

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

HERMENÊUTICA JURÍDICA

GRAZIELLY ALESSANDRA BAGGENSTOSS

VANESSA VIEIRA PESSANHA

ANDREAS KRELL

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

H553

Heremênutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Grazielly Alessandra Baggenstoss; Vanessa Vieira Pessanha; Andreas Krell – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-626-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho (GT) de Hermenêutica Jurídica do XXVII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), que ocorreu em Salvador-BA, concentrou-se em três etapas de apresentação – cada uma seguida por uma sessão de comentários por parte da coordenação do GT e dos pesquisadores presentes – e contemplou trabalhos de base teórica e estudos de aplicabilidade das construções teóricas hermenêuticas. A inestimável contribuição de cada um dos artigos apresentados sedia-se na contemporaneidade e na relevância da abordagem dos temas selecionados pelas autoras e pelos autores, os quais traçam pensamento crítico e em sintonia com a realidade brasileira atual.

O texto intitulado “Hermenêutica jurídica e jurisdição constitucional no âmbito do Estado Democrático de Direito”, elaborado por Rebeca Henriques Silva Ivo e Daniel Alves dos Santos, desenvolve, a partir da teoria hermenêutica de Lenio Streck, uma crítica às técnicas de interpretação utilizadas por uma boa parte dos juízes brasileiros, que deixa de aproveitar as novas possibilidades hermenêuticas surgidas com a “virada linguística” na Filosofia, e insiste em uma atitude solipsista, sem respeitar a “integridade” do Direito.

O artigo “Hermenêutica e paradigma do pluralismo na jurisdição constitucional”, apresentado por Edhyla Carolliny Vieira Vasconcelos Aboboreira, estrutura-se na inquietação acerca de como se legitima a atuação do magistrado e como as teorias hermenêuticas podem contribuir para a certificação dessa legitimidade. Passando por uma discussão sobre os principais modelos de democracia na atualidade (liberal, comunitário, deliberativo), a autora apresenta o modelo da “Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, de Peter Häberle.

O trabalho “Hermenêutica, exegese e ativismo judicial: a concretização da norma constitucional”, da lavra de Bricio Luis da Anunciação Melo e de Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias, traz o questionamento sobre o ativismo judicial que pode ser “do bem” e “do mal”, destacando o ponto decisivo da postura do magistrado e os frequentes abusos do conceito de proporcionalidade. Os autores enfatizam, ainda, que, para uma legitimação de sua atuação, pela leitura de Konrad Hesse, o intérprete deve partir da norma e retornar a ela – e não retornar à sua vontade.

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Maria Cristina Zainaghi são autoras do artigo intitulado “A interpretação da norma processual”, em que se destacou a preocupação para com a aplicabilidade da norma processual do novo Código de Processo Civil Brasileiro (2016), em que, especialmente no âmbito executório, procede-se a uma extensão extrema de norma sob a justificativa de promover a sua efetividade. Assim, defendem que a base principiológica da codificação resta prejudicada, o que dificulta sobremaneira uma interpretação “razoável” das normas.

No trabalho “Coerência e integridade: o desafio hermenêutico do advogado na superação ao casuísmo da fundamentação judicial no sistema de precedentes judiciais”, Silvio Ulysses Sousa Lima e José Eleomá de Vasconcelos Ponciano levantam a questão do déficit argumentativo na hora da apresentação de razões jurídicas por parte dos advogados, sublinhando a finalidade deste ato para contribuir para a construção de uma decisão judicial correta pelo magistrado.

Alexander Perazo Nunes de Carvalho e José Nilo Avelino Filho propõem o artigo “Utilização (in)correta dos princípios como suporte fundamental das decisões judiciais no Brasil”, em que, a partir da lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), discutem e criticam a utilização equivocada e pouco organizada dos princípios por parte dos tribunais brasileiros.

Os “Critérios de interpretação de Savigny e a hermenêutica do direito privado contemporâneo” são trazidos por Antonio Lourenço da Costa Neto e Marcia Maria Pinheiro da Silva, cujos estudos têm por objeto a obra “Sistema do Direito Romano Atual”, de Savigny, e a sua recepção no Brasil e em Portugal. Verificando algumas incorreções nas traduções realizadas, concluem pela atualidade dos ensinamentos da obra, bem como pela não superação dos constructos teóricos delineados pelo autor.

