

v. 2, n. 1

ISSN 2595-9689



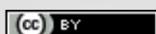
Revista Jurídica
**TRABALHO e
DESENVOLVIMENTO HUMANO**
Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região

Recebido em: 15.05.2019
Aprovado em: 01.07.2019

<https://doi.org/10.33239/rtdhv2i1.34>

1 Professor Adjunto de Direito do Trabalho na graduação do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPR. Doutorado em Direito (UFPR), com pós-doutorado na Université Paris Nanterre. Líder do Grupo de Pesquisa Clínica de Direito do Trabalho (CDT-UFPR) - Trabalho e Direitos

<https://orcid.org/0000-0002-8934-7566>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

A judicialização do conflito do trabalho na reforma trabalhista brasileira de 2017

The judicialization of labor conflict in the brazilian law reform of 2017

La judicialización del conflicto laboral en la reforma laboral brasileña en 2017

Sidnei Machado¹

RESUMO

Este texto discute o papel da judicialização do conflito do trabalho mediado pela Justiça do Trabalho. A partir de perspectivas teóricas conceituais de resolução do conflito do trabalho e acesso ao direito, o artigo apresenta como questão central da análise as alterações no controle da interpretação judicial introduzidas pela Lei 13.467 de 2017 ("Reforma Trabalhista"). Em seguida, o texto analisa o conteúdo e alcance das alterações normativas do artigo 8º da CLT, com o objetivo de identificar a reconfiguração que produz no sistema de interpretação da norma trabalhista. O objetivo fundamental do texto é apresentar elementos argumentativos que respondam adequadamente a um modelo interpretativo do artigo 8º da CLT em conformidade com a Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho. Reforma Trabalhista. Judicialização. Justiça do Trabalho. Interpretação da norma trabalhista.

ABSTRACT

This article discusses the role of the judicialization of labor conflicts mediated by the Brazilian Labor Justice. It lays out the changes introduced by the Law 13.467 of 2017 ("Labor Reform") as its central question of analysis by assuming the conceptual-theoretical perspectives of labor conflict resolution and access to justice. It is then analyzed the content and the reach of the normative changes of the article 8 of the CLT, with the aim of identifying the reconfiguration made in the Brazilian Labor Law interpretation system. The fundamental aim is to present argumentative elements which respond adequately to an interpretative model of the article 8 of the CLT in conformity with the Constitution.

KEYWORDS: Labor Law. Labor Reform. Judicialization. Labor Justice. Interpretation of Labor Law.

RESUMEN

Este texto discute el papel de la judicialización de los conflictos laborales mediada por la Justicia Laboral. Desde perspectivas teóricas conceptuales sobre la resolución de conflictos laborales y el acceso a la ley, el artículo presenta como tema central de análisis los cambios en el control de la interpretación judicial introducidos por la Ley 13.467 de 2017 ("Reforma Laboral"). A continuación, el texto analiza el contenido y alcance de los cambios normativos del artículo 8 de la CLT, con el fin de identificar la reconfiguración que produce en el sistema de interpretación del derecho laboral. El objetivo fundamental del texto es presentar elementos argumentativos que respondan adecuadamente a un modelo interpretativo del artículo 8 de la CLT de conformidad con la Constitución.

PALABRAS CLAVE: Derecho del Trabajo. Reforma Laboral. Judicialización. Justicia laboral. Interpretación del derecho laboral.

INTRODUÇÃO

A ideia de judicialização do conflito do trabalho é um tema central das relações de trabalho, intrínseca ao âmbito do Direito do Trabalho porque define o modelo de intervenção estatal pela via do Poder Judiciário, por meio do desenho de um sistema de proteção judicial dos direitos. A exigibilidade dos direitos do trabalho tem como fundamento teórico e político o acesso à justiça ou à justiciabilidade desses direitos, que funcionam como mecanismos para garantir a sua efetividade.

No panorama das transformações das relações de trabalho e do direito do trabalho, os sistemas de resolução de conflitos e de acesso à justiça do trabalho são objeto de mutações importantes. A partir da crise de 2008 são induzidas reformas na jurisdição do trabalho, em especial naqueles países em que está organizada uma Justiça especializada do Trabalho. O sentido dessas reformas na jurisdição é duplo: criar obstáculos ao acesso à justiça, e neutralizar o controle judicial por juízes e tribunais do trabalho. O que se constata é que para que a aspiração de desregulação do direito do trabalho se realize plenamente, além da derrogação e flexibilização de direitos, removem-se alguns obstáculos da mediação do conflito do trabalho pela Justiça do Trabalho.

