintomático. Imaginando ter encontrado solução para essa tormentosa questão, mas praticando uma simplificação grosseira que só produziu o aumento da litigiosidade, o TST editou a Súmula n. 338, cujo enunciado pode ser assim resumido para os leitores que não sejam operadores trabalhistas: é ônus do empregador, que conte com mais de 10 empregados, na forma do § 2º do art. 74 da CLT, apresentar os respectivos registros de jornada, e a não apresentação injustificada importará na presunção de veracidade da jornada alegada pelo empregado; quando instrumento normativo (acordo ou convenção coletiva) estabeleça outra forma ou meio de controle, que faça presumi-la verdadeira, o empregado pode desfazer o seu valor de prova; quando apresentados cartões de ponto contendo registros invariáveis de horários de entradas e saídas, eles são inválidos como meio de prova, e valerá aquela jornada indicada pelo empregado em sua petição inicial, cabendo ao empregador fazer outra prova para confirmação dos horários lançados.

Aqui se dá o fenômeno processual conhecido como inversão do ônus da prova da jornada em favor do empregado, porque quem teria aptidão para fazê-la seria o empregador, o que seria correto em tese porque ele tem consigo a obrigação legal de manter tais registros. A intenção seria a melhor possível, se o juiz-legislador não tivesse, com isso, inviabilizado por inteiro a prova documental da jornada de trabalho. Primeiro, grande quantidade de

empresas, sobretudo as micro e pequenas que empregam algumas dezenas de milhões de trabalhadores, pois dão cerca de 70 por cento dos empregos no país, e que optam por não se utilizar de horas extras em razão dos seus custos (basta dar uma olhada no comércio e nos pequenos empreendimentos ao seu redor!), são as mais sacrificadas porque são sempre condenadas em valores impagáveis de horas extras.

Já as médias e grandes empresas, que normalmente costumam colher os registros de horas extras, apresentam seus cartões com horários variados de registros, sobretudo de saída, mas ficam reféns dos pedidos contidos na petição inicial, que indicam sempre como horário único de saída aquele mais avançado, quando se sabe que eles são variados. Costumo dizer, nestes casos, que se no dizer da Súmula 338 do TST os registros de jornadas diárias que se uniformes ou britânicos colocam os documentos sob suspeita, igual raciocínio deve valer para as jornadas extraordinárias. Mas o comum é que com apenas uma testemunha o reclamante, autor do pedido de horas extras, faz ruir toda a prova documental do empregador. Explica-se: na ótica da súmula, registros invariáveis ou britânicos de entrada e saída de jornadas não valem porque seriam irreais, mas horas extras em horários invariáveis, e pelo pico de horário, estas, sim, são possíveis e reais. Dessa armadilha processual nenhum empregador escapa, e na esteira das horas extras vêm as condenações acessórias. É mais do que comum que algum trabalhador, como, por exemplo, um bancário ou motorista de caminhão, trabalhe por três ou cinco anos recebendo todos os seus direitos previstos em lei, e depois receba indenizações trabalhistas correspondentes a 10 ou 20 vezes de tudo que ganhou ao longo do contrato.

Há ainda o arcaico instituto da equiparação salarial, que a pretexto de coibir a discriminação salarial no âmbito da empresa acabou por trazer para dentro da CLT o mesmo espírito do patrimonialismo que se tornou praga nas franjas do Estado brasileiro. Na verdade ele faz prevalecer uma “isonomia às avessas”, que coíbe as empresas de estabelecer políticas salariais que tenham por fundamento a meritocracia ou impede o empregador de premiar os empregados mais dedicados e mais produtivos. Está regulado no art. 461 da CLT, mas sofreu ampla regulamentação (vejam só, regulamentação!) através da Súmula n. 06 do TST.

