

REFORMA TRABALHISTA E JUSTIÇA DO TRABALHO: OLHOS VENDADOS E MÃOS ATADAS?

LABOR REFORM AND JUSTICE OF WORK: EYES SHUTTED AND HANDS TIED?

Florencia Dumont Oliveira *

RESUMO

O presente artigo objetiva comentar, brevemente, a nova redação dada ao art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pela Lei n. 13.467/2017, à luz das fontes de integração do Direito do Trabalho e da interpretação jurisprudencial. A norma em comento deve ser interpretada à luz dos princípios inerentes ao Direito do Trabalho, além dos princípios da inafastabilidade do Poder Judiciário, da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

Palavras-chave: Art. 8º da CLT. Hermenêutica jurídica. Integração e interpretação do Direito do Trabalho. Interpretação e exame dos acordos e convenções coletivas.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo objetiva comentar, brevemente, a nova redação dada ao art. 8º da CLT, pela Lei n. 13.467/2017, que assim dispõe:

Art. 8º 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.

§ 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

* Mestra em Direito do Trabalho. Procuradora do Trabalho.

do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei n. 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 redação original do *caput* do art. 8º, que trata das fontes e integração jurídica, foi mantida integralmente. Contudo, a lei altera o texto do então parágrafo único¹, substituindo-o pela novel redação dada ao § 1º do art. 8º, que se limita a dispor que o direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, excluindo o texto anterior que complementava a norma, ao determinar a aplicação subsidiária nos casos de ausência de incompatibilidade com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho. Ademais, foram adicionados outros dois parágrafos ao artigo em comento.

O que, concreta e efetivamente, mudará com a reforma trabalhista no aspecto? Teria o juiz perdido espaço para interpretar a lei? Não haveria norma para além do texto legal? Significaria a aplicação única e literal do brocardo *in claris cessat interpretatio*? Não haveria mais diferença entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho? Como interpretar o texto que parece restringir a interpretação, inclusive à luz da Constituição da República? Sem a pretensão de responder às questões propostas, buscar-se-á uma breve reflexão acerca das recentes alterações mencionadas.

2 FONTES E INTEGRAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

O juiz não poderá se abster de decidir diante de lacuna, ambiguidade ou omissão na lei, até mesmo para que se garanta certa pacificação social. A obrigação de julgar é imanente à natureza do Poder Judiciário e ao ofício do magistrado.²

Por isso mesmo, na falta de disposições legais ou contratuais, o juiz (intérprete) poderá se valer de analogia, equidade, jurisprudência, normas gerais de direito, costumes e direito comparado, devendo prevalecer o interesse público.³ E, aplicando a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.⁴

O problema das lacunas jurídicas é inerente ao sistema, considerando o caráter dinâmico do direito. Conforme ensina Diniz:

¹ Eis a redação anterior: “Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

³ *Caput* do art. 8º da CLT e art. 4º do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Código Civil).

⁴ Art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

O direito apresenta lacunas, porém é, concomitantemente, sem lacunas [...] porque seu próprio dinamismo apresenta solução para qualquer caso *sub judice*, dada pelo Poder Judiciário ou Legislativo. O próprio direito supre seus espaços vazios, mediante a aplicação e criação de normas. De modo que o sistema jurídico não é completo, mas completável.⁵

Quanto às lacunas, estas costumam ser classificadas em três principais espécies, a saber: normativa (ausência de norma sobre o caso), ontológica (existência de norma que não mais corresponde aos fatos sociais) e axiológica (existência de preceito normativo que, se aplicado, conduzirá à solução injusta ou insatisfatória).⁶

E para preencher lacunas o intérprete se valerá das fontes do Direito e das técnicas de interpretação e integração jurídica, considerando a existência de um sistema aberto e os mecanismos disponíveis para sua justa aplicação.

No âmbito do Direito do Trabalho, cita-se a hipótese prevista na Orientação Jurisprudencial n. 355 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho (TST), como exemplo de analogia, que trata da aplicação dos efeitos da não-concessão do intervalo intrajornada aos casos de não-concessão do intervalo interjornada. Trata-se de hipótese em que o e. TST reputou adequado o preceito existente em uma situação específica a outras situações semelhantes.