A “Teoria sistêmica, alopoiense e justiça social na Lei 13.467/2017: uma visão pós-luhmanniana da reforma trabalhista” foi apresentada por Mauricio de Melo Teixeira Branco, o qual demonstrou, a partir dos conceitos básicos da “Teoria dos Sistemas”, de Niklas Luhmann, e de escritos pós-luhmannianos, que a Reforma Trabalhista brasileira, de 2017, reflete uma relação alopoiética entre os sistemas jurídico e econômico no país, com predomínio deste último.

Bárbara Gomes Lupetti Baptista e Daniel Navarro Puerari trouxeram o estudo “A ausência de consenso sobre a extensão dos termos ‘proporcionalidade’ e ‘razoabilidade’ em ações indenizatórias em trâmite nos Juizados Especiais Cíveis do Estado do RJ”, em que refletem

criticamente sobre a utilização, em casos no órgão jurisdicional mencionado, dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade com o intuito de construir soluções corretas para os litígios relacionados à concessão de danos morais.

O trabalho “A utilidade de argumentos pragmáticos no processo de tomada de decisões judiciais justas – um viés eleitoralista”, da autoria de Leonardo Tricot Saldanha e Sarah Francieli Mello Weimer, oferece o cenário da justiça eleitoral e a sua argumentação pragmática para criticar as técnicas decisórias típicas deste ramo jurídico, as quais sobrevalorizam as consequências da decisão judicial sem, contudo, revelar essa preocupação nos motivos da sentença.

A “Pensão alimentícia como direito coletivo fundamental stricto sensu e seu acolhimento e efetivação por meio da hermenêutica jurídica” é o trabalho de Letícia de Oliveira Catani Ferreira e Danilo Henrique Nunes, em que defendem a sua hipótese ao argumento de que o direito coletivo perfaz-se a partir da vinculação de um determinado grupo de pessoas por questões jurídicas.

Finalmente, o artigo “(In)segurança jurídica: a interpretação e a aplicação da Lei n. 13.467/17 de acordo com o art. 8º, § 2º da CLT” é trazido por Maria Júlia Bravieira Carvalho, que questiona as súmulas e a sua caracterização como determinações normativas que criam direitos ou obrigações, procurando avaliar se o referido dispositivo legal proporcionará maior segurança jurídica às relações de trabalho.

Todos os 18 (dezoito) artigos aprovados para o GT de Hermenêutica Jurídica foram apresentados, promovendo discussões bastante proveitosas e debates relevantes. Vale registrar que os trabalhos aprovados para o GT e não mencionados nesta apresentação dos anais podem ser encontrados na “Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica”, periódico do Conpedi disponível na Plataforma Index Law Journals.

Saudações acadêmicas e votos de boa leitura,

Prof. Dr. Andreas Krell (UFAL)

Profa. Dra. Grazielly Alessandra Baggenstoss (UFSC)

Profa. Dra. Vanessa Vieira Pessanha (UNEB)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**TEORIA SISTÊMICA, ALOPOIESE E JUSTIÇA SOCIAL NA LEI 13.467/2017:
UMA VISÃO PÓS-LUHMANNIANA DA REFORMA TRABALHISTA.**

**SYSTEMATIC THEORY, ALOPOIESE AND SOCIAL JUSTICE: A POST-
LUHMANNIAN VIEW OF THE BRAZILIAN LABOR REFORM.**

Mauricio de Melo Teixeira Branco ¹

Resumo

O presente artigo analisa as alterações havidas por força da Lei 13.467/2017 à luz do pensamento de Niklas Luhmann e Marcelo Neves, para indicar que tal processo legislativo pode ser descrito como clássico exemplo de alopoise, aqui vista sob a perspectiva de patologia do sistema jurídico. Ainda, busca demonstrar que tal implica em sacrifício dos conceitos de justiça social e de valores próprios ao sistema jurídico.

Palavras-chave: Sistemas, Autopoiese, Alopoiese, Justiça social

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the changes in the Brazilian labor law, by the ideas of Niklas Luhmann and Marcelo Neves, to indicate that process can be described as a classic example of alopoiese, as a pathology of the legal system. Furthermore, it intends to demonstrate that this implies the sacrifice of the concepts of social justice and values proper to the legal system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Systems, Autopoieses, Alopoieses, Social justice

¹ Advogado e professor universitário da graduação e da pós-graduação. Mestre em Direito Privado (2009) e graduado (2006) pela UFBA. Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho – IBDT.

