



O CAOS NORMATIVO: DIREITO INTERTEMPORAL DO DIREITO MATERIAL TRABALHISTA – CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI N. 13.467/2017 E A MEDIDA PROVISÓRIA N. 808 SOB UM OLHAR CONSTITUCIONAL

Maria Beatriz Vieira da Silva Gubert¹
Arthur da Silva Simon²

Resumo: Com o advento da Lei n. 13.467/2017 e, posteriormente, da Medida Provisória n. 808, instalou-se a controvérsia sobre a aplicação das normas de direito material aos contratos de trabalho existentes. O presente estudo destina-se a analisar as diferentes correntes quanto à aplicabilidade dos dispositivos legais e constitucionais, frente ao direito intertemporal, assim como os efeitos decorrentes da perda da eficácia da MP 808.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Lei n. 13.467/17. Medida Provisória n. 808. Caducidade. Direito Material Intertemporal. Abordagem Principiológica.

377

1 INTRODUÇÃO

Se antes da edição da Medida Provisória n. 808 já havia dúvidas quanto à aplicabilidade da chamada Reforma Trabalhista, trazida pela Lei n.º 13.467/17, aos contratos de trabalho vigentes, hoje a controvérsia é muito maior, frente à caducidade da medida provisória referida.

As perguntas são muitas.

As regras da MP n. 808 incidem apenas sobre os contratos que iniciaram após a sua edição? Caso negativa a resposta, esses contratos passaram a ser regidos por qual diploma? Afinal, perdendo a sua validade, a

1 Juíza Titular da 2a. Vara do Trabalho de São José- SC. LLM. em Direito Comparado pela Universidade de Miami. mbgubert@gmail.com.

2 Funcionário Público Estadual. Bel. em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho. arthurssimon@gmail.com.

medida provisória produziu e seguirá produzindo efeitos?

Estas e outras perguntas tentarão aqui ser respondidas, à luz das normas de direito intertemporal, dispositivos constitucionais, princípios trabalhistas e jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Breve histórico da “Reforma Trabalhista” e da Medida Provisória n. 808

Considerando o atual cenário do Direito do Trabalho, com mudanças legislativas em ebulição, nada mais adequado do que uma sucinta análise fático-histórica das razões que precederam à aprovação da chamada Reforma Trabalhista.

378 Iniciava o ano de 2017 e a aprovação da Lei n. 13.429 em 13-3-17, que ampliou as hipóteses do trabalho temporário, bem como legitimou a terceirização, já sinalizava as tentativas de mudança na seara laboral, sob o argumento de “modernização” (FONSECA, 2017).

Em 13 de julho de 2017, em tempo recorde, com pouco debate e estranhável rapidez, foi aprovada a Lei n. 13.467, que ficou conhecida, tanto no meio popular quanto na seara jurídica, por Reforma Trabalhista. Sua existência, claro, não é desprovida de contexto: o Presidente Michel Temer, a fim de “modernizar” (sic) a legislação em face da crise econômica do País, propôs sete alterações ao texto da Consolidação das Leis Trabalhistas, por meio do Projeto de Lei n. 6.787/2016. Designado Relator do PL, o deputado federal Rogério Marinho, este acrescentou outras cem mudanças (MONTEIRO, 2017).

O Ministro aposentado do TST Pedro Paulo Manus explica que, logo após essa aprovação, já havia expectativa de ser editada uma medida provisória para sanar alguns pontos obscuros do novo texto (MANUS, 2018). Isso ocorreu, pois, como amplamente noticiado, a fim de aprovar a Reforma, com a maior rapidez possível, os Poderes Legislativo e Executivo realizaram acordo, de forma a alterar pontos controversos ou falhos.

Assim, ao invés de o Senado Federal remeter o projeto de lei de

volta à Câmara dos Deputados para as devidas alterações, atrasando a sua tramitação, aprovou este da forma integral, com promessa de alterações posteriores (SERAU JUNIOR, 2018). Portanto, o Poder Legislativo abdicou de seu poder de introduzir alterações a dispositivos inconstitucionais ou contraditórios por acordo firmado com o Poder Executivo, que se traduziu na Medida Provisória 808, de 14-11-17, a qual corrigiu alguns pontos da lei recentemente aprovada, realizando a chamada “reforma da reforma”.

2.2 *Vacatio legis* da Lei n. 13.467 e o art. 2º da MP n. 808

Quando da publicação da Lei n. 13.467, os juristas foram surpreendidos com o prazo da *vacatio legis* de apenas 120 dias.

As alterações realizadas pela nova legislação foram grandes, com mais de uma centena de artigos modificados. Alterações não só numericamente expressivas, mas que traziam profundas “novidades”.

O Código Civil de 2002 e o Código de Processo Civil de 2015, a título de exemplo, trouxeram *vacatio legis* de um ano, parâmetro que, seguramente, também se mostrava mais adequado à presente hipótese (FREITAS, 2017).

