

O Direito Do Trabalho Como O Resultado De Uma Análise Econômica

Rodrigo Fonseca Marinho

Resumo

O Direito do Trabalho surgiu do capitalismo e para o capitalismo. As suas características é que propiciaram a manutenção desse regime até os dias de hoje. Essa noção não se altera a partir da submissão desse ramo do Direito a conceitos próprios da Economia, o que se traduz na Análise Econômica do Direito do Trabalho. Isso porque os interesses em jogo impõe uma solução que resguarde o empregado, o empregador, a concorrência e o consumo.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; Análise Econômica; Resultado necessário.

Abstract

Labor Law arose from capitalism and for capitalism. Its characteristics are what propitiated the maintenance of this regime to the present day. This notion does not change from the submission of this branch of Law to concepts specific to Economics, which translates into the Economic Analysis of Labor Law. This is because the interests at stake impose a solution that safeguards the employee, the employer, the competition and the consumption.

Keywords: Labor Law; Economic analysis; Result Required.

1. INTRODUÇÃO

A temática abordada no estudo aqui proposto é o Direito do Trabalho. O problema enfrentado está em saber se este ramo do Direito sobrevive a partir da aplicação de conceitos próprios da Economia e invocados na Análise Econômica do Direito.

A escolha do tema se justifica e é relevante para demonstrar que, ante as características do Direito do Trabalho, são equívocas ou oportunistas as assertivas que o elegem como sendo o causador de crises econômicas e de índices de desemprego, sendo esta a hipótese considerada para a solução do problema.

O método adotado de pesquisa foi o dedutivo, de constatações gerais a partir da história do Direito do Trabalho e de sua relevância, da análise dos conceitos doutrinários da Análise Econômica do Direito e da sua contextualização na seara laboral, de maneira a deduzir a conclusão que leve em conta os aspectos de interesse em relação ao tema, notadamente os interesses dos empregados, dos empregadores e da economia num ambiente de concorrência e de consumo.

2. DO DIREITO DO TRABALHO E SEU CARÁTER AMBIVALENTE

Este estudo propõe a leitura do Direito do Trabalho como o resultado de uma análise econômica. Nesse desiderato, impõe-se antes considerar o traço protetivo do Direito do Trabalho, os aspectos históricos da exploração da mão de obra e do surgimento desse ramo do Direito, bem como a sua respectiva importância para o capitalismo.

A primeira forma de exploração da mão de obra do homem pelo homem, que se estendeu desde a antiguidade até a sociedade pré-industrial, foi a escravidão, “que fez do trabalhador simplesmente uma *coisa*, sem possibilidade sequer de se equiparar a sujeito de direito. O escravo não tinha, pela sua condição, direitos trabalhistas.” (NASCIMENTO, 2009, p. 43).

A servidão do período feudal manteve o subjugo sobre o trabalhador explorado, na medida em que “embora recebendo certa proteção militar e política prestada pelo senhor feudal dono das terras, os trabalhadores também não tinham uma condição livre. Eram obrigados a trabalhar nas terras pertencentes aos seus senhores.” (NASCIMENTO, 2009, p. 43).

De acordo com Orlando Gomes e Elson Gottschalk,

nos regimes de escravidão e de servidão, a subordinação do homem ao homem apresentava um aspecto de tal forma depressivo da personalidade, que não há como pensar-se em *relação de trabalho* nos termos em que hoje se concebe [...]. O escravo, de qualquer espécie, não trabalhava porque a isso estivesse obrigado contratualmente, trabalhava porque era propriedade viva de quem o comprara. (GOMES; GOTTSCHALK, 2012, p. 32).

Na idade média, ainda na fase pré-industrial, vale destacar as corporações de ofício com as figuras dos mestres, companheiros e aprendizes,

os mestres eram os proprietários das oficinas [...]. Os companheiros eram trabalhadores livres que recebiam salários dos mestres [...]. Os aprendizes eram menores que recebiam dos mestres o ensinamento metódico do ofício ou profissão, podendo passar ao grau de companheiro se superassem as dificuldades dos ensinamentos. Apesar da existência de maior liberdade ao trabalhador, a relação das corporações com os trabalhadores era de tipo autoritário, sendo mais destinada à realização dos seus interesses do que a proteção destes. (GARCIA, 2009, p. 34).

Pelos ensinamentos de Amauri Mascaro Nascimento, pode-se acrescentar ainda à fase pré-industrial os contratos de locação de serviços e de locação de obra ou empreitada. No primeiro há a obrigação contratual de prestar serviços durante um período e mediante remuneração, “apontada como o precedente da relação de emprego moderna, objeto do direito do trabalho”. No segundo, assume-se a obrigação de executar uma obra para outrem mediante remuneração. (NASCIMENTO, 2009, p. 44).