INTRODUÇÃO

A aprovação da Lei 13.467/2017, também denominada como “Reforma Trabalhista”, suscitou diversos debates no plano do ordenamento jurídico brasileiro, sendo a maior parte referente à conveniência da modificação do texto legislativo contido no bojo da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Ao passo que a novel redação dada aos dispositivos legais é descrita pelos governantes como um processo de modernização em face de um novo momento histórico do país (MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2017), para outros seguimentos da sociedade a mudança legislativa possui sentido inverso, com característica de puro retrocesso social (ANAMATRA, 2017).

De forma contraditória à polarização das referidas posições, o texto legislativo restou aprovado com pouquíssima discussão em plenário, como também se mostrou bastante restrita a demonstração social de qualquer tipo de contestação a seu teor.

A despeito das considerações que envolvem, de forma subjacente, o debate sobre as forças políticas e seus projetos de governo no país, é possível traçar uma análise da forma de modificação do texto legislativo à luz da Teoria Sistêmica proposta por Niklas Luhmann, das considerações propostas por Marcelo Neves enquanto importante autor pós-luhmanniano e suas aplicações ao Direito do Trabalho, com o que se espera acrescer um novo ponto de vista ao debate.

1 A CONCEPÇÃO DE AUTOPOIESE EM LUHMANN E DE ALOPOIESE EM MARCELO NEVES

Tomando como partida o conceito de autopoiese oriundo das ciências biológicas, segundo o qual os sistemas vivos tendem reproduzir um conteúdo em um procedimento fechado e observável apenas externamente, Niklas Luhmann propõe que nas ciências sociais os sistemas constituintes de sentido exigem que haja uma constante relação entre o sistema e o ambiente, a

partir do qual se opera o seu fechamento. Ou seja: no âmbito das ciências sociais, os sistemas são simultaneamente fechados operacionalmente e abertos sob a perspectiva cognitiva (NEVES, 2007, p. 128-130.).

É justamente o conceito de fechamento que permite a relação entre o sistema e o ambiente, posto que a definição dos elementos que permitem eventual negação da influencia do ambiente no sistema se dá a partir de um código ditado pelo próprio sistema. Assim, ao mesmo tempo em que o conceito de sistema depende da sua capacidade de ser autorreferenciado, não se nega ser possível a relação com o ambiente, desde que tal se dê dentro de uma abertura considerada como adequada.

No entanto, Marcelo Neves (2007, p. 131) aponta que o conceito de aberturas e fechamentos em Luhmann não é restrito ao conceito de autorreferência, mas também pode ser identificado pelos conceitos de reflexividade e reflexão.

Nessa perspectiva, seria a reflexividade uma qualidade dos sistemas em que os processos referentes e os processos referidos são definidos pelo mesmo código sistêmico. Por fim, considera-se como reflexão (ou auto descrição) a teoria que permite a diferenciação do sistema em face de seu ambiente. Em Luhmann, a autopoiese corresponde portanto a três momentos distintos (autorreferência, reflexividade e reflexão) (NEVES, 2007, p. 133).

Dentre os sistemas sociais, por sua vez, o mais abrangente seria a própria sociedade, entendida enquanto conjunto de conexões de informações. Considerando que as comunicações só existem em sociedade, todos os demais sistemas parciais que se estabelecem na sociedade se comunicam sobre o ambiente em que estão inseridos (a própria sociedade), mas também com a sociedade (NEVES, 2007, p. 134). É conveniente acrescer a observação feita por Dário Rodriguez (2005, p. 27), segundo *“La comunicacion - sostiene Luhmann - es necesariamente social, en tanto la accion debe ser adjetivada—como accion comunicativa, por ejemplo, - para constituirse em el elemento de lo social.”*

Por esse motivo, o reconhecimento da característica autopoietica de um sistema social pressupõe a existência de um código-diferença, necessariamente binário, segundo o qual será possível definir quais unidades fundamentais do sistema abrangente (sociedade) podem ser reproduzidas ou não dentro de um sistema parcial. Logo, para que um sistema parcial possa ser reconhecido, é necessário ser capaz de definir para quais comunicações ele se fecha e para quais ele se abre.

