

REFORMA TRABALHISTA: TENTATIVA DE CLAUSURA HERMENÊUTICA NA NOVA REDAÇÃO DO ART. 8º DA CLT

**Marco Aurélio
Serau Junior**

Professor da UFPR –
Universidade Federal do
Paraná. Doutor e Mestre
em Direitos Humanos
(USP). Diretor Científico do
IBDP – Instituto Brasileiro
de Direito Previdenciário.
maseraujunior@hotmail.
com

**Laura Souza Lima
e Brito**

Doutora e Mestre pela
Faculdade de Direito da USP.
Graduada em Direito pela
UFMG. laura@laurabrito.
com.br

Recebido: março 24, 2019

Aceito: setembro 4, 2019

Labor Reform: Attempt of Hermeneutical Enclousure in New Wording of Article 8 of the Labor Bill

RESUMO

O presente artigo realiza um cotejo das alterações hermenêuticas contidas na reforma da CLT com as mudanças da teoria do direito do último século para demonstrar que os caminhos tomados pela CLT reformada estão na contramão da ciência jurídica. Para tanto, foram verificados (i) a localização do Direito do Trabalho na ciência jurídica; (ii) o alcance da separação entre direito público e direito privado na atualidade; (iii) o perfil legalista e positivista da CLT reformada; e (iv) o papel do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais fundamentais. Conclui-se pela inadequação da alteração inserida no artigo 8º da CLT, que pretende promover uma clausura hermenêutica no âmbito do Direito do Trabalho.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; Reforma trabalhista; Hermenêutica jurídica; Sobredireito.

Abstract

This article makes a confrontation of the hermeneutic changes contained in the labor reform bill and the changes in theory of law of the last century to demonstrate that the paths taken in said reform are contradictory to the Legal Sciences. Therefore, we verified (i) the location of Labor Law in the legal sciences; (ii) the scope of the separation between public law and private law at the present; (iii) the legalist and

positivist profile of the reformed Labor Bill; and (iv) the role of the Judiciary in the implementation of fundamental social rights. It is concluded by the inadequacy of the amendment inserted in article 8 of the CLT, which intends to promote a hermeneutical closure in the scope of Labor Law.

Keywords: Labour Law; Labor reform bill; Theory of law; Legal Sciences.

1. INTRODUÇÃO

A reforma trabalhista ganhou forma através da edição da Lei 13.467, de 13.07.2017, imprimindo ao Direito do Trabalho e Processual do Trabalho brasileiros uma drástica mudança, cuja tentativa é de alteração paradigmática das próprias bases e premissas desse segmento do Direito.

Propõe-se, através da mencionada inovação legislativa, o abandono do princípio protetivo e se busca uma espécie de *recontratualização* do Direito do Trabalho (em síntese, a pretensão de retorno aos parâmetros de Direito Privado).

Um dos principais sintomas desse novo parâmetro que se pretende imprimir ao Direito do Trabalho é a alteração imposta ao artigo 8º, § 1º, da CLT, que passa a admitir o direito comum como fonte subsidiária do Direito do Trabalho, sem ressalvas.

Outro aspecto que decorre da reforma trabalhista, e que não encontrou objeção com igual força que outros temas, reside na perspectiva de *clausura hermenêutica*, sobretudo com a redação dada ao artigo 8º, § 2º, da CLT.

Completa a estratégia de *clausura hermenêutica no Direito do Trabalho* a previsão contida no artigo 8º, § 3º, da CLT, destaca-se a introdução do *princípio da intervenção mínima* da Justiça do Trabalho na análise das cláusulas de convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho, a qual fica restrita ao exame dos elementos essenciais do negócio jurídico, conforme o artigo 104, do Código Civil.

A ideia que se propaga é a busca da segurança jurídica, através da restrição ao papel criativo da Justiça do Trabalho, segmento do Poder Judiciário que estaria pejorativamente a “inventar” direitos e, portanto, demandando restrições em sua forma de atuação.

Outro aspecto relevante da reforma trabalhista é a desconstrução de uma série de construções jurisprudenciais, muitas cristalizadas em Súmulas do TST, a partir da introdução de dispositivos legais que, simplesmente, anulam referidos entendimentos jurisprudenciais.

O trabalho, portanto, examina essa tentativa de *fechamento hermenêutico* e demonstra, porque não, a *pobreza hermenêutica* desse tipo de inovação legislativa.

O presente artigo, portanto, busca nas mudanças da hermenêutica e da teoria do direito do último século os indícios de que a CLT reformada caminha na contramão do pensamento jurídico contemporâneo.

A metodologia utilizada na elaboração deste trabalho científico é eminentemente analítico-bibliográfica, não tendo ocorrido pesquisa empírica. Entretanto, não se pode afastar a influência da experiência profissional prévia de ambos os autores do trabalho nos segmentos do Direito veiculados neste artigo, quais sejam a Teoria Geral do Direito e o Direito do Trabalho.