Qualquer mudança de maior envergadura ou que realmente pretenda modernizar a fundo a legislação trabalhista deverá simplesmente eliminar o instituto, pois a letra expressa da Constituição, em situações provadas de discriminação intolerável e odiosa, já daria caminho para uma reparação judicial. A Lei n. 13.467/17 já promoveu profundas modificações no art. 461 da CLT como forma de reprimir os correntes abusos na sua utilização, eliminando principalmente denominada “equiparação em cadeia”, onde se permitia a indicação de um modelo ou paradigma para equiparação que

jamais teria trabalhado com o pretendente, ou que poderia ter trabalhado na empresa anos antes dele. Não foram raros os casos em que um bancário de chefia intermediária conseguia, ao fim e ao cabo, equiparar sua remuneração com a de um gerente-geral de agência bancária através deste artifício, que foi largamente explorado nas ações trabalhistas de bancários, onde grande parte das condenações ultrapassam a casa dos milhões de reais.

No mesmo estudo realizado para a FecomércioSP, já citado acima, o PROF. JOSÉ PASTORE, sobre o mesmo tema, ainda pontifica, inclusive com demonstrações empíricas e cálculos matemáticos:

Ao mesmo tempo em que os trabalhadores procuram aproveitar a situação favorável para obter ganhos monetários e não monetários (extensão da jornada, qualidade das ocupações e benefícios não pecuniários), as empresas buscam alternativas de gestão e de tecnologias para enfrentar os aumentos constantes de custos. A ampliação das possibilidades de barganhas e negociações entre os dois lados permitem ganhos mútuos.

[...] Como expõe o estudo do Instituto de Pesquisas Econômica Aplicadas (IPEA) o Brasil é um dos países com maiores custos sobre a demissão dos trabalhadores e também aquele com menor flexibilidade de contratação (emprego temporário e tempo parcial) e de demissão (multa rescisória e outros custos). E isso não é tudo: é também o destaque entre as nações com as mais restritivas condições de emprego do mundo (jornada de trabalho, férias e feriados, salário mínimo etc.).

A complexidade da legislação trabalhista impõe reflexos importantes sobre o custo dos encargos. Segundo pesquisa da rede mundial de auditoria e contabilidade UHY, que envolveu 25 nações, o Brasil é o país com os encargos trabalhistas mais elevados (57,56% do valor bruto do salário em tributos). A média global da análise, que inclui representantes do BRICS e da OCDE, foi de 22,52%.

Este quadro restritivo e oneroso reflete de maneira negativa na hora de determinar recursos e fatores produtivos (em especial a demanda por mão de obra). Ele reduz a aptidão das empresas de se adaptar a inovações e de operar com maior eficiência produtiva - e também interfere negativamente na capacidade dos trabalhadores de negociar arranjos contratuais alternativos que permitam bem-estar e mais postos de trabalho.⁹

Passado algum tempo desse esclarecedor estudo, quase vinga no TST, com vistas a se converter em súmula, entendimento jurisprudencial que

⁹ PASTORE, José. Os problemas das súmulas irrealistas. *In: A dimensão econômica das decisões judiciais*. Publicação da FECOMÉRCIOSP.

determinava o que por lei expressa não é permitido, no caso o artigo 193 da CLT: o pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, e o fundamento para o achado estava, evidentemente, num princípio de proteção ao trabalhador extraído da Constituição. É fácil compreender o impacto econômico de uma decisão judicial dessa natureza nos custos da contratação, com efeito perverso no mercado de trabalho e nos custos dos produtos. Este é apenas um exemplo dentre muitos que podem ser enumerados a partir de simples leitura de súmulas e orientações jurisprudenciais que o Tribunal editou ao longo das duas últimas décadas.

5 CONCLUSÃO: EM BUSCA DA PERDIDA SEGURANÇA JURÍDICA NA CONTRATAÇÃO DO TRABALHO

O tema da insegurança jurídica, como dito nas notas preambulares, já está espalhado ao longo do texto, e agora é o momento de adentrar na sua conclusão procurando demonstrar com exemplos concretos onde ele se faz saliente, e como a introdução das mudanças com a aplicação da Lei n. 13.476/17 busca centralidade na solução desse tormentoso problema.