O término da *vacatio legis* ocorreu no sábado, 11-11-17, e já aqui há que se decidir sobre o início da vigência da lei, por conta de a nova legislação contemplar, igualmente, dispositivos processuais, razão pela qual parte da doutrina entende ser aplicável, à espécie, a regra do art. 216 do Código de Processo Civil³, como salientado por Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017, p. 370), *verbis*:

A data de vigência da Lei n. 13.467, publicada em 14 de julho de 2017, ocorrerá no dia **13 de novembro de 2017**. Isso porque os 120 dias da *vacatio legis* prevista no diploma legal **irão se completar em um sábado**, dia 11.11.2017. Entretanto, como a Lei nova trata de matéria de **Direito Processual do Trabalho** (ao invés de apenas Direito Material do Trabalho), fica submetida à regra da prorrogação de prazos para o **primeiro dia útil seguinte** (a segunda-feira, dia 13 de novembro), uma vez que não se iniciam ou terminam prazos processuais em sábados. Nesta linha é o que dispõe o art. 216 do

3 Artigo 216: Além dos declarados em lei, são feriados, para efeito forense, os sábados, os domingos, e os dias em que não haja expediente forense.

novo Código de Processo Civil, que equipara o sábado, para todos os fins, aos feriados. (grifo nosso).

Outros, como Homero Batista Mateus da Silva (2017), por sua vez, entendem que tal interpretação vale apenas para as normas de direito processual, e, assim, consideram que, para as normas de direito material, a data de início de vigência seria realmente no sábado, dia 11-11-2017.

Porém, o objeto de maior controvérsia no particular é a aplicação da Reforma Trabalhista aos contratos de trabalho existentes à época da Lei n. 13.467/17, tendo a doutrinadora Vólia Bomfim Cassar (2017, p. n.p) assim resumido a polêmica no tocante às correntes doutrinárias:

(...) a primeira defende a aplicação integral e imediata de toda a lei, mesmo que importe em alteração prejudicial ao empregado; a segunda defendendo a aplicação apenas para novos contratos, ao argumento de violação ao artigo 468 da CLT.

As controvérsias são grandes entre os próprios magistrados do trabalho, sendo que no V Encontro Institucional da Magistratura do Trabalho de Santa Catarina, promovido pela Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho catarinense, em outubro/17, foi aprovada a 13ª proposta, que assim previu a respeito:

13ª. PROPOSTA:

EMENTA. DIREITO MATERIAL. Não obstante a “ratiodecidenti” da Súmula n. 191 do TST, os direitos assegurados por lei não se perpetuam, para os contratos em curso, no império da lei nova, que os subtrai. Inteligência do artigo 912 da CLT e submissão à regra da aplicabilidade imediata da nova lei, sem ofensa a direito adquirido, já que impossível o seu exercício quando inexistente na nova ordem legal. Sob pena de ofender o ato jurídico perfeito, as novas regras legais que tenham cunho contratual não afetam as cláusulas estabelecidas no império da lei antiga, salvo alteração contratual específica, respeitada a norma do art. 468 da CLT.

Contrariamente, a 7ª tese aprovada no Congresso Nacional dos Magistrados do Trabalho (CONAMAT), realizado entre 1º e 5-5-18, assim estabeleceu: ⁴

INAPLICABILIDADE DA REFORMA TRABALHISTA AOS

⁴ Disponível: <https://www.anamatra.org.br/conamat/teses-plenaria-final#>. Acesso em: 26/06/18.

CONTRATOS EM CURSO. Incidência da nova legislação nos contratos firmados antes da entrada em vigor da Lei 12.467/17. Norma legal que reduza ou suprima direitos assegurados no sistema legal deverá, necessariamente, como regra geral, ser examinada de forma restritiva quando na hipótese de sua aplicação a um caso concreto. O art. 2o. da MP 808/17, ao prescrever “aplicam-se aos contratos de trabalho vigentes, na integralidade os dispositivos da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017”, violou o princípio da irretroatividade da lei (art. 5o., XXVII), corolário dos princípios da segurança jurídica e da confiança, pois há retroatividade (mínima) quando a lei nova atinge efeitos dos atos jurídicos que lhe sejam anteriores, mas produzidos após a data em que ela entra em vigor, afetando, na essência da relação contratual, a própria causa geradora.”

No meio dessa insegurança jurídica é que sobreveio o art. 2º da Medida Provisória n. 808, agravando a confusão já existente ao estatuir: “O disposto na Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, se aplica, na integralidade, aos contratos de trabalho vigentes” (CREUZ, 2018, p. 16).

Tal medida provisória, como é consabido, após ser prorrogada por sessenta dias por ato da Presidência do Senado, datado de 20-2-18, acabou caducando em 23-4-18, por não ter sido votada pelo Congresso Nacional nos sessenta dias subsequentes, de forma a ser convertida em lei.

