

DIREITO INTERTEMPORAL NA REFORMA TRABALHISTA

Augusto César Leite de Carvalho

Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidad de Castilla la Mancha, Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST), professor de Direito do Trabalho do IESB, em graduação e pós-graduação, professor colaborador da UnB em pós-graduação de Direito Constitucional do Trabalho e professor do Curso de Mestrado da Universidade Autônoma de Lisboa.

20

A Lei n. 13.467/2017 abalou o caráter tutelar do Direito do Trabalho, sobretudo ao transferir para a autonomia privada, individual ou coletiva, a regência de condições de trabalho antes balizadas em lei.

Em rigor, rompeu-se a expectativa de ver-se nas mudanças da lei trabalhista algum avanço na tutela de direitos sociais, o que normalmente fazia pertinente a remissão ao art. 5º, §1º da Constituição sempre que se confrontavam cláusulas contratuais antigas com leis supervenientes mais benéficas. Com base em mencionado preceito, sustentava-se que as normas legais definidoras de direitos sociais tinham sempre aplicação imediata.

A partir das reformas de 2017, qualquer tentativa de alterar-se o conteúdo obrigacional de um contrato de emprego terá que submeter-se, ao que parece, a uma segunda premissa: se a alteração for prejudicial ao trabalhador, haverá de se verificar se há retroação da nova regra que esteja a ferir o art. 5º, XXXVI da Constituição, vale dizer, se ato jurídico perfeito ou direito adquirido estariam sendo vulnerados. É disso que tratam os subitens seguintes.

Ato jurídico perfeito *versus* eficácia imediata – relação com a progressividade dos direitos sociais

Como regra, “as normas autônomas juscoletivas têm por objetivo melhorar as condições sociais e econômicas dos trabalhadores, mas sem o escopo de se prestarem à diminuição das garantias já auferidas”¹⁰. Essa tendência de alargar a tutela do trabalhador,

¹⁰ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. “Sindicatos e Negociação Coletiva Trabalhista: poderes e limites jurídicos”. In: Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas, vol. 2, n. 1 (jan/jun 2016). Brasília, DF, 2016, p. 43.

aproximando-a idealmente de estágio mais sintonizado com o postulado constitucional de trabalho digno, fez surgir, no âmbito do Direito do Trabalho, a regra segundo a qual a norma de proteção ao trabalho humano tem aplicação imediata.

A exemplo do que sucede no contexto das normas de direito processual, todas as vezes em que se defende a aplicação imediata de uma norma, para aplicá-la aos atos jurídicos a ela supervenientes, faz-se necessário conciliar tal compreensão com o art. 5º, XXXVI, da Constituição: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A compreensão de que o contrato – inclusive o contrato de emprego – é um “ato jurídico perfeito” cujas cláusulas não podem ser modificadas por lei posterior à sua celebração tem respaldo em precedentes do Supremo Tribunal Federal emblemáticos, a exemplo daquele em que a corte excelsa apreciou a incidência retroativa do art. 35-G e incisos de medida provisória que regulava os planos privados de assistência à saúde¹¹, para modificar contratos celebrados anteriormente, e afirmou que haveria então “ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito” (ADC-MC/DF 1931).

Também quando houve de julgar se o Código de Defesa do Consumidor retroagiria para modificar cláusula contratual que previa a perda das quantias pagas na hipótese de rescisão contratual (cláusula gravosa, inclusive, ao consumidor), o STF decidiu que a retroação do CDC para “se declarar nula a rescisão feita de acordo com aquela clausula fere, sem dúvida alguma, o ato jurídico perfeito, porquanto a modificação dos efeitos futuros de ato jurídico perfeito caracteriza a hipótese de retroatividade mínima¹² que também é alcançada pelo disposto no art. 5º, XXXVI, da Carta Magna” (RE 205.999-4/SP).

¹¹ Art. 35-G da MP 1908-18/1999 – “A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que: I - qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia do Ministério da Saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; II - a alegação de doença ou lesão preexistente estará sujeita à prévia regulamentação da matéria pelo CONSU; III - é vedada a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato individual ou familiar de produtos definidos no inciso I e § 1º do art. 1º desta Lei por parte da operadora, salvo o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 13 desta Lei; IV - é vedada a interrupção de internação hospitalar em leito clínico, cirúrgico ou em centro de terapia intensiva ou similar, salvo a critério do médico assistente.”