2. A REFORMA TRABALHISTA E A ALTERAÇÃO DO SOBREDIREITO DO TRABALHO

O objetivo deste tópico é apontar criticamente as alterações trazidas pela reforma trabalhista especificamente no que concerne ao artigo 8º da CLT, que é uma norma de sobredireito. As normas de sobredireito são aquelas que disciplinam a aplicação de outras normas jurídicas, “ou seja, em vez de visar diretamente ao comportamento das pessoas a ela sujeitas, versa sobre outras normas constantes do Ordenamento Nacional”. Também se pode anotar que são dirigidas “àqueles que tenham a competência de aplicar outras leis, como ocorre com membros da Administração Pública, magistrados e árbitros”¹.

A nova redação dada aos parágrafos do artigo 8º da CLT é a seguinte:

§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

¹ RAMOS; GRAMSTRUP, 2016, p. 13.

§ 3o No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no artigo 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Na redação original do artigo 8º, § 1º, da CLT, este dispositivo legal previa que o direito comum seria fonte subsidiária do Direito do Trabalho, *somente naquilo que não fosse incompatível com os princípios fundamentais do ramo juslaboral*.

Doravante, a partir da redação dada pela Lei 13.467/2017, o uso supletivo do direito comum, em tese, não encontraria limites na principiologia específica do Direito do Trabalho, sobretudo no princípio da proteção.

Contudo, ainda que se pretenda essa *des-limitação* do uso subsidiário do direito comum, não se pode dar o alcance pretendido pelo legislador reformador.

Com efeito, nenhum ramo do Direito pode abrir mão de seus princípios próprios, sob pena de perda de racionalidade, de sentido, e da própria razão de sua existência dentro do universo jurídico como segmento próprio. Nesse sentido, veja-se a advertência de Gustavo Filipe Barbosa Garcia²:

Apesar dessa exclusão formal da exigência da compatibilidade com os princípios do Direito do Trabalho, como toda aplicação subsidiária, entende-se que persiste a necessidade de compatibilidade ou harmonia com o sistema jurídico trabalhista.

Efetivamente, não há como se admitir a aplicação de previsões legais de outros ramos do Direito, de forma subsidiária, sem que elas sejam compatíveis com a sistemática própria do Direito do Trabalho, sob pena de desarmonia e desajuste do ordenamento jurídico, o qual deve manter a coerência, justamente por ser um sistema normativo de regras e princípios.

Desse modo, é possível a incidência, de forma subsidiária, do Direito Civil e do Direito Empresarial (ou Direito Comercial) para suprir lacunas do Direito do Trabalho, o que, naturalmente, exige a compatibilidade com a sua sistemática jurídica.

² GARCIA, 2017, p. 31.

Com efeito, nenhum ramo do Direito pode abrir mão de seus princípios próprios, sob pena de perda de racionalidade, de sentido, e da própria razão de sua existência dentro do universo jurídico como segmento próprio.

No mesmo rumo o pensamento de González³:

O primeiro parágrafo repete em parte a redação do antigo parágrafo único, suprimindo a previsão de compatibilidade com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho. Ainda que tenha sido suprimida essa previsão da lei, o fato é que os princípios fundamentais do direito do trabalho não deixam de existir e sua aplicação não deixa de ser exigível pelo simples fato de ter sido retirada do dispositivo a menção à compatibilidade.

(...)

A observância dos princípios é inerente à interpretação e aplicação da Lei nos termos dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Ou seja, o direito comum segue sendo fonte do direito do trabalho, como sempre foi, e sua aplicação permanece subsidiária (na falta de norma própria do direito do trabalho que regule a questão) e deverá ser compatível com os princípios peculiares ao direito do trabalho, sob pena de se perder a coerência técnica desse ramo do direito.

O direito do trabalho existe como ramo autônomo do direito ao menos desde o início do século XX, de modo que não é possível uma lei retirar a autonomia intelectual de um ramo científico, a ponto de impedir que seus operadores utilizem os princípios que lhe são próprios para a sua interpretação, especialmente diante das previsões constitucionais e em tratados internacionais de que o Estado brasileiro é parte.

De acordo com Silva⁴, a mudança relativa à aplicação subsidiária do direito comum:

É quase inócua, porque, de fato, não se pode partir para a aplicação subsidiária em substratos ou contextos diferentes daqueles que norteiam o direito do trabalho, ramo jurídico que lida com relações essencialmente assimétricas. As regras do contrato de compra e venda, por exemplo, jamais poderão balizar as regras do contrato de trabalho porque não guardam nem a mais pálida semelhança.

A especificidade da interpretação juslaboralista é bem demonstrada na doutrina de Delgado e Delgado⁵:

³ GONZÁLEZ, 2017, p. 250-251.

⁴ SILVA, 2017, p. 27.

⁵ DELGADO; DELGADO, 2017, p. 97.

A especificidade justralhista que existe nesse campo temático diz respeito à acentuação do caráter teleológico da interpretação dos preceitos normativos no campo do Direito do Trabalho, em decorrência de esse campo jurídico ser, por sua própria natureza, essencialmente finalístico, realizando valores e pretensões inerentes à pessoa humana, ao invés de pretensões e valores típicos do individualismo possessivo do mercado econômico.

