IV CONGRESSO DE ESTUDOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS E I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA TRABALHO, TECNOLOGIAS, MULTINACIONAIS E MIGRAÇÕES -TTMMS

DIREITO DO TRABALHO E TEORIA SOCIAL CRÍTICA: APORTES METODOLÓGICOS E CONSTRUÇÃO DE NARRATIVAS

T758
Trabalho, tecnologias, multinacionais e migrações: desafios contemporâneos dos direitos humanos na ordem democrática global [Recurso eletrônico on-line] organização IV Congresso De Estudos Jurídicos Internacionais e I Seminário Internacional De Pesquisa Trabalho, Tecnologias, Multinacionais E Migrações -TTMMs – Belo Horizonte;

Organizadores: Fabrício Bertini Pasquot Polido, Maria Rosaria Barbato e Natália das Chagas Moura – Belo Horizonte, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-671-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desafios contemporâneos e expansão dos direitos humanos na ordem democrática global

1. Trabalho. 2. Tecnologias. 3. Multinacionais. 4. Migrações. I. I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito (1:2018 : Belo Horizonte, BH).

CDU: 34

IV CONGRESSO DE ESTUDOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS E I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA TRABALHO, TECNOLOGIAS, MULTINACIONAIS E MIGRAÇÕES -TTMMS

DIREITO DO TRABALHO E TEORIA SOCIAL CRÍTICA: APORTES METODOLÓGICOS E CONSTRUÇÃO DE NARRATIVAS

Apresentação

Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações:

por que discutir os constantes desafios dos direitos humanos na ordem democrática global?

Fabrício B.Pasquot Polido

Maria Rosaria Barbato

Natália Das Chagas Moura

Debates contemporâneos sobre os desafios dos direitos humanos, suas teorias e agendas de resistência e transformação não poderiam ficar alijados da compreensão analítica em torno da relevância ou pertinência de temas transversais da globalidade e que hoje merecem atenção pela academia brasileira. Os múltiplos movimentos envolvendo pessoas, as forças laborais, o capital, e os produtos do intelecto, em escala global, não apenas ignoram fronteiras, padrões culturais ou referenciais morais e éticos, como sistematicamente a realidade prática e pragmática tem demonstrado. Eles igualmente escancaram o esgotamento das formas e procedimentos ditados pelo direito, suas instituições e narrativas.

Nas entrelinhas e encruzilhadas do repertório de atores, contextos e papéis reduzidos ao imaginário das crises cíclicas, da sucessão das fases do capitalismo (industrial, financeiro, tecnológico e informacional) ao longo dos séculos ou da banal “pós-modernidade”, florescem espaços e pontes de transição, sobretudo construídos a partir do trabalho crítico na academia e projetado para governos, legisladores, tribunais, e para a sociedade como um todo. Essa seria a proposta de repensar a permanência e a estabilidade dos direitos humanos como instrumentos transformadores e de irreversível apelo de tolerância. Entre seus desafios contemporâneos, dentro da própria reconceptualização e afirmação do Estado Democrático de Direito, certamente encontram-se a necessária integração entre o exercício de prerrogativas da cidadania e o resgate da humanidade que deve subsistir em todas as partes do globo, regiões ou localidades.

Com essa nota introdutória, a presente obra vem coligir os estudos coletivos elaborados para a o IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE ESTUDOS JURÍDICOS e o I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA EM DIREITO "Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações –"TTMMs": Desafios contemporâneos dos direitos humanos na ordem democrática global", eventos científicos realizados nos dias 18, 19 e 20 de abril de 2018, na cidade de Belo Horizonte, sob os auspícios do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Os agradáveis encontros de abril congregaram parceiros acadêmicos nacionais e internacionais que se engajaram em iniciativa inovadora e inclusiva de reflexão crítica no Direito e suas interfaces transdisciplinares.

As iniciativas aqui relatadas envolveram ações especialmente voltadas para disseminar a produção na área do Direito, evitando-se incorrer em quaisquer arbitrariedades formalistas que poderiam minar a relevância da dogmática como objeto de estudos no Direito ou vulgarizar o caráter laborativo que deve nortear a academia e as universidades brasileiras. Nesse sentido, em linha com os formatos de plenárias e sessões de discussão de trabalhos, os eventos destacaram a proposta de articular as dimensões políticas, regulatórias, sociais e normativas em torno dos movimentos gerados pelo eixo analítico "Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações – TTMMs", absolutamente inédito na América Latina.