No âmbito do direito material as mudanças privilegiam ou apontam para a solução de três evidentes disfunções do sistema, mas que permanecem intocadas na sua quase totalidade: a excessiva rigidez na contratação do trabalho, que leva ao correspondente enrijecimento do mercado de trabalho; a redução dos custos do trabalho no sistema produtivo, mas sem redução de ganhos para o trabalhador, ao revés, com vistas a lhe propiciar mais vantagens na negociação salarial; e, finalmente, a redução da insegurança jurídica com inserção de maior previsibilidade no sistema de contratação do trabalho e na administração do contrato.

As medidas em seu conjunto poderão contribuir para solucionar, a curto e médio prazos, primeiramente o crucial problema do desemprego no país, nas vertentes conjuntural e estrutural, e para trazer para o mercado formal uma legião de trabalhadores deserdados de todas as garantias da legislação trabalhista, inclusive da proteção da Justiça do Trabalho. Não é segredo para ninguém, conforme pesquisas e séries históricas do IBGE divulgadas com frequência, que temos no país cerca de 140 milhões de pessoas em idade de trabalhar; desse total apenas 40 milhões, em média, estão hoje em situação de emprego, isto é, com carteira assinada; cerca de 60 milhões de pessoas estão trabalhando na informalidade. Os demais ou são donos do seu próprio negócio ou fizeram opção por não trabalhar ou procurar emprego (cerca de 20 milhões), porque estão cuidando de tarefas domésticas, estudando ou em outras atividades não remuneradas.

Não é verdade que elas, de per si, tenham capacidade de criar empregos, o que somente ocorrerá com a volta do crescimento econômico,

mas é provável que facilitem o seu surgimento na medida em que possam dar mais segurança para quem queira investir e mais possibilidades de trabalho formal para quem queira ingressar no mercado. É o que se espera, por exemplo, com a formalização do trabalho intermitente que é uma realidade antiga, mas sempre habitou os subterrâneos da informalidade. Assim como não é verdadeiro o que dizem os opositores das mudanças, que o contrato do intermitente vá trazer precariedade; isso é desconhecer o mundo real da economia. A indústria, o comércio, o setor de serviços e a agropecuária, que dão emprego formal e que já se encontram estabelecidos no mercado, jamais trocarão sua mão de obra permanente por trabalho do intermitente, por razões óbvias.

Na medida em que as regras de contratação sejam bafejadas por mais flexibilidade, e que os potenciais empregadores possam avaliar com segurança os resultados dos seus investimentos, todos ganharão, principalmente os trabalhadores, com melhores empregos e melhores salários como mostram as experiências seculares. Durante todos esses anos a expressão flexibilizar a legislação trabalhista foi tomada, preconceituosamente, como sinônimo de *precarização* ou de redução de direitos. Nada mais enganoso, pois até no vernáculo a palavra tem sentido unívoco, de tornar mais flexível, dar mais destreza, agilidade, flexão, facilidade, maleabilidade etc. (vide *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Nova Fronteira, p. 787.)

O que se quer com flexibilização é permitir maior agilidade na contratação de trabalho e mais maleabilidade na administração do contrato de modo a permitir às partes o seu melhor aproveitamento, dele retirando resultados mais positivos e proveitosos em benefício de todos, o que as nossas legislação e jurisprudência não permitiam. Situações exemplares estão na possibilidade de fracionamento das férias ou de modulação dos intervalos intrajornada, como ocorre em todos os cantos do mundo, sempre respeitando as garantias mínimas fixadas na Constituição e na legislação ordinária.

A flexibilização será, afinal, uma tardia e benfazeja medida para garantir um dos princípios constitucionais dos mais caros, que é o da isonomia, que na insuperável síntese de RUI BARBOSA se traduz em tratar desigualmente os desiguais. Os pretensos “iluminados” podem até ter opiniões próprias sobre a complexidade do mundo do trabalho, mas a eles não é dado o direito de negar os fatos, de negar a realidade! Sabe-se que no Brasil, um país de dimensões continentais e com profundas disparidades econômicas regionais, impõe-se que haja acomodação da legislação à grande diversidade de situações, e em duplo sentido.