Não é diversa a compreensão de Souto Maior⁶, que acentua, por outro ângulo, o papel humanizador e racionalizador do Direito do Trabalho dentro do modelo econômico capitalista:

Assim, por estas diversas perspectivas aventadas acima, o que se constata é que as fontes subsidiárias do Direito do Trabalho não poderão, modo algum, contrapor-se à sua específica metodologia e princípios regentes, de que o vetor de proteção à classe trabalhadora exerce papel de centralidade.

Neste contexto, as teorias do Direito Social – notabilizando-se o relevante papel do Estado – acabaram sendo direcionadas ao campo exclusivo da legislação operária, favorecendo o surgimento do Direito do Trabalho – que deve ser entendido, assim, necessariamente como um direito de ordem pública, dada a sua objetividade de organizar o modelo capitalista de produção, impondo limites à exploração do trabalho com vistas à melhoria da condição de vida dos trabalhadores e incentivando a prática da solidariedade social.

Assim, por estas diversas perspectivas aventadas acima, o que se constata é que as fontes subsidiárias do Direito do Trabalho não poderão, modo algum, contrapor-se à sua específica metodologia e princípios regentes, de que o vetor de proteção à classe trabalhadora exerce papel de centralidade.

Ainda que se tenha pretendido um objetivo de “censura ao papel do TST vinha exercendo”, e apesar da agressividade da redação, cogita-se que o art. 8º da CLT “não terá força suficiente” nem para inibir a produção de súmulas e orientações jurisprudenciais, nem para arrefecer as ações anulatórias de cláusula de norma coletiva⁷.

O segundo ponto a ser debatido consiste na alteração do artigo 8º, § 2º, da CLT, que prescreve que as súmulas e os enunciados dos Tribunais do trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

Não se despreza o papel de fonte supletiva do Direito do Trabalho exercido pela jurisprudência. Igualmente não se pode ignorar

⁶ SOUTO MAIOR, 2011, p. 549.

⁷ SILVA, 2017, p. 27-29.

o princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, que redundando em um aspecto específico, no rumo de que a jurisdição não pode legislar, sob pena de violação também do princípio da separação dos poderes, conforme o artigo 2º, também do Texto Constitucional⁸.

Essa perspectiva, que será melhor debatida adiante, no tópico específico, representa uma visão míope da hermenêutica jurídica.

Dentro de uma visão ainda tradicional-positivista, mas já mais atual do que a pretendida pela reforma, pode-se resgatar o seguinte excerto de Garcia⁹:

Entretanto, cabe registrar não só a existência do poder normativo da Justiça do Trabalho no âmbito dos dissídios coletivos (artigo 114, §§ 2º e 3º, da Constituição da República), mas principalmente que o Direito não é sinônimo de lei, a ela não se reduzindo, por englobar as vertentes social (fatos), axiológica (valores) e normativa.

Além disso, a jurisprudência interpreta e aplica o sistema jurídico, o qual, mesmo no aspecto normativo, é formado de regras e princípios, presentes nas esferas constitucional e infraconstitucional, internacional e interna, não se restringindo às leis.

A decisão judicial é considerada a *norma jurídica individual*, que rege o caso concreto, sendo obrigatória para as partes.

Assim, deve-se reconhecer a função da jurisprudência de ajustar a ordem jurídica em consonância com a evolução social.

O mesmo autor destaca a necessidade de *integridade* na construção da jurisprudência dos Tribunais:

Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la *estável, íntegra e coerente* (art. 926 do CPC).

(...)

Exige-se da jurisprudência a *integridade*, de modo que as decisões dos juízes e tribunais estejam em consonância com o sistema jurídico, construído, de forma harmônica, de regras e princípios, no qual merecem destaque os preceitos constitucionais¹⁰.

⁸ GARCIA, 2017, p. 32.

⁹ GARCIA, 2017, p. 32-33.

¹⁰ GARCIA, 2017, p. 33.

A alteração de redação conferida ao art. 8º, § 2º, da CLT, portanto, será insuficiente a impedir a atividade criativa da Magistratura do Trabalho, vez que não há como se afastar da interpretação do Direito conforme todo o ordenamento jurídico:

Isso, porém, certamente não impede a atividade criativa do juiz, que ao aplicar a lei ao caso concreto, dela extrai consequências (previstas no ordenamento jurídico). O melhor exemplo é a condenação por *dumping social*, em relação à qual não há súmula, nem há criação de ‘obrigações não previstas em lei’. A lei trata da obrigação de manter um ambiente saudável de trabalho, evitando danos patrimoniais ou extrapatrimoniais aos trabalhadores. Além disso, há regra expressa, tanto na CLT (art. 652, d) quanto no Código Civil (art. 404 parágrafo único), autorizando o Juiz a agir de ofício para determinar um ressarcimento adequado ao dano evidenciado no processo. Entre haver uma regra referindo ‘*dumping social...*’ e a possibilidade de aplicação de regras para a coibição desse dano existe o espaço legítimo de atuação jurisdicional, que uma regra como essa do parágrafo segundo do art. 8º certamente não irá alcançar¹¹.

