

A Reforma Trabalhista e o “sonho americano”

Uma grande ignorância sobre o direito e o sistema de justiça nos EUA

Cássio Casagrande

11 de Junho de 2017 - 06h44

Muitos críticos da legislação laboral brasileira – especialmente os economistas – ao defenderem a reforma trabalhista, sustentam que o Brasil deveria inspirar-se nos Estados Unidos, onde, segundo apregoam, “não há CLT, Justiça do Trabalho e o número de ações trabalhistas é pequeno”. A adoção do modelo americano de regulação do trabalho, sustentam, ajudaria a diminuir o “Custo Brasil”.

Quem defende ou repete estas ideias demonstra grande ignorância sobre o direito e o sistema de justiça nos EUA. Os Estados Unidos possuem sim uma legislação trabalhista flexível, mas ela é abrangente e complexa, os tribunais americanos detêm ampla competência para julgar conflitos laborais, exercendo-a com rigor, e as empresas americanas gastam bilhões de dólares anualmente com indenizações (e custos judiciais) decorrentes de processos trabalhistas. Abordemos então a dura realidade norte-americana da judicialização das relações de trabalho e seu impacto no “Custo EUA”. Entre o “sonho americano” dos reformistas e os fatos há uma grande distância. Vejamos.

“OS EUA NÃO TÊM CLT”

É evidente que os Estados Unidos não possuem uma legislação trabalhista sob a forma de consolidação ou de código. Mas isto simplesmente se deve ao fato de que na tradição da *common law* que aquele país segue não se favorece a adoção de leis gerais codificadas e temáticas, mas sim de leis esparsas e precedentes judiciais como principal fonte do direito. Os EUA não possuem um Código ou Consolidação de Leis do Trabalho como também não possuem um Código Civil ou Código Eleitoral. Isto não significa que por lá inexistam leis civis (sobre direito de família, propriedade, contratos, etc), eleitorais (sobre a forma de organização das eleições) ou trabalhistas (sobre limitação de jornada, salário mínimo, trabalho infantil, segurança no trabalho, etc.).

Além disso, ao contrário do que ocorre no Brasil, onde a União tem competência privativa para legislar sobre direito do trabalho – em razão do que a lei trabalhista é uniforme em todo o país, efeito aliás decorrente da ideologia francesa de codificação aqui adotada -, nos EUA tanto o governo federal como os Estados federados podem editar normas sobre relações de trabalho. E todos o fazem, conforme o demonstra fartamente a jurisprudência da Suprema Corte, em cujo rol de decisões históricas se encontram vários casos de apreciação de constitucionalidade de leis trabalhistas estaduais, como os célebres julgamentos *Lochner v. New York*, *Muller v. Oregon*, *West Coast Hotel v. Parrish*, entre tantos outros. Ou seja, empresas de âmbito nacional como a IBM, o Wal-Mart ou a Hertz, que estão instaladas em todos os estados do país, precisam observar a legislação trabalhista federal (esparsa em vários diplomas, como logo veremos) e a legislação trabalhista diferente de 50 estados. Obviamente, isto representa um alto custo de serviços jurídicos, pois estas empresas precisam contratar advogados locais quando a legislação trabalhista estadual é invocada. Além do que, é claro, as políticas de recursos humanos

são afetadas, sendo encarecidas porque devem adaptar-se a cada realidade local. E as disparidades entre as leis trabalhistas estaduais são tamanhas que, segundo a consultoria Hiscox, o risco de o empregador ser processado por um empregado pode variar de 15% (Missouri) a 66% (Novo México). Mas no Brasil ninguém lembra deste “custo EUA” que não existe aqui, onde a legislação trabalhista é uniforme em todo o território nacional.

Abstraindo a complexidade das legislações estaduais, e ao contrário do que se imagina, a legislação federal tampouco é simples, inclusive pelo fato de não estar corporificada em um único diploma. A mais importante delas é a *Federal Labor Standards Act – FLSA*, editada em 1938 como parte das políticas do *New Deal* do presidente F. D. Roosevelt. Não custa lembrar que esta norma é, pois, anterior à nossa CLT, e mesmo sendo mais antiga que ela, ninguém nos EUA a acima de “anacrônica” – ao contrário; o governo do Presidente Obama reforçou em 2014 a cobertura da FLSA determinando a sua aplicação a trabalhadores que antes não eram regulados por ela.

