

## **Em que Congresso e Judiciário discordam na reforma trabalhista?**

*Pedro Fernando Nery*

Foram anunciados no dia 19/10 os enunciados aprovados pela 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho sobre como o Judiciário deve “interpretar” a reforma trabalhista, que entrou em vigor em novembro. A jornada teve a participação de centenas de advogados, juízes, procuradores e auditores e até de ministros do TST, e chegou a ser classificada de guerrilha trabalhista.

A jornada ocorreu no vácuo de medida provisória para regulamentar aspectos controversos da nova Lei nº 13.467. A edição da MP fez parte de acordo para que o Congresso acelerasse a tramitação da reforma em vez de emendá-la, o que poderia atrasar demasiadamente a aprovação. O próprio Presidente se comprometeu por meio de carta com as mudanças. A MP, de número 808, foi editada em 14 de novembro.

Em que pese a incômoda participação de advogados na Jornada - com óbvio conflito de interesse em relação a uma reforma destinada a reduzir a litigância - e as dúvidas se a resistência de Ministério Público e Judiciário revela apenas corporativismo de parte da classe, é visível que a maioria dos juízes, procuradores e auditores estão bem-intencionados. De fato, vários dos pontos que constam dos enunciados aprovados na Jornada compunham o acordo para a edição da MP.

Quais são estes pontos? Um deles é a permissão de realização da jornada de 12 horas com 36 de descanso (12 por 36) por meio de acordo individual. A mudança decorreu de mobilização de profissionais do setor de saúde do terceiro setor, para quem a jornada é vantajosa, mas a possibilidade de acordo coletivo não existe meramente porque entidades do terceiro setor não podem fazer negociação coletiva.

Dessa forma, ficou acertado que a jornada 12 por 36 por acordo individual deveria ser exceção, e não regra, para evitar abusos. Há também uma controvérsia sobre a própria constitucionalidade da 12x36 por acordo individual: o Congresso entende que quando a Constituição diz que jornadas maiores que 8 horas só são possíveis “mediante acordo ou convenção coletiva” ela distingue a convenção coletiva do acordo – que pode ser individual ou coletivo. Não é esta a tradição do Judiciário, que entende que o referido acordo só pode ser coletivo, e a mudança, inconstitucional. A MP deve resolver a questão.

Uma segunda controvérsia se refere à prevalência do negociado sobre o legislado. A Jornada entende que as negociações coletivas não podem “piorar” a situação do trabalhador. Já a visão subjacente à reforma aprovada pelo Legislativo é de que cabe aos trabalhadores, organizados em sindicatos, decidir o que é melhor para a categoria – e não ao Poder Judiciário.

Assim, se os trabalhadores preferem um intervalo de almoço de 30 minutos para poderem sair mais cedo do trabalho e pegar menos trânsito, não poderia um juiz revogar o acordo por entender que o melhor para os trabalhadores é descansar mais durante o intervalo.

É intuitivo que a resistência neste caso origina-se na ideia de que muitos sindicatos são fracos e com menor poder negocial dos que os empregadores, provocando acordos indesejáveis. Por esta ótica, o fim da contribuição sindical, sem o fim da unicidade para estimular a competição entre os sindicatos, completaria o cenário de risco para a captura dos sindicatos - cuja atividade tem característica de bem público e poderia acabar subfinanciada. A MP mitigou a incerteza sobre o financiamento da atividade sindical no país, e contrariamente ao que foi especulado ao longo do ano, não introduziu nova forma de financiamento.

Um terceiro ponto controverso é a terceirização e a situação dos autônomos. Se a terceirização da atividade-fim é considerada por economistas absolutamente normal e desejável em uma economia de mercado que busca a especialização e o aumento da produtividade, a burocracia trabalhista receia que a terceirização da atividade-fim legitime a sonegação de encargos e a precarização.

Para a resistência, a terceirização objetiva a redução do custo do trabalho, já que na contratação direta há a incidência de uma série de tributos, incluindo uma das contribuições previdenciárias mais altas do mundo.

A MP aqui é relevante por acabar com a figura do autônomo exclusivo, permitida no texto original, que gerou o receio de pejetização em massa. Afasta-se o reconhecimento de vínculo apenas para categorias reguladas por leis específicas, como caminhoneiros e corretores de imóveis. O reconhecimento do vínculo, porém, será reconhecido se houver efetiva subordinação jurídica entre as partes.

Em relação à terceirização, é particularmente preocupante o enunciado da Jornada de que terceirizados devem ter a mesma remuneração dos funcionários contratados diretamente – uma vez que a lei não foi alterada neste ponto. Se o enunciado pegar, a terceirização periga acabar: todo empreendimento ficaria sujeito à interpretação de pessoas externas, que podem determinar que a função de um empregado em uma contratada é a mesma de alguém que trabalha ali.

Isso faz tanto sentido quando exigir que analistas e técnicos dos tribunais ganhem o mesmo que juízes, afinal, eles podem ajudar a escrever decisões. Esta seria uma interpretação leiga da atividade judicial, assim como pode ser leiga a interpretação de um funcionário público alheio ao funcionamento de milhares de setores da economia.

Entretanto, cabe observar que o Judiciário continuará podendo coibir a terceirização espúria, fraudulenta, que visa a sonegação. A permissão da terceirização da atividade-fim é frequentemente noticiada como “terceirização irrestrita”, o que não é verdade.

Vínculos empregatícios continuam podendo ser reconhecidos, só não sob o argumento de atividade-fim.

Por fim, existem vigorosas críticas do Judiciário contra a tarifação do dano moral. A reforma, na tentativa de criar parâmetros e reduzir a insegurança jurídica, tornou o dano proporcional ao salário do empregado. É emblemática a infame anedota de que com a reforma mais vale assediar a secretária do que a gerente. Novamente, a MP buscou o equilíbrio entre a previsão da reforma e a situação atual – em que procuradores chegam a pedir como indenização 10% do lucro líquido de um banco durante 5 anos por conta da dispensa discriminatória de dois funcionários.

É essencial, portanto, que o diálogo e o debate continuem. O espaço para convergência é maior do que parece e a tão almejada segurança jurídica no mercado de trabalho precisa do convencimento dos operadores de direito sobre pontos incompreendidos da reforma. A medida provisória do Poder Executivo foi o último passo nessa direção.

*Publicado originalmente no jornal Valor Econômico em 7 de novembro de 2017 sob o título “Pontos de discórdia na reforma trabalhista”.*

Este texto está disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/?p=3114>