No caso brasileiro, a reforma trabalhista de 2017 — a Lei 13.476, de 13 de julho de 2017 — se localiza nessa tendência global de reformas da jurisdição do trabalho, na medida em que adota os dois grandes vetores-chave de alteração da jurisdição: primeiro, modifica as condições de acesso à justiça, com a restrição da gratuidade e instituição de honorários de sucumbência, entre outras medidas e; segundo, busca neutralizar o controle da interpretação judicial, com a limitação na lei do papel interpretativo de juízes e tribunais do trabalho. Esses dois aspectos modificativos promovem uma inflexão profunda no modelo de base de amplo acesso à jurisdição do trabalho no Brasil, com o potencial para reconfigurar a judicialização do conflito do trabalho pelos tribunais do trabalho e deformar o sentido da Justiça do Trabalho.

São vários os temas problemáticos e críticos em torno da prestação jurisdicional pelo acesso à justiça, mas o texto analisa especificamente o aspecto do controle da interpretação jurisprudencial e os impactos sobre a judicialização do trabalho a partir da nova redação dada



pela Lei 13.467 ao artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, dispositivo que disciplina desde 1943 os contornos para a interpretação e aplicação das normas do trabalho.

A hipótese principal deste artigo é que a denominada “modernização trabalhista” debilita a jurisprudência da Justiça do Trabalho. Esta, combinada com as demais normas que criam outros obstáculos de acesso à justiça, afrouxa a mediação estatal do direito em prol da emergência de uma crescente recontractualização e individualização da relação de trabalho. A questão de fundo, mais radical, é a pretensão de romper com o sistema de solução de conflitos do trabalho vinculado a ideia de justiça social para dissolver o direito do trabalho no direito comum.

1 JUDICIALIZAÇÃO E JUSTICIABILIDADE

É quase lugar-comum constar que no Brasil há elevada judicialização dos direitos sociais, incluídos os direitos trabalhistas. O fenômeno da judicialização pelo expansionismo e maior protagonismo judicial, produz um fecundo debate na teoria jurídica brasileira, em especial quando se realça os perigos da tendência de valorização do ativismo judicial e da necessidade de se estabelecer limites ao papel institucional dos tribunais. É nesse contexto do debate público que o controle da jurisprudência da Justiça do Trabalho surge como uma inovação legislativa central na reforma de 2017.

A Lei 13.476/17 deu destacada ênfase ao controle da atividade interpretativa pela Justiça do Trabalho por meio de mecanismos estritos de contenção de sua atuação, sobretudo do papel desempenhado pelo juiz no processo de interpretação e aplicação da lei. São basicamente três os pontos da interpretação introduzidos no artigo 8º da CLT, em seus três parágrafos. O primeiro é o reforço na indicação do direito comum como fonte do direito do trabalho (CLT, art. 8º, § 1º); segundo, é o controle da produção jurisprudencial consolidada em Súmulas e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho, vedando a criação e restrição de direitos e obrigações “não previstos em lei” (CLT, art. 8º, § 2º) e; por último, é a introdução de limite da revisão judicial da convenção ou acordo coletivo, em que



determina a observância do “princípio de intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva” (CLT, art. 8º, § 3º).

A proposta, originada na Emenda Substitutiva da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, relatada pelo Deputado Rogério Marinho, não veio acompanhada de nenhuma explicação do sentido e alcance dessa nova regra. A julgar pelo conteúdo do relatório apresentado ao projeto que seria aprovado e pelas declarações publicadas na mídia, a proposta teve objetivo definido de reduzir o poder do juiz, dando com isso maior segurança jurídica às empresas, e valorizando a vontade contratual das partes do acordo coletivo.

O relatório ao projeto na Câmara dos Deputados apenas justifica a preocupação com o ativismo judicial, ao afirmar que: “temos visto com frequência os tribunais trabalhistas extrapolarem sua função de interpretar a lei por intermédio de súmulas, para, indo além, decidirem contra a lei”. E mais adiante, prossegue o relatório:

No que concerne ao fenômeno acima relatado, também chamado de ativismo judicial, cabe ressaltar a advertência do Presidente do TST, Ministro Ives Gandra Martins Filho, de que é urgente se adotar um controle para se evitar que, sob a justificativa de que se está interpretando subjetivamente, o juiz crie ou revogue lei com suas decisões, complementando que ‘o juiz é livre dentro da lei e não fora dela’ (Relatório do projeto de lei n. 6787).