Vale dizer, poderá ser o caso de aprofundar a proteção até em regiões mais inóspitas, mais distantes, onde haja risco real da prática do trabalho

em situação análoga à de escravidão. Mas também não se pode impor as mesmas regras de regulação do trabalho para uma empresa multinacional com dezenas de milhares de funcionários e para um pequeno comércio de bairro que emprega três trabalhadores. Essa possibilidade de flexibilização se torna tão mais urgente e imperativa quando se sabe, com base em séries históricas do IBGE, que são as micro e pequenas empresas que empregam quase 70% dos trabalhadores no mercado formal.

O certo é que os direitos fundamentais seguem garantidos um a um na Constituição da República e na legislação ordinária, mas com os possíveis ganhos de produtividade do trabalho e de competitividade da economia o mercado poderá ofertar mais opções para os trabalhadores, seja na contratação individual, seja na negociação coletiva. Essa tem sido a lógica do mercado de trabalho desde tempos imemoriais.

Já na seara do direito processual do trabalho as mudanças na CLT introduziram regras que possam dar respostas mais eficazes e mais justas aos eventuais conflitos entre as partes contratantes, isto é, os verdadeiros conflitos de natureza sociológica e econômica, e não de fundo eminentemente financeiro como se tornou regra entre nós. Elas são complementares àquelas primeiras, de direito material, sobretudo nos aspectos de maior segurança jurídica e de maior previsibilidade de custos na contratação. Pretende-se, no médio e no longo prazos, que elas tenham forte impacto nas atividades e na estrutura da Justiça do Trabalho, com diminuição substancial do número de demandas ajuizadas e com redução significativa de seus custos para que ela possa praticar verdadeira composição desses conflitos. Mas este tema foge dos objetivos do artigo.

No que se refere ao tema da segurança jurídica, é urgente que se ponha fim à verdadeira esquizofrenia que se instalou na regulação do trabalho entre nós, como já dito acima, o que levará a uma melhora significativa do ambiente de negócios no país e incentivará o investimento produtivo. Esse é um dos principais vetores das mudanças como se explorou, à exaustão, linhas acima, e é conhecida a dificuldade de se modificar algo que está tão arraigado na nossa cultura, e é aqui que as mudanças encontrarão maior resistência para que possam produzir efeitos mais rápidos e eficazes.

Não se desconhece que ela, a esquizofrenia, tomou conta do cenário político-institucional do país, e que atinge todos os poderes constituídos e as organizações privadas. Mas a jurisprudência trabalhista tem sido pródiga na sua produção, talvez sem concorrência dentre todos os demais órgãos do Judiciário. É o que demonstra com um caso concreto, em artigo publicado na *Folha de São Paulo* do dia 29/8/2017, na coluna Tendências/Debates, GLAUCO HUMAI, administrador de empresas pós-graduado em Harvard e presidente da Associação Brasileira de Shopping Centers (Abrasce):

O Brasil está cada vez mais esquizofrênico. Caso nada seja feito para retomar a sanidade coletiva no país, nos veremos em breve numa situação deveras absurda e irreversível, para prejuízo de todos.

[...]

A esquizofrenia brasileira é realmente democrática, pois atinge todos os Poderes da República, todas as camadas sociais, políticas e econômicas. O Executivo e o Legislativo são o exemplo político.

[...]

Um exemplo recente disso acometeu o próprio Judiciário. O imbróglio, inclusive, não tem nenhuma ligação com operações policiais ou casos de corrupção. Trata-se de um caso mais mundano e menos midiático, ainda que altamente perturbador.

Alguns magistrados literalmente misturaram leis para tomar decisões sem fundamento jurídico - no caso, obrigar shopping centers a oferecer ou pagar creches para os filhos das funcionárias das lojas que ocupam os empreendimentos.