Ao problema, já existente, de aplicabilidade da Reforma Trabalhista aos contratos de trabalho existentes, somou-se outro, o de conhecer quais os efeitos da medida provisória não mais vigente no ordenamento jurídico.

2.3 Direito intertemporal material da Lei n. 13.467/17

Diante de tantas mudanças legislativas, necessário se faz compreender a vigência das normas à luz do direito intertemporal e do conceito da segurança jurídica.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê regra específica sobre o assunto em seu art. 6º: “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

Portanto, a lei nova tem efeito imediato e geral, ressalvados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, preceito esse já consagrado pelo artigo 5º, XXXV, da Carta Magna: “a lei não prejudicará o

direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Frente a este cenário, resta o questionamento: se é a CLT que prevê as regras que delimitam os contratos de trabalho, a sua alteração *per se* traz ofensa a direito adquirido e ato jurídico perfeito?

A resposta, em tese, é não (SILVA, 2017).

O regime celetista é legal e quando a própria lei o modifica, não há por que se falar em não aplicação.

A título de exemplo, registre-se que esse questionamento não foi realizado quando, em 2014, a Lei n. 12.997/14 acrescentou o §4º ao art. 193 (“são também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta”). Isso, claro, porque tal disposição foi benéfica ao trabalhador, não gerando debates a sua aplicação aos contratos vigentes à época, mesmo que isso significasse onerar o empregador.

382 Assim, a aplicabilidade imediata tem que ser observada à luz dos princípios específicos do Direito do Trabalho, especialmente o princípio da proteção, que se desdobra, segundo o clássico estudo de Américo Plá Rodriguez (1993) em: a) norma mais favorável, b) *in dubio pro operario* e c) condição mais benéfica.

Nesse contexto, a pergunta que se faz é se a lei nova, no que concerne a dispositivos mais prejudiciais ao empregado, se aplicaria de imediato (DALLEGRAVE NETO, 2018).

Antes mesmo da edição da Medida Provisória 808, assim se manifestava Homero Batista Mateus da Silva (2017, p. 200/201.):

Podemos afirmar que praticamente todas as normas de direito material do trabalho poderão ser aplicadas a partir de 11.11.2017, tanto para contratos de trabalho antigos quanto para os novos. Não há direito adquirido à aplicação da legislação vigente à data de admissão do empregado, ressalvadas poucas exceções abaixo indicadas e ressalvadas as hipóteses de dispositivos serem declarados inconstitucionais, [...].

Um obstáculo à auto aplicabilidade reside na redução salarial. Neste passo, talvez seja mais adequado priorizar o conceito geral da irredutibilidade salarial - amparo pelo art. 7º, VI da CF, e também parte integrante do princípio protetor que norteia o direito do trabalho - a se aplicar atalhoadamente a nova legislação

ordinária. Essa colisão será sentida particularmente na alteração dos arts. 457 e 458, pois ali houve alteração de natureza jurídica das parcelas denominadas ajuda de custo, diária de viagem prêmio e abonos. [...] **Quando o legislador determina que o prêmio perdeu sua natureza salarial há um rebaixamento de 30% a 40% nos ganhos diretos e indiretos do empregado, com perda dessa cadeia de reflexos. Isso, sim, impacta no conceito de redução salarial.** Pode-se argumentar cnicamente que não houve redução salarial nominal na parcela ou rubrica - isso é fato, pois o prêmio seguirá sendo pago - mas a proposta de irredutibilidade salarial está ligada aos ganhos ou à renda do trabalhador e não ao nome da parcela. Daí por que **este livro sustenta que a alteração da natureza jurídica das parcelas não apanha os contratos de trabalho em vigor, mas apenas os empregados contratados a partir de 11.11.2017.** (grifo nosso).

Sobre a mesma matéria, destacam Maurício Delgado e Gabriela Delgado (2017, p. 371):

De um lado, há ponderações no sentido de que a Lei n. 13.467/2017 atinge, a partir de 13.11.2017, todos os contratos de trabalho existentes no País, mesmo os contratos antigos, pois correspondem a contratos de trato sucessivo, com parcelas que se vencem reiteradamente ao longo do tempo. Nesse quadro, as parcelas antigas estariam preservadas, porém as parcelas subsequentes a 13.11.2017 estariam alcançadas pela lei nova.

De outro lado, **há ponderações no sentido de que a Lei n. 13.467/2017 teria de respeitar o direito adquirido pelos trabalhadores,** em seus contratos de trabalhos antigos, não podendo modificar o conteúdo de tais contratos, ainda que esse conteúdo tenha sido criado, tempos atrás, por regra legal.

[...]

A jurisprudência do TST, ao enfrentar, há poucos anos, situação parecida, sufragou esta segunda direção interpretativa. (grifo nosso).

