

Os estragos econômicos da insegurança jurídica

José Pastore (*)

Sou suspeito para falar sobre a reforma trabalhista porque lutei pelos seus princípios durante toda a minha vida de professor e pesquisador. A que foi aprovada em 2017 tem definições importantes para indicar o que não pode e o que pode ser negociado.

Não tem cabimento negociar a discriminação das pessoas, a saúde dos trabalhadores, a aposentadoria de quem trabalhou a vida toda, a proteção dos que se acidentam no trabalho e tantos outros direitos, garantidos pelas leis e pela própria Constituição, e que nada têm a ver com a conjuntura econômica ou social. Por isso, o art. 611-B da lei 13.467/2017 proíbe esse tipo de negociação.

Por sua vez, o artigo 611-A elenca um extenso conjunto de direitos cuja viabilidade depende muito da situação em que as pessoas trabalham e, por isso, são definidos com nuances e ajustes por meio da negociação entre empregados e empregadores como é o caso da extensão e modalidade da jornada de trabalho, a remuneração da produtividade, os prêmios e incentivos, as condições para o exercício do trabalho remoto e outros que mudam com o tempo e com o momento econômico. Para esses direitos, a negociação consegue fazer ajustes a situações específicas que a lei geral não consegue. Isso vem crescendo nos entendimentos diretos entre empregados e empregadores ou dos seus respectivos sindicatos. A Internet tem proporcionado o acompanhamento das negociações coletivas *on line* por parte de um enorme número de representados pelos sindicatos laborais, o que não ocorria nas assembleias presenciais nas quais o comparecimento de sindicalizados era insignificante.

O que vem destoando nesse processo é a conduta de alguns grupos de profissionais que buscam obter na Justiça do Trabalho o que não conseguiram nas negociações coletivas. Destoa também a persistência de sentenças que se opõem à Lei 13.467/2017 (e outras) e até mesmo às decisões de Supremo

Tribunal Federal. São dois problemas que geram uma grande intranquilidade entre os que precisam de previsibilidade.

É surpreendente ver pessoas e os próprios sindicatos laborais buscando soluções no Poder Judiciário depois de ter negociado, concordado e votado os mesmos temas nas assembleias sindicais laborais. Mais graves são as sentenças que veem sancionar o oportunismo dos que buscam tirar vantagem dos dois mundos – o da negociação e o da judicialização.

Nesse campo, tenho notícia de sindicatos laborais que, depois de negociarem uma redução do intervalo intrajornada (prevista no art. 611-A), entram na Justiça do Trabalho para pedir a nulidade da cláusula e pagamento de horas extras a todos os seus representados. Outro caso é de um sindicato que negociou uma gratificação mensal calculada sobre o salário e depois entrou com uma ação judicial para querer a incidência dessa gratificação sobre todas as verbas recebidas pelos seus representados. Há ainda os casos de reclamações individuais que contrariam o que foi negociado pelos respectivos sindicatos laborais sobre regras de trabalho remoto.

É o questionamento do princípio da prevalência do negociado sobre o legislado. Infelizmente, várias interpretações criativas dos magistrados do trabalho veem dando guarida a tais estratégias, o que causa uma enorme insegurança jurídica. A insegurança jurídica na área trabalhista conspira contra os investimentos. As boas intenções dos juízes, muitas vezes, têm efeitos adversos no campo econômico e para os trabalhadores.

O trabalho não é uma *commodity* e, por isso, não pode ser sujeito apenas às leis de mercado como ocorre nos leilões de minérios, metais e cereais. O trabalho precisa ser regulamentado e isso é tarefa para os contratos, as leis e a jurisprudência. Quanto mais claras forem as leis e mais coerentes forem as interpretações judiciais, melhor será o ambiente para os investidores que precisam ter segurança da validade dos contratos que negociam e que assinam.