Ou seja, a Justiça tem dito, ao misturar direito trabalhista e comercial, que uma empresa deve custear benefícios a profissionais com os quais não tem qualquer vínculo. Isso só porque mantém uma relação comercial com o real empregador.

O espanto do articulista tem razão de ser, e a Justiça do Trabalho tornou-se especialista em produzir monstruosidades jurídicas como no caso por ele citado. Há muitos outros casos, que a princípio poderiam parecer pitorescos, mas que na verdade se revelam dramáticos na medida em que desnudam abusos na aplicação do direito e na interpretação da lei pelo juiz do trabalho; e que impõem danosas consequências no tráfego das relações sociais e econômicas da sociedade de modo a inviabilizar qualquer atividade produtiva no país.

Acresço ao exemplo do articulista dois outros emblemáticos da situação. O primeiro está nos julgamentos de casos de supostos processos de terceirização de atividades bancárias. Hoje todos quantos executem algum serviço que tenha qualquer relação com a atividade bancária querem se ver transformados em bancários através de uma decisão da Justiça do Trabalho, e por uma razão muito simples: a primeira é a de que os bancários constituem uma corporação com direitos especiais incrustados dentro da CLT, que lhes confere um *status* superior em relação aos demais trabalhadores, como por exemplo a jornada reduzida de 6 (seis) horas diárias. E a partir daí construíram ao longo de décadas uma rede de direitos e proteções através de suas negociações coletivas com os bancos. Daí descobriu-se com facilidade que as ações trabalhistas dos bancários são as mais rentáveis e expressivas em termos financeiros, muitas ultrapassando a casa dos milhões.

Há um fato curioso nessa situação dos bancários. Os salários podem não ser lá muito elevados ou atrativos, mas todos sabem que, encerrado o contrato, um amontoado de jurisprudência e súmulas os aguardam com benesses que transformam suas ações trabalhistas em verdadeiros prêmios de loteria. Daí esse desejo incontido de várias categorias de trabalhadores, incentivados por advogados “criativos”, de se verem reconhecidos bancários numa ação trabalhista.

O caminho se tornou fácil pela via da jurisprudência. Aqui no Tribunal Regional da 3ª Região, exemplificativamente, transformou-se toda atividade de *call center* ou *telemarketing* (aqueles serviços que os bancos oferecem aos seus clientes de cartão de crédito através do telefone, como vendas, informações etc.) em atividade bancária através de uma Súmula, a de n. 49, tudo ao arpejo da lei na medida em que artigo 17 da Lei n. 4.595/64 descreve quais são as atividades bancárias típicas. Mas a jurisprudência vai além!

Todos os leitores já adquiriram produtos de grandes lojas de departamento, a maior parte delas constituídas de redes internacionais, tais como eletrodomésticos, vestuários, etc. As redes de lojas, para fornecer crediário aos seus clientes, criam os seus cartões de créditos e de fidelização, e contratam um determinado banco comercial para fazer o respectivo financiamento. Pois aquele funcionário dessas monstruosas redes de lojas, que atendem o leitor no caixa, ou que oferecem tais cartões que normalmente trazem o nome da instituição financeira, depois de receberem todos os seus direitos trabalhistas do verdadeiro empregador, vão ao Judiciário e são transformados em bancários com todas as consequências financeiras daí advindas. As ações lhes rendem valores muito superiores a tudo que receberam normalmente de seu empregador durante todo o contrato.

Ocorre que não se trata de terceirização, evidentemente, porque uma rede multinacional de lojas de departamento não é uma empresa prestadora de serviços terceirizados. Mas a jurisprudência trata o caso como se fosse uma terceirização, que declara ilegal ou ilícita para dar uma relação de emprego do comerciário com o banco. A par das repercussões econômico-financeiras de decisões como essas, há outras consequências de aspectos previdenciários e fiscais. O funcionário que teve relação de emprego com seu legítimo empregador, com os respectivos seus recolhimentos previdenciários e, em alguns casos, com retenção de imposto de renda, terá agora um outro contrato de trabalho, sobreposto, com o banco. Como fica a solução para essas questões previdenciárias e fiscais? A Justiça do Trabalho não a tem, pois finge desconhecer as repercussões de suas decisões para fora de seus muros.