Podem-se citar, ainda, as Súmulas n. 229 e 428 do e. TST, que tratam da aplicação analógica do § 2º do art. 244 da CLT ao eletricitário e ao empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando chamado para o serviço durante o período de descanso. No caso, tendo em vista a existência de similitude factual entre tais empregados e os ferroviários e, ainda, os princípios da razoabilidade, igualdade e enriquecimento sem causa⁷, entendeu a jurisprudência majoritária que a norma celetista especificamente prevista para os últimos deveria também ser aplicada aos primeiros.

Trata-se de exemplos de concretização de técnicas de integração do direito, em que a jurisprudência optou por aplicar uma regra expressa e específica para outros casos com circunstâncias laborais parecidas. Os mesmos casos concretos poderiam ter dado ensejo a interpretações diferentes. Por exemplo, seria razoável também entender que o § 2º do art. 244 da CLT restringe as horas de sobreaviso à razão de 1/3 do salário

⁵ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 306.

⁶ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 95.

⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

normal, e, portanto, a interpretação restritiva aplicada aos ferroviários não poderia ser estendida aos demais trabalhadores. Nessa esteira, seria plausível o entendimento no sentido de que todos aqueles que tivessem sua liberdade pessoal tolhida (ainda que parcialmente), ficando em constante estado de alerta, deveriam ter seu tempo computado como à disposição, remunerando-se normalmente as horas em que o trabalhador não tivesse plena disponibilidade de seu tempo, e não apenas à razão de 1/3. Ou, ao reverso, poder-se-ia pensar que a restrição apenas parcial da liberdade do empregado não ensejaria o pagamento de salário algum.

A existência de, pelo menos, três interpretações (anteriormente expostas) para uma mesma situação demonstra ser falha a pretensão de que a regra contenha, em si, todo o substrato inerente à norma a ser aplicada ao caso concreto, não se podendo usurpar do juiz seu poder-dever de dizer o direito e entender a lei dentro do sistema jurídico como um todo.

Não há como se pretender, portanto, a existência de uma única verdade incontestável, geradora de segurança jurídica, ou de uma única resposta para o caso concreto.

Assim como o intérprete poderá se valer da analogia como método de integração do direito, também poderá se valer da jurisprudência, costumes, direito comparado, princípios e normas gerais de direito e equidade.

A equidade (no sentido aristotélico, de retificação das distorções que uma lei genérica poderá ocasionar) e os princípios gerais de Direito e do Direito do Trabalho também deverão ser utilizados como forma de interpretar a lei.

Quanto à modificação do parágrafo único do art. 8º, embora não haja previsão expressa na lei de que a aplicação subsidiária do direito comum apenas poderá ocorrer se houver compatibilidade com os princípios próprios do Direito do Trabalho, tal compatibilidade é inferida do sistema jurídico, sendo desnecessário que a lei diga o óbvio. Portanto, conquanto não haja previsão expressa na lei, entende-se que o sentido da norma não fora alterado, haja vista que o processo hermenêutico levará à exegese de que a aplicação subsidiária do Direito Civil apenas poderá ocorrer se não for incompatível com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho. Inclusive, nessa linha, não houve alteração em relação ao art. 769 da CLT, que prevê expressamente a necessária compatibilidade do Direito Processual Civil com as normas de Direito Processual do Trabalho.

Cumprido relevar que, a teor do método lógico ou racional, também utilizado na operação interpretativa, a lei, após produzida, encarna uma vontade própria, não podendo ser interpretada à luz de simples exteriorização da vontade do legislador.⁸

⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

Portanto, não cumpre perquirir o motivo pelo qual o legislador teria excluído parte da redação do antigo parágrafo único do art. 8º, inferindo-se, pelos métodos lógico, sistemático e teleológico, a necessária compatibilidade entre as normas do Direito do Trabalho e as do Direito Civil para a aplicação deste, até mesmo para que não se perca o sentido da realidade que penetra o Direito do Trabalho.

3 JURISPRUDÊNCIA E INTERPRETAÇÃO

A jurisprudência, em essência, tem por fim estratificar o sentido de determinada norma para o caso concreto. Portanto, em regra, as súmulas e outros enunciados objetivam interpretar a lei, por meio do Direito existente, assim visto como sistema aberto.

