

A NOVA ESTRUTURA MULTIPIRAMIDAL DO DIREITO DO TRABALHO PÓS-REFORMA

Andressa Cremens Calheiros Cerqueira

Resumo: O presente artigo tem por finalidade analisar as mudanças hermenêuticas trazidas pela Reforma Trabalhista de 2017 e compreender se essas alterações influenciam na pirâmide hierárquica clássica do Direito do Trabalho e em seus princípios fundamentais. Para tanto, é feita uma breve análise da Hermenêutica Jurídica e da Lei nº 13.467/2017 – a chamada reforma trabalhista – e, por conseguinte, dos artigos 611-A e 444, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho, demonstrando a influência direta que eles trazem ao princípio da norma (fonte) mais favorável, ao princípio da indisponibilidade e ao princípio da proteção. Objetiva-se provar que existiram alterações hermenêuticas que modificam a forma de se pensar o Direito do Trabalho e compreender o que essas mudanças implicam a pirâmide hierárquica trabalhista, que antes era flexível e respeitava o critério normativo hierárquico de uma pirâmide variável e que tinha como vértice a norma mais favorável ao trabalhador, contudo, pós-reforma, mostra-se múltipla e rígida para aqueles que estão submetidos as condições de “negociado sobre o legislado” e “trabalhador hipersuficiente”. O estabelecimento da teoria da nova estrutura multipiramidal do Direito do Trabalho tem o intuito de estabelecer como será parte do desafio

de aplicar a nova legislação, respeitando todo o arcabouço normativo e axiológico de um ordenamento sistêmico e harmônico pós-reforma trabalhista.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Princípio da Fonte Mais Favorável. Pirâmide Hierárquica. Hipersuficiente. Negociação Coletiva.

1. Hermenêutica Jurídica e a Reforma Trabalhista

A atividade jurídica está intrinsecamente ligada à linguagem. Os estudiosos e pesquisadores do Direito lidam todo o tempo com a palavra, e esta é o ponto de partida para qualquer interpretação. Nesse sentido, é importante compreender a essência do que é transmitido pela ciência do Direito, através de seus textos normativos, e como deve ser aplicada a técnica interpretativa, de acordo com os métodos estudados pela própria hermenêutica.

Hermenêutica jurídica, nas palavras de Carlos Maximiliano, é uma ciência que tem por objeto a sistematização e o estabelecimento de processos que buscam a interpretação da norma jurídica. Sua razão de existir é o fato de que as leis são formuladas em termos gerais, através de regras ou princípios que, embora utilizem uma linguagem clara e precisa, não descrevem suas minúcias. Assim, exige-se a atuação do hermenêuta para estabelecer a relação entre o texto e o caso concreto, interpretando, integrando e aplicando o Direito a fim de descobrir e fixar o verdadeiro sentido e alcance do texto jurídico.³⁵

³⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 7.

Uma das maiores críticas feitas à reforma trabalhista reside, justamente, nas mudanças hermenêuticas por ela impostas ao sistema trabalhista. Embora haja quem defenda, as alterações não influenciaram nos fundamentos do Direito do Trabalho positivados na CLT, bem como em seus princípios, o estudo aprofundado voltado para a Hermenêutica Jurídica tende a não ser tão simples e restritivo quanto ao que a lei estabelece.

Dessa forma, a inserção da Reforma Trabalhista no ordenamento brasileiro, composto por regras, princípios, costumes, práticas consolidadas, Constituição, tratados internacionais e diversas outras fontes, inclusive, superiores à supracitada lei, exige uma revisita à teoria do Direito do Trabalho, priorizando os princípios e a hierarquia das fontes normativas.

Pois, mais complexo do que mudar a legislação, é mudar a forma de se pensar o direito do trabalho. Inclusive, Vólia Bonfim afirma que houve uma reforma profunda na legislação, haja vista a desconstrução de diversos institutos consagrados pela história brasileira. Sendo uma legislação fruto de diversos casuísmos, mostrando-se atécnica e irrefletida, desconsiderando o verdadeiro cenário da sociedade brasileira.³⁶

Portanto, para entender a reforma e como se dará sua aplicação, é importante compreender a influência que ela trouxe para a Hermenêutica Jurídica do Direito do Trabalho. Esse é o objetivo desse artigo, e, para isso, serão analisados os dispositivos que influenciaram diretamente na pirâmide hierárquica trabalhista clássica, com a finalidade de definir como essa nova estrutura se desenha perante o cenário pós-reforma.

2. A hierarquia das fontes normativas e o princípio da norma mais favorável

³⁶ BOMFIM, Vólia. Comentários à Reforma Trabalhista. *Gen Jurídico*, São Paulo, set. 2017. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2017/09/26/comentarios-reforma-trabalhista/>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

Tendo em vista o objetivo do presente artigo, analisar-se-á a influência que o princípio da fonte mais favorável trazia na hierarquia das fontes normativas e na pirâmide trabalhista, para, didaticamente, conseguir traçar as mudanças resultantes da alteração legislativa.

A teoria das fontes do direito, nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, é um dos instrumentos que regula o aparecimento contínuo e plural das normas, sem perder de vista a segurança e a certeza das relações jurídicas. Podem ser classificadas em: 1) materiais: fatores sociais que fornecem elementos para elaboração da norma; 2) formais: constituem a exteriorização da norma jurídica.³⁷

As fontes formais, segundo Luciano Martinez, são aquelas que, quando criadas mediante processo legislativo, são chamadas de “leis” ou “regulamentos”; quando decorrentes da jurisdição recebem o nome de “sentenças”; quando exprimidas pelo poder social do povo são entendidas como “usos e costumes”; e, quando engendradas pela negociação são identificadas como “contratos”.³⁸

De acordo com a pirâmide kelseniana clássica, a Constituição é o vértice e as normas têm seu fundamento de validade em outra norma superior. Todavia, Maurício Godinho Delgado demonstra que o critério normativo hierárquico na seara trabalhista segue a lógica de uma pirâmide variável, elegendo para ser vértice a norma que mais se aproxima do caráter teleológico do Direito do Trabalho. Assim, a hierarquia não seria imutável, mas dinâmica, segundo o princípio direcionador basilar, ou seja, o princípio da norma (fonte) mais favorável ao trabalhador.³⁹

³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 55.