Mas foi com a Revolução Industrial do século XVII que o Direito do Trabalho começou a se desenhar e a se desenvolver. Muito bem sintetizou Horácio de Senna Pires,

o surgimento da máquina a vapor e de centros industriais atraíram massas de operários. A grande oferta torna a mão de obra cada vez mais barata, propiciando uma exploração crescente do proletariado, inclusive do labor de mulheres e crianças. As consequências eram previsíveis: o aviltamento do salário, as extensas e estafantes jornadas. Tal situação exigia a intervenção do Estado. As Corporações de Artes e Ofícios, que dominaram o cenário trabalhista europeu, entraram em franca decadência. As leis civis, centradas nos postulados da igualdade e da liberdade de contratar, não respondiam às necessidades de regulação jurídica do mundo do trabalho. (PIRES, 2011, p. 125).

E continua Horácio de Senna Pires citando José Martins Catharino,

o uso crescente, em grande escala, das maquinárias movidas a vapor provocou concentração de pessoas e capitais. Com elas surgem o capitalismo e os movimentos operários reivindicatórios. E, com ambos, as primeiras manifestações legislativas do Direito do Trabalho, com o Estado-Providência, intervindo para disciplinar e resolver o antagonismo entre Capital e Trabalho [...]. (CATHARINO apud PIRES, 2011, p. 125)

Com efeito, percebe-se que o Direito do Trabalho guarda estreita relação com o

capitalismo. Nessa esteira as lições de Mauricio Godinho Delgado,

o Direito do Trabalho é produto do capitalismo, atado à evolução histórica desse sistema, retificando-lhe distorções econômicas-sociais e civilizandando a importante relação de poder que sua dinâmica econômica cria no âmbito da sociedade civil, em especial no estabelecimento e na empresa. (DELGADO, 2010, p. 78).

Daí é que se diz que o surgimento do Direito do Trabalho garantiu e ainda garante a manutenção do sistema capitalista, pois que a exploração desmedida e inescrupulosa conduziria esse sistema à ruína, seja em razão de uma revolta dos explorados, seja em razão da não existência de um mercado consumidor.

Nesse sentido Ronaldo Lima dos Santos alertou,

o Direito do Trabalho remete ao primeiro plano não o trabalho como um bem, mas o trabalhador como sujeito de direito e como pessoa humana. Assim, diversamente do Direito Civil, o Direito do Trabalho consiste, primordialmente, num instrumento de promoção dos denominados direitos humanos de segunda dimensão – os direitos sociais ou direitos de igualdade – correlacionados às relações de trabalho. Por outro lado, ao contrário do que propugnam as oportunistas doutrinas “neoliberalistas”, o Direito do Trabalho também foi uma necessidade política, ideológica e normativa para a subsistência do próprio sistema capitalista, cujo grau de exploração do trabalho alheio colocou em risco o próprio regime emergente. (SANTOS, 2012, p. 273).

No mesmo passo, Maurício Godinho Delgado faz pertinente correlação do Direito do Trabalho com os Direitos Humanos ao considerar que

o universo social, econômico e cultural dos Direitos Humanos passa, de modo lógico e necessário, pelo ramo jurídico trabalhista, à medida que este regula a principal modalidade de inserção dos indivíduos no sistema socioeconômico capitalista, cumprindo o papel de lhes assegurar um patamar civilizado de direitos e garantias jurídicas, que, regra geral, por sua própria força e/ou habilidade isoladas, não alcançariam. A conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural -, o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego, normatizado pelo Direito do Trabalho. (2010, p. 77).

Assim, a ideia de que o Direito do Trabalho se presta apenas para proteger o

trabalhador é equívoca, malgrado este seja o seu efeito imediato. A rigor, o Direito do Trabalho igualmente protege o empregador. Isso porque, de maneira mediata e a um só tempo, esse ramo do Direito também garante a existência de um mercado consumidor, o que faz ao distribuir riquezas, bem como preserva a concorrência, ao impedir que a empresa coloque no mercado produto ou serviço abaixo do preço de custo com o objetivo de dominação de mercado.

Com efeito, os fundamentos legais para a compreensão do Direito do Trabalho estão na Constituição da República¹, por exemplo, o art. 3º, inciso IV, ao elevar ao grau de princípio fundamental da República tanto o valor social do trabalho como a livre iniciativa, referências feitas pelo constituinte nessa ordem e num mesmo inciso não por acaso, de maneira que a livre iniciativa não deve olvidar do valor social do trabalho. Corrobora ainda para a percepção da amplitude do Direito do Trabalho o teor do art. 170 da Constituição da República, ao estabelecer que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, sendo o seu fim, o de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (*caput*) e observados, dentre outros princípios, a livre concorrência (IV) e a busca do pleno emprego (VIII). Assim, por evidente, o empregador que sonega obrigações trabalhistas tem vantagem em relação aos seus concorrentes, podendo inclusive fixar preços artificialmente e injustificadamente menores do que representaria o real preço de custo, com o propósito de dominar o mercado e em prejuízo da segurança jurídica e da livre concorrência. Nessa direção, pela Lei 12.529/2011², constitui infração à ordem econômica vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo (art. 36, inciso XV).

Portanto, como se percebe, apesar de mais nítida a proteção conferida ao trabalhador pelo Direito do Trabalho, essa noção é mais ampla e com todas as suas frações dialogando com equilíbrio.