Essa última posição não é totalmente contrária à primeira, pois o detalhamento realizado por Delgado e Delgado é justamente acerca da redução salarial, hipótese que o magistrado Homero Batista relaciona como exceção à aplicação imediata da Reforma.

Esse dissenso se fez também presente quando a MP n. 808 caducou.

Como a Lei n. 13.467/17 foi restabelecida na sua integralidade, os debates acerca de sua aplicação imediata também persistiram, o que será detalhado no tópico subsequente.

2.4 A Medida Provisória e seus efeitos

A medida provisória, instrumento que substituiu o decreto-lei, é adotada pelo Presidente da República de forma unipessoal (NOVELINO, 2017).

A Constituição Federal, no *caput* do art. 62, estabelece as duas principais características desse instituto: a) destina-se a situações de urgência e de relevância destacada e b) tem força de lei.

Os regramentos constitucionais da matéria estão bem delineados no sítio da Câmara dos Deputados (2018, p. n.p):

Produz efeitos imediatos, mas depende de aprovação do Congresso Nacional para transformação definitiva em lei. Seu prazo de vigência é de sessenta dias, prorrogáveis uma vez por igual período. Se não for aprovada no prazo de 45 dias, contados da sua publicação, a MP tranca a pauta de votações da Casa em que se encontrar (Câmara ou Senado) até que seja votada. Neste caso, a Câmara só pode votar alguns tipos de proposição em sessão extraordinária.

Do exposto, constata-se que a medida provisória produz efeitos precários no que diz respeito aos efeitos temporais, valendo observar, ademais, que a Carta Magna não restou silente quanto à possibilidade de sua perda de eficácia e quais efeitos ela produziria, assim estabelecendo no art. 62, §11: “Não editado o decreto legislativo a que se refere [...] as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas”.

Sobre o assunto, assim assinala Alexandre de Moraes (2017, p. 715.):

Caso, porém o Congresso Nacional não edite o decreto legislativo no prazo de 60 dias após a rejeição ou perda de sua eficácia, **a medida provisória continuará regendo somente as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a vigência.**

Dessa forma, a Constituição permite, de forma excepcional e restrita, a **permanência dos efeitos *ex nunc* de medida provisória** expressa

ou tacitamente rejeitada, sempre em virtude de inércia do Poder Legislativo em editar o referido Decreto Legislativo.

Trata-se do retorno *envergonhado* dos efeitos *ex nunc* resultantes da rejeição do antigo Decreto-lei, que possibilitavam a manutenção da vontade unilateral do Presidente da República, mesmo tendo sido rejeitada pelo Congresso Nacional. (grifo nosso)

Há previsão constitucional, assim, de que, diante da perda de vigência da medida provisória, seja editado um decreto legislativo, definindo quais efeitos esta produziu.

Caso não editado aquele decreto legislativo, parece razoável concluir que a medida provisória terá produzido efeitos apenas durante o espaço de tempo que vigorou.

O ideal, sem dúvida, seria a edição desse decreto legislativo, numa tentativa de, no meio do caos legislativo instaurado pelos poderes Executivo e Legislativo, assegurar o mínimo de segurança jurídica.

Parece improvável, contudo, que isso aconteça, como destaca o professor Marco Aurélio Serau Junior (2017).

Nesse caso, necessário se faz o estudo da hipótese em que a Reforma Trabalhista e a MP 808 coexistiram, e, na sequência, os efeitos decorrentes da sua caducidade.

Para os que admitiam a constitucionalidade do artigo 2º da MP 808, a perda de sua eficácia fez com que retornassem os questionamentos quanto à aplicabilidade da Reforma aos contratos de trabalho vigentes, já que não haveria mais regra estabelecida de direito intertemporal.

Porém, por mais que a Carta Magna tenha garantido poder de lei quando a medida provisória não for ratificada, o excelso Supremo Tribunal Federal, em decisão recente, de março passado, entendeu que tal particularidade deve ser cuidadosamente analisada, como se verifica de trecho do seguinte aresto:

O Tribunal registrou que o § 11 do art. 62 da CF deve ser interpretado com cautela, não se podendo protrair indefinidamente a vigência de medidas provisórias rejeitadas ou não apreciadas. Referida norma visa garantir segurança jurídica àqueles que praticaram atos embasados em medida

provisória rejeitada ou não apreciada, mas **isso não pode ensejar a sobreposição da vontade do Chefe do Poder Executivo à vontade do Poder Legislativo**, o que ocorrerá, por exemplo, em situações nas quais a preservação dos efeitos de determinada medida provisória rejeitada implicar na manutenção de sua vigência. Interpretação diversa ofende a cláusula pétrea constante do art. 2º da Constituição, que preconiza a separação entre os Poderes (<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo894.htm>).