A literatura sobre a conexão entre segurança jurídica e crescimento econômico é vasta. Weder mostrou que 23% da variação do crescimento da renda per

capita são explicados pela qualidade das leis e das sentenças judiciais.¹ Sherwood provou que um dos responsáveis pelo baixo crescimento econômico de países da América Latina, Brasil inclusive, é o mau funcionamento do Poder Judiciário. Com uma ação coerente e consistente dos magistrados, esses países poderiam aumentar os investimentos em 14%, os empregos em 12% e as vendas em 18%.² No seu já clássico trabalho, Posner indica que os problemas do lado do crescimento econômico se agravam quando a ideologia e a pressão da opinião pública interferem nas decisões dos juízes.³

Como diz Nery, com um pouco de exagero, “cabe aos juízes do trabalho entender que os indicadores do mercado de trabalho – que não se resumem à taxa de desemprego – são muito sensíveis às suas decisões [e podem levar] os empresários a reagir racional e defensivamente... transferindo os riscos para os trabalhadores. Sem essa visão mais ampla, a Justiça do Trabalho corre o risco de continuar sendo vista como um elefante em loja de cristais”.⁴

Não há dúvida que o Poder Judiciário é uma das instituições mais importantes para o funcionamento da economia, da política e da democracia. Mas, para o Brasil crescer e seu povo melhorar de vida é imperioso elevar substancialmente o nível de previsibilidade do Poder Judiciário, em especial, da Justiça do Trabalho.⁵

Para os investidores, a segurança jurídica é fundamental, pois, ninguém investe ao saber que as regras de uma lei ou de um contrato podem não valer no dia de amanhã. No mundo inteiro, os investidores fogem de países onde as autoridades têm poderes para anular acordos legais e aplicar penalidades. Numa palavra, a imprevisibilidade é apontada pelos estudiosos do Poder

1 Beatrice Weder, “Legal systems and economic performance: the empirical evidence”, citado por Luciana L. Yeung, “Bias, insecurity and the level of trust in the judiciary: the case of Brazil”, *Journal of Institutional Economics*, Vol. 15, nº 1, 2019.

2 Robert M. Sherwood, “Judicial performance: its economic impact in seven countries”, *Annual Conference of the International Society for New Institutional Economics*, Tucson, 2004.

3 Richard A. Posner, *Economic analysis of law*, New York: Aspen Publishers, 1973. O seu filho, Eric Posner, leva adiante essa tese para indicar que a interferência ideológica está aumentando nas indicações da Suprema Corte dos Estados Unidos, ver Eric Posner, “Os juízes protestam demais”, *Valor*, 08/10/2021.

4 Pedro Fernando Nery, “Quem protege os trabalhadores da Justiça do Trabalho”, *Estadão*, 24/06/2017.

5 Armando Castelar Pinheiro, “Modernização do Poder Judiciário: mitos e falsas soluções”, XVI Forum Nacional promovido pelo Instituto Nacional de Altos Estudos, 2004.

Judiciário como o maior empecilho ao desenvolvimento econômico, em especial, no Brasil. ⁶

Junto com a imprevisibilidade pode ocorrer o viés de julgamento que favorece uma das partes de modo sistemático. Mas, a imprevisibilidade é mais grave do que o viés de julgamento porque este pode ser “descoberto” pelos litigantes fazendo-os evitar situações desfavoráveis.

Um estudo que analisou 1.412 decisões judiciais do Brasil concluiu que, entre nós, o mais grave é a imprevisibilidade. ⁷ Esta é muito comum a todos os ramos do Poder Judiciário, em especial, na Justiça do Trabalho.

Os tribunais são considerados previsíveis quando proferem sentenças consistentes a respeito da mesma matéria e são considerados imprevisíveis quando decidem de forma casual ou diametricamente oposta o mesmo assunto. É claro, os cidadãos confiam mais nos tribunais previsíveis do que nos imprevisíveis. Pesquisa recente mostrou que entre os brasileiros apenas 15% confiam muito no Poder Judiciário. ⁸ É uma constatação muito desconfortável.