É semelhante o entendimento de González¹², que destaca a amplitude do conceito de *lei*:

Ademais, delimita-se que ‘lei’, no dispositivo acima, não diz respeito apenas a dispositivos infraconstitucionais (lei em sentido estrito), mas abrange dispositivos da Constituição Federal e de Tratados Internacionais; do contrário, seria subvertida toda a organização do sistema jurídico brasileiro, e tão somente para esse ramo do direito.

Além do conceito amplo de norma, bem como do papel criativo da jurisdição, também é relevante registrar que existem diversos métodos hermenêuticos que não se apegam à estrita literalidade:

Não cabe ao Poder Judiciário, evidentemente, em sua dinâmica interpretativa, diminuir, de maneira arbitrária, irracional e inadequada, direitos previstos em lei; nem cabe a ele, e maneira irracional, arbitrária e inadequada, criar obrigações não previstas em lei. Isso não quer dizer, é claro, que não deva exercer a sua função judicial, mediante o manjo ponderado e razoável das técnicas científicas da Hermenêutica Jurídica, tais como os métodos de interpretação denominados de lógico-racional,

¹¹ SEVERO, 2017, p. 41-42.

¹² GONZÁLEZ, 2017, p. 252.

sistemático e teleológico, cumprindo também, no que for pertinente, as denominadas interpretações extensivas, restritivas e/ou literais¹³.

Também é importante frisar uma contradição interna do próprio artigo 8º reformado da CLT. Ao mesmo tempo em que impede o papel *constutivo* da jurisprudência laboral (§ 2º), menciona a possibilidade de o intérprete se recorrer das disposições de direito comum (§ 1º).

Concluindo o exame do artigo 8º, da CLT, principal responsável por operar o que vimos denominando de *fechamento hermenêutico*, temos o seu § 3º, adiante transcrito:

§ 3o No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no artigo 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

A pretensão do dispositivo é, claramente, determinar à Justiça do Trabalho, naquelas hipóteses, que se limite ao exame de aspectos *meramente formais* do negócio jurídico que consiste nas Convenções Coletivas e Acordos Coletivos de Trabalho.

A ideia seria a de impedir à Magistratura do Trabalho, cogita-se, imiscuir-se no *conteúdo* de tais instrumentos negociais coletivos. Porém, olvida-se, de que o artigo 104 do Código Civil estabelece como elemento essencial do negócio jurídico também seu *objeto*, no que pode ser feita a apreciação da licitude do mesmo, conforme se observa do próprio dispositivo legal:

A validade do negócio jurídico requer:

- I - **agente** capaz;
- II - **objeto lícito**, possível, determinado ou determinável;
- III - forma prescrita ou não defesa em lei. (grifos nossos)

Veja-se, por oportuna, a citação de Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹⁴:

Tendo em vista que um dos elementos essenciais do negócio jurídico normativo em questão é o seu objeto ser lícito, os instrumentos coletivos negociais trabalhistas, inclusive quanto ao seu conteúdo, devem

¹³ DELGADO; DELGADO, 2017, p. 107.

¹⁴ GARCIA, 2017, p. 276.

estar em conformidade com preceitos constitucionais e legais de ordem pública.

O artigo 611-B da CLT, incluído pela Lei 13.467/2017, prevê que constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, *exclusivamente*, a supressão ou a redução dos direitos ali arrolados.

O princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, portanto, não afasta a possibilidade de invalidação do acordo ou convenção coletiva pela Justiça do Trabalho, quando desrespeitados os seus requisitos formais e materiais de validade.

A tentativa de *fechamento hermenêutico* operada pela Reforma Trabalhista também se deu pela *desconstrução* de *construções* jurisprudenciais.

Um importante exemplo desse movimento reside na introdução do artigo 58, § 2º, no texto da CLT, dotado da seguinte redação:

O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.

Nestes termos, a nova redação dada ao artigo 58, § 2º, da CLT, revoga a Súmula 90 do TST, abaixo transcrita, no que nos interessa:

“90. Horas *in itinere*. Tempo de serviço.

I – O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho.

(...)

V – Considerando que as horas *in itinere* são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo.”

Várias outras construções jurisprudenciais foram desfeitas por obra da Reforma Trabalhista, mas esse tema, entretanto, não será o objeto central de nosso trabalho, tendo sido trazido à baila com intuito meramente ilustrativo do que se pretende denominar por *clausura*

hermenêutica (aqui no aspecto da desconstrução de jurisprudência tradicional do Direito do Trabalho).

Ocorre que estas mudanças do sobredireito do trabalho devem ser analisadas no contexto das transformações hermenêuticas do último século. O que significa, no século XXI, pretender limitar legalmente a atuação da Justiça do Trabalho? Como esse movimento se encaixa no pensamento sobre a interpretação do direito atual?

3. CRÍTICAS AO CAMINHO HERMENÊUTICO DA REFORMA TRABALHISTA

Da leitura da nova redação do artigo 8º da CLT, no que concerne às normas de sobredireito, algumas perguntas devem ser feitas para que possamos entender o caminho hermenêutico tomado pela reforma: (a) o Direito do Trabalho é puramente direito privado?; (b) a divisão estática entre direito privado e direito público ainda faz sentido para fins de limitação da interpretação das normas trabalhistas?; (c) o resgate da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Direito Civil, é adequada na CLT?; e (d) o Poder Judiciário continua exercendo no Estado social o mesmo o mesmo papel na separação dos poderes que exercia no Estado liberal?

