

REFORMA TRABALHISTA: RISCOS E INSEGURANÇAS DE APLICAÇÃO

LABOR REFORM: RISKS AND INSECURITIES OF APPLICATION

Rodrigo Trindade*

RESUMO

Este artigo analisa, de forma crítica e reflexiva, os diversos aspectos da Lei n. 13.467/2017, sobretudo no que tange ao emprego de conceitos indeterminados, às suas (in)constitucionalidades e ao controle de convencionalidade. Conclui-se que são grandes as inseguranças geradas pela reforma trabalhista, cabendo, mais uma vez, ao Poder Judiciário arrefecer as dúvidas decorrentes da nova legislação.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Conceitos indeterminados. (In)Constitucionalidade. Controle de Convencionalidade. Riscos e inseguranças de aplicação.

INTRODUÇÃO

Zygmunt Bauman identificou que a vida insegura é uma das características mais marcantes da pós-modernidade. Segundo o filósofo polonês recentemente falecido, vivemos a existência de riscos que dificilmente podem ser calculados. Nesse mundo líquido, as inseguranças são espalhadas e fluidas, a maior parte oriunda de desconhecimento do porvir em diversos campos da vida.

Quem não se sente receoso com a nova centena de regras da CLT só pode estar mal informado. Também estudioso do mundo do trabalho, Bauman poderia ter identificado a reforma trabalhista como nova fonte de insegurança. Não líquida, mas tão sólida como as velhas culpas.

Projetos legislativos com tantos dispositivos, e tamanha penetração na sociedade, costumam ser discutidos por muito mais tempo e por especialistas. Assim ocorreu com a Lei de Diretrizes da Educação, Lei de Recuperação Judicial e os Códigos Civil e de Processo Civil. A Lei n. 13.467/2017 teve poucas semanas de tramitação na Câmara dos Deputados, praticamente nula discussão pela sociedade civil e não recebeu qualquer aperfeiçoamento no Senado. Para encerrar a trajetória, restou promulgada pelo Executivo sem qualquer veto.

* Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Especialista em Direito do Trabalho pela Udelar (Uruguai). Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 4ª Região - AMATRA IV. Vice-Presidente da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho.

Como meio de evitar que o Parlamento produza leis assim viciadas, espera-se que se realizem discussões amplas, haja reflexões serenas sobre sua extensão, e especialistas sejam consultados. Entidades representativas da Magistratura, Ministério Público e Advocacia estudaram e produziram documentos alertando sobre as incompatibilidades do então projeto para com a Carta Magna. Nada foi acolhido no Parlamento e, agora, não é de surpreender que a lei chegue recheada de conceitos largamente indeterminados, possíveis inconstitucionalidades, inconveniências e ampla insegurança sobre sua efetividade.

As imperfeições da lei não surpreendem. Mas precisam ser enfrentadas.

1 CONCEITOS INDETERMINADOS

Há dezenas de novas figuras trazidas na Lei n. 13.467 e que não apresentam mínima conformação com o que hoje se conhece e aplica.

A reforma trabalhista estabelece a perda do caráter salarial de importâncias pagas pelo empregador. Os §§ 2º e 4º do art. 457 da CLT buscam fixar valor absoluto para a semântica, fazendo com que as palavras prêmio, ajuda de custo, vale-refeição, diária e abono sejam suficientes para excluir o caráter de salário e conseqüente integração no complexo salarial. Em tese, empregados podem receber “salário” muito pequeno, mas que se soma com parcelas “não salariais”. Além de fazer com que verbas reflexas (férias, 13º, aviso prévio etc.) sejam muito pequenas, é medida catastrófica para a Previdência, reduzindo arrecadação e valores de benefícios. Se, em Direito, os elementos de formação dos conceitos são jurídicos, e não meramente semânticos, quais serão os limites para reconhecer as verbas como efetivamente salariais ou meramente indenizatórias? Ou inauguramos novo momento hermenêutico em que significações de dicionários se sobrepõem a conceitos jurídicos colhidos dos fatos?

De forma absoluta, e sem nenhum esforço para conceituação, cria-se a figura do “trabalhador autônomo exclusivo” (art. 442-B), afastando-se “a qualidade de empregado”. Também aqui se aparenta vontade de estabelecer caráter absoluto à semântica. Toda a orientação constitucional é de proteção de direitos fundamentais dos trabalhadores, essencialmente de reconhecer a condição de empregado. Além de possível inconstitucionalidade, trata-se de figura de difícil conceituação para se diferenciar de empregado, em suas conformações universais.

O art. 456-A permite que o empregador imponha padrões de vestimenta a seus funcionários, havendo licitude na colocação de logomarcas. A dignidade humana é elemento fundamental da República e projeta-se para todas as relações da vida, incluindo o modo de vestir-se e apresentar-se.