³⁸ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 86.

³⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 184.

Nesse sentido, José Cairo Júnior explica que a especificidade da seara trabalhista não gera ineficácia da norma de grau superior. Simplesmente, a regra clássica não incide em algumas hipóteses fáticas, por existir outra norma que imprime tratamento diferenciado e benéfico ao operário.⁴⁰ Contudo, o critério justrabalista especial não prevalecerá perante normas heterônomas estatais proibitivas, que preservam sua preponderância por se revestirem do *imperium* específico da entidade estatal.⁴¹

No mesmo caminho, segue Luciano Martinez ao afirmar que no plano das relações de trabalho não se pode falar em uma hierarquia normativa rígida, haja vista que no topo da pirâmide estará a norma mais favorável ao trabalhador. Inclusive, o próprio art. 7º da Constituição Federal explicita que os direitos ali concedidos não excluem outros que venham a ser outorgados para a melhoria da condição social do trabalhador.⁴²

Para obter a resposta sobre qual a fonte mais favorável, o aplicador do direito deve se orientar em conformidade com um dos seguintes métodos: acumulação/atomística, conglobamento/incindibilidade ou conglobamento por institutos. No primeiro, pinça-se de cada fonte em confronto o item mais favorável, reunindo todos para aplicação no caso concreto. No segundo, verifica-se, em conjunto, qual a mais benéfica, excluindo totalmente a aplicação das outras. Já no terceiro e último método, o aplicador seleciona, dentro do conjunto, institutos que podem ser apreciados separadamente, verificando qual deles é mais favorável ao trabalhador.⁴³

⁴⁰ CAIRO JUNIOR, José. *Curso de Direito do Trabalho: Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 7. ed. Salvador, JusPodivm, 2012, p 74.

⁴¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 185.

⁴² MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 95.

⁴³ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 121-122.

Portando, a Constituição Federal sempre prevalecerá no ordenamento jurídico, contudo se existirem normas jurídicas mais favoráveis ao trabalhador, de acordo com o ordenamento pré-reforma, estas deverão predominar sobre a Carta Magna. Assim, o critério da hierarquia da Teoria Geral do Direito não deve ser utilizado no ramo do Direito do Trabalho, pois quando há conflito de normas, é aplicada a norma que for mais favorável ao trabalhador.

3. O negociado sobre o legislado

Contudo, “rompendo” com o princípio da fonte mais favorável, a reforma trabalhista, em seu novo artigo 611-A traz que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando dispuserem de determinados pontos enumerados em seus incisos. Dessa forma, tem-se uma “super” flexibilização das normas trabalhistas sob responsabilidade dos sindicatos profissionais.

Um dos fundamentos constitucionais normalmente utilizados pelos defensores do “negociado sobre o legislado” e o mais evidente está no art. 7º XXVI, da CF, que faz referência ao reconhecimento das convenções e acordos coletivos como parte integrante dos direitos trabalhistas. Sendo a norma coletiva uma maneira de positivação de direitos, de modo que o direito do trabalho pode ser considerado um ramo com variados centros de positivação.⁴⁴

Dessa maneira, a reforma inseriu no seu art. 611-A a aludida prevalência do negociado sobre o legislado em relação aos seguintes direitos: jornada de trabalho; banco de horas; intervalo intrajornada com respeito ao mínimo de 30 minutos; adesão ao programa seguro-

⁴⁴ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à Reforma Trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p 113.

desemprego; plano de cargos, salários e funções; representante dos trabalhadores no local de trabalho; produtividade; modalidade de registro de jornada; prêmios; participação nos lucros.⁴⁵

Esta prevalência, em linhas gerais, ao equiparar a convenção coletiva com o ordenamento jurídico trabalhista, afasta a obrigatoriedade do cumprimento da legislação vigente, bem como retira a principal característica da luta sindical na negociação coletiva que em seu início no teto da previsão legal e não pode negociar cláusulas que são menos benéficas que a legislação e, se assim o fizer, estaremos diante de uma nulidade. Contudo, não haverá a limitação deste início de negociação, o que permite, inclusive, flexibilizar as condições de trabalho para suprimir direitos.⁴⁶

Nesse contexto, Jorge Pinheiro Castelo discute o Direito do Trabalho Líquido e da incapacidade de defesa de direitos com a prevalência do negociado sobre o legislado. Segundo Castelo, a desvalorização socioeconômica do trabalho se dá por conta da estruturação do trabalho na sociedade da pós-modernidade líquida e no capitalismo líquido. Para ele, as propostas do modelo da pós-modernidade líquida, ao não se traduzirem em emancipação social, não geram soluções reais, apenas agravam a crise de funcionalidade do sistema e aumentam a crise, pois levam a mais exclusão social.⁴⁷

Portanto, a reforma trabalhista, em seu art. 611 – A, desequilibra ainda mais as relações entre empregados e empregadores, tornando precários os direitos trabalhistas ao permitir negociação sem razoável proteção legal e com limitada fiscalização. Principalmente, por se tratarem de normas negociadas por sindicatos não representativos, em um país que não há liberdade sindical e, portanto, os sindicatos representam associados e não associados, o que

⁴⁵ ESTEVES, Alan da Silva. Reforma Trabalhista brasileira de 2017 e o direito coletivo do trabalho: ideias para justificar a prevalência do negociado sobre o legislado. *Revista dos Tribunais*, ano 106, v. 984, p 167, out. 2017.