A interpretação da Suprema Corte, assim, impõe forçosa conclusão de que o art. 2º da MP 808 já não produz mais quaisquer efeitos, pois, a proceder-se de forma diversa, teríamos que sobrepor a vontade do Executivo à do Legislativo, que não modulou, pelo menos até agora, os efeitos da perda da vigência da referida medida provisória.

Essa parece ser a interpretação mais adequada diante do posicionamento do Egrégio STF quanto aos efeitos de medida provisória não apreciada.

386 2.5 Como fica a aplicabilidade da MP 808

Como visto alhures, já havia discordância doutrinária quanto à aplicação intertemporal da Reforma Trabalhista, no tocante aos aspectos de ordem material.

Porém, o aspecto mais controvertido, com certeza, é a aplicabilidade da Medida Provisória 808.

Se não houver decreto legislativo modulando os efeitos de sua aplicação, terá ela valido como lei por um breve período (entre 14-11-2017 e 23-4-2018) e produzirá efeitos diferentes, a depender da situação.

É, em verdade, impossível esgotar tais possibilidades, pois é próprio do mundo jurídico deparar-se com diversas situações, porém, em regra, podem ocorrer as seguintes hipóteses:

- a)* contratos iniciados e terminados antes da vigência da Reforma Trabalhista;
- b)* contratos firmados antes da Reforma;
- c)* contratos que iniciaram entre a Reforma e a edição da MP 808;

d) contratos que iniciaram durante a vigência da MP 808;

e) contratos que iniciaram após o término da vigência da MP 808.

O ponto de partida para discutir as hipóteses elencadas é a perda de validade do art. 2º da MP 808, norte este que guiará a análise das situações acima delineadas, iniciando pela que suscita mais dúvidas, a alínea “b”.

2.5.1 A hipótese “b” - contratos que existiam antes da Reforma

A hipótese em tela é a que desafia mais interpretações, sem dúvida nenhuma.

Para os contratos que existiam antes da Reforma, boa parte da doutrina (Homero Batista, com a exceção dos artigos relacionados à redução salarial, é o exemplo mais destacado, como já referido), entendia pela aplicação imediata da nova legislação, exceção feita aos casos de eventual inconstitucionalidade, que poderá ser declarada incidentalmente.

Isso se daria, segundo os que defendem esse posicionamento, porque as regras dos contratos de trabalho estariam previstas em lei, e modificada esta, pareceria evidente a aplicação imediata das novas normas legais.

Todavia, o posicionamento em tela, como já se viu, não é unânime, pelo confronto com os princípios específicos do Direito do Trabalho.

Em situação análoga, já se pronunciou o TST, quando da edição da Lei n. 12.740/12, que revogou a Lei n. 7369/85, e passou a prever que o adicional de periculosidade seria pago apenas sobre o salário-base, alterando o texto do artigo 193, *caput*, da CLT.

Modulando os efeitos da lei referida, o TST editou a Súmula n. 191, que previu que as novas disposições legais valeriam apenas para os contratos novos, isto é, os firmados na vigência da nova lei, *verbis*:

SUM-191 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE.
INCIDÊNCIA. BASE DE CÁLCULO

I – O adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais.

II – O adicional de periculosidade do empregado eletricitário, contratado sob a égide da Lei 7.369/1985, deve ser calculado sobre

a totalidade das parcelas de natureza salarial. Não é válida norma coletiva mediante a qual se determina a incidência do referido adicional sobre o salário básico.

III – A alteração da base de cálculo do adicional de periculosidade do eletricitário promovida pela Lei 12.740/2012 atinge somente contrato de trabalho firmado a partir de sua vigência, de modo que, nesse caso, o cálculo será realizado exclusivamente sobre o salário básico, conforme determina o § 1º do artigo 193 da CLT.

A título de ilustração, tome-se como exemplo o caso de um empregado que recebe ajuda de custo habitual superior a 50% do salário e que tem seu contrato iniciado antes de 11-11-2017.

Pela redação antiga do texto celetário, a ajuda de custo superior a 50% do salário se integrava à remuneração do empregado.

Com o advento da Reforma, a ajuda de custo passou a ter natureza indenizatória, independentemente do percentual pago, conforme nova redação do § 2º do art. 457 da CLT.

388

Aplicando-se, por analogia, o entendimento do TST, ter-se-ia por inaplicável àquele empregado a alteração efetuada, porquanto atentaria contra o princípio da irredutibilidade salarial, além de constituir alteração lesiva ao empregado, à luz do art. 468 da CLT.

Outrossim, para quem acredita que todas as regras da Reforma Trabalhista se aplicam desde o início da sua vigência, independentemente de se tratar ou não de norma que implique redução salarial, o exemplo em tela torna difícil a defesa da aplicação imediata e geral, notadamente porque a MP 808 trouxe, novamente, a limitação em 50% da ajuda de custo.