O direito é classicamente dividido entre direito público e direito privado, de acordo com os seguintes critérios: (a) quanto ao conteúdo ou objeto da relação jurídica, sendo que quando é visado imediata e prevalentemente o interesse geral, o Direito é público, e quando imediato prevalecente o interesse particular, o Direito é privado; e (b) quanto à forma da relação – se a relação é de coordenação, trata-se, geralmente, de Direito Privado, se a relação é de subordinação, trata-se, geralmente, de Direito Público¹⁵.

A partir disso, as diversas áreas da ciência jurídica são tradicionalmente divididas sob esse critério: Direito Administrativo, por exemplo, é direito público; Direito dos Contratos, por sua vez, é direito privado. Ocorre que, à medida que se passa a admitir a complexidade do fenômeno jurídico, principalmente no que concerne à proteção dos direitos fundamentais¹⁶, essa divisão passa a ter um caráter muito mais

¹⁵ REALE, 2002, p. 340.

¹⁶ BRITO, 2016, p. 249.

Fruto da reconstrução da noção de contrato de trabalho, que sai da seara da autonomia da vontade clássica do liberalismo e permite o envolvimento do Estado, o Direito trabalhista é originalmente direito privado, mas suficientemente dotado de intervenções para sofrer um deslocamento para o direito público.

didático do que efetivamente oferecer segurança e respostas prontas para as questões jurídicas.

Um dos grandes desafios dessa classificação sempre foi apresentado justamente pelo Direito do Trabalho. Fruto da reconstrução da noção de contrato de trabalho, que sai da seara da autonomia da vontade clássica do liberalismo e permite o envolvimento do Estado, o Direito trabalhista é originalmente direito privado, mas suficientemente dotado de intervenções para sofrer um deslocamento para o direito público.

A controvérsia da localização do Direito do Trabalho na ciência jurídica oferece exemplos interessantes. Miguel Reale¹⁷, exemplo da doutrina mais tradicional da teoria do direito, defende que o Direito do Trabalho é direito público:

No Direito do Trabalho é inegável que nos deparamos com a presença do Estado, na sua função institucional, impondo limites à iniciativa individual, ao livro jogo dos interesses particulares. Se examinarmos, por exemplo, as regras que, hoje em dia, governam o contrato individual de emprego, é fácil perceber que o operário e o industrial, por exemplo, não têm a liberdade de dispor livremente, fixando salários à sua vontade, mas devem obedecer a um mínimo estabelecido coercitivamente pelo poder público.

Gustavo Garcia¹⁸, exemplo de doutrina contemporânea ligada ao Direito Social, ao contrário, defende que o Direito do Trabalho é direito privado:

No Direito do Trabalho observam-se diversas normas de caráter cogente, ou seja, com natureza de ordem pública. Isso, no entanto, não significa que o Direito do Trabalho seja considerado Direito Público, pois não regula, de forma preponderante, relação jurídica em que figura o Estado, em posição de soberania ou de império, nem o exercício de atividade ou poder estatal. O caráter imperativo de certas normas jurídicas apenas significa a relevância, para a sociedade, na sua observância. Desse modo, não mais prevalece o entendimento que defendia ser o Direito do Trabalho ramo do Direito Público.

¹⁷ REALE, 2002, p. 351.

¹⁸ GARCIA, 2009, p. 180.

Por outro lado, há autores que classificam o Direito do Trabalho em um *tertium genus*, que teria superado a dicotomia clássica entre Direito Privado e Direito Público:

Nem poderia ser diferente, considerando que o Direito do Trabalho inscreve-se na ordem dos direitos sociais, tendo sido o primeiro ramo do direito a superar a dicotomia clássica entre público e privado, promover a intromissão do Estado na vontade individual e com isso, reconhecer a existência de interesses que prevalecem sobre a vontade de cada sujeito, no contexto de uma relação de trocas. Trata-se do interesse em viver de forma minimamente saudável, evitando a violência (simbólica e real) que caracteriza a sujeição presente na relação de trabalho¹⁹.

Interessante, ademais, a anotação de Miguel Reale de que a classificação do Direito do Trabalho como direito privado é típica dos “países onde o Direito do Trabalho ainda se acha em situação incipiente ou em formação, com suas regras incrustadas no Direito Civil”²⁰.

Ainda, da localização do Direito do Trabalho como direito privado, abraçando a divisão clássica e admitindo que seu objeto é um contrato, decorre a aplicação dos princípios tipicamente privatistas. Esta é uma opção hermenêutica clara no sentido de considerar contratante e contratado dotados das mesmas condições de negociação do contrato de trabalho. Ocorre que se sabe que tal igualdade não existe, razão da própria existência do Direito do Trabalho, que é por causa do reconhecimento dessa desigualdade e para diminuí-la (fazê-la desaparecer seria ingenuidade).