¹² Sobre o significado de “retroatividade mínima”, Gilmar Mendes explica: “costuma-se distinguir três graus de retroatividade da lei. Em primeiro lugar, a *retroatividade máxima* seria aquela em que a lei nova atinge a coisa julgada e

O contrato de emprego é, pois, ato jurídico perfeito, ou ato jurídico que se aperfeiçoa a partir de quando celebrado em consonância com a ordem jurídica e se mostra então apto a dar início à relação jurídica correspondente. Lei posterior não pode, em princípio, modificar-lhe o conteúdo.

No plano constitucional, a antítese da eficácia imediata da norma superveniente, sem apreço maior ao ato jurídico perfeito, justifica-se pela regra estatuída no §1º do art. 5º da Constituição: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Desde quando a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), com o endosso dos Pactos Internacionais de 1966 e da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), consagraram que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”, a expressão “direitos e garantias fundamentais” abrange os direitos sociais e mesmo aqueles direitos de titularidade difusa compreendidos nas novas projeções dos direitos humanos.

Mas aqui queremos enaltecer proposição jurídica relevante: se uma possibilidade hermenêutica deriva da premissa de ser o direito sob foco um direito fundamental, o modelo exegético assim construído somente prevalece nas hipóteses em que há direito titularizado pela parte débil da relação de poder, pública ou particular, que justifica a

os fatos já consumados. Em segundo plano, a *retroatividade média* ocorre quando a lei ataca os efeitos pendentes de atos jurídicos consolidados antes dela. Enfim, a *retroatividade mínima* (mitigada ou temperada) seria aquela em que a lei nova respeita os efeitos jurídicos já produzidos antes de seu advento e, dessa forma, atinge apenas os efeitos de atos anteriores verificados após a data de sua vigência” (CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 370). Embora Mendes sustente que “o Supremo Tribunal Federal tem entendido que as leis que afetam os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente são retroativas (retroatividade mínima), afetando a causa, que é um fato ocorrido no passado” (idem, *ibidem*), os excertos acima demonstram que o STF não tolera sequer a retroatividade mínima, sendo também nesse sentido o aresto da lavra do Ministro Moreira Alves no RE 188.366-9/SP, cuja ementa tem fragmento elucidativo: “Em nosso sistema jurídico, a regra de que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por estar inserida no texto da Carta Magna (art. 5º, XXXVI), tem caráter constitucional, impedindo, portanto, que a legislação infraconstitucional, ainda quando de ordem pública, retroaja para alcançar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada, ou que o Juiz a aplique retroativamente. E a retroação ocorre ainda quando se pretende aplicar de imediato a lei nova para alcançar os efeitos futuros de fatos passados que se consubstanciem em qualquer das referidas limitações, pois ainda nesse caso há retroatividade – a retroatividade mínima –, uma vez que se a causa do efeito é o direito adquirido, a coisa julgada, ou o ato jurídico perfeito, modificando-se seus efeitos por força da lei nova, altera-se essa causa que constitucionalmente é infensa a tal alteração”.

inserção do direito entre os direitos fundamentais. Não há (e, ao que parece, nunca precisou haver antes da Lei 13.467/2017) direito fundamental de empresário, ou de sociedade empresária, à eficácia imediata de normas trabalhistas mais gravosas que aquelas anteriormente ajustadas, mediante ato jurídico perfeito.

No plano infraconstitucional, a eficácia imediata da norma trabalhista sempre se enquadrou no âmbito do princípio da proteção¹³, manifestando-se por meio da regra segundo a qual, entre normas trabalhistas que se sucedam no tempo, deverá inexoravelmente prevalecer a “condição mais benéfica”. Em síntese, a progressividade dos direitos sociais, e a vedação de seu retrocesso, impedem que as relações de trabalho se pluralizem no ambiente de empresa em prejuízo dos empregados mais antigos os quais, não fosse pela prevalência do *favor laboratoris*, seriam paradoxalmente punidos pela antiguidade.