No Brasil, o subjetivismo associado ao voluntarismo de muitos magistrados na formulação das sentenças gera uma enorme insegurança para os agentes econômicos. ⁹ De saída, eles se assustam ao saber que a palavra *direito* é usada 76 vezes na Constituição de 1988. A palavra *dever*, quatro vezes; *produtividade*, duas; e *eficiência*, uma. A contagem foi feita pelo saudoso Roberto Campos que dizia ser impossível governar e fazer um país crescer com tantos direitos, tão poucos deveres e um verdadeiro desprezo pela produtividade e pela eficiência. Quando se adiciona a esse quadro a insegurança jurídica criada por muitos magistrados, o desafio se torna intransponível.

A imprevisibilidade das leis – sim, o Brasil tem leis de efeitos retroativos! – e das decisões judiciais é a antítese do planejamento e da programação dos investimentos. O Brasil poderia desfrutar de melhores condições para crescer

6 Micheli Pereira, “O mau funcionamento do Poder Judiciário como empecilho ao desenvolvimento econômico brasileiro”, Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, nº 2, Jan-Jun, 2010.

7 Luciana L. Yeung, “Bias, insecurity and the level of trust in the judiciary: the case of Brazil”, op. cit.

8 Instituto Datafolha, 25/09/2021.

9 José Pastore, “A Justiça do Trabalho no Brasil depois da reforma trabalhista”, Ensaio apresentado no Seminário de Conjuntura da FIPE, 18 de setembro de 2015.

se contasse com mais previsibilidade no terreno judicial. Os altos custos de transação ocasionados pela imprevisibilidade “afastam o sistema de preços dos padrões internacionais, distorcendo a alocação de recursos”.¹⁰

Uma maior segurança deveria ser bem acolhida quando vinda de decisões do Supremo Tribunal Federal. Mas, no campo trabalhista, são muitas as recusas dos magistrados trabalhistas para cumprir as referidas decisões. São inúmeros os artifícios jurídicos usados por aqueles magistrados para desrespeitar o STF. Muitos magistrados ainda questionam a prevalência do negociado entre as partes que assinam convenções e acordos coletivos de trabalho. O mesmo ocorre em relação ao índice de correção dos débitos trabalhistas. Há ainda os que questionam a Lei 13.429/2017 e as decisões do STF sobre terceirização, ao invocar o obscuro conceito de terceirização estrutural.

Isso traz uma enorme insegurança aos agentes econômicos, em especial, em momentos difíceis como é o caso da situação da pandemia do Covid-19 que colocou uma grande parte dos brasileiros trabalhando em casa. Daqui a três ou quatro anos, como o Poder Judiciário julgará os vários acordos que viabilizaram o trabalho remoto nos dias atuais?

Neste terreno, também o STF gera insegurança na medida em que posterga decisões importantes como é o caso do Tema 1046 que trata exatamente da prevalência do negociado sobre o legislado.¹¹ O assunto entrou e saiu inúmeras vezes da pauta daquela Corte, sem nenhuma decisão definitiva.

Não há dúvida. Ao lado das reformas programadas (tributária, administrativa, privatizações, etc.), é indispensável incluir a do Poder Judiciário, mas não como se fez a Emenda 45 que ampliou o raio de ação da Justiça sem corrigir os problemas de imprevisibilidade ou como pretende fazer a PEC 32 da reforma administrativa que exclui das mudanças todo o Poder Judiciário. Na União Europeia, por exemplo, as reformas dos sistemas judiciais nacionais tornaram-se parte integrante das reformas econômicas dos Estados-Membros.

(*) Professor da Universidade de São Paulo, membro da Academia Paulista de Letras e conselheiros do CAESP – Conselho Arbitral do Estado de São Paulo.

10 Armando Castelar Pinheiro, **Judiciário e economia no Brasil**, São Paulo: Editora Sumaré, 2000

11 Sem nenhuma decisão, o tema entrou em julgamento em 04/12/2019; 06/05/2020; 07/10/2020; 06/11/2020; 02/12/2020; 17/12/2020; 17/06/2021; 04/08/2021.