Ao longo do tempo, a FLSA sofreu diversas alterações, (como ocorreu com a CLT). Esta norma basicamente introduziu o salário mínimo, fixou a jornada semanal em 40 horas, com limite máximo de quatro horas extras semanais, proibiu o trabalho infantil e regulamentou o trabalho de adolescentes. Em 1963 entrou em vigor o *Equal Pay Act*, determinando o direito de equiparação salarial (*equal pay for equal work*) e coibindo discriminações por gênero. Em 1967, através da *Age Discrimination in Employment Act*, proibiu-se a discriminação salarial em razão da idade. Em 1983, a *Migrant and Seasonal Agricultural Worker Protection Act* estendeu a legislação trabalhista aos trabalhadores rurais volantes. Há também leis específicas sobre saúde e segurança no trabalho (*Occupational Safety and Health Act*, de 1970 e *Mine Safety and Health Act* de 1977), direito a afastamentos legais (*Family Medical Leave Act*, 1993) e sistema de seguro social e planos de saúde (*Employment Retirement Income Security Act – ERISA*, 1974). Há ainda uma série de normas que, embora não tenham foco na relação de trabalho, criam de forma incidental regulações que impactam os contratos laborais, como o *Civil Rights Act* de 1964, o *Pregnancy Discrimination Act* de 1978, o *Americans with Disabilities Act*, de 1990, o *Genetic Information Non-Discrimination Act* de 2008, todos estes estabelecendo normas antidiscriminatórias no trabalho, ou o *Patient Protection and Affordable Care Act*, de 2010, que estabelece a obrigatoriedade, para o empregador, de assegurar espaço com privacidade para as trabalhadoras lactantes. Além disto, é claro, os EUA possuem ampla legislação sobre organização sindical e negociação coletiva, iniciada também no *New Deal* com a *National Labor Relations Act* (1935), a qual confere um grau de liberdade associativa e poder de barganha aos sindicatos maior do que o existente no Brasil.

Finalmente neste tópico, é preciso considerar que sendo um país de *common law*, também são fontes primárias do direito do trabalho norte-americano os milhares de precedentes em matéria trabalhista fixados pelas cortes estaduais e federais, inclusive aqueles estabelecidos pela prestigiada Suprema Corte do país, que possui caudalosa e relevante jurisprudência em direito do trabalho, como se verá mais adiante.

“OS EUA NÃO TÊM JUSTIÇA DO TRABALHO”

É claro que os Estados Unidos não possuem uma “Justiça do Trabalho”, porque isto se deve ao fato de que o modelo americano de organização judiciária não segue o padrão de especialização *rationae materiae*, típico em nosso mundo da *civil law* (padrão que

compartilhamos com a Europa Continental). Mas isto não significa que não haja nos EUA “jurisdição trabalhista”, isto é, atribuição de competência aos tribunais americanos para decidirem sobre questões relacionadas a conflitos entre patrão e empregado. É simplesmente ridículo e ingênuo imaginar que os trabalhadores americanos não possam recorrer ao judiciário quando são lesados pelos seus patrões...

Tanto os tribunais federais (em relação às leis trabalhistas da União) como as cortes estaduais (relativamente às leis trabalhistas estaduais) julgam questões decorrentes de relações entre empregado e empregador semelhantes às que são submetidas à Justiça do Trabalho no Brasil, sendo as mais comuns: reconhecimento de vínculo de emprego (inclusive quando o trabalhador é fraudulentamente contratado como “autônomo” – *independent contractor missclassification*), pagamento de horas extras não reconhecidas e discussão sobre se o empregado está ou não sujeito controle de horário (*overtime pay; exemption clause*), falta de registro da jornada de trabalho (*work off the clock*), supressão de intervalos (*missed rest and break meals*), horas in itinere (*transportation to and from work site*), divergências quanto à terminação do contrato (*wrongful termination*), danos morais decorrentes de ações discriminatórias e de abuso de poder como assédio moral e sexual (*harassment*, muito frequentes nas cortes americanas), conflitos decorrentes de planos de saúde vinculados ao contrato de trabalho (*ERISA*), entre outras. Ou seja, nada muito diferente do que se passa aqui.

Outra crítica que recai atualmente sobre a Justiça do Trabalho no Brasil tem como alvo o que seria uma excessiva sumularização de sua jurisprudência. O TST estaria “legislando” ao editar muitas súmulas e isto não teria paralelo nos EUA. Esta afirmação beira o absurdo. Como já vimos no tópico anterior, em razão do sistema *stare decisis* adotado na *common law*, qualquer decisão de um tribunal americano produz por si só o mesmo efeito que o de uma súmula no Brasil, uma vez que o seu caráter vinculante é inerente ao próprio sistema. E, como já mencionamos, o “direito do trabalho jurisprudencial” nos EUA é prolífico.