Discorrendo sobre igual fenômeno nas relações de emprego em Portugal, onde o intuito de converter a autonomia coletiva em instrumento de redução de direitos remonta a 2003¹⁴, o professor Leal Amado observa:

Para além daquela sua função central e nuclear, sempre o Direito do trabalho desempenhou outras funções, entre elas a de ser um importante instrumento de gestão, no plano económico, preocupado com a salvaguarda da eficiência e da competitividade das empresas. E no tocante à própria negociação coletiva, a mesma dualidade sempre esteve presente: consistindo a sua função principal em melhorar as condições de trabalho, reforçando as garantias mínimas estabelecidas por lei, também a ideia de flexibilizar e de adaptar essas condições de trabalho, correspondendo às necessidades da empresa, da sua sobrevivência e da sua competitividade, sobretudo em tempos de crise, nunca esteve ausente do elenco de missões da negociação coletiva.

Nos últimos anos, porém, num cenário de globalização capitalista cada vez mais agressiva e com a hegemonia ideológica das correntes neoliberais, dir-se-ia que as prioridades se inverteram: a preocupação central do Direito do Trabalho parece hoje consistir na garantia de eficiência económica das empresas, só em segundo plano surgindo a promoção da equidade nas relações de trabalho; e, no tocante à negociação coletiva, a sua histórica função de melhoria das condições de trabalho aparece hoje subalternizada e substituída pela função de flexibilização e adaptação das normas aos interesses da empresa, às necessidades desta, às conveniências desta, à melhoria da posição competitiva desta — assumindo foros de normalidade a hipótese de afastamento in pejus das normas legais por via da negociação coletiva¹⁵.

¹³ No âmbito do pragmatismo jurídico, o princípio da proteção triparte-se nas regras *in dubio pro operário*, norma mais favorável e condição mais benéfica.

¹⁴ O professor Leal Amado refere-se, mais precisamente, ao art. 4, n. 1, do Código de Trabalho de 2003.

¹⁵ LEAL AMADO, João Carlos Conceição. “A experiência portuguesa e a reforma trabalhista brasileira: algumas notas”. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho vol. 83, n. 3, jul/set 2017, pp. 138-159. São Paulo: Lex Magister, 2017.

Em recente contribuição acadêmica, o professor Leal Amado sustenta, com acuidade, que o princípio *favor laboratoris*, que se consubstancia na prevalência da norma mais benéfica quando duas normas trabalhistas parecem antagonizar-se, deriva da combinação das regras de eficácia temporal da norma jurídica com o caráter imperativo da lei trabalhista. Em aligeirada síntese, di-lo:

Trata-se, afinal, de duas faces da mesma moeda: favor laboratoris e imperatividade mínima das normas juslaborais. Como escreve Mercader Uguina, ‘o critério de favor relaciona-se no ordenamento laboral com o hierárquico, do qual representa uma modalização, no sentido de que a fonte de intensidade mais forte prevalece sobre a mais débil apenas em ordem à garantia das condições mínimas. Acima do mínimo, impõe-se a norma inferior que preveja condições mais favoráveis para os trabalhadores. A regra de ordenação hierárquica das fontes do Direito do Trabalho assume, assim, um valor relativo: frente ao critério de favor, a norma de regulação superior comporta-se como norma dispositiva e, portanto, cede ante a regulação de nível inferior, a qual, por sua vez, cede ante a norma de regulação superior quando esta assegura a garantia das condições mínimas’¹⁶.

Logo, a proteção constitucional ao ato jurídico perfeito basta, em princípio, para imunizar o contrato de emprego quanto à incidência de leis supervenientes mais gravosas para o trabalhador. A única ressalva para a não observância do contrato de emprego como ato jurídico perfeito seria o princípio *favor liberatoris*, ou a prevalência da condição mais benéfica.