Pergunta-se: é ou não uma esquizofrenia? Cria ou não insegurança jurídica no mercado de trabalho? Impõe ou não cria obstáculos aos investimentos privados no país?

Desde 2004 a Justiça do Trabalho, pela Emenda Constitucional n. 45, teve acrescida a sua competência para julgar ações em que se pedem ao empregador indenizações por danos morais e materiais decorrentes de acidentes do trabalho ou doenças a eles equiparadas. Já tinha competência para resolver sobre outros tipos de danos morais ou extrapatrimoniais que tivessem origem na relação de emprego, mas as ações eram raríssimas. Com o acréscimo de competência hoje não há ação trabalhista que não contemple um pedido de indenização por danos morais ou materiais, ainda que não oriundos de acidentes. Nessa seara a insegurança instalou-se de modo assombroso. Primeiro, pelos critérios extremamente subjetivos que levam o juiz a reconhecer o direito a tais indenizações, e depois pelos valores indenizatórios fixados em sentença. Uma mesma empresa, em relação a um mesmo fato, pode ou não ser condenada a pagar indenização e, mais grave, quando condenada poderá pagar valores indenizatórios que variam de forma absurda, em decorrência muitas vezes de posição ideológica do juiz. Instalou-se aí um verdadeiro caos.

Nesse particular ainda vem o TST com sua jurisprudência criativa. É verdade, pois o Tribunal, que de acordo com a lei teria competência para julgar recursos envolvendo apenas matéria de natureza jurídica, vale dizer, sem reexame de fatos ou provas, e onde há violação de lei federal ou se demonstra divergência jurisprudencial, passa a examinar diuturnamente os casos envolvendo tais indenizações. Basta que o ministro-relator do processo entenda que há violação de preceitos ou princípios constitucionais, e com isso avance sobre o exame de fatos e provas. Daí vieram jurisprudências no mínimo curiosas, como, por exemplo, considerar que o bancário trabalha em atividade de alto risco dada a violência que campeia solta no país, que é de responsabilidade do Estado e não do empregador; idem para dirigir em estradas e rodovias, por considerá-las mal fiscalizadas e mal conservadas. Aqui transferem-se para a conta do empreendedor todos as mazelas do país, como o alarmante problema da segurança pública ou a crônica falta de investimentos em infraestrutura básica.

Há também o denominado “fato do animal”, isto é, trabalhadores que lidam com animais domesticados correriam alto risco por essa atividade. Por exemplo, montar em cavalo para atividades rotineiras em propriedades rurais tornou-se fator de alto risco, quando a realidade mostra que são raríssimos os casos de acidentes nessa atividade que possam ser debitados à natureza do animal. Daí vêm as astronômicas indenizações fundadas na responsabilidade objetiva do empregador.

Apenas à guisa de conclusão indicarei os dispositivos da nova legislação que visam a esse objetivo maior da segurança jurídica, eximindo-me de comentá-los um a um, primeiro porque não me impus essa metodologia de trabalho como acima anunciado, e segundo para deixar ao leitor a tarefa de

tirar as suas conclusões sobre o tema.

Veja-se apenas um quadro resumido:

A nova redação do § 2º do artigo 2º busca solucionar controvérsia antiga na doutrina e na jurisprudência acerca da caracterização de grupo econômico, o que sempre gerou, principalmente, uma enormidade de recursos.

A introdução do § 2º no artigo 4º, que trata das situações de tempo de serviço efetivo e de tempo à disposição do empregador, certamente evitará uma enormidade de ações trabalhistas, ou pedidos incluídos em ações mais amplas, pois todas elas hoje em dia, como visto acima, buscam pagamento ou indenização por suposto tempo à disposição, quando na verdade o trabalhador estaria usufruindo de benesse dada pelo empregador ou estaria em atividades ligadas ao seu crescimento pessoal ou profissional.

