

REFORMAS PARA O BEM COMUM

Ives Gandra Martins Filho¹

Jean Tirole, professor francês, vencedor do Prêmio Nobel de Economia em 2014, resumiu seus estudos e ideias no livro “Economics for the Common Good” (Princeton University Press – 2017 – Princeton), no qual defende a necessidade urgente de reformas na legislação francesa e de outros países em vários campos, como o trabalhista e previdenciário, justamente para promover adequadamente o bem comum da sociedade. Suas reflexões e alertas podem nos trazer importantes subsídios, quando em nosso país se busca implementar a reforma trabalhista aprovada em 2017 e realizar a reforma previdenciária neste ano de 2019.

Tirole parte da constatação de que, após a queda do muro de Berlim e da transformação econômica da China Continental em um capitalismo de Estado, com a falência da economia planificada, a economia de mercado passou a ser a dominante em todo o mundo. E também tem respostas, inclusive mais eficientes, para a promoção do bem comum.

A matriz epistemológica de Tirole é “Uma Teoria da Justiça” (1971) de John Rawls, baseada na premissa do “véu de ignorância” que encobre cada membro da sociedade sobre sua real situação em relação aos demais, e que faz com que se possa perguntar a qualquer um: Em que sociedade você gostaria de viver, independentemente de suas circunstâncias pessoais? Para responder a essa pergunta, Rawls desenvolveu sua tese da “justiça como imparcialidade”.

Nesse “liberalismo social” de Rawls e Tirole, a busca do bem comum se daria pela promoção de uma igualdade de oportunidades para todos, característica da economia de mercado, e não uma igualdade de resultados, própria das economias planificadas.

As críticas à economia de mercado sob o prisma ético fazem confusão entre as falhas naturais do mercado, que devem ser corrigidas pela intervenção do Estado, com uma imoralidade que se consideraria intrínseca ao mercado. Na verdade, deve-se buscar um equilíbrio entre a intervenção constante do Estado no domínio econômico e o “laissez-faire” do liberalismo econômico, sabendo que o mercado necessita de regulação, como o Estado precisa do regime concorrencial para se desenvolver melhor.

¹ Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Mestre e Doutor em Direito pela UnB e UFRGS.

Nesse contexto, Tirole aponta para alguns dos maiores desafios na esfera econômica, que são a revolução digital e o mercado de trabalho. Este último aspecto é especialmente abordado por Tirole, ao colocar como uma das metas do Estado, como promotor do Bem Comum, o combate ao desemprego. Diz ele que o problema não se resolve com o aumento de empregos públicos, haja vista o rombo da Previdência, especialmente no setor público, exigindo urgente mudança de regras. O caminho é o da criação de condições que estimulem a criação de empregos no setor privado.

Para isso, sustenta que se faz necessária a reforma de muitas instituições de Direito do Trabalho, para dar maior flexibilidade à contratação e dispensa de trabalhadores, pois o elevado custo das dispensas ou as garantias cada vez mais amplas de estabilidade no emprego levam fatalmente empresários a contratar menos ou mecanizar a produção, pois o risco da atividade econômica recai sobre suas costas.

Nesse sentido, mostra Tirole que o excesso de protecionismo no campo laboral é a falsa solução para o desemprego. A informalidade e o desemprego não são decorrência pura e simples da lei do mercado, mas das escolhas e decisões equivocadas dos atores econômicos sobre que mecanismos utilizar para gerar empregos e condições de trabalho decentes. As bem intencionadas políticas públicas de excessivo protecionismo laboral acabam por proteger uma minoria de empregados, mas não os empregos e sua ampliação.

Com efeito, têm sido pouco eficazes e excessivamente caras, aponta Tirole, as políticas públicas francesas de combate ao desemprego focadas em ações estatais diretas como seguro-desemprego, programas de treinamento para reinserção no mercado de trabalho, empregos subsidiados, redução das horas de trabalho ou incentivos fiscais. Têm dado melhor resultado, nos países que as promoveram, com custos menores para a sociedade, reformas na legislação trabalhista que incentivem a contratação e a promoção paralela de reforma previdenciária que reduza os encargos indiretos sobre a folha de pagamento.