Isso inclui a regência de condições de trabalho antes vedada à autonomia individual e agora a ela autorizada, como a instituição de banco de horas (antiga Súmula 85, V do TST *versus* novo art. 59, §5º da CLT) ou do regime de doze horas de trabalho por trinta e seis horas de descanso (antiga Súmula 444 do TST *versus* novo art. 59-A da CLT). Em rigor, a matéria, neste tópico, sequer exigiria o recurso à tutela constitucional do ato jurídico perfeito, dado que o art. 468 da CLT continua a negar validade a alterações contratuais prejudiciais ao trabalhador, se havidas na intercorrência do vínculo de emprego.

¹⁶ Obra citada. Na citação que faz, Leal Amado acresce a nota seguinte de rodapé: «La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 109, 2002, p. 20. A matéria tem sido bastante estudada pela doutrina portuguesa, com particular destaque, no respeitante às relações lei-CCT, para o texto clássico de JOSÉ BARROS MOURA, *A Convenção Colectiva entre as Fontes de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1984, pp. 147-183.

Direito adquirido versus eficácia imediata

O esforço exegético será igual ou maior, a fortiori, nos casos em que além da intangibilidade do conteúdo do contrato, ou em vez dela, invocar-se direito adquirido ainda não exercido. Ilustrativamente, o que dizer se o empregado já completou dez anos no exercício de cargo de confiança, antes da Lei 13.467/2017, e portanto terá adquirido o direito à incorporação da gratificação de função correspondente (Súmula n. 372 do TST)? E se o empregado já havia obtido a integração ao salário de prêmio-produção (Súmula 209 do STF), a ele pago com habitualidade desde antes da Lei 13.467/2017? E se o empregado tinha direito ao reconhecimento do vínculo com o tomador de serviços, por prestar-lhe trabalho em atividade-fim (Súmula 331 do TST), desde antes de a Lei 13.467/2017 normalizar essa hipótese?

Em princípio, a autonomia coletiva poderá servir para a redução expressa de atribuições econômicas (art. 7º, VI, da CF), mas não poderá a norma coletiva ser interpretada e aplicada a partir do pressuposto de que conteria a derrogação implícita de cláusulas contratuais ou imperativas preexistentes aos contratos em curso, salvo se a jurisprudência, indiferente ao art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos e ao art. 5º, XXXVI, da Constituição brasileira, consentir a retroação da Lei 13.467/2017 para alcançar os contratos em curso.

Irredutibilidade do salário versus eficácia imediata

O art. 7º, VI, da Constituição brasileira consagra a regra da irredutibilidade do salário, salvo por negociação coletiva. É certo que o poder constituinte outorgou aos atores sociais, se agem por meio de sindicatos (art. 8º, VI, da CRFB), uma prerrogativa que não estendeu sequer ao legislador ordinário. Somente às entidades sindicais, frente a contingências concretas, é dado consentir a redução de salário.

Atento ao balizamento constitucional, o Tribunal Superior do Trabalho não permite, por exemplo, que a redução, por lei, da base de cálculo do adicional de periculosidade, devido a eletricitários, possa retroagir para alcançar empregados cujos

contratos foram firmados quando a base de cálculo era maior. A atual jurisprudência enuncia que “a alteração da base de cálculo do adicional de periculosidade do eletricitário promovida pela Lei nº 12.740/2012 atinge somente contrato de trabalho firmado a partir de sua vigência” (Súmula 191, III, do TST).

Ainda que se cogite abstrair da construção doutrinária segundo a qual a cláusula legal mais benéfica sempre substitui a cláusula contratual mais gravosa, é certo que algumas modificações surgidas com a Lei 13.467/2017 retomam o debate sobre a lei ter aptidão para alterar regras jurídicas que afetem a condição salarial relacionada a contratos em curso.

É o que sucede, ilustrativamente, com a hora in itinere que deixaria – a depender da exegese que se dê ao novo art. 58, §2º da CLT – de compor o salário; ou em razão das mudanças nos parágrafos do art. 59 e no acréscimo dos artigos 59-A e 59-B da CLT as quais fariam lícitas hipóteses de compensação de jornada que antes geravam o direito à remuneração de horas extraordinárias; ou em decorrência da alteração do art. 71, §4º da CLT que converteria em parcela menor e indenizatória a sanção jurídica prevista para a supressão de intervalo intrajornada, à qual até há pouco se atribuía natureza salarial (Súmula 439 do TST).