⁴⁶ BELLOTI, Aline Carla Lopes; TEIXEIRA, Louise Helene de Azevedo. A interferência da prevalência do negociado sobre o legislado: a banalização do registro da jornada de trabalho. In: RAMOS, Gustavo Teixeira et. al. *Golpe de 2016 e a Reforma Trabalhista*. Bauru: Canal 6, 2017, p. 21.

⁴⁷ CASTELO, Jorge Pinheiro. *O Direito do Trabalho Líquido*. São Paulo: LTr, 2018, p. 41.

claramente desrespeita o princípio da proteção, da indisponibilidade e o da norma mais favorável.

4. O trabalhador “hipersuficiente”

Outro dispositivo que merece destaque é o parágrafo único do art. 444 da CLT, o qual prevê que as relações contratuais podem ser livremente estipuladas, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de trabalhador portador de diploma de ensino superior e que perceba determinado salário mensal.

A hipossuficiência dos trabalhadores não deve, nem pode ser medida por um diploma de ensino superior e tampouco pelo salário alcançado. Afirmar que um trabalhador com diploma de graduação em ensino superior e salário acima da média remuneratória não esteja vulnerável ao poderio do empregador é desconhecer as relações laborais. Ele também precisará da proteção do Estado e da tutela sindical para negociar seus direitos.⁴⁸

A reforma trabalhista, na prática, mitigou a noção de hipossuficiência, pois em alguns dispositivos pressupõe a igualdade contratual e jurídica entre empregados e empregadores. Portanto, há uma tentativa de maior aproximação com o Direito Civil para, a médio prazo, o contrato de trabalho ser tratado como um contrato típico do Direito Civil.⁴⁹

Assim, essa presunção absoluta do art. 44, parágrafo único é falsa, pois a relação de emprego é sempre assimétrica, sendo inconcebível a liberdade negocial plena do trabalhador. Ou seja, a remuneração e a formação acadêmica do trabalhador não constituem fatores capazes

⁴⁸ RENZETTI, Rogério. Prevalência do negociado sobre o legislado em norma coletiva. In MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. *A reforma trabalhista e seus impactos*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 603.

⁴⁹ ALVES, Amauri Cesar; ALVES, Roberto das Graças. Reforma Trabalhista e o Novo “Direito do Capital”. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 338, p. 61- 63, ago. 2017.

de elidir a desigualdade de forças existentes, pois, nas palavras de Cláudia Honório, a hipossuficiência não é escolha do trabalhador ou prerrogativa de determinada categoria.⁵⁰

Diante desses argumentos, observa-se que o novo parágrafo do art. 444 da CLT opera restrição ilegítima de direitos fundamentais ao reduzir a proteção indistintamente deferida a todos os trabalhadores. O tratamento diferenciado para o “hipersuficiente” ignora o estado de subordinação e a vulnerabilidade do empregado, além de ser inconstitucional por afrontar o princípio da isonomia. O argumento mais utilizado será o de que o salário já “razoável” do trabalhador não traz necessidade de mais nada além. Nesse contexto, por mais absurdo que possa parecer, será complicado para o trabalhador ultrapassar essa barreira de cerca de 11 mil reais mensais, pois pode significar ter de abrir mão de direitos garantidos e que podem ser alterados pela negociação individual.⁵¹

Assim, não há justificativa razoável no tratamento distinto dado pelo parágrafo único do art. 444 aos trabalhadores ditos “hipersuficientes”. Em um país com tantas desigualdades sociais, receber um salário razoável não retira a subordinação do trabalhador e não pode ser justificativa para a possibilidade de uma negociação que tende a ser lesiva ao empregado, por não ter o mesmo amparo técnico que muitos dos empregadores possui. Portanto, essa é mais uma alteração na hermenêutica do direito do trabalho lesiva aos trabalhadores, ao criar “patamares” diferentes entre os empregados, diminuindo a proteção dada pela CF e pela esfera trabalhista, derogando seus direitos, e alterando, mais uma vez, a lógica trazida pelo princípio da proteção, da indisponibilidade e da fonte mais favorável.

⁵⁰ HONÓRIO, Cláudia. Derrogação de proteção jurídico-trabalhista aos empregados com maior remuneração e diploma de nível superior. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; BELTRAMELLI NETO. *Reforma trabalhista na visão de procuradores de trabalho*. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 117.

⁵¹ HONÓRIO, Cláudia. Derrogação de proteção jurídico-trabalhista aos empregados com maior remuneração e diploma de nível superior. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; BELTRAMELLI NETO. *Reforma trabalhista na visão de procuradores de trabalho*. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 130.

5. Nova estrutura multipiramidal do Direito do Trabalho

As “pequenas” alterações demonstradas nos artigos supracitados alteraram a forma de se pensar, interpretar e aplicar o Direito do Trabalho. Dessa forma, esse tópico pretende discutir o que a reforma trabalhista acarretou a hierarquia das fontes, ou seja, se ainda prevalece norma mais favorável.

Muito se discutiu, com a aprovação, sobre a questão da prevalência do negociado sobre o legislado, como visto em um dos tópicos relatados. Ocorre que, além da negociação coletiva, a reforma também trouxe a possibilidade de negociações individuais⁵², e como maior expoente dessa negociação, temos o trabalhador “hipersuficiente” – também já tratado.