Por um lado, pode-se dizer que não há, necessariamente, criação de obrigações não previstas no ordenamento jurídico, porquanto, ainda que não haja lei específica para o caso sumulado, tais obrigações poderão ser extraídas do sistema como um todo pelas técnicas de integração e pelas fontes do Direito. Significa dizer que a inexistência de regra específica não representa a inexistência do direito, porque “[...] ao preencher lacunas o órgão judicante não cria direito novo; nada mais faz senão desvendar normas que, implicitamente, estão contidas no sistema jurídico.”⁹

Nesse sentido, o juiz, ao elaborar normas individuais para cumprir sua missão integradora, não o faz em criação autônoma, mas em conformidade ao sistema.¹⁰ E tal deve ser a interpretação do § 2º do art. 8º, vale dizer, no sentido de que o Poder Judiciário não pode se imiscuir em funções que não lhe são próprias (como legislar), mas pode e deve interpretar a lei e integrar o Direito.

Por outro, a própria lei reconhece certo poder jurígeno à jurisprudência, ao prever que esta será fonte do Direito do Trabalho (*caput* do art. 8º).¹¹ Portanto, o poder-dever de preencher lacunas concedido pela lei confere ao julgador, em certa medida, a faculdade de elaborar regras (não arbitrárias e imparciais). Dessa forma, ainda que o juiz não possa alterar ou substituir o direito, ele tem o poder-dever de interpretá-lo e aperfeiçoá-lo diante do caso concreto, analisando-o à luz do sistema jurídico como um todo, pautado por seus princípios e regras.¹²

⁹ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 307.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

¹² GOMES, Magno Federici; FREITAS, Frederico Oliveira. Lacunas no direito. *In: Âmbito jurídico*. Rio Grande, XIII, n. 75, abr. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7291>. Acesso em: 10 ago. 2017.

E, embora mantidas as normas relativas à integração no Direito do Trabalho, permitindo-se o uso da jurisprudência como fonte do Direito do Trabalho, o § 2º acrescentado ao art. 8º informa que as súmulas e enunciados editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos nem criar obrigações.

Consoante o já registrado, em tese não há propriamente criação de obrigações novas, mas normas desvendadas no sistema jurídico, ainda que com explicitação de regras específicas.

E ainda que uma leitura apressada possa sugerir que o juiz esteja vinculado ao texto gramatical da lei, não há espaço para tal entendimento. O processo hermenêutico não poderá desconsiderar o diálogo entre o texto e o intérprete, suas experiências e as condições socioculturais existentes quando da leitura, interpretação e aplicação da norma:

[...] leis, tratados, convenções, decretos e regulamentos devem ser conhecidos pelo jurista não apenas em sua literalidade, mas sob uma hermenêutica aprofundada, funcionalizada e aplicativa, guiada pelo axioma da promoção da dignidade da pessoa humana na permanente dialética entre a norma e o fato, entre o formal e o social, cujo resultado, ainda que imprevisível, resulta na constante reinvenção e renovação do direito.¹³

O Direito, portanto, não se limita à fonte legislativa, sendo dever do intérprete reconhecer as questões sociais e culturais que o rodeiam, ao aplicar a lei ao caso concreto. A utilização isolada do antigo brocardo no sentido de que disposições claras não comportam interpretação não é aplicada na atualidade, mormente considerando-se que qualquer texto carece de interpretação.

Nessa esteira, o próprio art. 5º do Decreto-Lei n. 4.657/1942 dispõe que, “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” Há tempos, pois, o próprio Direito Civil rompeu com a exegese tradicional das escolas de estrito legalismo ou dogmatismo, em que o intérprete era escravo da lei.

Ensina Alice Monteiro de Barros:

[...] a jurisprudência, como expressão do direito, deverá proporcionar a solução mais eficaz para os conflitos entre capital e trabalho. E essa eficácia é a sua adequação aos novos fatos da vida social, que o Direito visa a regular, em

¹³ FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro - elementos constitucionais para uma reflexão. *In*: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *10 anos do código civil*. Edição Comemorativa. Brasília: ESMPU, 2014. p. 92.

determinado momento [...]. Esses fatos, por sua vez, estão em constante mutação, a qual o direito codificado não consegue acompanhar [...]. [...] à luz da observação da realidade jurídica, é necessário que as decisões, sem desprezar o ordenamento jurídico vigente, resolvam a sua trajetória, indicando-se o caminho justo.¹⁴

Portanto, a lei existe para ser compreendida de forma justa e eficaz. Vejamos, por exemplo, os arts. 62, III, e 442-B da CLT, também incluídos pela Lei n. 13.467/2017, que deverão ser interpretados diante do caso concreto. O art. 62, III, exclui da abrangência do regime da jornada os empregados em regime de teletrabalho. Já o art. 442-B determina que “A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.”