Américo Plá Rodriguez aponta ao tratar do princípio da proteção,

o fundamento deste princípio está ligado à própria razão de ser do

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: de 5 de outubro de 1988.

² BRASIL. **Lei 12.529, de 30 nov.2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Direito do Trabalho.

Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive, mais abusivas e iníquas.

O legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável.

O Direito do Trabalho responde fundamentalmente ao propósito de nivelar desigualdades. (RODRIGUEZ, 2002, p. 85).

Na mesma linha pontuou Mauricio Godinho Delgado, o princípio da proteção visa retificar ou atenuar no plano jurídico o desequilíbrio verificado no plano fático do contrato de trabalho (2010, p. 183).

Dessa forma, o princípio da proteção que se extrai do Direito do Trabalho nada mais é do que a aplicação do princípio da isonomia substancial, na medida em que se presta a corrigir a quase invariável desigualdade verificada entre os sujeitos da relação de emprego. Tal regra geral de desigualdade decorre do fato de o trabalhador buscar o emprego para, com o resultado do seu trabalho, poder sobreviver com dignidade, ao passo que o empregador, ao ofertar emprego no mercado de trabalho pretende maximizar os seus ganhos. Como bem observou Karl Marx,

ele não teria nenhum *interesse* em empregar o trabalhador se não esperasse, da venda do serviço (*Werk*) deste último, mais do que é necessário para reembolsar os fundos (*fonds*) por ele adiantados para salários, e não teria *interesse* algum em aplicar uma soma grande em detrimento de uma pequena soma de fundos (*fonds*) se o seu lucro não estivesse em proporção com o volume dos fundos (*fonds*) aplicados. (MARX, 2009, p. 41).

Com feito, a ideia de igualdade também deve ser aplicada no plano da concorrência, uma vez que o Direito do Trabalho, ao fixar um piso de direitos aos obreiros, acaba por fixar um padrão mínimo de custos de mão de obra, de modo a evitar que a concorrência caminhe para a deterioração desses custos e assim do mercado consumidor e do sistema capitalista.

O mesmo se verifica no campo do Direito Internacional do Trabalho³, sobretudo com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, e com a revisão do correspondente objeto, ocorrida no ano de 1944, através da Declaração da Filadélfia. Nesse diapasão ensina Lélío Bentes Corrêa,

a OIT foi criada sob a égide da Liga das Nações, logo após a Primeira Guerra Mundial, destacando-se entre seus objetivos o de impedir a concorrência desleal entre os países, a partir do fenômeno conhecido como *dumping* social. Em 1944 porém, ante os horrores da Segunda Guerra Mundial, ficou evidente que o modelo ali consagrado tanto para a Liga das Nações quanto para a OIT estava superado. [...] Afirmou Franklin Roosevelt que “um ser humano em estado de necessidade não é um ser humano livre; e é desse material que se forjam das ditaduras”. [...] Assim é que, em 1944, antes do término da Segunda Guerra, a Conferência Internacional da Filadélfia que, proclamando novos objetivos e uma nova ótica sobre o mundo do trabalho, muda o foco da atuação da OIT, para posicionar o ser humano no centro de suas preocupações. Afirma-se na Declaração da Filadélfia que o trabalho não é uma mercadoria, que a liberdade sindical [...] é fundamental ao processo de desenvolvimento econômico de qualquer país. Afirma-se, ainda, que a miséria em qualquer lugar constitui ameaça ao desenvolvimento em todos os lugares, proclamando assim, obrigação de solidariedade da comunidade internacional. (CORREA, 2009, p. 36-37).

Vale lembrar que o Brasil é membro da OIT desde a sua fundação e que participa da Conferência Internacional do Trabalho desde a sua reunião inaugural (PORTELA, 2015, p. 463).

Percebe-se então que, a tutela jurídica especial conferida ao trabalhador se justifica em razão da vulnerabilidade do empregado na relação empregatícia em relação ao empregador, noção que não se altera, como se verá, a partir da análise dos princípios próprios da economia que, aplicados ao Direito, diz-se Análise Econômica do Direito.

3.DOS PRINCÍPIOS E CONCEITOS DA ECONOMIA NO DIREITO DO TRABALHO

Antes de abordar algumas noções próprias da economia e de relacioná-las ao princípio da proteção trabalhista e ao Direito do Trabalho propriamente dito, faz-se

³ De acordo com Paulo Henrique Gonçalves Portela leciona que o Direito Internacional do Trabalho é ramo do Direito Internacional que objetiva fixar “padrões internacionais mínimos de relações trabalhistas, com o intuito maior de promover a dignidade humana em todo o mundo, o maior bem-estar da humanidade e a justiça social, colaborando assim, para a paz.” (PORTELA, 2015, p. 461).

necessário entender o conceito da Análise Econômica do Direito, na medida em que é essa análise que se pretende fazer neste estudo, especialmente acerca do Direito do Trabalho.

Conforme propugna Ivo Teixeira Gico Jr.,

o direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A Análise Econômica do Direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências. A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito. (2010, p. 8 e 18).