À medida que o Direito é um sistema, ou seja, um conjunto de partes logicamente coordenadas, é necessário estudar os critérios de harmonização dessas partes, em especial quando duas ou mais regras jurídicas regulamentam de forma diferente a mesma situação concreta. Esse estudo é ainda mais fundamental no Direito do Trabalho, onde há amplo universo de regras jurídicas de origem privada contrapondo regras jurídicas de origem estatal. Assim, um dos principais critérios de harmonização dessas regras é a da hierarquização, ou seja, a fixação de uma ordem de prevalência entre as regras, conforme a coerência e harmonia do Direito.⁵³

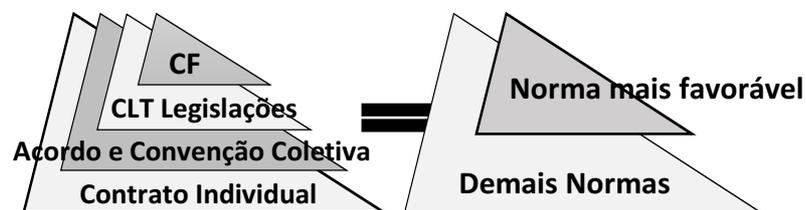
Uma das teorias jurídicas que encontra solução para esse problema de hierarquização é a de Kelsen, segundo o qual as normas jurídicas são dispostas em uma pirâmide que tem como vértice a “norma fundamental” da qual resulta o fundamento e a validade das normas inferiores

⁵² ALVES, Amauri Cesar; ALVES, Roberto das Graças. Reforma Trabalhista e o Novo “Direito do Capital”. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 338, p. 61, ago. 2017.

⁵³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 1583 - 1584.

é escalonada. Contextualizando, a regra que prevalecia anteriormente era a de que para que um instrumento coletivo de trabalho incida sobre determinado setor econômico-profissional, prevalecendo sobre as normas fixadas genericamente pelo Estado, deveriam ser atendidos dois pressupostos: as normas autônomas juscoletivas deveriam implementar padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação aplicável e deveriam abarcar apenas a transação de parcelas de indisponibilidade relativa.⁵⁴

AAA



Assim, a pirâmide hierárquica trabalhista pré-reforma pode ser representada, de forma simplificada, como demonstrado na figura. Ou seja, como uma pirâmide flexível que se molda de acordo com o princípio da norma mais favorável. Dessa maneira, dentre as várias normas regulamentadoras da relação de trabalho, o vértice da pirâmide normativa não é necessariamente a Constituição Federal ou a lei federal, mas a norma mais favorável ao empregado.

Contudo, como já demonstrado, o critério da pirâmide hierárquica normativa trabalhista é distinto do direito comum, o qual se mostra rígido e inflexível. Mas com a

⁵⁴ HONÓRIO, Cláudia. Derrogação de proteção jurídico-trabalhista aos empregados com maior remuneração e diploma de nível superior. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; BELTRAMELLI NETO. *Reforma trabalhista na visão de procuradores de trabalho*. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 127.

reforma trabalhista, não será sempre que ela continuará a eleger para o seu vértice a norma mais favorável ao trabalhador.

Vólia Bomfim afirma que o que a reforma fez foi “retroceder o Direito do Trabalho”, flexibilizando a relação de trabalho. Tornou o Direito de Trabalho mais privativo e mudou a forma de pensá-lo”. A desembargadora afirma que a reforma faz uma inversão na pirâmide trabalhista, pois, o Direito segue a pirâmide de Kelsen, que prioriza, hierarquicamente, a Constituição, depois as leis complementares, leis ordinárias, convenções e acordos coletivos, costumes, sentenças normativas, nessa ordem. Já no Direito Trabalhista, tem-se um dinamismo: é hierarquicamente maior a norma que mais favorável ao trabalhador, a condição mais benéfica, mesmo se essa norma viesse do próprio regulamento da empresa. Contudo, esse dinamismo acabou com a reforma”.⁵⁵

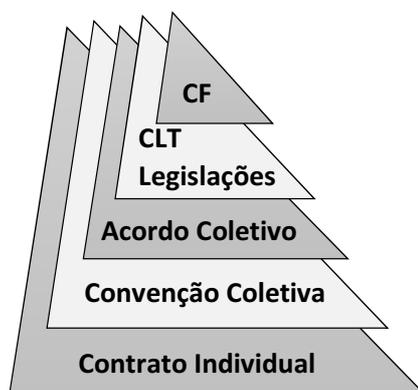
Dessa forma, rompe-se com a pirâmide dinâmica e flexível do Direito do Trabalho e, surgem três novas pirâmides hierárquicas: 1) a pirâmide das normas estatais proibitivas; 2) a pirâmide do negociado sobre o legislado e, por fim, 3) a pirâmide do empregado “hipersuficiente”. Portanto, os tópicos seguintes tratarão de como ficam essas novas pirâmides hierárquicas da relação trabalhista.

5.1 Pirâmide das Normas Heterônomas Estatais Proibitivas

Essa primeira pirâmide não é uma novidade da reforma trabalhista. Em verdade, ela já existia por razão de o critério plástico ser limitado pelas normas proibitivas estatais. Contudo, com a modificação do art. 620 da CLT pela reforma trabalhista, restou estabelecido que “as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as

⁵⁵ BOMFIM, Vólia. Palestra sobre a reforma trabalhista. OAB/RJ. Disponível em: <<http://www.oabrj.org.br/noticia/110480-evento-discute-aplicacao-da-reforma-trabalhista-e-lota-plenario-da-oabrj>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

estipuladas em convenção coletiva de trabalho”. Portanto, para as normas heterônomas estatais proibitivas, aplica-se a pirâmide normativa tendo a Constituição Federal em seu vértice, as Leis em segundo plano, posteriormente os acordos, as convenções coletivas e, por fim, o contrato de trabalho na base.



Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado afirma que o limite da norma mais favorável está nas normas proibitivas oriundas do Estado. De fato, o critério justralhista especial não prevalecerá ante normas heterônomas estatais proibitivas, que sempre preservarão sua preponderância, dado se revestirem de *imperim* específico à entidade estatal, possuindo em sua incidência um matiz soberano.⁵⁶

Da mesma forma, Ricardo Resende traz que as normas proibitivas oriundas do Estado, assim consideradas aquelas normas imperativas, cogentes, que não deixam margem à atuação da vontade individual de seus destinatários. Neste sentido, o critério justralhista não prevalecerá diante de normas heterônomas estatais proibitivas, as quais sempre deverão preponderar.⁵⁷

⁵⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 1586.

⁵⁷ RESENDE, Ricardo. *Direito do Trabalho Esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 79.

Por essa razão, essa pirâmide não traz muitas novidades para os operadores do direito, pois segue a mesma lógica do direito comum, respeitando o critério da hierarquia e da inflexibilidade. Apenas, tem-se a modificação referente ao art. 620 da CLT que colocou o acordo coletivo acima da convenção coletiva na pirâmide hierárquica.

5.2 Prevalência do Negociado sobre o Legislativo

A próxima pirâmide a ser apresentada é a referente ao art. 611-A, também conhecido como “negociado sobre legislativo”. Esse artigo traz uma grande alteração hermenêutica quanto à Pirâmide Hierárquica do Direito do Trabalho.

Além do supracitado artigo, essa pirâmide também deve levar em consideração o art. 620 da CLT. Maurício Godinho Delgado afirma que o acordo coletivo do trabalho prevalecer sobre as convenções, por ser mais específico é uma conclusão derivada da Teoria geral do Direito Comum o qual que informa que a regra especial não se comunica com a geral, prevalecendo na ordem jurídica.⁵⁸ Assim, foi exatamente feito com a reforma, não mais se tem a regra explícita a respeito, estipulando que as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre o acordo (art. 620/CLT).

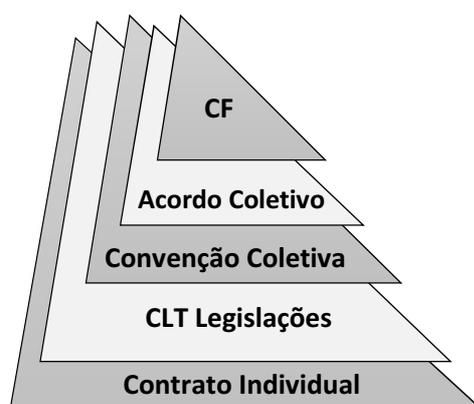
Nesse sentido, Rodrigo Trindade afirma que a pirâmide normativa clássica da Justiça do Trabalho trazia uma axiologia móvel, identificada no caso concreto, de modo a aplicar a disposição que encerrar maiores benefícios ao empregado. Portanto, para ele a pretensão de texto para o art. 620 da CLT aleija o Princípio da Norma mais Favorável, pois, além de abrir as comportas para ampla diminuição de benefícios e piora de vida de trabalhadores, amplia-se o

⁵⁸

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 1590.

problema da concorrência desleal. Objetiva aumentar a lucratividade a partir da precarização de direitos, produzindo acesso desequilibrado ao mercado.⁵⁹

Na prática, José Eymard Loguercio e Antônio Fernando Megale Lopes acreditam que ao adotar a prevalência do negociado sobre o legislado, o que se pretende é inverter a pirâmide de sustentação do Direito do Trabalho que emergiu no final do século XIX. Tal pirâmide demonstra que o sistema legislado se somava a construção de normas coletivas negociadas pelas entidades sindicais no sentido de conferir “novos direitos” adaptados à realidade dos trabalhadores a partir do eixo protetivo que “visa a melhoria da sua condição social”.⁶⁰



Há inúmeros artigos da reforma que indicam a intenção do legislador de privilegiar a autonomia da vontade coletiva e individual em detrimento às normas estabelecidas pelo Estado. De certo modo, a Reforma Trabalhista inverteu a hierarquia das normas, ainda que tenha deixado a Constituição Federal e os princípios do Direito do Trabalho no vértice da

⁵⁹ TRINDADE, Rodrigo. Reforma Trabalhista – 10 (Novos) Princípios Do Direito Empresarial Do Trabalho. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/publicacoes/79-uncategorised/1249-reforma-trabalhista-10-novos-principios-do-direito-empresarial-do-trabalho>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

⁶⁰ LOGUERCIO, José Eymard; LOPES, Antonio Fernando Megale. O Negociado sobre o legislado: suprema injustiça e demolição do sistema protetivo trabalhista. In: RAMOS, Gustavo Teixeira et. al. *Golpe de 2016 e a Reforma Trabalhista*. Bauru: Canal 6, 2017, p. 195.