No fundo, quanto mais rígidas forem as regras que resguardam os contratos permanentes, mais as empresas buscarão a fórmula dos contratos a prazo ou a informalidade na contratação, de modo a não sucumbir aos riscos da atividade econômica.

A constatação de Tirole, observando o panorama mundial, é a de que, numa economia em constante evolução, empregos com estabilidade e contratos permanentes são um verdadeiro privilégio de alguns, uma vez que, para sobreviver à concorrência, as empresas devem reorientar suas

atividades e se adaptar às novas tecnologias e ao mercado em mutação, buscando trabalhadores que possuam as qualidades apropriadas para essas novas circunstâncias. Assim, o que mantém o trabalhador sempre empregado é a sua competência e capacidade de adaptação e evolução profissional, não simplesmente uma lei protetiva.

Ademais, dados internacionais levantados por Nicolas Lepage-Saucier e Étienne Wasmer (“Does Employment Protection Raise Stress? A Cross-Contry and a Cross-Province Analysis”, 2011) mostram a correlação entre legislação protetiva dos empregos e aumento do “stress” e de conflitos no ambiente de trabalho, por gerar acomodação por parte dos empregados e pressão e até assédio moral por parte dos empregadores, visando pedidos de demissão ou acordos de rescisão contratual, para não pagarem as indenizações legais para dispensas imotivadas.

E mais. Estudos como os de Andrew Clark e Fabien Postel-Vinay (“Job Security and Job Protection”, Oxford Economic Papers – 2005) têm demonstrado como o excessivo protecionismo laboral paralisa o desenvolvimento econômico da sociedade, preocupando inclusive os próprios trabalhadores e seus sindicatos, na medida em que seus contratos permanentes ou com estabilidade não lhes garantem os empregos, se suas empresas quebrarem e falirem, justamente pela falta de adaptação ao mercado, em face do excesso de encargos sociais a que estão sujeitas.

Tirole conclui, comparando as taxas de desemprego da França e dos países do sul da Europa com as dos países do norte da Europa ou de língua inglesa, que, mesmo após a crise financeira de 2008, as taxas mais elevadas são sempre dos primeiros, mostrando que não são os períodos de crise econômica que geram desemprego, mas o tipo de instituições e mecanismos de segurança adotados pelos países para gerar e garantir empregos. Ou seja, quanto mais protecionismo, menos segurança se consegue para os trabalhadores e seus empregos.

Fazendo uma análise do que acontece no Brasil à luz dessas constatações e conclusões de Tirole, vemos que nossa reforma trabalhista, ainda que tímida, seguiu no rumo certo, da flexibilização da legislação, com vistas a dar maior segurança a trabalhadores e empregadores, estimulando a negociação coletiva e o estabelecimento das regras e condições de trabalho pelos próprios agentes econômicos, que são justamente aqueles que sabem o que é possível conceder e regular salários, jornadas e demais circunstâncias laborais.

No entanto, tal reforma tem encontrado resistência por parte de segmento do Judiciário Laboral, ainda crente no protecionismo judicial, como fórmula única de se garantir condições decentes para o trabalho

humano. A rigor, a reforma trabalhista brasileira de 2017 foi uma reação, na linha da 3ª lei de Newton, ao excessivo protecionismo da Justiça do Trabalho, que, extrapolando da tarefa de interpretar a lei e aplicá-la aos casos concretos, passou a criar direito novo, a partir de princípios genéricos de baixa densidade normativa, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana.

Tal ativismo judicial e voluntarismo jurídico atingiram seu ápice nas denominadas “Semanas do TST”, de 2011 e 2012, quando o Tribunal Superior do Trabalho se fechou para rever sua jurisprudência e, como fruto dessa reflexão interna, sem que houvesse processos sendo julgados para se estabelecer nova jurisprudência, mudou-se a sinalização de mais de 50 súmulas e orientações jurisprudenciais, para se reconhecer novos direitos aos trabalhadores, onde antes a jurisprudência pacificada dizia que, de acordo com a lei, tais pretensões não poderiam ser acolhidas pelo Judiciário. Com isso se criavam, da noite para o dia, passivos trabalhistas enormes para as empresas.