Para Karin Bergit Jakobi e Marcia Carla Pereira Ribeiro,

a Análise Econômica do Direito, corrente acadêmica interdisciplinar, formada por juristas e economistas, consiste na aplicação dos instrumentos econômicos aos fenômenos jurídicos, para examinar sua formação, sua estrutura, seus processos e os impactos do Direito e de suas instituições sobre o comportamento dos agentes econômicos e sobre as relações sociais, bem como a qualidade e eficiência dos instrumentos legais. (2014, p. 30).

Com efeito, a Análise Econômica do Direito, como o próprio nome indica, pode ser entendida como a busca da compreensão do Direito a partir de noções típicas da economia, tanto no momento da elaboração da norma, como no momento de sua interpretação e aplicação, tendo em conta o comportamento humano e a eficiência num contexto de recursos escassos.

Por corolário, proceder a Análise Econômica do Direito do Trabalho implica aplicar a esse ramo do Direito as noções próprias da Economia, seja no momento de elaboração da norma trabalhista, seja nos momentos de sua interpretação e aplicação, tendo em conta o comportamento dos sujeitos da relação empregatícia e a eficiência da empresa e do resultado do trabalho, num contexto de recursos escassos.

Nesse desiderato, impõe-se levar em conta as noções de *trade off* ou custo de oportunidade, de individualismo metodológico, de benefício e de custo marginais, de reação a incentivos, de conduta racional maximizadora, de equilíbrio e eficiência.

Extrai-se da doutrina que *trade off* ou custo de oportunidade representa a alternativa preterida pela escolha realizada, já que toda escolha impõe um custo que decorre da escassez dos recursos (GICO JR., 2010, p. 22). Noutras palavras, “custo de oportunidade é o termo utilizado para designar o custo da escolha realizada, que decorre dos benefícios que estavam associados à melhor alternativa não selecionada.” (GREMAUD et al, 2007, p. 5).

Assim, a empresa ao escolher contratar um empregado considerou esta como a melhor alternativa dentre outras possíveis, exemplificativamente, não contratar, investir em automação ou se valer da terceirização lícita, de modo que prefere arcar com salários, décimo terceiro salário, férias com adicional de um terço, depósitos para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, enfim, os direitos previstos no art. 7º da Constituição da República, na legislação infraconstitucional e instrumentos negociados a suportar custos impostos por outras alternativas possíveis. Da mesma forma, o trabalhador que escolhe ocupar a posição de empregado o faz porque entende que é a melhor alternativa para a sua sobrevivência digna, pois que reputa que o salário que resulta do contrato de emprego, bem como a condição de segurado da Previdência Social revela-se como a opção mais vantajosa.

Outro ponto da Economia que deve ser trazido à análise nesse estudo é o do individualismo metodológico, no sentido de que as escolhas que interessam para a Economia são as dos indivíduos,

todo fenômeno coletivo deve ser explicado a partir de comportamentos individuais. [...] O “bem-estar da sociedade” deve ser compreendido em função do de seus membros. As escolhas coletivas da sociedade devem ser analisadas como resultantes da composição de escolhas individuais. (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 41).

Nesse passo, a Análise Econômica do Direito do Trabalho deve incidir sobre a relação individual entre empregado e empregador, especialmente sobre as escolhas desses sujeitos no que concerne a essa relação jurídica. De maneira que agora importa

abordar a ideia de que as pessoas ao agir consideram os benefícios e custos marginais.

Tem-se por benefício marginal “o acréscimo ao benefício total decorrente de uma pequena variação na ação realizada.” Tem-se por custo marginal “o acréscimo ao custo total decorrente de uma pequena variação na ação realizada.”. Assim,

na medida em que os indivíduos ajustam seus planos de ação, avaliando custos e benefícios marginais, mudanças nas condições ou no ambiente em que estão inseridos que alterem a estrutura de custos e benefícios originarão mudanças de comportamento. Isto significa que os indivíduos responderão a mudanças nos incentivos. (GREMAUD et al, 2007, p. 7).

Sobre a conduta racional maximizadora ou maximização racional, Bruno Meyerhof Salama nos ensina,

os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, sejam eles quais forem. Daí dizer-se que indivíduos racionalmente maximizam seu bem-estar. [...] Esse comportamento maximizador é, portanto, tomado como abrangendo uma enorme gama de ações, que vão desde a decisão de consumir ou produzir um bem, até a decisão de contratar com alguém, de pagar impostos [...].

Portanto, a adoção do conceito de maximização racional indica que, na formulação de teorias, se partirá da premissa de que os indivíduos calculam para alcançarem os maiores benefícios aos menores custos. (2008, p. 16-17).

De acordo com Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau,

O modelo da escolha racional permite generalizações quanto ao comportamento humano. Atribui aos humanos uma linha de conduta previsível; supõe que os humanos escolherão, sempre, entre as opções disponíveis, aquela que lhes ofereça a maior satisfação. [...] O modelo da escolha racional faz a decisão que será tomada depender da informação disponível das opções e consequências. A pessoa escolhe a melhor opção dentre as que conhecer. (2015, p. 31-32).