Isso porque o empregador e o empregado não possuem condições para serem considerados iguais ou quase iguais na relação de trabalho a ponto deste contrato ser interpretado como um contrato tradicional do direito privado. Sob o critério da forma da relação, acima mencionado, pode-se afirmar que as relações trabalhistas são relações de subordinação e não de coordenação.

Em face do exposto, quando o § 3º do artigo 8º prescreve que “no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto

¹⁹ SEVERO, 2017, p. 40.

²⁰ REALE, 2002, p. 351.

É importante se perguntar a quem interessa esse deslocamento do Direito do Trabalho para uma posição do direito privado clássico liberal. A quem essa pretensa igualdade privatista traz vantagens?

no Código Civil, e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”, há uma escolha por uma interpretação pela qual já se passou anteriormente – antes do aparecimento da legislação trabalhista –, qual seja, de interpretar o contrato de trabalho como um contrato entre iguais ou quase iguais, que é o caso do contrato típico do direito civil.

A referência ao artigo 104 do Código Civil, aliás, pouco diz. O referido dispositivo determina que a validade do negócio jurídico requer agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei. É evidente que os mencionados critérios devem estar presentes.

Mas nem a Justiça comum ao interpretar contratos entre iguais ou quase iguais verifica somente os requisitos de validade do negócio jurídico. Há que se analisar também a boa-fé objetiva, a lealdade entre as partes e outros deveres anexos. O próprio Direito Civil, considerado direito privado por excelência, prescinde de princípios que colocaram em xeque a interpretação tradicional liberal dos contratos. Nas palavras já sedimentadas de Couto e Silva²¹:

A inclusão dos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé entre os gerais é comum. Em nossos dias, cresceu extraordinariamente em importância o da boa-fé, em virtude da revisão por que passou a teoria geral das obrigações, sob o influxo de novas tendências jurisprudenciais e doutrinárias, motivadas, em grande parte, por uma vigorosa reação às concepções do positivismo jurídico.

É por isso que colocar o Direito do Trabalho na perspectiva hermenêutica proposta pela reforma é enclausurante até mesmo se considerado como ramo do direito privado. Agora, ao lembrar que ele já se deslocou dessa classificação tradicional há muito, é um verdadeiro retrocesso hermenêutico.

Nesse sentido, é importante se perguntar a quem interessa esse deslocamento do Direito do Trabalho para uma posição do direito privado clássico liberal. A quem essa pretensa igualdade privatista traz vantagens? Daniela Muradas²², ao tratar do princípio da proteção, responde a esta pergunta:

²¹ COUTO E SILVA, 1976, p. 15.

²² MURADAS, 2010, p. 20.

O progresso e não retrocesso social ainda relaciona-se ao princípio da proteção ao trabalhador, pedra angular do Direito do Trabalho. O princípio da proteção ao trabalhador, como se sabe, grava a originalidade do Direito do Trabalho, enunciando o seu sentido teleológico. Com lastro na dignidade da pessoa humana e no valor ínsito ao trabalho humano, o princípio tutelar enuncia ser a missão deste ramo jurídico a proteção do trabalhador, com a retificação jurídica da desigualdade socioeconômica inerente à relação entre capital e trabalho.

O *caput* do artigo 8º da CLT reformada determina ainda que “as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

Para a análise da questão de fundo hermenêutica deste dispositivo, é essencial reproduzir aqui o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” A semelhança salta aos olhos! É muito claro que é uma referência explícita ao conteúdo de sobredireito da lei de introdução.

Nesse cenário, é imprescindível compreender o cenário que a referida norma foi inserida em nosso ordenamento jurídico. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro originalmente era nomeada Lei de Introdução ao Código Civil e sua elaboração data de 1942.

A alteração da ementa se deu em 30 de dezembro de 2010, pela Lei nº 12.376, que teve como objeto apenas esta alteração. Ainda, anotou que a referida mudança da ementa ampliava o campo de alteração da então LICC, o que não é verdade, vez que esta sempre foi a norma de sobredireito por excelência do ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda que ementada como Lei de Introdução ao Código Civil, tal norma sempre foi uma norma sobre a interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Ela foi nomeada como introdutória ao Código Civil porque na primeira metade do século XX, nos países de tradição da *civil law*, o Código Civil representava o centro do sistema jurídico. Diante disso, a ementa fazia todo sentido.

As opções ideológicas do artigo 4º da LINDB, agora repetidas pela CLT reformada, são ligadas ao positivismo, ao legalismo e ao liberalismo, em uma concepção de que o Direito coincide com a lei. Nos comentários de Ramos e Gramstrup²³:

Dentro dessa ordem de ideias, o Juiz aplicaria a lei do modo mais restrito possível e teria de justificar-se para invocar o recurso à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito. A única e verdadeira fonte do direito seria a lei, como, aliás, chegou a sustentar expressamente a doutrina oitocentista. A união do legalismo com o liberalismo político e econômico levou à suposição de que essa fonte única, a lei, poderia ser objeto de interpretação unívoca. Nesse clima espiritual, o intérprete seria a pessoa adestrada em uma técnica que levaria sempre a uma única interpretação correta; de um lado – e contrariamente a tudo que a História ensina – porque a fonte do Direito seria uma só (a lei), e, de outro, porque a ideologia liberal forneceria o suporte cognitivo para que a lei fosse interpretada de uma só forma, sem variações relevantes.