Na imprensa foram oferecidas declarações importantes por defensores da reforma contra o excesso de judicialização do conflito do trabalho no Brasil, qualificando como fator de insegurança, instabilidade e dificuldades a um ambiente de negócios. Para Mailson da Nóbrega, “O Brasil é o único país em que a Justiça trabalhista pode fazer leis. Ela é geradora de conflitos e reduz a produtividade e a competitividade da economia nacional em vez de proteger trabalhadores” (ISTO É DINHEIRO, 2017). Avaliação semelhante em relação ao excesso de proteção da Justiça do Trabalho foi feita por José Márcio Camargo, “No Brasil, os contratos de trabalho são todos falsos”, afirmou. “Isso porque a Justiça do trabalho renegocia tudo que está escrito no contrato” (O GLOBO, 2016). Essas foram as razões que ditaram a construção dos limites da interpretação pelos tribunais do trabalho.



A outra justificativa da intervenção legislativa é a excessiva judicialização do conflito de trabalho, entendida como elevado número de demandas judiciais, que vem tendo efetivamente um crescimento exponencial nos anos 1990. As causas dessa judicialização, para alguns, é o modelo de relações de trabalho que não oferece alternativas de soluções, que também pode ser explicado pela deslegitimação do direito do trabalho:

O aumento das demandas trabalhistas individuais no Brasil decorre da crescente deslegitimação do direito entre os empregadores que, por razões e formatos diferentes, estão evadindo de sua obediência [...]. Ou seja, o aumento sem precedente nas demandas judiciais trabalhistas expressa tanto a deslegitimação do direito do trabalho pelos capitalistas quanto para a tentativa dos trabalhadores fazerem valer as regras da ordem. É a ordem legal como um todo que está em crise e, por paradoxal que isso possa parecer, seu sintoma mais conspícuo é o crescimento das demandas judiciais. (CARDOSO, 2003, p. 157-158).

É preciso reconhecer que há no Brasil um fenômeno de intensa atividade de construção jurisprudencial do direito do trabalho a partir dos anos 1990 que pode ser explicado por um conjunto de fatores. Esse protagonismo do Poder Judiciário, segundo seus defensores, está ligado as condições facilitadoras da própria Constituição de 1988, que instituiu um rol extenso rol de direitos fundamentais que passaram a receber garantia de proteção jurídica. A atuação da justiça do trabalho não seria uma distorção, mas uma imposição para garantir os direitos fundamentais e o próprio sentido da ordem democrática. A Constituição é rica em direitos individuais, sociais e coletivos em contraste com uma realidade social e política de inefetividade de tais direitos, o que favoreceu o ativismo judicial. Há, ainda, um contexto novo das relações de trabalho, marcado por mudanças no sistema produtivo, necessidade de respostas à flexibilização.

A judicialização dos direitos do trabalho é historicamente uma prática e uma estratégia política de garantia de direitos do trabalho, ao mesmo tempo, de desenvolvimento da justiça social. Há, basicamente, duas abordagens metodológicas oriundas dessa prática. Por um lado, essa judicialização pode significar um risco para a efetividade dos direitos sociais, pois, ao penetrarem nos tribunais os direitos do trabalho podem perder a especificidade e tornam-se



um direito comum ou ordinário pela mutação em sua natureza. O outro aspecto é a defesa da judicialização como estratégia de luta social para conquista de direitos, com a apresentação de demandas de direitos aos tribunais para que eles sejam reconhecidos e eficazes. Essas duas concepções da judicialização dos direitos, aparentemente contraditórias, se prestam a evidenciar que a prática da judicialização pode conduzir a diluição dos direitos do trabalho no direito comum. Para essa questão, a justiciabilidade é importante quando houver um julgamento de valor, e não mera lógica de positividade desses direitos.

Em um contexto de erosão das garantias do trabalho, que produz efeitos concretos e mensuráveis de deterioração gradual dos direitos, e que se dá ao mesmo tempo em que aumentam vertiginosamente os trabalhos precários, a judicialização do conflito do trabalho é revalorizada como um mecanismo de defesa da Constituição. É, também, um espaço de intervenção e controle das novas assimetrias da relação de trabalho, para que não haja uma maior dissociação dos direitos dos cidadãos trabalhadores com a livre iniciativa.

2 LIMITES DA APLICAÇÃO DO DIREITO COMUM

A questão da aplicação das normas de direito comum no direito do trabalho para suprimir vazios normativos, como um direito supletivo e subsidiário, integra a uma teoria tradicional do direito do trabalho. Por essa teoria, a aplicação tem uma mecânica de observar a ausência de normas de direito do trabalho e a compatibilidade e adaptação com as regras trabalhistas, inclusive com os princípios gerais do direito do trabalho. Em algumas hipóteses, a própria norma trabalhista faz remissão direta às regras do Direito Civil.