Segundo Dario Rodriguez (2005, p. 29), citando Ashby, um sistema é sempre menos complexo que seu entorno, mas deve ser capaz de se referir a esse reduzindo a sua complexidade. Assim, se extrai a função dos sistemas: redução de complexidades.

De outra forma: será o código-binário que definirá em que modo o sistema parcial reproduz a sociedade, acatando as suas comunicações, da mesma forma que define quais elementos não podem ser reconhecidos no sistema.

Mas o que verdadeiramente caracteriza a autopoiese é que tal definição não é um processo isento, em razão da existência de programas e critérios relacionados à conformação do código binário acima referido.

No direito moderno, tal diferenciação corresponde à percepção do controle do código-diferença “lícito e ilícito”, através de um sistema funcional, que permite saber quais das comunicações na sociedade são ou não admitidas no sistema parcial Direito (NEVES, 2007, p. 135). Segundo Luhmann, o fechamento operativo do Direito ocorre através da positivação, que permite ao sistema jurídico ter o controle exclusivo do código-diferença de seu sistema, embora o ambiente interfira significativamente nas escolhas do que é lícito e ilícito (NEVES, 2007, p. 135).

Por esse motivo, conforme esclarece Luhmann, os sistemas jurídicos se caracterizam por serem normativamente fechados, porém cognitivamente abertos, como mecanismo que permite o seu aperfeiçoamento a fim de se adaptar a um ambiente complexo (NEVES, 2007, p. 136).

Todavia, em que pese Marcelo Neves (2007, p. 141) reconheça que a autorreferência autopoietica é condição essencial para manutenção da unidade operacional e estrutural do sistema jurídico, sugere ao mesmo tempo que na maior parte da sociedade moderna prevalece o modelo *alopoiético* de determinação do direito. Trata-se de modelo no qual se perdem as distinções entre o sistema e seu ambiente, de forma que os seus códigos e programas deixam de ser determinados pelo sistema, passando a domínio do ambiente.

Ao utilizar a expressão alopoiiese, o autor faz referência ao direito estatal, territorialmente delimitado, afastando a discussão própria à temática do pluralismo jurídico, para indicar que nem mesmo o direito positivo estatal possui autonomia operacional. Assim, prevalecem outros códigos de comunicação sobre o código-binário lícito/ilícito, com especial destaque para o código econômico (ter/não ter) e político (poder/não poder), ainda que tal

implique em perda de funcionalidade, eficiência ou racionalidade do direito (NEVES, 2007, p. 146).

Dessa forma, Marcelo Neves afasta o critério de corrupção sistêmica individualizada que fora proposto por Luhmann, para apontar que nas regiões de modernidade periférica tal fenômeno se converte em regra de produção do direito, implicando na perda de autonomia do sistema. Como defende o Autor, nesse contexto “as fronteiras entre sistema jurídico e ambiente social não só se enfraquecem, elas simplesmente desaparecem” (NEVES, 2007, p. 148).

Ao realizar tal descrição sob a perspectiva da autoreferência, o que o Marcelo Neves pretende apontar é uma patologia do modelo jurídico enquanto sistema, haja vista que a alopoiese não é uma forma de organização sistêmica, e sim uma incoerência em seu funcionamento. Nesse contexto, o Autor defende que a constituição passa a ter um papel meramente “simbólico”.

Tal expressão é utilizada para indicar que os modelos de filtragem seletiva do direito positivo e do sistema político não conseguem fazer frente às pressões oriundas do código próprio da dimensão econômica (ter/não ter), assim como a constituição não cumpre seu papel de acoplamento entre direito e política (NEVES, 2007, p. 173), no sentido em que Rodriguez cita Maturana (2005, p. 31). Enquanto nos países centrais os critérios de filtragem servem ao menos para encobrir relações de dominação, nos países periféricos sequer há preocupação em disfarçar a dominação econômica do direito, a partir da atuação casuística de leis de exceção.

Malgrado Marcelo Neves (2007, p. 183) também defenda que o fenômeno da constituição simbólica não seja novo na realidade brasileira, podendo ser observado em praticamente todos os textos constitucionais pátrios, se entende que é possível reconhecer na Lei 13.467/2017 um momento de produção legislativa distinto dos anteriores, no que se refere à descrição da construção de um ordenamento jurídico francamente alopoiético. É o que passa a analisar.