Dessa forma, o comportamento esperado dos sujeitos da relação empregatícia será sempre o de obter os maiores benefícios. Nessa linha, diante de alternativas, o empregado optará pelo emprego que lhe remunere melhor, ou de menor jornada de trabalho, ou o de localização mais próxima de sua residência. De outro lado, o empregador optará sempre pela contratação do empregado que lhe renda os maiores resultados pelos menores custos, de modo a maximizar o lucro. Essas são as tendências previsíveis e esperadas das escolhas de tais sujeitos no contexto da relação de emprego.

Sobre a ideia de equilíbrio na Economia, deve-se considerar de antemão que os

agentes interagem entre si num contexto hierárquico ou num contexto mercadológico, sendo que, enquanto na primeira conjuntura existem regras de comando limitadoras das ações, na segunda conjuntura os agentes são livres para a realização de barganhas e trocas, estabilizando-se as trocas quando os agentes veem os custos associados às trocas em equilíbrio com os correspondentes benefícios. A noção de equilíbrio, portanto, diz respeito ao resultado de uma interação entre agentes que fazem escolhas dentro de uma estrutura de incentivos, o que se tem por eficiente ao não ser mais possível melhorar a situação de um dos agentes sem que piore a situação do outro – ótimo de Pareto. (GICO JR., 2010, p. 18).

Além da ideia de eficiência como ótimo de Pareto, a doutrina econômica traz ainda a eficiência pelo critério Kaldor-Hicks. Eric Posner assim sintetiza essas ideias,

Kaldor-Hicks é um critério de eficiência econômica, que tem o nome de seus criadores, os economistas Nicolas Kaldor e John Hicks, cuja essência é mais “branda” do que a eficiência de Pareto. Por esta, uma troca atinge o ponto ótimo se uma das partes fica melhor do que antes e nenhuma outra parte fica pior. Pelo critério Kaldor Hicks, é possível que alguma das partes fique pior do que antes, desde que possa ser compensada por isso. A compensação não necessita ser concretamente efetuada, desde que possa ser, em tese, realizável. (POSNER, 2010, p.32).

Com efeito, conhecidas em resumo as balizas da Economia aplicáveis à análise do Direito, oportuno é considerá-las em relação ao Direito do Trabalho, de forma a demonstrar que este ramo do Direito não é enfraquecido ao sofrer uma análise econômica, mas sobrelevado. Cumpre destacar que esta análise se impõe, mormente, na atualidade, na medida em que a todo tempo é alardeado que a crise econômica pela qual passa o Brasil e que se acentuou a partir do ano de 2014 tem como uma de suas causas os direitos trabalhistas⁴.

A respeito do crescente e recorrente discurso que imputa as dificuldades da economia brasileira aos direitos trabalhistas, vale ressaltar que assim como o Direito do Trabalho não causou a crise econômica brasileira, a subtração de direitos dessa natureza não implicará na recuperação da economia. (SOUTO MAIOR, 2001, p. 158).

⁴ O jornal Folha de São Paulo, por exemplo, noticiou aos 08 de março de 2017, que o Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, afirmou que “o excesso de regras no mercado de trabalho gerou

Um dado demonstra a impropriedade da afirmação de que a mão de obra brasileira é cara em relação a outros mercados. “Segundo informações de Arnaldo Sússekind, o custo da mão-de-obra no Brasil, por hora, é igual a US\$2,79, enquanto que esse mesmo custo no Japão é de US\$12,84; nos EUA, US\$14,83; e, na Alemanha, US\$21,50.” (apud SOUTO MAIOR, 2001, p. 158).

Ademais, se há alguma distorção relacionada ao custo do empregado no Brasil esta não está no preço pago pelo labor - treze salários e o acréscimo de um terço de um salário anuais -, mas nos custos que foram atrelados aos valores pagos aos trabalhadores. De acordo com Márcio Pochmann,

o tema do custo do trabalho não tem sido abordado de forma correta, pois se têm considerado encargo social parcelas que efetivamente não possuem tal natureza. Com efeito, explica o economista, encargo social é o “ônus contributivo do empregador direcionado ao financiamento das políticas públicas” e dessa forma não podem integrar tal cálculo o percentual pago a título de custo salarial, como férias, feriados, décimo terceiro salário, FGTS e verbas rescisórias. Nestes termos, os encargos sociais, INSS, seguro-acidente, salário-educação, Incra, Sesi/Sesc, Senai/Senac e Sebrae representariam, na verdade, 20,07% do custo total do trabalho. (apud SOUTO MAIOR, 2001, p. 158).

Com efeito, afirmar que os direitos trabalhistas brasileiros obstaculizam o desenvolvimento da nossa economia não tem nenhum fundamento científico. Ao contrário, a Análise Econômica do Direito do Trabalho ratifica esse ramo do Direito como uma necessidade econômica.

Assim, consideradas as noções da Economia aludidas, aquele que decide empreender e para tanto escolhe contratar empregados, o faz partindo do suposto de que o concorrente têm custos iguais ou semelhantes com a mão de obra contratada, pois supõe que todos em certo segmento respeitam os padrões legais mínimos trabalhistas, o que possibilita uma concorrência leal, ao se fixar um piso de custo de oportunidade decorrente da contratação de trabalhadores como empregados. Desse modo, o benefício marginal do empreendedor de saber de antemão que quem quer se interesse a com ele concorrer terá de partir de um mínimo de custos, justifica os custos marginais de

14 milhões de desempregados.”

assumir as obrigações trabalhistas como empregador.