A aplicação do direito comum, contudo, é um tema renovado diante da reforma trabalhista de 2017 (Lei 13.467/17). Pela redação nova que deu ao parágrafo único do artigo 8º da CLT, transformado no § 1º do art. 8º, se limita a dizer que “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho”, suprimindo a parte final da redação original que condicionava “naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.

A indagação inicial é se, pela regra atual, verificada a omissão no ordenamento trabalhista, será possível utilizar-se subsidiariamente os preceitos do direito civil, sem antes



valer-se do teste de compatibilidade com os princípios fundamentais do direito do trabalho, notadamente com o princípio protetivo. Apesar da manifesta intenção da reforma trabalhista de ampliar as possibilidades de recurso ao direito comum, ele continua a se dar pelo critério supletivo e subsidiário. O direito do trabalho permanece tendo a característica de regra especial e ainda não se pode cogitar a hipótese de um “direito comum do trabalho”. Desse modo, do ponto de vista da dogmática jurídica, é possível aplicar o direito comum para completar o direito do trabalho. O papel do juiz é de reconstruir o sentido da norma a partir de elementos sistemáticos, axiológicos, teóricos, ideológicos e históricos. Nesse aspecto, a mera supressão da parte final do dispositivo não autoriza a concluir, por exemplo, que o direito comum é fonte do direito do trabalho, ainda que com ele incompatível.

O direito comum é aplicado supletivamente para preencher as lacunas das normas trabalhistas e em casos em que não haja incompatibilidade com a norma ou princípio do direito do trabalho. A rigor, a aplicação supletiva de normas de direito civil é importante para aperfeiçoar o direito do trabalho, a exemplo do princípio da boa-fé objetiva e das normas de responsabilidade civil do empregador (MANGARELLI, 2008).

A eliminação da referência aos “princípios fundamentais” do Direito do Trabalho revela uma aspiração e uma ambição de aumentar a incidência do direito comum no direito do trabalho para que ele seja invocado sem passar pelo filtro da compatibilidade. Nesse aspecto, há uma nova racionalidade na reforma, o que pode ser também constatada por diversas outras mudanças na mesma direção de valorização da autonomia da vontade.

A racionalidade que explica essa aspiração de aplicação do direito comum, ainda que incompatível com o direito do trabalho, decorre da ambição do direito do trabalho de exceção, para usar a expressão de Antonio Casimiro Ferreira, que pretende naturalizar a ideia de um direito entre iguais, com um “consenso de ponderação de poder”, que não reconhece a vulnerabilidade dos trabalhadores na esfera da justiça (FERREIRA, 2012, p. 135).

A regulação positiva do alcance da remissão do direito do trabalho brasileiro ao direito comum se mantém vinculada a regra da autonomia para justificar a sua real necessidade. Isso não impede a aplicação das normas contratuais civis que podem conter um importante aporte de proteção do trabalhador. Essa leitura compreende a tradicional convicção gestada em fins



do século XIX de que os códigos civis não contêm uma resposta às questões do trabalho humano e às relações que ele gera, o que justificou a construção da doutrina trabalhista (BARBAGELATA, 2009).

Nesse sentido, o direito comum como fonte do direito do trabalho brasileiro continua sendo um recurso válido para as hipóteses específicas de vazio normativo, hipótese que permite a aplicação subsidiária, e de compatibilidade de institutos com os particularismos do direito do trabalho. Ainda assim, essa aplicação supletiva deve sofrer a adequação para se compatibilizar com o direito do trabalho por um imperativo lógico do particularismo do direito do trabalho em vários aspectos, especialmente o que se relaciona aos princípios vocacionados a disciplinar uma realidade social diferente daquela do direito comum.

3 O JUIZ E O ACORDO E A CONVENÇÃO COLETIVA

A interpretação do acordo e a convenção coletiva apresenta uma substancial modificação pelo artigo 8º, § 3º da Lei 13.467/17 ao preconizar o princípio da intervenção mínima pelo juiz na análise do acordo ou da convenção coletiva. Decompondo o texto, se observa duas diretrizes. A primeira, a ideia de restrição da análise “exclusivamente à conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico” e, segundo, que “balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”.¹

Uma primeira leitura gramatical, numa perspectiva dogmática, poderia sugerir que a Justiça do Trabalho estaria doravante impedida de fazer a revisão judicial dos conteúdos dos acordos e convenções coletivas, ou seja, não poderia exercer o controle de legalidade e de constitucionalidade das normas coletivas. Mas essa é uma leitura insuficiente e incompleta do ponto de vista dogmático. A pretensão é disciplinar a atividade interpretativa sobre a convenção ou acordo coletivo de trabalho e não se cogita da hipótese de vedação da atuação judicial.