A redação original do artigo 8º recebeu dois parágrafos que, ao lado de outras disposições que serão aqui mencionadas, constituem a espinha dorsal das mudanças: o § 2º pretende por fim à funesta prática de legislar através de súmulas que se tornou comum na Justiça do Trabalho, em subtração à competência do legislativo quando se sabe que a regulamentação do trabalho já é vastíssima na lei e na negociação coletiva, prescindindo dessa intervenção despropositada. Aqueles que celebram contrato de trabalho, empregados e empregadores, devem conhecer desde já o que lhes assegura a legislação e a negociação coletiva como direitos, o mesmo ocorrendo para com seus deveres. Não podem ser surpreendidos, ao término do contrato, por um “direito” ou um “dever” não previstos em lei e nem contratados entre as partes.

Já o § 3º anuncia um princípio geral que plasma todo o conjunto de mudanças, no sentido de dar mais liberdade, mais responsabilidade e maior protagonismo aos atores principais da relação de trabalho, empregados e empregadores. É fundamental para pôr fim à insegurança que se instalou com a exacerbada intervenção da Justiça do Trabalho naquilo que todo contrato, inclusive o de trabalho, tem de mais essencial: o respeito à vontade das partes e ao negociado livremente por elas.

Seguem as alterações no artigo 11, solucionando antigos problemas no modo de aplicação das regras de prescrição, e outras no capítulo da duração do trabalho, estas últimas procurando retirar da CLT aquilo que nela foi recentemente introduzido e que aumentou sobremaneira a disfuncionalidade do sistema de proteção e gerou enormidade de ações trabalhistas.

A regulamentação especial para os denominados danos extrapatrimoniais, inclusive com fixação de lindes para os valores indenizatórios, e não o seu tabelamento como sustentam alguns, terá como papel fundamental estabelecer parâmetros mais racionais para a caracterização do dano para a fixação do valor da indenização.

Há, ainda, previsão mais segura para a contratação do autônomo, desde que cumpridas a formalidade e a substância da legislação pertinente, o que evita ações de quem por anos se beneficia dos baixos custos tributários de uma contratação como pessoa jurídica, com maior e mais expressiva remuneração, para depois pretender vínculo de emprego alegando fraude, mas se esquecendo do valor essencial da boa-fé contratual. Aqui entra também a alvissareira possibilidade de livre pactuação com empregados de nível superior e de altos salários, que jamais poderiam receber da legislação o mesmo tratamento que se dá ao operário do chão de fábrica ou ao rurícula, por exemplo (artigo 442-B e parágrafo único do artigo 444 da CLT).

Também no capítulo da remuneração houve a introdução de mecanismos de garantia de formalidade e de segurança em relação ao pagamento de verbas diversas decorrentes do contrato, de natureza salarial ou não, principalmente para o hoje tormentoso caso das gorjetas. Mas relevante aspecto reside na alteração do artigo 461 da CLT, com o que se pretende por fim aos artificiais pedidos de equiparação salarial, que tanto têm desestimulado a meritocracia e maior produtividade do trabalho, com melhor remuneração para os empregados qualificados e comprometidos com os fins sociais da empresa.

Chega-se às modificações introduzidas no título das negociações coletivas de trabalho, onde esteja, talvez, o coração das mudanças introduzidas pela Lei n. 13.467/17, porque aqui foi necessário que se escrevesse que as negociações coletivas de trabalho, protagonizadas por trabalhadores e empregadores, devem ser parte integrante da espinha dorsal da regulação do trabalho no país, fazendo cumprir preceito constitucional expresso e constantemente desdenhado pela jurisprudência e pelas súmulas do TST. Agora está expresso o que pode e o que não pode ser objeto de negociação, afigurando-se como lógico que, tirante os direitos e garantias que estarão excluídos do poder normativo privado, tudo mais haverá de ser resolvido entre os atores principais do contrato, dispensada a intervenção estatal, que só tem significado atraso no desenvolvimento e no progresso da nossa sociedade.