Ainda, na medida em que se sabe que também os sujeitos da relação de emprego respondem a incentivos, o Direito do Trabalho desestimula que certo empreendedor opte por colocar a sua planta produtiva em regiões em que a classe trabalhadora é mais carente das necessidades mais elementares, já que se assim optar também deverá observar os padrões legais mínimos trabalhistas. Se assim não fosse, um concorrente que se instalasse em certos locais do norte ou nordeste do país e visando maximizar o seu bem-estar ocuparia os seus postos de trabalho com trabalhadores dispostos a receber qualquer quantia pecuniária, pois que, qualquer que fosse, representaria um grande salário, por satisfazer ou aparentemente satisfazer algum direito social fundamental, como por exemplo, o de se alimentar e alimentar a família regularmente. Nesse cenário, o concorrente do sudeste ou sul do país, por exemplo, não teria condições de fixar um preço para seu serviço ou produto sem considerar os custos dos seus empregados, razão pela qual, mantida a conjuntura, a ruína do empreendedor do sul ou sudeste seria praticamente certa.

Outro ponto que deve ser considerado diz respeito à ideia de eficiência. Há de se ter em conta que o chamado ótimo de Pareto não se aplica à relação empregatícia, pois que nesta relação há certa e peculiar superioridade hierárquica do empregador, que se traduz na regra geral de o empregado não realizar escolhas ou trocas para a contratação, ou adere ou não adere aos termos contratuais ditados unilateralmente pelo empregador. Não obstante, a ideia de eficiência de Kaldor-Hicks pode ser levada em conta se se considerar que o equilíbrio na relação empregatícia é realizável e se realiza no pagamento do salário e dos direitos trabalhistas após o período de prestação de serviços pelo obreiro, de maneira a reequilibrar a relação sucessivamente com o adimplemento da remuneração devida.

Nesse passo, verifica-se que a Análise Econômica do Direito do Trabalho impõe o respeito às normas trabalhistas, haja vista o caráter ambivalente desse ramo do Direito, quiçá polivalente, na medida em que, a um só tempo, regra a concorrência e propicia a existência digna de trabalhadores, incluídos, por isso mesmo, no mercado consumidor e na economia.

4. DA CLÁUSULA SOCIAL E DO SELO SOCIAL

Consideradas essas características finalísticas do Direito do Trabalho é que se fala atualmente da adoção de cláusula social e de selo social no comércio internacional. Para que a competição no campo internacional seja leal e não viole direitos humanos é necessário que os Estados garantam que os agentes econômicos sob sua jurisdição observem os padrões trabalhistas mínimos definidos internacionalmente, como os previstos nas Convenções da OIT e em Tratados internacionais de direitos humanos. (PORTELA, 2015, p. 496).

O objetivo dessa medida é a de evitar o chamado *dumping* social, ou seja, a fixação de preço abaixo do custo a partir da sonegação de direitos sociais (como os direitos trabalhistas), com o objetivo de prejudicar a concorrência e dominar o mercado. (PORTELA, 2015, p. 496).

Assim é que a cláusula social, como dispositivo presente em tratados internacionais de matéria comercial e com força vinculativa aos signatários, ao prever salvaguardas e sanções, contribui para a exigência da observância dos padrões internacionais trabalhistas. (PORTELA, 2015, p. 497).

Da mesma forma, o selo social ou etiqueta social que, uma vez reconhecido internacionalmente, ao certificar as empresas e as entidades que observam os padrões trabalhistas mínimos em suas atividades produtivas, contribui para que os próprios consumidores optem para o consumo de bens produzidos com o respeito aos direitos trabalhistas, o que poderia inclusive ser explorado como ferramenta de marketing. (PORTELA, 2015, p. 497).

Logo, tanto no plano interno como no plano internacional o Direito do Trabalho e o princípio da proteção que dele decorre se justificam a partir de uma análise econômica.

5. DOS DISCURSOS ENTRE A MODERNIDADE E A PÓS-MODERNIDADE

O debate filosófico entre a modernidade e a pós-modernidade pode ser verificado no discurso sobre a necessidade ou desnecessidade do Direito do Trabalho e

da respectiva proteção que este ramo do direito dedica aos trabalhadores.

De acordo com as lições de Luís Carlos Gambogi, “o principal ponto de atrito entre os cânones da modernidade e o estatuto da pós-modernidade está na desconstrução da crença do progresso linear da razão e das ciências, fundamentos da modernidade”. (2013, p. 11).

Nessa esteira, diz-se que a “pós-modernidade é a consciência da crise da modernidade e, portanto, de seus limites e insuficiências” (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 759). Isso porque “as promessas de igualdade, fraternidade e liberdade não foram cumpridas, e, como rescaldo desta utopia moderna, resta apenas um enorme saldo de injustiça social.” (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 765).