De outro modo, entre 11-11-2018 e 14-11-2018, quando vigente na plenitude a Lei n. 13.467/17, se poderia entender que a ajuda de custo, independentemente do valor recebido, passou a ter natureza indenizatória, à luz da nova redação do art. 457, § 2º, da CLT.

Com a vigência da MP 808, a partir de 14-11-2017, tal disposição já não mais se manteria, e depois de a norma caducar, poderia ser paga de novo em qualquer valor, sem refletir nas parcelas salariais, tudo isso no mesmo contrato de trabalho.

Entretanto, não é esta a interpretação que se afigura mais correta

e razoável.

Além de não recomendável a insegurança jurídica que este posicionamento traz, com regras contraditórias vigendo, não vigendo mais e voltando a viger, tal interpretação também foge do razoável e, igualmente, vai de encontro ao princípio que veda a irredutibilidade salarial, além de afrontar o art. 468 da CLT, que impede a alteração lesiva do contrato de trabalho.

Nesse exemplo, acredita-se que a interpretação mais consentânea, que salvaguardaria o salário de eventual redução, independentemente da alteração legislativa, é a de inaplicabilidade do dispositivo para os contratos de trabalho ativos quando da Reforma, preservando o empregado o direito de incorporar à remuneração a ajuda de custo, sempre que esta exceder ao limite de 50% do salário-base.

Menos polêmicas são as interpretações quanto aos dispositivos favoráveis ao empregado, tomando-se como exemplo as férias, que, no texto revogado da CLT, poderiam ser parceladas apenas em dois períodos, conforme §1º do art. 134 da CLT.

389

Com a alteração promovida pela Lei n. 13.467/17, a nova redação do dispositivo legal passou a prever a divisão das férias em até três períodos, “...sendo que um deles não poderá ser inferior a quatorze dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos, cada um”.

Por ser norma mais favorável ao empregado, esta tem aplicação imediata àqueles empregados com contrato de trabalho anterior à Reforma.

Não se olvida, claro, da existência de situações extremamente polêmicas, a exemplo do trabalho insalubre da gestante.

Sua regulação é dada pelo art. 394-A da CLT, que sofreu muitas alterações:

Antes da “Reforma”: A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre (artigo 394-A, CLT)

Texto da “Reforma”: Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. (art. 394-A, incisos I, II e III, parágrafos segundo e terceiro, CLT).

Texto da MP n. 808: A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade. (art. 394-A, parágrafos segundo e terceiro, CLT).

Em suma: (i) antes da reforma, havia proibição absoluta de labor da mulher gestante ou lactante em local de qualquer grau de insalubridade; (ii) com a Lei n. 13.467/17, houve a proibição do labor em local insalubre apenas da mulher gestante e somente em locais de insalubridade de grau máximo, com permissão geral do labor em grau médio e mínimo, e a possibilidade de a gestante apresentar atestado de médico de confiança para evitar esse labor. O trabalho da lactante em local insalubre foi permitido, assim, em qualquer grau, inclusive o grau máximo, ressalvada a apresentação de atestado de saúde e (iii) com a MP n. 808, voltou-se a proibir o trabalho da gestante em local insalubre em qualquer grau, restando silente quanto à mulher lactante.

Nesse caso, se seguirmos a premissa geral de aplicação imediata, exceção feita às hipóteses que comportem redução de salário, estaríamos diante de uma verdadeira aberração jurídica, não havendo como se conceber este tratamento legislativo.

As situações serão trazidas ao Judiciário e resolvidas caso a caso, não havendo que se falar em uma regra imutável e geral de aplicação de direito intertemporal.

Cada situação vai exigir um esforço interpretativo do Judiciário, sopesando a hipótese fática, os princípios constitucionais trabalhistas e a legislação vigente, frente, igualmente, à razoabilidade e ao bom senso que

devem imperar em situações como a da gestante/lactante.

Não se afigura razoável, diante das normas constitucionais que asseguram a proteção à saúde e segurança no trabalho, que as mulheres gestantes e lactantes sejam colocadas em situação prejudicial, além da imposição de riscos à saúde do nascituro ou mesmo ao bebê já nascido.

A inconstitucionalidade do dispositivo trazido pela Lei n. 13.647/17, e mesmo da MP 808 parece evidente.

Mesmo que se entenda, *ad argumentandum*, pela constitucionalidade das alterações, a razoabilidade e o bom senso que devem imperar na interpretação das normas, bem assim a vedação do retrocesso social, impedem a aplicação imediata de tais disposições.

Nesse sentido, o posicionamento do Ministro Maurício Godinho Delgado (2017), para quem a lei da Reforma deve ser aplicada apenas aos contratos novos.