2 A NOVA (?) PROPOSTA DO DIREITO DO TRABALHO E O DEVER DE JUSTIÇA SOCIAL

Da leitura da exposição de motivos dos principais projetos de Lei contemplados no conjunto de alterações legislativas denominada “Reforma Trabalhista”, observa-se em comum a indicação de revisão de dispositivos que outrora estabeleciam vantagens ao trabalhador sob a perspectiva da hipossuficiência contratual.

É o que se infere ao perceber que foram ampliadas as possibilidades de ajuste individual com o empregador, a exemplo do sistema de compensação de jornadas em banco de horas, em temas historicamente referidos à negociação coletiva (vide Súmula 85, VI do TST), em contrariedade ao princípio da irrenunciabilidade. Sob o ponto de vista isolado, passa-se a impressão de que houve aumento da liberdade contratual.

Ocorre que a primazia da liberdade individual sobre o coletivo e do interesse econômico sobre o social remete ao auge do pensamento liberal que marcou as relações humanas no âmbito da Revolução Industrial. Já há mais de um século, o Direito do Trabalho entendeu que não existe jamais igualdade formal no âmbito do contrato de trabalho. Como aponta Alain Supiot (1996, p. 98), ainda que as partes possuam igualdade de posses ao momento da contratação, o contrato de trabalho caracteriza pela submissão da vontade de uma pessoa em face a outro indivíduo, em razão da subordinação.

Nesse sentido, é conveniente aqui esclarecer em que consiste a regra de irrenunciabilidade que é convertida a princípio no âmbito do Direito do Trabalho, a partir da visão historicamente defendida pela doutrina.

Pinho Pedreira (1999, p. 123) defende que a irrenunciabilidade é um princípio fundamental e peculiar do direito do trabalho, consistindo no “avesso ao poder de disposição”. Tal conteúdo se justifica ante à necessidade de proteção do empregado no seio da relação trabalhista. O que o princípio veda é que a vontade do operário seja usada em seu desfavor, por considerar que nem sempre a vontade exprimida é livre. Entender diferente seria retirar do ordenamento a eficácia das regras de proteção ao operário, deixando a cargo deste (hipossuficiente) a defesa de seus direitos.

A solução encontrada pelo ordenamento jurídico para este problema foi revestir as normas que estabelecem regras mínimas de proteção ao trabalhador de interesse público, verdadeiramente intangível ao seu titular. É o que afirma Alfredo Ruprecht (1995, p. 39), quando aponta que “as leis trabalhistas, enquanto concedem benefícios mínimos aos

trabalhadores, não podem ser modificadas *in pejus* dos mesmos, nem mesmo com seu consentimento expresso e validamente outorgado”.

Como comenta Américo Plá Rodriguez (1993, p. 76), todo o sistema jurídico construído em torno da proteção do trabalhador perderia a sua eficácia em um só instante, acaso fosse permitido ao empregado livremente renunciar aos seus direitos. Respeitando a autonomia do trabalhador, reconhece-se a existência do ato de renúncia, mas se lhe retiram os efeitos jurídicos sempre que estes importarem em prejuízo a seu direito.

Podem ser destacadas quatro finalidades muito claras no princípio da irrenunciabilidade. A primeira corresponde à proteção da própria ordem jurídica e das normas que o legislador gravou de interesse público, como já apontado:

Não é possível deixar de reconhecer que as normas trabalhistas não podem ficar sem efeito pela vontade das partes. O que se pode fazer, sim, é aumentar, ampliar, criar benefícios e nisso entra plenamente a vontade das partes, mas jamais poderão retalhar, diminuir ou anular os benefícios estabelecidos nas ditas normas (RUPRECHT, 1995. p. 34).

A segunda finalidade se refere à proteção da integridade do trabalhador contra os riscos que o mesmo corre e contra a sua exploração. A terceira corresponde à tentativa de promover a igualdade jurídica entre empregador e empregado, muitas vezes díspares na realidade econômica. A última corresponde a um imperativo de humanização do Direito do Trabalho. Em suma, são estes os fundamentos que justificam a limitação da autonomia do trabalhador, salvo quando se trata de beneficiá-lo.

A natureza do direito a que se renuncia é crucial para a aplicação do princípio da irrenunciabilidade. A priori, é mister destacar que o Direito do Trabalho comporta hipóteses em que se flexibiliza este princípio, o que se dá pela admissão, *verbi gratia*, da transação. Para outras situações, de que é exemplo a aplicação de normas de saúde e segurança no trabalho, não se reconhece a possibilidade de qualquer renúncia.