Não obstante o fenômeno da pós-modernidade esteja ainda em curso e num curso pouco consciente de si e sem parâmetros seguros para a sua compreensão (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 763), já são identificáveis algumas distinções no cotejo dos discursos modernos e pós-modernos,

para os modernos, o espaço público, a vida pública são essenciais à vida social; para os pós-modernos, a esfera pública é histriônica, dissimulada, improdutiva; não deve haver política ou é necessário inventar outra forma de fazê-la. Para os modernos, é possível compatibilizar o particular com o universal, construir um discurso democrático convergente para as inúmeras concepções políticas, jurídicas e éticas presentes numa sociedade plural; para os pós-modernos, nada disso interessa porque, para eles, o discurso da modernidade produziu a homogeneização, eliminou a diferenças e adversidades, que agora devem ser prestigiadas. (GAMBOGI, 2013, p. 11-12).

Rodrigo de Lacerda Carelli enfrentou assertivas, cada vez mais correntes e difundidas, que repelem o Direito do Trabalho e guardam um viés pós-modernista, como por exemplo, as ideias de que o juiz do trabalho é parcial em favor do trabalhador, de que o trabalhador dispensado ajuíza reclamação trabalhista, de que a Justiça do Trabalho só existe no Brasil, de que a legislação trabalhista é extremamente protetora e de que as súmulas e decisões do Tribunal Superior do Trabalho são altamente desequilibradas em favor dos trabalhadores. Segundo o Autor tais assertivas são mitos, na medida em que, enquanto os Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro julgam totalmente procedentes 5,79% das ações, esse número na Justiça do Trabalho é de 2% e, consideradas também as procedências parciais, enquanto o número

nos Juizados Especiais é de 42,37%, na Justiça laboral é de 19%. Sobre o ajuizamento de ações trabalhistas, o Autor pontua que do ano de 2013 ao ano de 2015 houve 74.836.000 rescisões formais de contrato de trabalho, sendo que o número de ações trabalhistas não chega a 10% (7.395.000). Sobre a existência apenas no Brasil de uma Justiça de Trabalho, o Autor destaca que na Inglaterra há os “Employment Tribunals”, com estrutura similar à Justiça do Trabalho brasileira. Na Alemanha a estrutura é idêntica à nossa, com Juízos de primeira e segunda instâncias e Tribunal Federal do Trabalho, o equivalente ao Tribunal Superior do Trabalho. Há ainda Juízos especializados na matéria trabalhista na Suécia, na Espanha e na Nova Zelândia. A respeito da suposta proteção demasiada pelas normas trabalhistas, o Autor observa que a legislação trabalhista em verdade legitima o poder do empregador, e cita exemplos, a direção da prestação dos serviços (art. 2º da CLT); a determinação pelo empregador da época de concessão das férias (art. 134 da CLT); o pagamento do salário no mês seguinte ao da prestação dos serviços (art. 459 da CLT); a inexistência de multa em favor do trabalhador pelo atraso no pagamento dos salários e a interpretação dos Tribunais Trabalhistas de que o atraso salarial por si só não gera dano moral, não obstante a Justiça Comum entenda pela presunção de dano moral no atraso de voos e extravio de bagagem. Por fim, sobre as súmulas e decisões do Tribunal Superior do Trabalho, realça o Autor que das 185 súmulas de direito material deste Tribunal, 86 atendem a tese de empregadores. (CARELLI, 2016).

Sobre a Justiça do Trabalho cumpre pontuar ainda,

dizer que a JT [Justiça do Trabalho] é, hoje, um obstáculo ao desenvolvimento econômico é desconhecer que esteve presente em momentos de crescimento, como o celebrado ‘milagre brasileiro’, para se ater a mera argumentação *ad hominem*. [...] As leis trabalhistas visam apenas a humanizar os vínculos de natureza trabalhista. Ademais não se pode querer alcançar patamares elevados na economia com a perda de valores humanos. Afinal, qual o significado do crescimento que coloca o trabalhador em situação precária, que desafia a dignidade humana? (PAULA, 2017, p. 29).

De outro lado, não se pode dizer que as críticas dirigidas ao Direito do Trabalho são todas e invariavelmente impertinentes e sem nenhuma justificativa. Mas isso não deve significar ou autorizar a subtração ou o desvirtuamento do Direito do Trabalho, pois que a história do homem já demonstrou a sua necessidade, realidade que

não é possível desconhecer e que impõe que a exploração da mão de obra do homem pelo homem deve ser regulada, de modo a evitar que a pessoa humana seja reduzida a mera coisa ou objeto de direito.

6. CONCLUSÃO

Em vista dos argumentos apresentados, tem-se que o Direito do Trabalho surgiu com a industrialização e o sistema capitalista, notadamente como uma reação aos absurdos verificados na exploração do homem pelo homem, o que permitiu a continuidade desse sistema até os dias de hoje.