Da mesma forma, os juízes do trabalho Antônio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto, para quem o silêncio da Lei n. 13.467/17, quanto à matéria de direito intertemporal material, “...autoriza a ilação de que, como regra, os dispositivos de direito material que criem novas figuras, eliminem direitos ou criem restrições desfavoráveis aos trabalhadores somente valham para as relações de emprego inauguradas no novo ambiente normativo da Lei n. 13.467/17” (2018, p. 601).

2.5.2 Hipóteses “c” - contratos que iniciaram entre a Reforma e a MP 808 - e “d” - contratos que iniciaram durante a vigência da MP 808

Primeiramente, analisa-se os casos em que os contratos iniciaram entre a Reforma e a MP 808. É hipótese específica na qual o contrato de trabalho iniciou entre 11-11-2017 e 13-11-2017, um pequeno interstício.

Aplicando-se a tese de inaplicabilidade imediata da lei nova, proposta pelo Ministro Godinho, admitir-se-ia que a gestante recém-empregada naquele curto espaço de tempo deveria ter seu contrato de trabalho regulado por lei mais prejudicial (a Reforma, como já visto anteriormente, trouxe norma mais lesiva à gestante, em comparação à MP

808).

Porém, isso não parece razoável e viola o princípio da proteção, além de beirar a inconstitucionalidade, gerando a inevitável conclusão de que a aplicação da MP deveria ser imediata, já que a MP 808 tende a ser mais protecionista do que a Reforma, como já visto outrora.

Assim, nas hipóteses em comento, tem-se por aplicável a MP 808, porque mais favorável, razão pela qual se o contrato continuar após 23-4-2018, seria aplicada a lei da Reforma apenas aos contratos novos, realizados após essa data, e não aos iniciados entre os dias 11-11-2017 até 13-11-2017, aderindo ao contrato de trabalho as normas da MP 808, que são mais protecionistas (fora a hipótese, reitere-se, de serem declaradas inconstitucionais as normas referidas, por violarem a saúde e segurança da trabalhadora gestante/lactante).

Quanto à hipótese “d”, isto é, os contratos que iniciaram durante a vigência da MP 808, evidente que o entendimento deve ser o mesmo dado à hipótese “b”, de inaplicabilidade das normas da Reforma, a fim de manter coerência com o raciocínio anterior, já que a situação é muito similar à hipótese “b” (contratos vigentes antes da Reforma), isto é, contratos iniciados sob regime mais protetivo e, posteriormente, regidos por norma mais danosa.

392

2.5.3 Hipóteses sem controvérsia: “a” (contratos iniciados e terminados antes da vigência da “Reforma”) e “e” (contratos que iniciaram após a MP)

Essas duas hipóteses não padecem de controvérsia, por terem seus marcos definidos em período cronologicamente estável.

Quanto à hipótese “a”, para os contratos iniciados e terminados antes da vigência da Reforma, isto é, antes de 11-11-2017, como os atos foram praticados sob a vigência de um mesmo diploma legislativo, por ele serão regidos, independentemente de quando ajuizada a ação.

É o respeito da regra geral de aplicação da norma vigente à época do ato (*“tempus regit actum”*).

Quanto à hipótese “e”, isto é, os contratos que iniciaram após a MP 808 perder a eficácia (ou seja, contratos iniciados após 23-4-2018), e

que passaram a existir sob a lei já vigente, não há dúvida que as normas que o regeirão serão aquelas da época da contratação, qual seja, a CLT com as alterações trazidas pela Lei n. 13.467/17.

3 CONCLUSÃO

A matéria em debate é extremamente controvertida e está na ordem do dia.

Afinal, a MP 808 perdeu vigência há poucos meses e o Judiciário Trabalhista recém vem enfrentando as primeiras demandas que discutem a aplicabilidade das normas trazidas pela Lei n. 13.467/17 e pela MP 808, não havendo notícia até a presente data de que haverá edição de decreto legislativo pela Câmara dos Deputados, a fim de modular os efeitos da medida provisória que caducou.

Estamos diante de um momento histórico, e será o Judiciário Trabalhista quem definirá os contornos das alterações trazidas pela Lei n. 13.467/17 e pela MP 808, especialmente o Tribunal Superior do Trabalho.

Enquanto isso não ocorre, necessária se faz a análise caso a caso das alterações introduzidas e seus diferentes momentos, à luz dos contratos de trabalho firmados e a depender da época em que vigoraram.

Não à toa, os posicionamentos dos mais distintos e honrosos operadores do direito divergem acerca do tema, principalmente porque o contrato de trabalho se prorroga no tempo, com reflexos distintos, a depender da matéria.