Contudo, na segunda metade do século XX, após os horrores da II Guerra Mundial, o mundo viu os direitos fundamentais tomarem relevância e um novo lugar nos ordenamentos – passaram a ser a noção central do sistema. No Brasil, isso aconteceu com a Constituição de 1988. A partir disso, todo o direito deve ser interpretado e aplicado em conformidade com os princípios e regras constitucionais.

Diante disso, a noção de uma interpretação do direito que lança mão aos princípios somente na “omissão da lei” é ultrapassada, vez que, desde a constitucionalização do direito, toda interpretação do ordenamento jurídico deve perpassar pela máxima realização dos princípios constitucionais. Ou seja, a proposta do *caput* do artigo 8º da CLT reformada é um retorno à dimensão de que o trabalho do Judiciário é uma leitura estrita da norma legal, quando, atualmente, a missão é a de efetivação dos direitos fundamentais.

Assim, ainda que a crítica ao artigo 8º da CLT reformada se limite aos parâmetros tradicionais do Direito, sem se considerar as especificidades do Direito Social, já se identifica que é suficiente a caracterizar violação ao princípio do acesso à justiça, restrição à

²³ RAMOS; GRAMSTRUP, 2016, p. 44.

independência funcional da Justiça do Trabalho e ofensa à ideia de separação de poderes²⁴.

Também em atenção à ordem constitucional instalada em 1988, interessa notar que foi constituído no Brasil um Estado social. Isso fica evidente, por exemplo, pela existência de um capítulo intitulado “Direitos Sociais” e um título chamado “Da Ordem Social”. Atente-se que não se está falando de governo – está-se falando da constituição de um Estado social que, portanto, garante direitos sociais como a proteção do trabalhador.

No Estado social brasileiro, mantida está a separação dos poderes: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (artigo 2º da Constituição da República). Ocorre que tal separação não pode ser entendida da mesma forma clássica como foi pensada dentro do contexto do pensamento liberal.

Dentro do contexto do pensamento liberal, o Poder Legislativo ficava a cargo exclusivamente da elaboração das leis e da criação do direito. Ao Poder Judiciário restava a aplicação da lei de maneira silogística, afastada toda possibilidade de transformar a legislação ou fazer determinações ao Poder Executivo.

Contudo, no Estado social, o Poder Judiciário toma um protagonismo muito grande na efetivação dos direitos sociais. No contexto de Estado social e de centralidade da constituição e dos direitos fundamentais, o Judiciário cria o conteúdo das normas, dentro dos limites objetivos do texto legal, sempre em atenção aos princípios constitucionais. Além disso, por vezes, determina ao Executivo políticas públicas para o cumprimento das normas de direitos sociais:

Assim, o Judiciário aponta no horizonte como não apenas um organismo direcionado a resolver conflitos de interesses surgidos na sociedade, mas também como ordenador da respeitabilidade dos direitos humanos fundamentais, seu garante último, inclusive contra o próprio Estado-administrador, ou Estado-legislador ou, ainda, Estado-Executivo²⁵.

²⁴ LORA, DIAS, 2018, p. 26-27.

²⁵ RAMOS, 2012, p. 38.

O Poder Judiciário não cria direito somente “na falta de disposições legais ou contratuais”, como pretende o caput do artigo 8º da CLT reformada – ele cria direito sempre, pela aplicação do conjunto normativo à luz dos princípios constitucionais

No âmbito do Direito do Trabalho, a Justiça do Trabalho exerce com magnitude esse papel de efetivação dos direitos sociais das trabalhadoras e dos trabalhadores brasileiros²⁶.

Em outras palavras, o Poder Judiciário não cria direito somente “na falta de disposições legais ou contratuais”, como pretende o *caput* do artigo 8º da CLT reformada – ele cria direito sempre, pela aplicação do conjunto normativo à luz dos princípios constitucionais. Por isso, a redação dada ao dispositivo em nada se coaduna com a hermenêutica de viés constitucionalista que se consolidou nas últimas décadas.

Neste sentido, são importantes as palavras de Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Severo²⁷:

O processo do trabalho é a relação social entre capital e trabalho submetida à avaliação do Estado. Pressupõe, tal como ocorre no âmbito das normas materiais, regras inspiradas pelo princípio da proteção. A desigualdade material reconhecida e de certo modo estimulada pelo Estado tem de ser em alguma medida “compensada”, minimizada, no âmbito processual, sob pena de comprometer o ‘caráter democrático’ do processo. Em outras palavras, as regras processuais também precisam ser inspiradas na proteção, sob pena de comporem uma farsa. Um processo inspirado pela noção de igualdade, como ocorre(ia) com o processo civil, implicaria a absoluta impossibilidade de acesso a uma versão mais aproximada dos fatos. E isso porque o empregador exerce um poder privado, que lhe confere, entre outras prerrogativas, a exclusiva possibilidade de documentar o que ocorre durante a relação de emprego.