Um olhar comparativo atento mostrará, inclusive, que muito do conteúdo das súmulas do TST também é matéria de “jurisprudencialização” no direito norte-americano. Escolhamos ao acaso três verbetes da jurisprudência sumular do TST que costumam ser criticados no Brasil, e veremos que a mesma matéria foi objeto de apreciação pela Suprema Corte dos EUA.

- A súmula 6, item IV, estabelece critérios para fixação do marco prescricional em pedidos de equiparação salarial; idêntica questão foi levada em 2007 à Suprema Corte, que fixou precedente no caso *Ledbetter v. Goodyear Tire & Co* (550 U.S. 618).
- As súmulas 366 e 449 tratam da controversa questão sobre a exigibilidade de pagamento dos minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho; a Suprema Corte americana já se manifestou sobre esta questão em duas ocasiões, em 1946 no caso *Anderson v. Mt. Clemens Pottery Co.* (328 U.S. 680) e mais

recentemente, em 2014, no caso *Sandifer v. United States Steel Corp.* (571 U.S._).

- A OJ 17 do TST estabelece entendimento sobre a constitucionalidade de fixação de contribuição assistencial compulsória em acordos coletivos, para os empregados não associados ao sindicato; em decisão do ano passado (2016), a Suprema Corte dos EUA apreciou exatamente a mesma questão em *Friedrichs v. California Teachers Association* (578 U.S._). É evidente que as soluções judiciais, cá e lá, não foram necessariamente as mesmas, mas o que se quer ressaltar é a inevitabilidade da criação judicial do direito em matéria trabalhista, em qualquer lugar do mundo, especialmente porque a lei não consegue acompanhar, no mesmo passo, as transformações rápidas das relações de trabalho.

Para os que, ainda assim, continuam a achar a criação judicial do direito do trabalho brasileiro excessiva, recorreremos também aos números: no período 2009-2016, a Suprema Corte dos EUA julgou o mérito de 62 casos envolvendo questões trabalhistas, sendo que todos eles passaram a ser precedentes vinculantes (cerca de 10% dos casos julgados pela Suprema Corte a cada ano estão relacionados a causas trabalhistas). Ou seja, uma média de 8,85 ao ano, enquanto que a média de criação de súmulas pelo TST é de 9,62 súmulas por ano: nada muito diferente. Observe-se que a comparação é cabível, porque nos EUA a Suprema Corte não apenas interpreta a Constituição, como também tem a função de uniformizar a interpretação da legislação federal, inclusive a trabalhista.

Receba as melhores notícias do JOTA no seu email!

“OS EUA TÊM POUCAS AÇÕES TRABALHISTAS”

É fato que nos EUA o número de ações trabalhistas é menor que no Brasil. Mas isto se deve, antes de tudo, a uma característica que qualquer processualista conhece: naquele país, a ação trabalhista típica é uma *class action*, isto é, uma ação coletiva. Ou seja, o trabalhador, ao ajuizar uma ação, pode representar todos os demais empregados e ex-empregados que estão ou estavam em idêntica situação de fato e de direito (e os trabalhadores representados sequer precisam anuir com o ajuizamento da ação, pois eles automaticamente são considerados como parte no processo). Trata-se de algo semelhante ao que aqui denominamos “substituição processual”, porém ampliada. Assim, em uma única ação litigam de fato centenas ou milhares de trabalhadores, o que faz com que as ações atinjam valores estratosféricos. De acordo com o site *law360.com*, as empresas americanas pagaram no ano de 2015 aproximadamente 2,5 bilhões de dólares apenas em acordos judiciais trabalhistas na Justiça Federal relativos a processos coletivos (*class actions*) de horas extras (imagine-se o “custo EUA” que isto representa...). Observe-se que este dado não inclui ações relativas a outras matérias, nem aquelas decididas ou acordadas na justiça dos estados, em órgãos extrajudiciais estatais (*law enforcement agencies*) ou em juízo arbitral, comuns naquele país.