Tais (e outros) dispositivos deverão ser interpretados de acordo com os princípios que regem o Direito do Trabalho, especialmente o princípio do contrato-realidade (também chamado de princípio da primazia da realidade sobre a forma). Aliás, até mesmo o Direito Civil, aplicável subsidiariamente, informa que, “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.” (art. 112 do Código Civil brasileiro). Mais ainda no Direito do Trabalho o que importa é a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade manifestada pelas partes.¹⁵

Portanto, ainda que sejam cumpridas as formalidades inerentes à contratação do autônomo, se estiverem presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, especialmente a subordinação, não ficará afastada a sua qualidade de empregado. Por óbvio, para que se afaste a qualidade de empregado, deve haver efetiva autonomia, no sentido material da palavra. A hipótese assemelha-se ao já conhecido art. 442, parágrafo único, introduzido pela Lei n. 8.949/1994, que dispõe não haver vínculo de emprego entre a cooperativa e seus associados. A jurisprudência trabalhista vem decidindo, acertadamente, que o vínculo de emprego apenas não existe se não estiverem presentes os elementos da relação de emprego e se houver real cooperativismo, porquanto, havendo fraude, será configurado o vínculo de emprego.¹⁶

¹⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 109.

¹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

¹⁶ Nesse sentido, há farta jurisprudência, citando-se exemplificadamente: 1) Número único Proc. RR-299000-26.2005.5.04.0018. Publicação: DEJT 10/10/2012. Acórdão da 2ª Turma - Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta. 2) Número único Proc. RR 16562320105020046. Publicação: DEJT 13/11/2015. Acórdão da 3ª Turma - Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado.

Da mesma forma, apenas é razoável conceber que o trabalhador em teletrabalho não se submeterá ao capítulo de jornada se, efetivamente, seu trabalho não for compatível com o controle de jornada, porquanto, uma vez submetido, na prática, ao controle de jornada pelo empregador, o que poderá ocorrer por meios telemáticos, haverá aplicação das normas pertinentes. Mais uma vez, a jurisprudência já possui tal entendimento em relação aos empregados que exercem atividades externas.¹⁷ E não poderia deixar de ser assim, até porque, sendo a jornada controlável, seria inconstitucional o não-pagamento de horas extras (incisos XIII e XVI do art. 7º da CR/88).

E, de fato, não se pode conceber que a lei venha para, pura e simplesmente, retirar direitos dos empregados e institucionalizar a fraude, até porque os preceitos constitucionais pertinentes ao Direito do Trabalho não foram revogados, a exemplo do valor social do trabalho e do conceito da relação de emprego, acolhido pelo inciso I do art. 7º da CR/88.

Também corrobora tal interpretação o teor do art. 9º da CLT, que dispõe serem “[...] nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.” Dessa forma, por exemplo, o contrato firmado formalmente com um “autônomo” que é subordinado, assim como a submissão de um trabalhador ao teletrabalho com efetivo controle de jornada, objetivando simplesmente fraudar direitos, torna o ato nulo, não podendo o empregador se valer de determinada formalidade para se esquivar de garantir direitos trabalhistas decorrentes do reconhecimento do vínculo empregatício ou não pagar horas extras.

Finalmente, registre-se que, ainda que a jurisprudência não crie, a rigor, direitos e obrigações, ela tem como função específica interpretar, vivificar, humanizar, suplementar e rejuvenescer a lei.¹⁸

4 EXAME DAS CONVENÇÕES COLETIVAS E INTERVENÇÃO MÍNIMA

Segundo o § 3º incluído ao art. 8º, no exame de convenções e acordos coletivos de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico (art. 104 do Código Civil), balizando sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

¹⁷ Número único Proc. AIRR 105749720145140092. Publicação: DEJT 13/11/2015. Acórdão da 4ª Turma - Relator Ministro João Oreste Dalazen; Número único Proc. RR 7808820105090041. Publicação: DEJT 12/6/2015. Acórdão da 3ª Turma - Relator Ministro Maurício Godinho Delgado.