¹ Texto do art. 8º, § 3º na íntegra: “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 art. 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”.



Esse dispositivo deve ter uma leitura conjugada e combinada com substantiva alteração no sistema de negociação coletiva, com a prevalência do acordo ou convenção coletiva sobre a lei (CLT, art. 611-A, § 1º), que faz expressa remissão ao artigo 8º, § 3º da CLT.² Essa nova regra ganha significado quando compreendida a reconfiguração jurídica na negociação coletiva de trabalho, com a nova arquitetura de articulação entre a lei e os acordos e convenções coletivas, que visa neutralizar a aplicação da norma mais favorável e, conseqüentemente, elimina a regra de hierarquia das normas do trabalho (artigos 611-A, 620 da CLT). A norma mais favorável (*favor laboratoris*) é um dos principais mecanismos de intervenção do Estado para reequilibrar a negociação coletiva. Uma das dimensões do uso do princípio da norma mais favorável no sistema de negociação coletiva brasileiro, por exemplo, é impedir que o acordo coletivo crie normas menos benéficas que a convenção coletiva.

Há, ainda, um segundo nível de leitura sistemática da regra interpretativa, que é a fixação dos limites da negociação coletiva, indicando que a inexistência de contrapartidas na negociação coletiva não leva a sua nulidade por vício (§ 2º do artigo 611). Dentro da mesma temática, se define como ilícitos a supressão e redução de alguns direitos, fazendo remissão basicamente a dispositivos do art. 7º do texto constitucional (Art. 611-B).

Tradicionalmente o modelo brasileiro é o da solução judicial pelo sistema de interpretação das normas jurídicas, observada o particularismo da interpretação das normas trabalhistas pelas regras próprias dos contratos. O conflito de interpretação pode ainda ser geral pelo procedimento especial do dissídio coletivo de natureza jurídica, que se presta precisamente a resolver a interpretação controvertida da norma coletiva ou, no caso concreto, em ação individual. Esses dois mecanismos permanecem intocáveis pela reforma trabalhista de 2017.

A questão sensível da reforma é a que ele pretende moldar a interpretação pelo juiz do trabalho para debilitar e imunizar o sistema interpretativo amplo que dispõe o juiz do

² Texto do art. 611-A: “A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: § 1º. No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação”.



trabalho de valer-se do sistema normativo próprio de aplicar e recorrer a figuras como o *in dubio pro operario* e a normas mais favoráveis.

A problemática maior é que para isso a nova regra define que a interpretação do acordo e da convenção se dá pelo seu caráter contratual. Apesar das normas coletivas possuírem uma natureza dual, por serem contratuais e normativas, se propõe uma interpretação contratualista.

O que se infere da norma analisada é a pretensão de se conferir uma noção contratual da interpretação, restringindo a revisão judicial. No entanto, a norma tende a não ter a efetividade pretendida, pois parte da falta de oposição entre a lei e o contrato e transporta esse problema para a regra de interpretação. Uma coerente interpretação de matriz contratualista teria que analisar a documentação de todo processo precedente à negociação coletiva para fazer prevalecer a vontade das partes na negociação coletiva. Como posta a redação da lei, não há como conter uma interpretação normativa pelas regras de interpretação do direito. Ademais, em caso de conflitos gerais de interpretação, ela pode se dar pela judicialização dos conflitos coletivos, via dissídio coletivo de natureza jurídica.

A jurisdição do trabalho exercida no Brasil não mais se define pelas concepções clássicas, de fundo positivista, que explicavam a atividade do juiz como a análise fática dos casos e a determinação de uma regra jurídica previamente definida e aplicável àquele caso específico. Aplicação do direito está marcada por problemas de interpretação, de pertinência, de prova e de qualificação. A dimensão interpretativa é elemento essencial do direito e da atividade jurisdicional, o que não se confunde com os riscos dos excessos de discricionariedade.

Nessa perspectiva, a relação entre o juiz e o acordo ou a convenção coletiva de trabalho depende da natureza do contrato e da norma. A doutrina e a jurisprudência conferem ao acordo coletivo a natureza de norma. O Decreto-lei 229, de 28 fevereiro de 1967, que cria o acordo e a convenção coletiva, prevê a hierarquia superior do instrumento normativo ao contrato individual de trabalho e o efeito *erga omnes*. Com isso, do ponto de vista da hierarquia das normas, o contrato individual de trabalho é distinto do acordo e da convenção coletiva, porque se pressupõe que a valorização da autonomia coletiva para enfatizar o direito



de participação. Nesse modelo de base, a finalidade do controle judicial é a objetividade e o interesse coletivo do ato, não o interesse individual.