Ao contrário, ao lado do Estado mínimo, da democracia minimalista e da liberdade econômica desregulada, o padrão neoliberal também possui como premissa importante o primado do direito e dos tribunais. Esta, porém, não implica no reconhecimento amplo dos direitos fundamentais em juízo, mas tão principalmente na criação de condições necessárias para a economia de mercado: garantia da propriedade privada, previsibilidade e garantia dos contratos e normas legais que assegurem as transações econômicas – a estabilidade e segurança no conteúdo decisório dos atos dos tribunais propicia previsibilidade e exatidão aos negócios do mercado²⁸.

²⁶ LORA, DIAS, 2018, p. 28.

²⁷ SOUTO MAIOR; SEVERO, 2015, p. 05.

²⁸ BOCHENEK, 2013, p. 53-61.

A tentativa de clausura hermenêutica buscada pela Reforma Trabalhista encontra respaldo na necessidade de sumular entendimentos preconizada pelo Documento Técnico nº 319, do Banco Mundial, conforme lembrado por Severo²⁹.

Porém, essa perspectiva de retorno ao positivismo jurídico liberal configura inegável e inadmissível retrocesso social:

“A Lei n. 13.467 de 2017 ao pretender imputar à Justiça do Trabalho a interpretação de modo exclusivamente literal ou gramatical, não tem respaldo constitucional, pois a interpretação judicial é função precípua e exclusiva do Poder Judiciário e não pode ser direcionada pelo Poder Legislativo, que tem a função constitucional de legislar.³⁰”

Em suma, por inserir o Direito do Trabalho em uma concepção clássica e ultrapassada do direito do privado e por abraçar uma concepção legalista, positivista e liberal das fontes do direito e do papel do Poder Judiciário, as normas de sobredireito da CLT reformada são deslocadas do estado da arte da Hermenêutica Jurídica atual³¹.

4. CONCLUSÕES

A reforma trabalhista (Lei 13.467/2017), imprimiu drástica mudança ao Direito do Trabalho e Processual do Trabalho, na pretensão de abalar as próprias bases e postulados desse segmento do Direito. Propôs-se, através da mencionada inovação legislativa, o abandono do princípio protetivo e se busca uma espécie de *recontratualização* (ou retorno ao velho Direito Civil) do Direito do Trabalho.

Os propósitos da reforma estão claros – privatização, legalismo, diminuição da relevância da Justiça do Trabalho. Estas escolhas vão claramente em sentido contrário aos movimentos do último século: constitucionalização do direito, superação do positivismo jurídico e protagonismo do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, destacadamente dos direitos sociais. Por isso, falar em retrocesso não é um exagero.

²⁹ SEVERO, 2017, p. 41.

³⁰ LORA, DIAS, 2018, p. 27.

³¹ Significativo dessa posição ideológica, ademais, deve-se registrar que essa pretensão de retorno ao juiz “boca da lei” só é pretendida no âmbito do Direito do Trabalho, não ocorrendo fenômeno similar em outros campos do Direito (GONZÁLES, 2017, p. 253).

Ocorre que a legislação não está descolada do mundo, nem das instituições e, muito menos, da produção científica jurídica.

O artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ainda que sob outra ementa, está vigente desde 1942 e, nem por isso, o Poder Judiciário brasileiro tem se comportado como boca da lei desde então.

Logo, também o artigo 8º da CLT reformada deve ser entendido dentro do contexto geral da teoria do direito, podendo e devendo ser compreendida dentro da concepção de não retrocesso dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013.

BRITO, Laura Souza Lima e. *Lógica e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil – com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

DO COUTO E SILVA, C. V. *A obrigação como processo*. São Paulo: Editora Jurídica José Bushatsky LTDA, 1976.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: São Paulo: Método, 2009.

_____. *Reforma trabalhista – análise crítica da Lei 13.467/2017*. 2ª ed., rev., ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2017.

GONZÁLEZ, Ana Lúcia Stumpf. *Do Processo do Trabalho*, p. 249-280, in: ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. *Reforma Trabalhista Interpretada – Lei nº 13.467/2017*. Caxias do Sul: Plenum, 2017.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi; DIAS, Sandra Mara de Oliveira. Inconstitucionalidade da restrição legal imposta pela Reforma Trabalhista na análise das normas coletivas pela Justiça do Trabalho, pp. 25-30, in: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA,

Ernani (Coord.). *Reforma Trabalhista ponto a ponto – Estudos em homenagem ao Professor Luiz Eduardo Gunther*. São Paulo: LTr, 2018.

RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erick Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à Reforma Trabalhista – análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo*, 2ª ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SEVERO, Valdete Souto. A hermenêutica trabalhistas e o princípio do Direito do Trabalho, p. 29-46, in: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto (coords.). *Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; *Curso de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho, vol. I – Parte I*. São Paulo: LTr, 2011.

_____. SEVERO, Valdete Souto. *O Processo do Trabalho como instrumento do Direito do Trabalho e as ideias fora de lugar no novo CPC*. São Paulo: LTr, 2015.