¹⁸ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.

A leitura do parágrafo em comento deverá ser feita à luz dos princípios da separação dos poderes e da inafastabilidade do Poder Judiciário, insculpidos nos arts. 2º e 5º da Constituição da República, de modo que nenhuma interpretação da regra em comento poderá afrontar tais normas constitucionais.

Nos termos do art. 104 do Código Civil, a validade do negócio jurídico requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Quanto aos agentes, seriam eles, no caso, empresa e sindicato (empresarial ou profissional). Nos termos do inciso III do art. 4º do Código Civil, são relativamente incapazes aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. No caso do sindicato profissional, para além das questões meramente formais quanto à sua capacidade, vem à tona o seguinte questionamento: teria ele real liberdade para exprimir sua vontade?

Infelizmente, o sindicato tem caminhado para a hipossuficiência ao lado do trabalhador, como pondera Márcio Túlio Viana ao tratar da prevalência do negociado sobre o legislado:

[...]

É que nem sempre basta o sindicato para que as forças se igualem. Realmente, o sindicato pode equilibrar as forças - pelo menos em termos relativos - num contexto de pleno emprego, com produção centralizada, empresas verticalizadas, trabalhadores homogêneos e relações estáveis de emprego.

[...]

Em vários países - inclusive no nosso - grande parte dos direitos trabalhistas veio sob a forma de normas de ordem pública, impondo patamares mínimos à própria negociação coletiva.[...] Com isso, o sindicato profissional se sentava sem medo à mesa de negociações. [...] E era exatamente essa restrição à convenção coletiva que a libertava para cumprir o seu verdadeiro papel enquanto fonte do Direito do Trabalho, reduzindo em grau crescente as taxas de mais-valia.

A propósito, nunca é demais lembrar que o Direito do Trabalho só tem sentido enquanto instrumento de proteção do trabalhador. Sua estratégia - contrária à do Direito Civil - é a de incorporar desigualdades para reduzir desigualdades. Sem ela, ele próprio se torna Direito Civil.

[...]

Hoje, as peças já não se encaixam como antes. O novo modo de produzir não corresponde ao sindicato. A moderna empresa já não abriga multidões uniformes, trabalhando anos a fio, em jornada plena, sofrendo os mesmos dramas e sonhando sonhos iguais. Como dizíamos, ela se fragmenta e se diversifica, e com isso despedaça o movimento sindical. Com a diferença que ela controla - e ele não - cada um de seus pedaços.

Além disso, a crescente mobilidade da empresa viabiliza ameaças do tipo: “ou vocês cedem, ou nos mudamos daqui”. A greve dá lugar a um fenômeno que se assemelha ao *lockout*, e que é tão ou mais eficaz do que ela própria já foi. Não é preciso que a promessa se realize: bastam as ameaças.

E como já não vivemos o pleno emprego, mas o desemprego e o subemprego, não é só o coletivo operário, mas o próprio trabalhador que se parte ao meio, perdendo a sua face coletiva. A solidariedade cede passo ao individualismo. A nova empresa consegue externalizar a própria concorrência, jogando-a por sobre os ombros dos empregados e de suas contratadas. E salve-se quem puder.

Paradoxalmente, é nesse contexto de fragilização estrutural do sindicato que surge a ideia de se eliminar os patamares mínimos.

[...]

Na verdade, a ideia de se eliminar um dos poucos mecanismos que apoiam o nosso sindicalismo é resultado não só da ideologia, mas da própria fragilização do movimento sindical. E, seguramente, vai servir para fragilizá-lo ainda mais.

[...] ainda que não surjam perdas diretas, a simples possibilidade jurídica de que elas aconteçam pode alterar profundamente o jogo de forças [...].

Ou seja: as convenções coletivas terão um papel cada vez menor do ponto de vista de construção do Direito do Trabalho, embora possam assumir grande importância na criação progressiva de um Direito Civil do Trabalho.

[...]

Na verdade, falar em “livre negociação” num contexto de desemprego, terceirizações e fraudes é quase como falar em “livre contrato de trabalho”. A igualdade de regras traz a desigualdade de resultados; a liberdade formal leva à opressão real. Embora em dose menor, o que se passa no plano individual se reproduz na esfera coletiva.¹⁹

Não bastasse o caminho tortuoso sofrido pelo sindicato ao longo dos anos, a possível perda de sua fonte de custeio (contribuição sindical obrigatória), em razão da reforma trabalhista, poderá aumentar mais ainda seu grau de hipossuficiência e perda do poder de barganha.