Se o empregador jamais incorreu em qualquer dessas ilicitudes e sua primeira infração é, portanto, superveniente à modificação do parâmetro legal, parece razoável que se aplique a Lei 13.467/2017, na medida em que forem eventualmente absorvidos como válidos os seus preceitos. Em princípio, o direito à sanção prevista em lei não se inclui entre os direitos adquiridos da pessoa que nunca sofreu a lesão correspondente.

A questão exige, porém, reflexão mais detida quando o empregado já antes de a Lei 13.467/2017 ganhar eficácia, em 11/nov/2017, já recebia (ou tinha direito a receber) parte de seus proventos salariais composta pela remuneração de horas extras devidas, com habitualidade, em razão de tempo in itinere, jornada indevidamente compensada ou intervalo intrajornada suprimido, por exemplo.

Se tal redução de salário não tiver o endosso de norma coletiva, haverá de prevalecer a regra constitucional da irredutibilidade salarial no tocante aos contratos celebrados antes de ser alterada a CLT.

À guisa de conclusão

A compreensão de que o contrato – inclusive o contrato de emprego – é um “ato jurídico perfeito” cujas cláusulas não podem ser modificadas por lei posterior à sua celebração tem respaldo em precedentes do Supremo Tribunal Federal emblemáticos. O contrato de emprego é ato jurídico perfeito. Em princípio, lei posterior não pode modificar-lhe o conteúdo.

Logo, a proteção constitucional ao ato jurídico perfeito basta, em princípio, para imunizar o contrato de emprego quanto à incidência de leis supervenientes mais gravosas para o trabalhador. A única ressalva para a não observância do contrato de emprego como ato jurídico perfeito seria o princípio favor liberatoris.

O esforço do intérprete será igual ou maior, a fortiori, nos casos em que além da intangibilidade do conteúdo do contrato, ou em vez dela, invocar-se direito adquirido ainda não exercido.

A defesa da retroatividade da Lei n. 13.467/2017, sobretudo no que toca à retroação de cláusulas normativas prejudiciais aos trabalhadores, não raro remete ao art. 7º, XXVI, da Constituição. Se uma possibilidade hermenêutica deriva da premissa, porém, de ser o direito (à negociação coletiva) um direito fundamental, o modelo exegético assim construído somente prevalece nas hipóteses em que há direito titularizado pela parte débil da relação de poder, pública ou particular, que justifica a inserção do direito entre os direitos fundamentais. Não há, ontologicamente, direito fundamental de empresário, ou de sociedade empresária, à eficácia imediata de normas trabalhistas mais gravosas que aquelas anteriormente ajustadas, mediante ato jurídico perfeito.

O art. 7º, VI, da Constituição brasileira consagra, enfim, a regra da irredutibilidade do salário, salvo por negociação coletiva. É certo que algumas modificações surgidas com a Lei 13.467/2017 retomam o debate sobre a lei ter aptidão para alterar regras jurídicas que afetem a condição salarial relacionada a contratos em curso.

Referências

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. “Sindicatos e Negociação Coletiva Trabalhista: poderes e limites jurídicos”. In: **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, vol. 2, n. 1 (jan/jun 2016). Brasília, DF, 2016, p. 43.

CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira et alii. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 370

DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: comentários à Lei n. 13.467/2017.** São Paulo: LTr, 2017.

LEAL AMADO, João Carlos Conceição. “A experiência portuguesa e a reforma trabalhista brasileira: algumas notas”. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho** vol. 83, n. 3, jul/set 2017, pp. 138-159. São Paulo: Lex Magister, 2017.

SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto. SOUZA, Fabiano Coelho de, MARANHÃO, Ney. AZEVEDO NETO, Platon **Teixeira. Reforma Trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017.** São Paulo: Rideel, 2017.

ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. **Reforma Trabalhista Interpretada.** Cirlene Luiza Zimmermann et alii. Caxias do Sul: Plenum, 2017.