Sobre o tema do conteúdo da inderrogabilidade, filiamo-nos ao pensamento de Alfredo Ruprecht (1995, p. 40), para quem as normas protetivas da integridade física, moral e econômica via de regra não podem ser objeto de derrogação, pois constituem direitos mínimos do trabalhador. A compreensão de que a integridade moral e econômica do empregado também

integra o rol dos direitos irrenunciáveis é essencial para a compreensão do modelo de proteção jurídica que se pretende expor neste trabalho.

Em sentido análogo, Américo Plá Rodriguez (1993, p. 80) defende que não é preciso que conste no direito positivo um reconhecimento expresso para que um direito seja tido como irrenunciável. Para este autor, o melhor critério neste sentido é o que leva em conta o conteúdo e a finalidade da regra jurídica.

É por esse motivo que o reconhecimento da hipossuficiência não decorre da tentativa de favorecimento de uma das partes, mas sim de promover isonomia jurídica entre elas, que é a proposta do princípio da proteção trabalhista. A construção da igualdade, nessa perspectiva, não pode ser tomada em sentido simples, mas necessariamente complexo, como defendido por Michael Walzer (2008, p. 21):

A igualdade é uma relação complexa de pessoas, mediadas por bens que criamos, compartilhamos e dividimos entre nós; não é uma identidade de posses. Requer então uma diversidade de critérios distributivos que expresse a diversidade de bens sociais.

A razão pela qual se cita aqui este Autor decorre de sua observação da existência de acoplamentos entre sistemas distintos. No entanto, o que fora definido anteriormente como corrupção sistêmica será nominado por Walzer (2008, p. 23) como tirania, a exemplo do uso do poder econômico para obter poder político.

Se é certo que o Direito do Trabalho pode ser analisado enquanto parte do sistema do Direito, também é possível apontar que esse segmento do direito se estrutura em acordo a uma programação de código que lhe é própria, por meio da qual se mostra permeável às irritações. Com esse intuito, a gramática que lhe é própria, representada por um conjunto de princípios, é responsável pelo seu próprio fechamento operacional. Também como apontado anteriormente, a questão que ora se coloca se dá quanto ao controle do fluxo de sentidos.

Embora se justifique como reconhecimento de uma irritação econômica em face do Direito, a proposta da Lei 13.467/2017 subverte o modelo clássico de sistema, uma vez que prevê a impossibilidade de que as decisões judiciais (forma mais direta e sensível de atender às irritações ao sistema) ampliem ou restrinjam direitos previstos em Lei, como previsto na nova redação do artigo 8º da CLT. Frise-se: como as alterações legislativas são recentes, não se pode

falar na ocorrência de verdadeiro fechamento do sistema. Mas o que se questiona é justamente a previsão legal, oriunda da atuação no campo da política, obstar esse processo.

Ao fazê-lo, traz ao sistema jurídico trabalhista uma programação de códigos que não é comum a nenhum outro segmento do Direito. Em especial, não se conhece no sistema jurídico brasileiro outra norma que proíba os Tribunais de interpretarem (em sentido amplo) o conteúdo das normas.

Implica também em restrição a modelos interpretativos do sistema, ainda que tenham caráter heterorreflexivo, a exemplo da formulação de Walber Carneiro (2011, p. 260) e da sua teoria do “diálogo problemático em face do sistema”. Conquanto não inviabilize a referida teoria, retira significativamente a densidade do “quarto nível apofântico” apontado pelo Autor, que corresponde à jurisprudência, justamente o nível que realiza o papel de fechamento do “jogo dialógico contratextual”.

Da mesma forma, embora a comunicação só ocorra dentro da sociedade (levando a crer que a sociedade seria um sistema necessariamente fechado), é inegável a sua comunicação com outros ambientes da sociedade não comunicacionais (não psíquicos), de que é exemplo a condição física humana.

Na perspectiva do Direito do Trabalho, tal interação resta evidente na limitação da jornada de trabalho: embora seja possível estipular os limites comunicacionais da quantidade de trabalho (seja por meio de leis de produção estatal ou através da formação do contrato), a dimensão comunicacional não pode se fechar ao reconhecimento de que a condição física humana e biológica é o principal limite a tais estipulações.