Finalmente, a ampla possibilidade de terceirização de atividades e serviços da cadeia produtiva, questão que já foi tratada, com insistência, linhas acima, mas que ainda está por merecer um marco regulatório mais aperfeiçoado, digno desse nome, o que espero seja o próximo passo das mudanças em curso.

Conclui-se com a constatação de que há muitos outros dispositivos introduzidos pela Modernização das Leis Trabalhistas que se inscrevem nesse extenso rol de benfazejas mudanças, inclusive de natureza processual. É digna de nota a nova redação que se deu ao artigo 702 da CLT, especialmente na alínea “f” do seu inciso I, e a introdução dos §§ 3º e 4º, onde se pretende que o procedimento de criação de súmulas da jurisprudência do TST retome

o seu leito normal e não seja mais causa ou fator de instabilidade jurídica na regulação da contratação do trabalho.

Segurança jurídica nas relações de trabalho é algo tão simples e tão fácil de ser alcançado desde que todos os atores deste universo particular queiram compreendê-la e colocá-la em prática. Ela é fundamental para a estabilidade do próprio sistema de proteção do trabalho, e mais relevante ainda para a estabilidade das relações sociais e econômicas que se dão no seio da sociedade, na busca incessante do bem-estar coletivo e individual de todos. Enfim, para que o país encontre o caminho do crescimento e do desenvolvimento econômico inclusivo, e para usar uma expressão tão ao gosto e tanto utilizada pelos opositores das mudanças, e que por isso já apresenta certo sabor de decrepitude, para que se possa alcançar o denominado “patamar civilizatório” (*sic!*) onde o trabalhador encontre, de modo real e definitivo, a sua dignidade, e não apenas em discursos e teorias que passam ao largo da realidade e do seu cotidiano.

De tão simples e tão urgente que é, encerra-se este desprezioso artigo com a citação de dois juristas, evidentemente de fora dos arraiais do Direito do Trabalho, onde não se conhece uma linha sequer da sua doutrina tratando da matéria. Diz JOSÉ AFONSO DA SILVA, buscando precisa conceituação em José Reinaldo Vanossi (“*El Estado de derecho en el constitucionalismo social*”, p. 30), que a “[...] segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’.”¹⁰

Ainda colhe-se em MARÇAL JUSTEM FILHO que

[...] a segurança é um valor de extrema importância para o Estado de Direito. A segurança, considerada em termos gerais, consiste na redução da incerteza quanto ao futuro. A segurança jurídica indica a redução da incerteza no âmbito da conduta dos sujeitos que atuam em sociedade.¹¹

Bastam as duas pequenas citações para concluir que a experiência vivida até aqui em termos de regulamentação das relações jurídicas de trabalho, sobretudo aquela indevidamente introduzida pela intervenção da jurisprudência trabalhista, precisa ser superada de forma definitiva e urgente, restabelecendo a simplicidade, a efetividade, a segurança e a previsibilidade perdidas ao longo das últimas décadas. Simples assim!

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999. p. 433.

¹¹ JUSTEM FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1.367.

ABSTRACT

This article analyses Labor Reform, in spite of legal safety. First, we presented some brief dissonant tones about the issue, like debates about (un)constitutionality of Law n. 13.467/2017 and the ideological interference in the acceptance, comprehension and interpretation of the new law. For this author, supporting actors or intelectual operators must avoid this behaviour: the building of an abstract reality or an ideal world according to personal ideology for, later on, searching the framing of the real world in legal categories. For economy and techonological revolution have undeniable and unavoidable impacts on labor relationships; production has a cost to be paid; labor judgements have economical consequences. Given this scenario, changes brought by Law 13.467/2017 are beneficent, becoming urgent and essencial the labor law flexibilization and the overcoming of labor case-law intervention, to assure negotiation power to the real actor of labor relationships.

Keywords: *Labor Reform. Judicial Safety. Economy. Technological Revolution. Production cost. Labor relationships flexibilization. Overcoming of labor case-law intervention.*