A tarefa de coordenação acadêmica, tendo como plataforma inicial o tradicional e prestigiado Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, com doutorado mais antigo em funcionamento no Brasil (desde 1932), seria a de proporcionar esse espaço de reflexão, agora registrado em obra publicada pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Da mesma forma, a oportunidade criada pelos idealizadores veio a sediar a quarta edição do Congresso Internacional de Estudos Jurídicos, projeto acadêmico de iniciativa dos estimados colegas e professores Luciana Aboim e Lucas Gonçalves, da Universidade Federal do Sergipe - UFS, em continuidade à terceira edição do evento realizada em setembro de 2017, na cidade de Aracajú, Sergipe.

A centralidade do trabalho torna-se cada vez mais evidente nas sociedades de capitalismo central e periférico, haja vista os novos arquétipos que veem surgindo a partir da divisão internacional do trabalho, propiciado tanto pela intensa utilização das tecnologias digitais, bem como pelas migrações, muitas vezes provocadas pela nefasta prática do dumping social e ambiental.

Com o objetivo de proporcionar às leitoras e leitores o aprofundamento de temas contemporâneos no eixo investigativo "Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações – "TTMMs", o livro permitirá apresentar os desafios a serem enfrentados na interface com os

direitos humanos. Esperamos que os trabalhos aqui selecionados e sistematicamente organizados possam capitanear novas pesquisas temáticas e que respondam a demandas de investigação na academia, dentro da compreensão de dinâmicas e condicionantes que afetam e transformam a sociedade global no século XXI.

Belo Horizonte, outubro de 2018.

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

LABOR REFORM: ATTEMPT OF HERMENEUTICAL ENCLOUSURE IN NEW WORDING OF ART. 8 OF THE LABOR BILL

Marco Aurélio Serau Junior
Laura Souza Lima e Brito

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

Palavras-chave: Direito do trabalho, Reforma trabalhista, Hermenêutica jurídica, Sobredireito

Abstract/Resumen/Résumé

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

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: 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 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.

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" (RAMOS; GRAMSTRUP, 2016, p. 13).

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.
> § 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 GARCIA:

> 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. (2017, p. 31)

É ainda mais contundente a compreensão de SOUTO MAIOR a respeito da hermenêutica justrabalhista:

> Como, ademais, a Constituição prevê direitos aos trabalhadores de caráter mínimo (como dito expressamente no *caput* do art. 7º), não é próprio ao Direito do Trabalho negar a aplicação de normas infraconstitucionais que ampliem a proteção jurídica ao trabalhador. (2011, p. 682).

Constata-se, pois, 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.

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 o princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, que redunda 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 Constitucional (GARCIA, 2017, p. 32).

Essa perspectiva, que será melhor debatida adiante, no tópico específico, representa uma visão míope da hermenêutica jurídica. De acordo com GARCIA:

> 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. (2017, p. 32-33)

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 constitucionais. (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 (SEVERO, 2017, p. 41-42).

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, sistemático e teleológico, cumprindo também, no que for pertinente, as denominadas interpretações extensivas, restritivas e/ou literais. (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 107).

Também é importante frisar uma contradição interna do próprio artigo 8º reformado da CLT. Ao mesmo tempo em que impede o papel *construtivo* 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.

A pretensão do dispositivo é de determinar à Justiça do Trabalho 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)

Em conclusão parcial, sublinhamos 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 resgaste 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 prevalecentemente 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 Público. (REALE, 2002, p. 340).

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 fundamentais (BRITO, 2016, p. 249), essa divisão passa a ter um caráter muito mais 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 REALE, 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. (2002, p. 351).

Gustavo GARCIA, 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. (2009, p. 180).

Interessante, ademais, a anotação de 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 incrustradas no Direito Civil" (2002, p. 351).

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 no do 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 SILVA:

> 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. (1976, p. 15)

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 MURADAS, ao tratar do princípio da proteção, responde a esta pergunta:

> 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. (2010, p. 20)

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 GRAMSTRUP:

> 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. (2016, p. 44)

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.

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-Executivo. (RAMOS, 2012, p. 38).

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.

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 diretos 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 mercado (BOCHENEK, 2013, p. 53-61).

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 atual.

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.

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.

4. 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.

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.

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

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