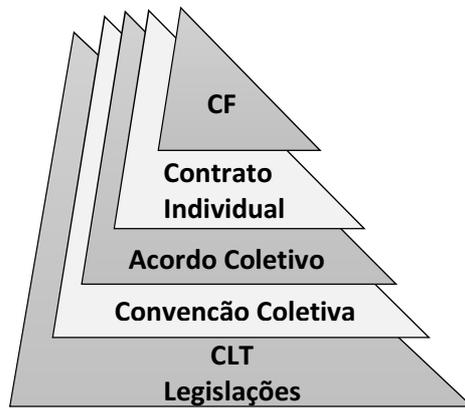
pirâmide. Os acordos coletivos prevalecem, de forma ampla, sobre a lei ordinária. Sob algumas condições, os acordos individuais também prevalecem sobre a lei. Além disso, o parágrafo 1º do artigo 611-A, prevê que a Justiça do Trabalho não poderá analisar o mérito.⁶¹

Percebe-se, portanto, que a intenção do legislador ao quebrar a hierarquia das leis, fazendo com que acordos e convenções se sobreponham, é de suprimir e/ou restringir direitos trabalhistas já conquistados. Essa é uma das maiores demonstrações de que houve sim uma grande mudança hermenêutica trazida pela reforma trabalhista e que, todas elas objetivaram facilitar a flexibilização dos direitos dos trabalhadores.

5.3 Empregado Hipersuficiente

Por fim, essa é a última pirâmide trazida pela reforma trabalhista. Ela se refere ao art. 444, parágrafo único, no qual o legislador trouxe os empregados que possuem diploma de nível superior e recebem determinado salário como “hipersuficiência”, dessa maneira, possuem condições de negociar em condições de igualdade e diretamente com seus empregadores com a mesma eficácia legal instrumentos coletivos, prevalecendo, inclusive, sobre as normas coletivas.

⁶¹ CONCEIÇÃO, Jefferson José da; CONCEIÇÃO, Maria da Consolação Vegi da. Reforma trabalhista: modernização conservadora e tendências. *Teoria e Debate*. Disponível em: < <https://teoriaedebate.org.br/2017/10/04/reforma-trabalhista-conservadora-tendencias/>>. Acesso em: 08 jun. 2018.



Ricardo Alexandre afirma que alguns doutrinadores, como Vólia Bomfim, entendem que a Lei 13.467/2017 trouxe uma exceção a este princípio da norma mais favorável ao estabelecer a prevalência dos direitos previstos no contrato individual de trabalho sobre os direitos mais benéficos previstos em lei (CLT) ou nas normas coletivas de trabalho, que só poderá ser aplicada ao empregado que percebe salário igual ou superior a duas vezes o valor máximo dos benefícios da Previdência Social e, ainda, que possua diploma de curso superior. Portanto, para ele o princípio da norma mais favorável é desprezado quando estiverem presentes normas de acordos, convenções coletivas do trabalho ou contrato individual de trabalho de hipersuficiente.⁶²

Portanto, a função representativa dos sindicatos também foi flexibilizada pela reforma trabalhista, pois o legislador previu a possibilidade do acordo individual, como por exemplo, na figura do “empregado hipersuficiente”, o negociado individualmente vai se sobrepor ao que foi previsto coletiva e normativamente. E a “pirâmide plástica e flexível” do direito do trabalho é derruída.⁶³

⁶² ALEXANDRE, Ricardo. *Noções de Direito do Trabalho*. Disponível em: <https://www.ricardoalexandre.com.br/wpcontent/uploads/2015/12/Aula_1_Noc%CC%A7o%CC%83es_de_Dir_do_Trabalho_TRT2_Analista_Judicia%CC%81rio_Renata_Berenguer.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2018.

⁶³ DUARTE, Anita. “Reforma” trabalhista: como enfraquecer as funções sindicais e gerar dumping social?. *Empório do Direito*. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/reforma-trabalhista-como-enfraquecer-as-funcoes-sindicais-e-gerar-dumping-social-aprenda-em-minutos>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

Entretanto, o legislador deixou de observar que, muitas vezes, o dito “hipersuficiente” é o hipossuficiente da relação, pois, embora esteja em situação teoricamente mais agradável que a maioria dos empregados brasileiros, mantém-se vulnerável frente ao empregador. Contudo, essas mudanças acabam por demonstrar que essa tentativa de tornar superior o Contrato Individual (pactuado) sobre o que está definido em lei ou nas normas coletivas, como uma aproximação da seara trabalhista ao Direito Civil, que tem por objeto partes em condições iguais de equilíbrio. Por essa razão, a Justiça do Trabalho deve se atentar para manter a relação equilibrada, sob pena de perder sua finalidade e se aproximar ainda mais do Direito Comum.

5.4 Fim do Princípio da Fonte mais Favorável?

Depois dessa análise sobre as mudanças hermenêuticas trazidas pela reforma e do claro rompimento com a pirâmide clássica trabalhista flexível que elegia para o seu vértice a norma mais benéfica ao trabalhador, observa-se uma “escancarada” lesão a um dos princípios fundamentais do Direito do Trabalho, o princípio da norma mais favorável. Dessa forma, resta a indagação sobre qual será o destino desse princípio. Será que ele ainda tem espaço na seara trabalhista pós-reforma?

A aplicação da norma mais favorável no direito do trabalho decorre do princípio da proteção ao trabalhador, dessa forma o intérprete do direito, em busca da igualdade na relação laboral, deve optar pela norma mais benéfica, protegendo o empregado. A base jurídica desse princípio é a Constituição Federal, em seu artigo 7º, garantindo aos trabalhadores outros direitos que visem a sua melhoria de condição social.

Portanto, por não haver nenhuma referência expressa na reforma trabalhista sobre tal princípio, no que se refere aos trabalhadores que não possuem negociação coletiva, a lógica do sistema é que continuem sendo regidos pelo princípio da norma mais favorável, ou seja, a pirâmide normativa continua a ser a flexível para os empregados que não se enquadrem em “hipersuficientes” ou que não sejam regidos por normas coletivas.