Um modelo alternativo, com a restrição ao controle judicial de normas coletivas, seria possível pela adoção de um sistema de administração dos conflitos pelas partes, produto da autonomia coletiva, como adotado em alguns países. Poderia ser acordado que o controle primeiro da interpretação em caso de conflito seja feito pelas próprias partes acordantes, mediante uma comissão paritária, que teria a vantagem de produzir uma interpretação autêntica e adequada à concertação do conflito. Nesse caso, somente quando houvesse um conflito quanto ao alcance da norma coletiva se poderia invocar o órgão judicial para produzir uma interpretação. Nessa alternativa, a norma coletiva teria que prever mecanismos próprios de administração da interpretação e aplicação do acordo e da convenção coletiva. Esse modelo de autorregulação com regras de solução de conflitos coletivos poderia ser desenvolvido nas negociações coletivas.

De todo modo, pelo sistema em vigor, mesmo com a regra a intervenção mínima, o juiz não poderá abandonar o controle da legalidade e da constitucionalidade do acordo ou convenção coletiva de trabalho. A questão em aberto é se a prática da jurisprudência brasileira, frente ao novo texto do art. 8º, §3º da CLT, adotará o controle como um controle forte, moderado ou leve dos conteúdos dos instrumentos normativos que serão submetidos à apreciação judicial.

4 A INTERPRETAÇÃO COMO PARTICULARISMO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A terceira grande inovação no modelo interpretativo do direito do trabalho é a restrição da produção de Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho, cujo texto indica que essas cortes: “não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei” (CLT, art. 8º, § 2º). Essa previsão ainda deve ser lida conjugada com outras exigências da lei que impõem um quórum de votos de dois terços aos membros do tribunal para alterar Súmulas ou Enunciados (da CLT, art. 702, inciso I, alínea “f”). Essa regra cria



estritos limites à prerrogativa do Tribunal Superior do Trabalho de estabelecer autonomamente procedimentos para uniformizar a sua jurisprudência, alteração de discutível constitucionalidade frente ao princípio constitucional da autonomia dos tribunais.³

Essa dura restrição para a edição de Súmulas e Enunciados, que em princípio pretende controlar o resultado da interpretação, tem efeito mais sensível no modelo de proteção de direitos pela Justiça Trabalho historicamente construído em torno de seu particularismo.

O sistema brasileiro de proteção dos direitos do trabalho foi construído desde a década de 1930, depois de um profundo debate teórico, pela opção de uma Justiça Especializada e de um processo especial, diferente do processo civil comum, mais abreviado, mais célere. Um processo especializado para garantir e facilitar a aplicação do direito do trabalho, conduzido por juízes especializados, com propósitos de dar abrangência ao princípio protetivo e permitir o desenvolvimento de uma doutrina especializada. Por fim, elegeu-se a gratuidade absoluta. Esse modelo brasileiro se forma, portanto, dentro de três princípios: justiça especializada, processo especial e princípio da gratuidade. Acrescente-se, ainda como grande particularismo na Justiça do Trabalho brasileira, a adoção do poder normativo da Justiça do Trabalho.

A ideia de Justiça do Trabalho foi estruturada para dirimir conflitos entre patrões e empregados, mas como um valor de acesso à justiça, administração da justiça e distribuição de justiça. Esse modelo não esteve imune a críticas por déficit de efetividade, basicamente por sua morosidade e por transformar-se numa justiça barata ou, como diz *Jonh French*, em “uma justiça com desconto” (FRENCH, 2001, p. 19). O sistema do Poder Normativo também se manteve polêmico.

Esse sistema da década de 1930 e 1940, com a criação da Justiça do Trabalho e depois em 1946 com a sua incorporação ao Poder Judiciário, sobreviveu aos períodos de autoritarismo e foi mantido na Constituição de 1988. É nos anos 1990 que surgem as críticas à morosidade e ao alto custo da justiça do trabalho e, também, propostas de sua extinção. Para Almir Pazzianotto, “A Justiça do Trabalho é lenta, conservadora, tem grande dose de

³ A matéria da constitucionalidade do art. 702, inciso I, alínea f da CLT é objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal (ADC 62) e no próprio Tribunal Superior do Trabalho (ArgInc-696-25.2012.5.05.0463), que pretende realizar o controle difuso de constitucionalidade.



vaidade e precisa compreender que não resolverá os problemas do País” (O ESTADO DE S. PAULO, 1992).