Não foi de estranhar, pois, que o Congresso Nacional, em menos de um ano, quando concluído o ciclo de governos petistas (2003-2016), aprovasse a reforma trabalhista proposta pelo governo Temer, disciplinando, por um lado, de forma expressa e com a sinalização retornando para o que eram antes, as matérias das súmulas alteradas em 2011-2012, e por outro, avançando para criar marcos legais para novos fenômenos econômicos e tecnológicos, como foram as questões da terceirização, trabalho intermitente, teletrabalho e danos extra-patrimoniais (Leis 13.429 e 13.467).

A reforma brasileira teve impacto imediato nos campos processual e sindical. Ao passar a admitir a imposição de honorários advocatícios ao empregado reclamante, coibiu as aventuras judiciais, que tornavam a Justiça do Trabalho verdadeiro cassino em que o trabalhador podia jogar e, no final, se perdesse, não pagava nada. O custo era todo do empregador, de ter de contratar advogado para se defender de demandas injustas ou inflacionadas. A reforma tornou o processo do trabalho responsável e reduziu substancialmente também a conhecida captação de clientela, em que não era o trabalhador a procurar o advogado, mas este a abordar empregados recém demitidos, propondo conseguir extrair alguma vantagem do ex-empregador. A queda do número de ações chegou a 40%, adequando a demanda à capacidade de se julgar rápida e convenientemente as reclamações trabalhistas.

No campo sindical, o término da obrigatoriedade da contribuição sindical derrubou um dos dois pilares de nosso sistema sindical anacrônico, restando ainda a unicidade sindical a ser revogada, contrária que é à

Convenção 87 da OIT. A receita fácil e a garantia da não concorrência deslegitimou a representação sindical brasileira, com sindicatos fantasmas que colocaram o Brasil no topo do ranking numérico de entidades sindicais, com 17.000, para 190 do 2º lugar, que são os Estados Unidos.

É falacioso o argumento de que a reforma enfraqueceu os sindicatos, razão pela qual tanto o Ministério Público do Trabalho como a Justiça do Trabalho passaram a contemporizar com a criação de contribuição negocial generalizada e obrigatória por via de acordos e convenções coletivas, em que os sindicatos acabavam aceitando quaisquer condições de trabalho, desde que lhes fosse reassegurada a fonte de receita suplementar.

Na verdade, é obrigação do sindicato defender toda a categoria nos conflitos coletivos, já que o único que a pode representar judicial e extrajudicialmente nessa seara, independentemente de retribuição específica por parte de cada beneficiário das novas condições de remuneração e trabalho. Porém, nos dissídios individuais, em que a titularidade é do próprio trabalhador lesado, a fórmula que estimularia a filiação sindical, garantindo fonte de receita justa aos sindicatos, seria limitar a substituição processual aos associados do sindicato. É o que se espera numa futura reforma sindical.

Quanto à reforma trabalhista de 2017, sua espinha dorsal foi a flexibilização da legislação, adotando o princípio da prevalência do negociado sobre o legislado. Nisso, seguiu ela não apenas a orientação das Convenções 98 e 154 da OIT mas, especialmente, o princípio da subsidiariedade, encartado na encíclica “Rerum Novarum” (ns. 8 e 21-22) e na Doutrina Social Cristã, e que faz par com o princípio da proteção. Por aquele, cabe ao Estado apenas apoiar, incrementar e incentivar as sociedades menores como as famílias, as escolas, as associações, os sindicatos, as empresas, naquilo que podem promover o bem particular e comum melhor que o Estado diretamente. Só quando se mostram incapazes disso é que o Estado deve intervir diretamente, para estabelecer regramento protetivo dessas entidades ou se substituir a elas na promoção do bem comum.