Alguns exemplos concretos de *class actions* trabalhistas nos EUA: em 2006 a IBM pagou 65 milhões de dólares em uma ação trabalhista relativa a horas extras não pagas – o valor foi fixado em acordo na justiça federal. Em 2014, a justiça estadual da Pensilvânia condenou o Wal-Mart a pagar a bagatela de 188 milhões de dólares por supressão de intervalos intrajornada e não pagamento de horas extras (a decisão beneficiou 187 mil trabalhadores, embora esta fosse considerada, para fins estatísticos, uma única ação trabalhista...). Em 2016, em ação ajuizada na Justiça do Estado de Illinois, a Amazon

concordou em pagar 3,7 milhões de dólares aos trabalhadores residentes neste estado, relativamente aos minutos que os trabalhadores gastam em inspeções de segurança ao início e término da jornada de trabalho. Em fevereiro de 2017, a Disney, em acordo homologado na Justiça Federal da Califórnia, pagou 100 milhões de dólares aos seus animadores por formar um cartel com outras empresas do setor a fim de manter os salários daqueles profissionais artificialmente abaixo do valor de mercado.

Nem mesmo os famosos clubes de *strip-tease* escapam da jurisdição trabalhista americana: uma enxurrada de ações coletivas vem obrigando os donos das casas a registrar os contratos de trabalho das *strippers* – originalmente contratadas como autônomas – e a lhes pagar diferenças salariais e horas extras. Em uma das ações, a Deja Vu Entertainment Corporation fechou acordo com as dançarinas do estado de Michigan por 11,3 milhões de dólares em 2011. Há processos semelhantes que chegam a quarenta milhões de dólares. Empresas como Larry Flint Hustler's Club, Showgirls e Little Darlings também estão respondendo processos semelhantes na justiça federal da Califórnia. Todos estes casos milionários de ações coletivas estão registrados na grande imprensa dos EUA e são facilmente encontrados na internet, bastando digitar nos buscadores o nome das empresas aqui citadas e "*labor (ou employment) class action*". Segundo dados do site *law360.com*, somente a justiça federal dos EUA recebe por ano cerca de dez mil *class actions* relativas a horas extras. Pode parecer pouco, mas calculando-se de forma bastante modesta que em cada ação estão representados pelo menos cem trabalhadores, percebe-se que estes processos envolvem no mínimo, numa estimativa muitíssimo conservadora, por volta de um milhão de trabalhadores por ano.

Vejamos alguns outros dados sobre a judicialização das relações trabalhistas nos EUA. Alega-se frequentemente no Brasil que a Justiça do Trabalho é demasiadamente protetiva ao empregado; mas de acordo com a consultoria americana XCELHR, 67% das ações trabalhistas nos EUA são julgadas favoravelmente ao empregado. Ainda segundo a mesma fonte, seis de cada dez empregadores sofreram uma ação trabalhista nos últimos cinco anos naquele país. O custo médio apenas com despesas judiciais em uma ação trabalhista é de 45 mil dólares. Uma outra pesquisa com empresas de até 500 empregados revelou que em um quinto dos processos trabalhistas nos EUA o custo médio para o empregador (incluindo a indenização à parte autora e as despesas judiciais) foi de 125 mil dólares. A duração média dos processos foi de 275 dias (ou seja, o empregador americano não consegue postergar o pagamento do seu passivo trabalhista por quatro ou cinco anos como acontece aqui). Quando não há acordo (*settlement*), a média das condenações ficou em 200 mil dólares, sem contar neste caso as despesas judiciais. Em um quarto das condenações o valor foi 500 mil dólares ou mais (Fonte: *Employment Practice Liability: Jury Award Trends and Statistics 2013 Edition, Thompson Reuters*). No Brasil, de acordo com os dados oficiais do TST, o valor médio das ações na justiça do trabalho, considerado o período 2010-2016 foi de aproximadamente R\$ 5.000,00 (média no período de valores pagos ao reclamante x número de ações ajuizadas). Portanto, ainda que fosse verdadeira a afirmação de que os EUA têm menos ações trabalhistas, os valores pagos pelas empresas americanas em ações deste tipo são infinitamente maiores do que no Brasil. Deve-se lembrar que, especialmente em casos de danos morais ocorridos no trabalho, os valores indenizatórios nos EUA são altíssimos em razão do sistema de *punitive damages* lá adotado, em que o *quantum* devido é fixado considerando-se a natureza pedagógica da medida e a capacidade financeira da empresa.