Em 1999, no projeto de reforma do Poder Judiciário foi proposta a sua extinção, transferindo sua estrutura, membros e competências para a Justiça Federal Comum. O relatório do deputado Aloysio Nunes Ferreira propõe mudanças na justiça especializada, incluindo a extinção da Justiça do Trabalho. O projeto é rejeitado pela Ordem dos Advogados do Brasil, partidos de oposição ao governo e pela magistratura das instâncias inferiores do Judiciário, que se viu ameaçada pelas propostas centralizadoras. Com a saída de Aloysio Nunes para assumir a Secretaria Geral da Presidência da República, a comissão escolhe Zulaiê Cobra Ribeiro (PSDB-SP) para o cargo de relatora. Em setembro de 1999, a Deputada Zulaiê Cobra apresentou relatório diferente do de Aloysio Nunes, com mecanismos mais duros de controle da magistratura. O relatório, no entanto, também foi rejeitado.

Houve nova iniciativa durante a Reforma do Judiciário para extinguir a Justiça do Trabalho, mas ela não somente resistiu como conseguiu, por uma Emenda Constitucional (EC 45/2004), reforçar o seu papel, redefinindo a competência da justiça do trabalho, e renovar o seu objeto. As experiências de flexibilização e desregulação do trabalho ao longo dos anos 1990 chegaram a ameaçar esse modelo da justiça do trabalho, mas ela se manteve e, ainda, se fortaleceu.

A doutrina clássica do direito do trabalho a tempo realçava o particularismo da interpretação das normas trabalhista. Bargagelata afirmou que: “Es obvio que las características de las relaciones laborales excluyen toda posibilidad de que el juez se transforme meramente en la boca de la ley, pero esto no parece suficiente para definir la situación del juez laboral, por cuanto no le es exclusiva” (BARBAGELATA, 2009, p. 27). O que essa doutrina do particularismo realçava estava em harmonia com um processo do trabalho que tem como finalidade realizar o direito do trabalho.

Além disso, em uma sociedade democrática, atribuir um significado às normas não é mais um monopólio dos juízes, senão de toda sociedade, na perspectiva de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 2002). Os juízes estão, portanto, vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais. Afora isso, a integração do direito do trabalho no



sistema dos direitos humanos, exercido também via controle de convencionalidade das leis (Constituição art. 5º, §§2º e 3º), aumentou os poderes e as responsabilidades dos juízes do trabalho.

O fato é que os fundamentos do Estado Democrático de Direito representaram um marco paradigmático que forçou o protagonismo da justiça do trabalho para responder às exigências de efetividade de diversos direitos e de proteção jurídica vinculados à realização da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da redução das desigualdades sociais e regionais.

A questão de fundo encartada na reforma trabalhista de 2017 é a pretensão de ajustar a justiça do trabalho ao espírito da recontractualização e individualização do trabalho, para que haja uma mínima intervenção do direito garantista. O problema que nessa lógica há risco de desmantelamento das tutelas protetivas pela autonomia da vontade contratual. Nessa perspectiva, a reforma trabalhista de 2017, ao pretender restringir a atuação dos tribunais do trabalho na produção de Súmulas e Enunciados, produz uma tensão com o modelo de direito do trabalho e o sentido da Constituição de 1988.

As Súmulas e Enunciados visam à estabilidade e à segurança jurídica pela uniformização. Sem elas a instabilidade jurídica é maior. A restrição à edição de Súmulas e Enunciados causará uma tensão com o modelo de direito do trabalho, que ficará atomizado frente a uma crescente recontractualização do trabalho, sem que possa haver uma construção jurisprudencial de viés garantista. Isso representa um risco de asfixia de projeto de um direito do trabalho de aspiração democrática.

5 A DESCONSTITUIÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

O debate sobre o papel da jurisdição do trabalho no Brasil passa a ter um novo contexto a partir de 2019, com a ascensão do governo do presidente da república Jair Bolsonaro. Em entrevista no canal de televisão SBT, no dia 03 de janeiro de 2019, o presidente afirmou que pretende discutir com o Congresso Nacional a possibilidade de extinção da Justiça do Trabalho. A desconstituição da Justiça do Trabalho — que surge nos anos 1990 e não é uma



agenda originária do governo Bolsonaro — tem um novo significado, a par de uma real ameaça à instituição da Justiça do Trabalho, com potencial de aumentar a erosão dos direitos dos trabalhadores.

Concretamente a proposta não foi apresentada ao Congresso Nacional, mas esse ato político revela uma nova tensão com a instituição pública do trabalho. Enquanto a reforma trabalhista de 2017 pretende criar obstáculo de acesso à justiça do trabalho e reduzir o papel de intervenção no conflito do trabalho, o novo ambiente político busca ir além para eliminar a instituição pública Justiça do Trabalho, para com isso delegar completamente a solução do conflito de trabalho à justiça comum ou à justiça federal.