É o exemplo do intervalo para almoço e a possibilidade de sua restrição a trinta minutos mediante ajuste coletivo, prevista na nova redação do artigo 611-A da CLT, que parece não observar os hábitos alimentares nacionais. De forma distinta do modelo americano de alimentação, cuida-se da principal refeição na maior parte do país, tradicionalmente realizada com talheres e seguida de repouso, especialmente nas atividades que não envolvem labor puramente intelectual.

Por esse motivo, a temática dos intervalos tradicionalmente se insere nos tópicos de proteção à saúde e segurança no trabalho, de caráter historicamente não transacionável. Ao modificar o entendimento anteriormente consolidado sobre o tema (conforme Súmula 437 do TST), que não permitia estipulação negocial sobre as temáticas de higidez das condições de

trabalho, entende-se que a Lei 13.467/2017 inaugura uma nova gramática para o direito trabalhista, com profunda alteração do código lícito/ilícito que historicamente marca esse subsistema jurídico.

Sob a perspectiva da atuação sindical, a novel legislação também altera a regra clássica de homologação para extinção do contrato de trabalho superior a um ano de duração. Como lembra Quintana (2002, p. 124), não raro se verifica que este é o momento em que o operário mais depende de uma proteção do direito do trabalho, já que “*el carácter imperativo de que dota la norma sirve a la finalidad de otorgar al trabajador un reducto o salvaguardia de derechos de contenido economico em el momento de finalizacion de su relacion de trabajo*”.

Em que pesem as indicações acima referidas, deve ser também observado que, talvez em razão da maior complexidade do processo legislativo, supostamente incompatível com a celeridade conferida à proposta, a chamada “Reforma Trabalhista” ocorreu no campo das leis ordinárias e complementares, que devem coerência à Constituição Federal dentro do ordenamento jurídico.

Assim, a anteriormente criticada característica analítica do texto constitucional (SARLET, 2006, p. 128-129), ao elencar direitos trabalhistas em sentido estrito, terminou por limitar o alcance da modificação legislativa, preservando os direitos listados em seu conteúdo. Parcelas de direitos previstos apenas na legislação infraconstitucional não tiveram a mesma sorte, a exemplo das horas *in itinere*, malgrado já solidificadas na jurisprudência (vide súmula 90 do TST).

Aqui é preciso indicar que os direitos trabalhistas correspondem a uma dimensão não propriamente abordada na crítica de Marcelo Neves (2007, p. 184) ao constitucionalismo dos países periféricos. Enquanto os diversos direitos sociais padecem de dificuldade de concretização pelo Estado ou *contra* o Estado, os direitos trabalhistas se realizam *através* do Estado (ABRANTES, 2005, p. 28).

Assim, nem sempre se verificarão os problemas de legalidade na conduta estatal que são indicados pelo Autor, e sim na conduta de particulares. Pelo mesmo motivo é possível encontrar tanto dimensões meramente simbólicas em direitos constitucionalmente trabalhistas (a exemplo da previsão do poder aquisitivo do salário mínimo), quanto dimensões em que a realização do direito decorre exclusivamente da previsão constitucional, a exemplo do chamado terço constitucional de férias, previsto no artigo 7º, XVII da CF/88.

Em sentido semelhante, também não pode ser reconhecido como meramente simbólico o modelo organizacional do Estado brasileiro, que reconhece a existência de uma ordem econômica enquanto mecanismo a serviço da ordem social (artigo 179 da CF/88), que se funda em trabalho e objetiva justiça social (artigo 193 da CF/88), os quais não podem ser desjurisdificados (NEVES, 2007, p. 187). É nesse sentido é que se observa o importante papel de cidadania previsto pelo Autor.

Segundo Walzer (2008, p. 434), as formas atuais de políticas igualitárias derivam da luta contra o capitalismo e a tirania do dinheiro. Antítese do conceito de justiça, a utilização de bens como critério distributivo de direitos encerra justamente a noção de tirania.

Sabe-se que é uma tarefa difícil definir em que consiste o dever de justiça social. Para Michael Walzer (2008, p. 430), “numa sociedade onde os significados sociais sejam integrados, a justiça socorrerá a desigualdade”. Por esse motivo, não é possível ver com bons olhos alterações que tendam a ampliar a assimetria entre os contratantes. No particular, a modificação da regulamentação estatal de relações contratuais deveria servir também à garantia da efetiva liberdade das partes.