Ora, o que se viu por muito tempo na Justiça do Trabalho, e ainda se vê, foi um desprezo olímpico ao princípio da subsidiariedade, como se o trabalhador fosse sempre relativamente incapaz, e só o Judiciário Laboral soubesse o que é bom para trabalhadores e empregadores. Tal análise se encontra estampada em paradigmático acórdão do STF, da lavra do Min. Roberto Barroso, quando assenta que “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. Tal ingerência viola os

diversos dispositivos constitucionais que prestigiam as negociações coletivas como instrumento de solução de conflitos coletivos, além de recusar aos empregados a possibilidade de participarem da formulação de normas que regulam as suas próprias vidas. Trata-se de postura que, de certa forma, compromete o direito de serem tratados como cidadãos livres e iguais”.

O Min. Roberto Barroso toca na ferida do protecionismo exacerbado da Justiça do Trabalho, ao assentar, nessa decisão, que “não socorre a causa dos trabalhadores a afirmação, constante do acórdão do TST que uniformizou o entendimento sobre a matéria, de que *o empregado merece proteção, inclusive, contra a sua própria necessidade ou ganância*. Não se pode tratar como absolutamente incapaz e inimputável para a vida civil toda uma categoria profissional, em detrimento do explícito reconhecimento constitucional de sua autonomia coletiva (art. 7º, XXVI, CF)” (RE 590.415-SC).

Mesmo diante de tão clara orientação, em decisão de caráter vinculante, o TST continuou a declarar nulos centenas de acordos e convenções coletivas, utilizando a técnica do “distinguishing” para dizer que a “ratio decidendi” desse “leading case” não se aplicava aos demais casos de negociação coletiva. Na contramão da dicção clara dos incisos VI, XIII, XIV e XXVI do art. 7º da Constituição, chegou a assentar em decisão por maioria na SDI-1 que negociação coletiva só pode se dar para ampliação de direitos trabalhistas (cfr. TST-Ag-E-ED-ARR-10805-55.2016.5.18.0121, Rel. Min. Freire Pimenta, julgado em 27/06/19), o que levaria, com o passar dos anos, à fixação de salários cada vez maiores para jornadas cada vez menores, o que nenhuma empresa tem condições de suportar.

Não foi por menos que o STF, diante de tal quadro, veio a erigir novo tema de repercussão geral (1046), para discutir da forma mais ampla possível, os parâmetros da negociação coletiva, em face da redução da autonomia negocial coletiva levada a cabo pelo TST, que ampliava superlativamente o quadro de direitos trabalhistas indisponíveis, praticamente publicizando o Direito do Trabalho. Com isso, foram suspensos todos os processos que versam sobre a matéria, até deslinde final da questão pelo Supremo.

Porém a resistência de parte do Judiciário Trabalhista não se dá apenas quanto ao fruto da negociação coletiva, mas especialmente à nova legislação trabalhista. Por óbvio que nenhuma lei é capaz de gerar emprego por si só, especialmente quando não aplicada pela Justiça. Num clima de insegurança jurídica, gerado pelo próprio Poder Judiciário, quem se arriscaria a criar novos postos de trabalho, aproveitando das novas formas de contratação ofertadas pela lei?

Em todos os países europeus que promoveram reformas trabalhistas, especialmente Portugal, Espanha, França, Alemanha e Itália, a queda na taxa de desemprego só se efetivou de modo mais palpável depois que suas Cortes Constitucionais referendaram as medidas legais adotadas, o que vem também ocorrendo paulatinamente em nosso país, com as decisões de nossa Suprema Corte pela constitucionalidade dos diferentes aspectos da reforma trabalhista, como foram os casos da contribuição sindical, negociação coletiva e terceirização.

Em suma, se é missão do Estado promover o Bem Comum da sociedade, considerado como o conjunto de condições de segurança, educação, saúde, trabalho, previdência, etc, para que cada um alcance seu bem particular, o caminho que se tem mostrado mais eficaz é, na seara laboral, o da denominada “flexisecurity”, valorizando e respeitando mais a negociação coletiva entre patrões e empregados, com legislação mais flexível para contratação e dispensa. Que saibamos aproveitar as lições do Prof. Jean Tirole e de nossa Suprema Corte, de modo a que mais rapidamente cheguemos ao verdadeiro Estado do Bem-Estar Social em nosso país.