A desconstrução de um desenho institucional edificado na década de 1930, quando criadas em 1932 as Juntas de Conciliação e Julgamento, prevista na Constituição de 1934 e, finalmente, instalada em 1941, que sobreviveu a períodos autoritários e manteve-se no texto da Constituição de 1988, implicaria na supressão da característica do nosso modelo de judicialização de conflitos do trabalho edificada entorno de uma justiça especializada para conciliar e julgar o conflito capital e trabalho.

Com diversos matizes, os argumentos pela extinção da Justiça do Trabalho — pela acusação de ser ela uma Justiça de cara, com excesso de proteção, que cria obstáculos aos investimentos e aos negócios — têm um sentido de reduzir e de descaracterizar a ideia de defesa da igualdade de justiça social e dos exercícios de direitos de cidadania, em prol do livre mercado.

A primeira chave para compreensão desse debate público brasileiro sobre o papel institucional da Justiça do Trabalho, que contribuem para justificar as condições para debilitar a sua função institucional, foi a reforma trabalhista de 2017, que representou a vitória expressiva das forças políticas contra a instituição pública da Justiça do Trabalho.

Do ponto de vista da judicialização do conflito do trabalho, a proposta de extinção da Justiça do Trabalho decorre da compreensão de alguns setores da sociedade de que a sua jurisprudência ainda é resistente às mudanças pretendidas com a lei da reforma trabalhista de 2017. Esperava-se, por exemplo, que o Tribunal Superior do Trabalho revisasse rapidamente as suas Súmulas para adequá-las à Lei 13.467/17, o que não ocorreu. O ministro do TST, Ives



Gandra Martins Filho, afirmou que quem mais tem contribuído para que a ideia da extinção volte à tona "são aqueles magistrados e procuradores que resistem ostensivamente à reforma e continuam com seu ativismo Judiciário superlativamente protecionista, desequilibrando as relações laborais" (JORNAL VALOR, 2019).

Encartada na proposta que visa à extinção da Justiça do Trabalho, ainda que inviável, se constata uma reação à jurisprudência trabalhista que, por um lado, apresenta resistência a incorporação da lei da reforma, por outro lado, dá sinais de resistência a promover alterações no particularismo de seu modelo de construção da jurisprudência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Está em curso uma nova racionalidade sobre a judicialização do conflito do trabalho, promovido pela reforma de 2017, guiada por interesses em reorientar a missão do Estado e da instituição da Justiça do Trabalho a execução dos contratos livremente firmados. Trata-se de um modelo avalorativo que ameaça o direito do trabalho, pois pretende restringir a judicialização do conflito do trabalho como barreira de acesso aos direitos e, assim, esvaziar o sentido da democracia social da Constituição de 1988, com certos signos de exceção. De todo modo, a interpretação que se deve extrair da redação do artigo 8º da CLT, atenta aos valores substanciais do Estado Democrático de Direito, é que: (i) o direito comum continua sendo fonte supletiva do direito do trabalho, ainda que como norma não expressa; (ii) o acordo e a convenção coletiva de trabalho têm natureza contratual e normativa. A mudança promovida pela reforma de 2018 define o controle contratual, mas não elimina o controle normativo pelo controle da legalidade e da constitucionalidade; (iii) as Súmulas e os Enunciados não podem criar direitos, mas a atividade decisória dos tribunais na uniformização de sua jurisprudência está autorizada a extrair o sentido do texto, cuja interpretação jurídica própria se transforma em norma.



REFERÊNCIAS

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 26 fev. 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>, Acesso em: 26 fev. 2019.

FERREIRA, António Casimiro. *Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção*. Porto: Vida Económica, 2012.

FRENCH, John D. *Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*". Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

ISTO É DINHEIRO. *Leis trabalhistas dificultam geração de emprego, diz Mailson da Nóbrega*. [2017]. Disponível em <<https://www.istoedinheiro.com.br/leis-trabalhistas-dificultam-geracao-de-emprego-diz-mailson-da-nobrega>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

JORNAL VALOR. *Extinção da Justiça do Trabalho não é prioridade para empresas*. [2019]. Disponível em <<https://www.valor.com.br/legislacao/6067791/extincao-da-justica-do-trabalho-nao-e-prioridade-para-empresas>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

MANGARELLI, Cristina. La vuelta al derecho común o civil: ¿la crisis del particularismo del derecho del trabajo? *Revista de derecho*, v. 7, n. 13, 2008, p. 53-51.

O GLOBO. *Justiça concentra negociação*. [2016]. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/justica-concentra-negociacao-19799945>>. Acesso em 15 mai. 2019.