Façamos uma breve comparação para verificar a diferença entre os dois países neste quesito: aqui no Brasil, em Porto Alegre, no ano de 2010, uma empresa de segurança resolveu simular um assalto ao seu próprio estabelecimento, para verificar se os seus empregados estavam adequadamente treinados para a situação. Os “atores” entraram na empresa encapuzados, portando armamento verdadeiro e intimidaram violentamente os empregados com gritos e ameaças, os quais, apavorados, não sabiam que se tratava de um “treinamento”. Uma das empregadas, tendo sofrido grande estresse emocional, processou a empresa e recebeu à título de danos morais, na Justiça do Trabalho, o valor de cinco mil reais (*TRT 4a. Região, 0000772-37.2013.5.04.0012, autora Michele Diniz Costa, réu Brink’s Segurança e Transporte de Valores Ltda.*). Na Califórnia, em 2011, um supervisor de segurança de uma empresa na região de Bakersfield teve a mesma “brilhante ideia”: simulou um assalto à própria empresa, para ver se uma empregada que lidava com numerário estava preparada para adotar as medidas de segurança corretas. Ele entrou na empresa com uma máscara de mergulho e disse que estava armado (embora não portasse arma alguma). A empregada, que não sabia do experimento, ficou traumatizada e processou o empregador. Condenação da Justiça do Estado da Califórnia: 360 mil dólares (*Lee v. West Kern Water District et al., California, Kern County Superior Court, S-1500-CV-277481*).

Outro fator que deve ser considerado para a aparentemente menor “judicialização” das relações de trabalho nos EUA é o fato de que lá existem sistemas extrajudiciais de resolução de conflitos laborais, tanto em nível federal como estadual, que são bastante eficientes. Por exemplo, a *U.S. Equal Employment Opportunity Commission* é um órgão federal que funciona como um tribunal administrativo, com poderes de investigação, para questões relativas a discriminação nas relações de trabalho. Este órgão sozinho aprecia cerca de cem mil denúncias por ano, podendo não apenas resolver os conflitos por decisão administrativa, como também, em caso de recidiva, ajuizar ações coletivas para obter *injunctions* (ordem judicial) contra os empregadores renitentes, em papel semelhante ao desempenhado pelo Ministério Público do Trabalho no Brasil. Os estados possuem órgãos semelhantes, que atuam para proteger e impor o cumprimento da legislação (*law enforcement*), como por exemplo a *California Division of Labor Standards Enforcement*, perante a qual também é possível a apresentação de reclamações trabalhistas. Além disso, a arbitragem é largamente utilizada nos EUA para questões trabalhistas, o que evita maior fluxo ao judiciário.

Em suma, conclui-se com clareza, por conseguinte, que a taxa de frequência de ações trabalhistas nos EUA não tem necessariamente relação com a taxa de conflituosidade nas relações de trabalho naquele país.

AMERICANO, “MA NON TROPPO”

Por que afinal todos estes aspectos “modernos” do direito norte-americano em matéria trabalhista e processual não são lembrados pelos arautos da reforma, que insistem em um único aspecto da legislação dos EUA, a flexibilidade e a prevalência da negociação coletiva? Se é para “modernizar” o direito do trabalho, por que não importar dos Estados Unidos o “pacote completo”?

Registre-se aqui que este articulista, na sua atividade acadêmica no campo do direito constitucional comparado, admira o eficiente sistema legal e judicial americano. Por isso crê que poderíamos perfeitamente copiar o modelo deste país em questões trabalhistas.

Por exemplo, deveríamos autorizar, por emenda constitucional, que cada estado brasileiro adotasse suas próprias leis trabalhistas (que conviveriam com a CLT). Seria igualmente válido adotar a ampliação da legitimidade nas ações coletivas na Justiça do Trabalho, para que um único trabalhador representasse em juízo todos os demais que foram igualmente lesados pelo mesmo empregador (isto estava previsto no projeto do novo CPC, mas foi vetado pela então presidente Dilma Rousseff, atendendo a pressão do grande capital). Poderíamos ainda adotar o critério da jurisprudência americana para fixar danos morais (*punitive damages*), para que as indenizações tivessem caráter pedagógico e fossem fixadas de acordo com a capacidade financeira da empresa (e não de acordo com “tarifação” a partir do salário do empregado, como está no projeto de reforma). Enfim, há muita coisa interessante que podemos aprender com os americanos em matéria trabalhista...

Então, vamos sim debater a modernização da legislação trabalhista: mas sem patranhas, mistificações e meias verdades sobre a realidade da judicialização das relações de trabalho nos Estados Unidos.

Cássio Casagrande - Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF), da graduação e mestrado (PPGDC), no qual ministra disciplina de direito constitucional comparado Brasil/EUA.