A realidade demonstra que os processos de flexibilização até agora implementados não criam novos postos de trabalho, só precarizam direitos, contribuindo com a redução da massa salarial e para o aumento da informalidade.⁶⁴ Assim, a lei protecionista trabalhista, ao invés de ser retirar direitos dos empregados formais, como ocorre na proposta do direito do trabalho líquido, praticamente igualando-os aos trabalhadores informais, deveria ser estendida para a proteção de todos os trabalhadores terceirizados, temporários, precários, avulsos, intermitentes, parassubordinados que se encontrassem em situação de dependência e sujeição social. Inclusive, dando-lhes enquadramento sindical no âmbito de negociações coletivas que teria uma conceituação nova e ampliada.⁶⁵

A nova lei precariza as relações de trabalho, prioriza a norma menos favorável ao trabalhador ao mesmo tempo que aumenta o poder dos patrões com a livre autonomia da vontade, a prevalência do negociado de forma individual e coletiva sobre o legislado, naquilo em que especifica.⁶⁶

Ressalta-se que uma lei ordinária não possui o condão de modificar quase toda a estrutura de um ramo jurídico, alterando diversos vértices da relação trabalhista, inclusive a participação estatal a fim de que os direitos sociais não possam ser reduzidos.⁶⁷

Contudo, as mudanças hermenêuticas trazidas através da reforma trabalhista influenciam diretamente na forma de se interpretar o Direito do Trabalho. Nota-se uma nítida

⁶⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A quem interessa o modelo negociado sobre o legislado no Brasil? *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 329, p. 13, nov. 2016.

⁶⁵ CASTELO, Jorge Pinheiro. *O Direito do Trabalho Líquido*. São Paulo: LTr, 2018, p. 80 – 81.

⁶⁶ PARANHOS, Maria das Graças Cabral Viegas. Reforma Trabalhista. In: ARRUDA, Kátia Magalhães; ARANTES, Deláide Alves Miranda. A centralidade do trabalho e os rumos da legislação trabalhista. São Paulo: LTr, 2018, p. 226

⁶⁷ ROCHA, Cláudio Jannotti da. A reforma trabalhista e a sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico trabalhista brasileiro. In: RAMOS, Gustavo Teixeira et. al. *Golpe de 2016 e a Reforma Trabalhista*. Bauru: Canal 6, 2017, p. 62.

restrição à autonomia privada na esfera da relação trabalhista, justificada pela natureza essencial dos direitos envolvidos, assegurados por meio de normas imperativas e pela subordinação inerente ao contrato de trabalho, caracterizando a forma como o serviço é prestado pelo empregado e que decorre do poder de direção do empregador.⁶⁸

Nesse contexto, Jorge Pinheiro Castelo defende que a incidência de normas de tutela laboral é inderrogável e imperativa, tendo fundamento na impossibilidade do exercício da verdadeira autonomia da vontade, pois o empregado geralmente se encontra em posição de sujeição em face do poder diretivo e de controle. Ou seja, normalmente, há uma vulnerabilidade técnica e jurídica por parte do trabalhador.⁶⁹

Além disso, nada que derive do princípio da proteção, por razão lógica, pode contrariá-lo. Todo o Direito do Trabalho tem origem em um princípio fundamental, que é a proteção de quem trabalha. O equilíbrio de forças entre o capital e o trabalho demonstra que aquilo que não protege o trabalhado não pode ser considerado de cunho trabalhista.⁷⁰

Dessa forma, pode-se concluir que a flexibilização dos princípios basilares trabalhistas, como o princípio da proteção, da indisponibilidade e o da norma mais favorável é mais uma das viradas hermenêuticas da reforma trabalhista. Assim, é papel do intérprete saber como aplicar a hermenêutica para possibilitar a maior efetividade dos direitos trabalhistas, sem cair na armadilha de se permitir desrespeitar os princípios que a reforma parece ignorar.

⁶⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. A indisponibilidade dos direitos trabalhistas no ordenamento jurídico. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-02/gustavo-garcia-indisponibilidade-direitos-trabalhistas-lei#_ftn1>. Acesso em: 22 jun. 2018.

⁶⁹ CASTELO, Jorge Pinheiro. *O Direito do Trabalho Líquido*. São Paulo: LTR, 2018, p 40 – 41.

⁷⁰ SIMÕES, Renato Mário Borges. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LUDWIG, Guilherme Guimarães; VALE, Silvia Teixeira do. (coord). *Interpretação e Aplicação da Reforma Trabalhista no Direito Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2018, p. 73

6. Conclusão

Em verdade, toda mudança na legislação causa transtornos e dificuldades iniciais, sendo necessários ajustes para se adequar à realidade dos seus destinatários. No Direito do Trabalho, principalmente, muita coisa mudou e novos institutos surgiram.

Depois de passar por toda essa análise da reforma trabalhista e as diversas críticas feitas à flexibilização dos direitos sociais, não resta outro questionamento na cabeça do estudioso do Direito senão qual será o futuro da seara trabalhista frente a tantas mudanças hermenêuticas que se mostram, em verdade, como um retrocesso social para os trabalhadores.

Diante das violações dos direitos sociais praticados por determinados empregadores, muitos trabalhadores precisam buscar na Consolidação das Leis do Trabalho e na Constituição Federal a garantia de um patamar mínimo civilizatório para a realização de seu ofício. Contudo, esse alicerce protetivo sofreu grande alteração com a aprovação da Lei nº 13.467/2017, a qual promoveu clara flexibilização de direitos e do sistema de proteção, sob um contexto de instabilidade política e institucional.

O retrocesso trazido pela Reforma Trabalhista é inconstitucional, pois a Constituição não é indiferente à situação dos trabalhadores, não sendo razoável a interpretação que negue a melhoria da condição social dos trabalhadores. Portanto, uma lei ordinária não possui legitimidade para modificar quase toda a estrutura do ramo jurídico, alterando diversos vértices da relação trabalhista.