Quanto ao objeto lícito, a CLT, no art. 611-B, prevê hipóteses em que o objeto de convenção coletiva ou acordo coletivo serão ilícitos. Além de tais hipóteses deverá o juiz analisar as normas constitucionais, inclusive princípios constitucionalizados, que não poderão ser revogados pela legislação ou por convenção coletiva. No aspecto, mister ponderar que o princípio da norma mais favorável, por exemplo, está previsto no *caput* do art. 7º da CR/88.

¹⁹ VIANA, Márcio Túlio. Quando a livre negociação pode ser um mau negócio (crítica ao projeto que altera o art. 618 da CLT). *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.* - Belo Horizonte, 34(64): 155-159, jul./dez. 2001. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/73135/2001_viana_marcio_quando_livre.pdf?sequence=1>. Acesso em: 09 ago. 2017.

Considerando que a própria lei celetista faz remissão ao Código Civil para a análise da validade das convenções e acordos coletivos, permitindo o uso subsidiário do direito comum, o magistrado também poderá avaliar, no caso concreto, eventuais defeitos do negócio jurídico que poderão invalidar, total ou parcialmente, o acordado coletivamente, citando-se, por exemplo, a lesão, o dolo, o estado de perigo e a coação.

Despiciendo lembrar, ademais, que o instrumento coletivo deverá ser fruto de efetiva negociação, mediante a concessão de vantagens recíprocas, e não mera renúncia unilateral de direitos, sob pena de invalidação do instrumento.

Também deverá o magistrado ter em mente, quando do exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, vale dizer, a necessária incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, com ênfase para a ponderação dos valores envolvidos.

5 CONCLUSÃO

O momento político em que vivemos leva ao inexorável questionamento: há justiça e democracia na lei? A reforma trabalhista foi aprovada sem a devida discussão e amadurecimento. O mesmo erro não deverá ser cometido pelos intérpretes e aplicadores da lei, incluído o Poder Judiciário.

Toda a legislação trabalhista deve ser interpretada de forma sistemática e em consonância com os princípios que regem o Direito do Trabalho. A hermenêutica jurídica atrela-se à existência de um sistema aberto, onde as regras estão submetidas a preceitos constitucionais, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana, e à contraprova da realidade²⁰:

[...] como a constituição do Direito se dá gradativa e dialeticamente, abarcando leis elaboradas em momentos histórico-ideológicos bastante distintos, buscase uma hermenêutica crítica, que conceba no Direito a complexidade da vida, interpretando-o com base em seus princípios e valores fundamentais; uma hermenêutica não adstrita à formalidade, mas alargada pela substancialidade do ser humano e de sua dignidade.²¹

²⁰ FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro - elementos constitucionais para uma reflexão. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *10 anos do código civil*. Edição Comemorativa. Brasília: ESMPU, 2014. p. 78-99.

²¹ FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro - elementos constitucionais para uma reflexão. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *10 anos do código civil*. Edição Comemorativa. Brasília: ESMPU, 2014. p. 94.

A equidade, no sentido de suavização do rigor da norma abstrata, “[...] sempre tenderá a auxiliar o operador jurídico a concluir com sensatez e equilíbrio sua atuação específica.”²²

Dessa forma, o Direito do Trabalho deverá ser interpretado considerando a equidade, a Constituição da República e os princípios gerais de Direito e do Trabalho.

Deve-se, portanto, buscar o pensamento contido no Direito enquanto sistema. Por isso mesmo é que, havendo lacunas (sejam elas normativas, ontológicas ou axiológicas), serão buscados elementos para a integração do direito, conforme estabelece o *caput* do art. 8º da CLT. Da mesma forma, §3º do art. 8º deverá ser lido em consonância com o princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, e o seu §2º deverá ser interpretado em consonância com o próprio *caput* do artigo e também tendo em vista que o Poder Judiciário, na realidade, desvenda normas já existentes, ainda que implicitamente, no sistema.