Não se questiona que, para um momento de crise, adote-se um direito de crise, no qual se permite que o Direito do Trabalho se dispa da sua feição protetiva de forma temporária. É o que recomenda Manuel Carlos Palomeque Lopez (2001, p. 37), visando a manutenção do Direito do Trabalho como meio de pacificação social:

O direito do trabalho da crise, por seu lado, transforma-se, inquestionavelmente, de um direito de redistribuição para um direito de produção da riqueza, para redescobrir, assim, a sua vocação originária de instrumento de racionalização econômica das regras do jogo aplicáveis às relações profissionais.

No entanto, não parece razoável imaginar que o contexto de crise possa justificar a mudança da gramática e dos códigos binários desse segmento do sistema jurídico. Destaque-se que a busca da justiça social é a base da criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, ente internacional que o Brasil integra, como se observa do preâmbulo de sua Constituição.

Não se questiona, por outro lado, o importante papel da ordem econômica na sociedade, da mesma forma que não se pode pleitear a sua extinção. No entanto, Walzer (2008,

p. 146) chama atenção de que a vida em sociedade também não pode atender apenas à ordem econômica:

O mercado é uma parte da cidade, e não a cidade inteira. Mas é um grande erro, creio, quando as pessoas, preocupadas com a tirania do mercado, procuram seu extermínio total.

CONCLUSÃO

Considerando a tese de Luhmann sobre a abertura e fechamento do sistemas, é necessário reconhecer que a modificação proposta pela Lei 13.467/2017 não se deu apenas no ambiente comunicacional das normas (condutas permitidas ou não), mas decorre primordialmente de uma reprogramação do código-binário do Direito do Trabalho, enquanto subsistema jurídico.

Nesse sentido, as modificações do texto legislativo dão diversos exemplos de que passou a ser estabelecido um novo parâmetro de controle do fluxo de sentido, que implicam ou no reconhecimento de um novo sistema (com novas regras) ou na impossibilidade de autorreferenciação do sistema anterior.

Assim, a despeito da indicação do papel meramente simbólico do texto constitucional, o que se observa é que a Constituição de 1988 efetivamente serviu e poderá servir como parâmetro referencial normativo para controle textual das alterações legislativas, uma vez que o legislador não escolheu o caminho da reforma constitucional.

Por fim, a análise do que muda nesse ramo do direito não pode ser vista tão somente sob a lente da alteração normativa em sentido estrito. É preciso notar que houve essencial alteração nos critérios que definem os parâmetros de lícito e ilícito no Direito do Trabalho, o que não foi feito utilizando a sua gramática tradicional.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANAMATRA. **Reforma Trabalhista: avanço ou retrocesso?** Gazeta Mercantil Experience Online, 27 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/25004-reforma-trabalhista-avanco-ou-retrocesso>, acesso em 02.09.2017.

BAYLOS, Antonio. Proteção de direitos fundamentais na ordem constitucional. O direito do trabalho como direito constitucional. **In: Revista Trabalhista, Volume X**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Brasil. **Lei Federal 13.467/2017**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13467-13-julho-2017-785204-publicacaooriginal-153369-pl.html>, acesso em 02.09.2017

Brasil. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 02.09.2017.

BRASIL. Ministério do Trabalho. **Modernização trabalhista marca novo momento no país.** Portal Brasil, 01 de maio de 2017. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2017/04/modernizacao-trabalhista-marca-novo-momento-historico-no-pais>, acesso em 02.09.2017)

CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Tradução Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GARCÍA, Jesús Ignacio Martínez. **Para leer Luhmann: aviso para juristas.** In.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad.** Cidade do México: Herder, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. **Direito do trabalho e ideologia.** Tradução de Antônio Moreira. Coimbra: Almedina, 2001

M. RODRÍGUEZ. *Invitación a la sociología de Niklas Luhmann*. In. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Cidade do México: Herder, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1993.

QUINTANA, Margarita Isabel Ramos. *La garantía de los derechos de los trabajadores. Inderogabilidad e Indisponibilidad*. Valladolid: Lex Nova, 2002.

RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do direito do trabalho**. Tradução de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 1999.

SUPIOT, Alain. *Crítica del derecho del trabajo*. Madrid: MTSS, 1996.

WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.