O que parece ser mais coerente, tanto pelo histórico de julgamentos do Tribunal Superior do Trabalho quanto pelas garantias constitucionais de segurança jurídica, respeito ao ato jurídico e direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF) e, ainda, pelos princípios específicos de proteção ao trabalhador e norma mais favorável, é a aplicação das normas para cada uma das hipóteses contratuais temporais, assim resumidas:

- a) para contratos vigentes anteriormente à Reforma, a não aplicação da lei nova de forma imediata, salvo em situações que sejam mais favoráveis ao trabalhador;

b) para os contratos que iniciaram no curto interstício entre o início de vigência da reforma (11-11-2017) e a edição da MP 808 (14-11-2017), a aplicabilidade das disposições trazidas pela Lei n. 13.467/17, respeitada eventual arguição de inconstitucionalidade pelo julgador, seguida por aquelas previstas na MP 808, até 23-4-18, até o final do contrato, uma vez que mais benéficas;

c) para contratos que iniciaram após edição da MP, mas antes dela caducar, serão aplicáveis as normas previstas na MP 808, salvo eventual inconstitucionalidade, como no caso das gestantes;

d) para contratos iniciados e terminados antes da vigência da Reforma, e para aqueles iniciados após a caducidade da MP 808, aplica-se a máxima de “*tempus regit actum*”, isto é, será aplicável a lei vigente à época dos fatos.

394

A serenidade, o bom senso e a razoabilidade são as palavras de ordem.

É tempo de reflexão.

Nada ainda está definido e, por isso, mais importante do que nunca o papel das discussões acadêmicas, a fim de que os operadores do direito possam trocar ideias e discutir a respeito, sempre levando em conta as características e os princípios que norteiam o Direito do Trabalho.

O presente artigo, obviamente, não tem finalidade exauriente, servindo apenas para lançar luzes e reflexões ao tema, sem pretensão de estarmos certos ou errados.

Os debates estão apenas começando e muito há para se discutir, aclarar e decidir, porque, como bem disse o Ministro Alexandre Luiz Ramos, nosso mais novo Ministro do TST, oriundo dos quadros do Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina, no prefácio da obra escrita por juízes do trabalho catarinenses, a lei “...é uma ferramenta, que pode construir um futuro melhor, mas, como toda ferramenta, também pode destruir”.⁵

5 LISBÔA, D. *et al.* REFORMA TRABALHISTA COMENTADA POR JUÍZES DO

Que busquemos todos nós, advogados, juízes e demais operadores do Direito, sermos as ferramentas que reconstruirão as estruturas do Direito do Trabalho, de forma a não descaracterizar os princípios que o inspiram e a feição social que lhe é tão peculiar.

REFERÊNCIAS

CASSAR, Vólia B. **Comentários à Medida Provisória 808, de 14.11.17**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/12/05/comentarios-medida-provisoria-808/>>. Acesso em: 8 maio 2018.

CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e. **Navegar É Preciso** – O art. 2º da Medida Provisória nº 808, de 14 de Novembro de 2017, os Contratos Vigentes e a Extensão da Interpretação e Julgamento dos Magistrados, Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, ano XXIX, nº 343, jan. 2018, p. 14.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com comentários à Lei n. 13.467/2017, São Paulo: LTr, 2017, p. 370.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **A Reforma**: Uma promessa vã. Revista do Tribunal Regional da 9ª Região, v. 7, n. 62. set./out. de 2017.

FREITAS, Cláudio Victor de Castro Freitas. **A Reforma Trabalhista e o Direito Intertemporal**: Aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais sobre a aplicação da Lei n. 13.467/2017, Revista dos Tribunais, ano 106, vol. 985, nov. 2017, p. 74.

LISBÔA, Daniel. *et al.* **Reforma trabalhista comentada por juízes do trabalho**: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **A reforma trabalhista, a Medida Provisória 808 e a segurança jurídica**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/reflexoes-trabalhistas-reforma-trabalhista-medida-provisoria-808-seguranca-juridica>>. Acesso em: 3 maio 2018.

MONTEIRO, Carolina Masotti. Mary Shelley e a Reforma Trabalhista: Um Frankenstein a Brasileira. **Revista do Tribunal Regional da 9ª Região**, v. 6, n. 61, jul./ago de 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 715.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 653.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1993. p. 42-43 e 28.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Reforma Trabalhista: Efeitos Jurídicos da Caducidade da MP 808/2017**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/04/24/reforma-trabalhista-efeitos-juridicos-da-caducidade-da-mp-808-2017/>>. Acesso em: 3 maio 2018.

_____. **Reforma Trabalhista: Efeitos jurídicos da caducidade da MP 808/2017**. Disponível em: <https://www.ieprev.com.br/conteudo/categoria/3/4071/reforma_trabalhista_efeitos_juridicos_da_caducidade_da_mp_808_2017>. Acesso em: 4 maio 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da Silva, **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 198.

SOUZA JÚNIOR, A. U.; SOUZA, F.C.; MARANHÃO, N.; AZEVEDO NETO, P. T., **Reforma Trabalhista - Análise Comparativa e Crítica da Lei n. 13.467/17 e da Med. Prov. n. 808/17**. São Paulo: Rideel, 2018. p. 601.