Conclui-se também que o Direito Civil será fonte supletiva do Direito do Trabalho, desde que não haja incompatibilidade, sendo que a alteração que deu origem ao § 1º teve por escopo, simplesmente, evitar a redundância. Nesse ponto cumpre destacar que o próprio Direito Civil vem fazendo uma releitura de seus institutos, com base nos princípios e valores constitucionais e objetivando os fins sociais da lei e as exigências do bem comum.

Nenhuma norma pertinente ao Direito do Trabalho poderá ser interpretada de forma incompatível com postulados elementares, como a dignidade da pessoa humana, a cidadania e o valor social do trabalho, além dos princípios da proteção, primazia da realidade, irrenunciabilidade, continuidade, boa-fé, isonomia e função social da propriedade, entre outros, sob pena de esvaziamento do sentido dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

Não se pode descurar, ainda, do princípio do não retrocesso social e dos princípios gerais da atividade econômica, a saber: valorização do trabalho humano, justiça social, função social da propriedade e busca do pleno emprego (entendendo-se a palavra pleno não apenas no sentido de quantidade, mas também de qualidade e dignidade).

O Poder Judiciário deverá ter assegurada sua independência em relação aos demais Poderes e ter resguardado seu poder-dever de dizer o direito, com imparcialidade. Seus olhos estarão fechados, mas suas mãos não poderão estar acorrentadas.

²² DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016. p. 179.

Na análise das convenções e acordos coletivos, o Juiz deverá preservar a autonomia coletiva até onde esta realmente existir, velando pela efetividade de preceitos sociais elementares e pela garantia da eficácia dos direitos fundamentais. Deverá também analisar a efetiva liberdade do sindicato para contratar, inclusive no sentido material da palavra.

E não poderá se eximir de resolver o caso concreto, dizendo qual é o direito aplicável, considerando as fontes e técnicas de interpretação, atentando-se às lacunas, inclusive ontológicas e axiológicas.

Apesar do argumento falacioso no sentido de que o Direito do Trabalho estaria velho, não muito se alterou quanto à antiga exploração por meio do trabalho alheio, com níveis de concentração de renda cada vez mais alarmantes. A antiga mais-valia continua atual, ainda que sob roupagens diferentes.

Será mesmo necessário repensar o Direito do Trabalho ou bastaria que se repensasse a forma de pensar o Direito? Poderá o magistrado, ao aplicar rígida e literalmente o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, permitir a destruição negociada do Direito do Trabalho? Não há espaço para o retrocesso a um Direito Civil superado desde a Lei de Introdução ao Código Civil, que determina a aplicação da lei tendo em vista os seus fins sociais. E o § 2º do art. 8º não pode ser lido de forma dissociada de seu *caput*, que confere à jurisprudência o *status* de fonte do Direito, além de conferir poder-dever ao Juiz para decidir por analogia, equidade, princípios gerais de Direito e do Direito do Trabalho, e, inclusive, de acordo com os costumes e com o direito comparado, sempre objetivando o interesse público.

Parafraseando Fernando Pessoa, o Direito, assim como viver, não é preciso. Respeitar o primado do trabalho é preciso.

ABSTRACT

The present article aims to comment the new wording given to CLT Article 8, by Law 13.467/17, in light of the sources of integration of the Labor Law and the jurisprudential interpretation. The norm in question must be interpreted in the light of the inherent principles in Labor law, in addition to the principles of the impossibility to remove of the Judiciary the dignity of the human person and the social value of work.

Keywords: *CLT Article 8. Legal hermeneutics. Integration and interpretation os Labor Law. Interpretation and examination af collective deals and conventions.*

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existência*. Belo Horizonte: Forum, 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro - elementos constitucionais para uma reflexão. *In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). 10 anos do código civil*. Edição Comemorativa. Brasília: ESMPU, 2014.
- FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GOMES, Magno Federici; FREITAS, Frederico Oliveira. Lacunas no direito. *In: Âmbito jurídico*. Rio Grande, XIII, n. 75, abr. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7291>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- VIANA, Márcio Túlio. Quando a livre negociação pode ser um mau negócio (crítica ao projeto que altera o art. 618 da CLT). *Rev. Trib. Reg. Trab.* 3ª Reg. - Belo Horizonte, 34(64): 155-159, jul./dez. 2001. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/73135/2001_viana_marcio_quando_livre.pdf?sequence=1>. Acesso em: 09 ago. 2017.