Com todas essas mudanças, a lógica da pirâmide hierárquica trabalhista pré-reforma, a qual se mostrava flexível e era moldada de acordo com o princípio da norma mais favorável, é rompida. Dessa forma, surgem três novas pirâmides hierárquicas rígidas: 1) a pirâmide das normas estatais proibitivas; 2) a pirâmide do negociado sobre o legislado e, por fim, 3) a pirâmide do empregado “hipersuficiente”.

Por não haver referência expressa na reforma trabalhista sobre qualquer mudança frente ao princípio da norma mais favorável – nem poderia haver, por ter justificativa constitucional –, no que se refere aos trabalhadores que não possuem negociação coletiva e que não sejam “hipersuficientes”, continuam a ser regidos pelo princípio da norma mais favorável, ou seja, com a pirâmide normativa flexível.

Negar vigência à reforma trabalhista não é técnico, enquanto legislação originada do Poder Público de acordo com as regras de tramitação. Este é o momento para sua interpretação, de modo a inseri-la nos conhecimentos da Teoria do Direito do Trabalho. Assim, cabe aos juízes e tribunais a missão de dizer quais são o sentido e alcance da lei, integrando-a no sistema jurídico e aplicando-a na solução dos conflitos submetidos à sua apreciação.

7. Referências

ALEXANDRE, Ricardo. Noções de Direito do Trabalho. Disponível em: <https://www.ricardoalexandre.com.br/wpcontent/uploads/2015/12/Aula_1_Noc%CC%A7o%CC%83es_de_Dir_do_Trabalho_TRT2_Analista_Judicia%CC%81rio_Renata_Berenguer.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2018.

ALVES, Amauri Cesar; ALVES, Roberto das Graças. Reforma Trabalhista e o Novo “Direito do Capital”. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, v. 338, p. 61- 63, ago. 2017.

BELLOTI, Aline Carla Lopes; TEIXEIRA, Louise Helene de Azevedo. A interferência da prevalência do negociado sobre o legislado: a banalização do registro da jornada de trabalho. In: RAMOS, Gustavo Teixeira et. al. Golpe de 2016 e a Reforma Trabalhista. Bauru: Canal 6, 2017, p. 21.

BOMFIM, Vólia. Comentários à Reforma Trabalhista. Gen Jurídico, São Paulo, set. 2017. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2017/09/26/comentarios-reforma-trabalhista/>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

BOMFIM, Vólia. Palestra sobre a reforma trabalhista. OAB/RJ. Disponível em: <<http://www.oabrj.org.br/noticia/110480-evento-discute-aplicacao-da-reforma-trabalhista-e-lota-plenario-da-oabrj>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

CAIRO JUNIOR, José. Curso de Direito do Trabalho: Direito Individual e Coletivo do Trabalho. 7. ed. Salvador, JusPodivm, 2012, p 74.

CASTELO, Jorge Pinheiro. O Direito do Trabalho Líquido. São Paulo: LTr, 2018, p. 41.

CONCEIÇÃO, Jefferson José da; CONCEIÇÃO, Maria da Consolação Vegi da. Reforma trabalhista: modernização conservadora e tendências. *Teoria e Debate*. Disponível em: < <https://teoriaedebate.org.br/2017/10/04/reforma-trabalhista-conservadora-tendencias/>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 184.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 1583 – 1584.

DUARTE, Anita. “Reforma” trabalhista: como enfraquecer as funções sindicais e gerar dumping social?. Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/reforma-trabalhista-como-enfraquecer-as-funcoes-sindicais-e-gerar-dumping-social-aprenda-em-minutos>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

ESTEVES, Alan da Silva. Reforma Trabalhista brasileira de 2017 e o direito coletivo do trabalho: ideias para justificar a prevalência do negociado sobre o legislado. *Revista dos Tribunais*, ano 106, v. 984, p 167, out. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 55.

HONÓRIO, Cláudia. Derrogação de proteção jurídico-trabalhista aos empregados com maior remuneração e diploma de nível superior. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; BELTRAMELLI NETO. Reforma trabalhista na visão de procuradores de trabalho. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 127.

LOGUERCIO, José Eymard; LOPES, Antonio Fernando Megale. O Negociado sobre o legislado: suprema injustiça e demolição do sistema protetivo trabalhista. In: RAMOS, Gustavo Teixeira et. al. Golpe de 2016 e a Reforma Trabalhista. Bauru: Canal 6, 2017, p. 195.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 7.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 86.

RENZETTI, Rogério. Prevalência do negociado sobre o legislado em norma coletiva. In MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. A reforma trabalhista e seus impactos. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 603.

RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquemático. 4. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 79.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à Reforma Trabalhista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p 113.

TRINDADE, Rodrigo. Reforma Trabalhista – 10 (Novos) Princípios Do Direito Empresarial Do Trabalho. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/publicacoes/79-uncategorised/1249-reforma-trabalhista-10-novos-principios-do-direito-empresarial-do-trabalho>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DO TRABALHADOR FRONTEIRIÇO E DO REFUGIADO SOB A LUZ DA NOVA LEI DO MIGRANTE (Lei nº 13.445/2017)

SANTOS, Enoque Ribeiro⁷¹.

FARINA, Bernardo Cunha⁷².

71 Livre docente e Doutor em Direito pela USP, Mestre pela Unesp, Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Desembargador Federal do Trabalho do TRT 1ª. Região – Rio de Janeiro.

72 Mestre em Sociedade, Cultura e Fronteiras pela UNIOESTE – Universidade Estadual do Oeste do Paraná, pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho pela UDC – União Dinâmica de Faculdades Cataratas, advogado, professor universitário.