Com efeito, o princípio da proteção que decorre do Direito do Trabalho tem caráter múltiplo. Além de proteger o trabalhador, constrói um mercado consumidor e assegura que a concorrência se dê num contexto de lealdade, seja no plano do Direito interno, seja no âmbito do Direito Internacional do Trabalho, através, por exemplo, da Organização Internacional do Trabalho, que assentou em 1944, na Declaração da Filadélfia, que o trabalho não é uma mercadoria.

Dessa forma, a relevância do Direito do Trabalho não é infirmada com a sua Análise Econômica. Ao considerar a teoria econômica que as escolhas coletivas são resultados das escolhas individuais, o natural e previsível é que o empregador ao analisar os custos de oportunidade sempre optará para a alternativa que maximize os seus ganhos ou lucros, de maneira que a opção sempre será por pagar a menor remuneração possível, ainda que a força de trabalho do obreiro lhe seja essencial e, a despeito da repercussão negativa da sua escolha no mercado consumidor e na economia.

A relação empregatícia, portanto, reclama um conjunto de normas protetivas trabalhistas em razão de ocorrer num contexto hierárquico, em que o trabalhador não é capaz de realizar escolhas ou de barganhar trocas no momento da contratação e na execução do contrato. Cabe-lhe, de regra, apenas aderir ou não aos termos da avença. Assim, não se pode desconhecer que não são substancialmente iguais o empregado e o empregador, na medida em que enquanto o primeiro busca a sobrevivência através do salário, o segundo busca com o investimento o lucro. O primeiro supõe que ser empregado é melhor alternativa para garantir uma existência digna, o segundo, supõe

que dentre todas as alternativas o melhor a fazer é empreender e contratar empregados para com a força de trabalho destes superar os investimentos feitos e alcançar o lucro.

Com efeito, a eficiência econômica do contrato de emprego só se realiza com o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo empregador, o que ocorre, por exemplo, com o pagamento do salário após a prestação dos serviços, o que revela que o critério de eficiência de kaldor-Hicks é o mais adequado nessa espécie contratual.

Nessa senda, não obstante o Direito do Trabalho, como ciência social aplicada, mereça ajustes e atualizações, as imputações a esse ramo do Direito como o causador de crises econômicas e de desempregos não se justificam e não têm nenhum embasamento científico. Por exemplo, o valor da mão de obra do Brasil é substancialmente inferior em comparação a outros países, como o Japão, os EUA e a Alemanha.

Dessa forma, o Direito do Trabalho deve ser lido como uma ferramenta aliada da economia que, ao distribuir riquezas, propicia a existência de um mercado consumidor que considera a condição humana do trabalhador.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Lei 12.529, de 30 nov.2011. **Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art127> Acesso em: 19 jun. 2017.

CORRÊA, Lélío Bentes. Normas internacionais do trabalho e direitos fundamentais do ser humano. **Revista do TST**. Brasília, v. 75, n. 1, p. 36-61, mar. 2009. Disponível em <

https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/6565/004_correa.pdf?sequence=5&isAllowed=y > Acesso em: 19 jun. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

GAMBOGI, Luís Carlos. Direito: entre a modernidade e a pós-modernidade. **Revista TCEMG**. Belo Horizonte, p. 11-14, jul., ago., set. 2013. Disponível em < <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2021.pdf>> Acesso em: 22 jun. 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Justiça do trabalho: desvendando mais cinco mitos**. dez. 2016. . Disponível em < <https://jota.info/artigos/justica-trabalho-desvendando-mais-cinco-mitos-02122016> > Acesso em: 26 jun. 2017.

GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília. v. 1, n. 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010. Disponível em:< <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>> Acesso em: 20 jun. 2017.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GREMAUD, Amaury Patrick et al. **Introdução à economia**. São Paulo: Atlas, 2007.

JAKOBI, Karin Bergit; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **A análise econômica do direito e a regulação do mercado de capitais**. São Paulo: Atlas, 2014.

MAIA, Rodrigo. **Folha de São Paulo**, mar. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/03/1864822-justica-do-trabalho-nao-deveria-nem-existir-diz-deputado-rodriogo-maia.shtml> >Acesso em: 21 jun. 2017.MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise econômica do direito. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARX. Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Tradução de Jesus Ranieri. São

Paulo: Boi Tempo Editorial, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009. PAULA, Carlos Alberto Reis de. A extinção da justiça do trabalho. Pela Ordem OAB Minas Gerais. p. 28-29. abr./mai. 2017.

PIRES, Horácio de Senna. Direito do trabalho: a atualidade do princípio da proteção. **Revista do TST**. Brasília, v. 77, n. 2, p. 125-132, abr. 2011. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/25352/010_pires.pdf?sequence=4&isAllowed=y> Acesso em: 19 jun. 2017.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

POSNER, Eric. **Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?**. Tradução de Luciana Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2002.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia?. **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 5-62, mar. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>> Acesso em: 21 jun. 2017.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Morfologia da fraude nas relações de trabalho. **Estudos Aprofundados MPT**. p. 271-299, Salvador: Jus Podivum, 2012.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Modernidade e direito do trabalho. **Revista do TST**. Brasília, v. 67, n. 1, p. 153-159, mar. 2001. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/52486/008_soutomaior.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 21 jun. 2017.