Espera-se que haja limites para possível transformação de pessoas em agentes de propagandas passivas e que não se imponham vestimentas atentatórias ao pudor individual. A lei, todavia, nada dispõe sobre orientação de restrições.

Toda a fundamentação da reforma trabalhista apresentou a nova figura do contrato de trabalho intermitente (arts. 443 e 452-A) como necessário para atividades empresariais sazonais ou que demandam mão de obra apenas em poucos dias do mês. O texto legal, todavia, não apresenta qualquer limitação ao tipo de atividade profissional ou empreendimentos, como hotéis e restaurantes. Caberá ao intérprete acolher a aparente intenção do legislador em seus discursos, reconhecendo validade desse tipo contratual somente em atividades que ordinariamente demandem? Ou está liberada, em qualquer ramo, a contratação de trabalhadores para ficarem permanentemente à disposição e somente receberem pelas horas de acionamento?

2 INCONSTITUCIONALIDADES

Em todo o planeta, leis precisam guardar submissão à Constituição, pois este é o mais importante documento de convivência de uma comunidade. Leis que não observam as orientações constitucionais são reconhecidas pelo Judiciário como inconstitucionais e, portanto, não podem ser aplicadas.

Praticamente toda a Lei n. 13.467 estabelece restrições de direitos trabalhistas, apesar de a Constituição Federal estar assim redigida:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

A orientação constitucional é de que a Carta elenca direitos mínimos e cabe à legislação ordinária efetuar ampliações, cumprindo a orientação - também constitucional - de fundamentar a República na dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV). Na doutrina de Direito do Trabalho a isso se dá o nome de "Progressividade" e "Vedação de Retrocesso". O estabelecimento de uma nova lei que fixa restrições variadas de direitos, sem nem mesmo elencar benefícios compensatórios, relativiza sobremaneira a orientação constitucional.

Mas as possíveis inconstitucionalidades ficam ainda mais evidentes na análise atomizada dos novos dispositivos.

Nossa Carta Magna indica, nos incisos de seu art. 7º, diversos direitos trabalhistas, incluindo o reconhecimento do estabelecido em acordos e convenções coletivas de trabalho. E, em apenas três desses incisos, há referência à possível flexibilização, via negociação coletiva, de redução

salarial em momento de crise econômica (VI), compensação de jornada de trabalho (XIII) e trabalho em regime de turno ininterrupto de revezamento (XIV). Até hoje, a interpretação foi a de que, portanto, apenas esses podem ser diminuídos por negociação coletiva. O primeiro, e mais evidente exemplo de possível inconstitucionalidade, refere-se à fórmula proposta de negociado sobre legislado. Em suma, busca-se permitir que acordos e convenções coletivas de trabalho possam estabelecer condições inferiores ao fixado pela lei, e não apenas em relação às três hipóteses autorizadas pela Constituição. O art. 611-A elenca 15 situações expressas e ainda se utiliza da expressão “entre outros”.

Como em praticamente todo o mundo civilizado, e bem assentado na Constituição Brasileira, nenhum empregado pode receber menos de um salário mínimo (art. 7º, IV). A Lei de 2017 cria o contrato de trabalho intermitente (art. 443, *caput* e § 3º; e art. 452-A), pelo qual o funcionário se mantém à disposição, aguardando chamado, mas só ganha salário calculado pelas horas efetivamente trabalhadas. Também há alargamento do trabalho a tempo parcial (art. 58-A) e ampliação do ambiente de trabalho autônomo (art. 442-B). Todos esses abrem largas portas para o trabalho com salário muito inferior ao mínimo.

Orientando princípio de moralidade administrativa, os arts. 37, II, e 236, § 3º, da Constituição estabelecem obrigatoriedade de concurso público para investidura em cargo ou emprego público. A Lei n. 13.467, todavia, permite, sem qualquer limitação para empresas públicas e de economia mista, terceirização em todas as áreas (nova redação para o art. 4º-A da Lei n. 6.019/1974). Além de abrir novo espaço para apadrinhamentos e favorecimentos escusos, a regra gera dúvidas sinceras sobre sua constitucionalidade.

O inciso VI do art. 7º da Constituição consagra o princípio da estabilidade financeira, impedindo diminuição de salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo. O conceito jurídico de salário abrange todas as verbas do complexo salarial. A nova redação do § 2º do art. 468 da CLT permite que o empregador, a qualquer tempo, e por qualquer motivo, extinga pagamento de gratificações. Na prática a lei extermina a utilidade prática do dispositivo constitucional, permitindo amplos rebaixamentos salariais.

As factíveis inconstitucionalidades também alcançam as novas regras de direito processual.

Um dos mais importantes aportes civilizatórios dos últimos séculos foi o monopólio estatal de jurisdição. Conforme estabelece o inciso XXXV do art. 5º da Constituição, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. A nova lei, no entanto, expressamente possibilita exclusão de conhecimento por parte do Judiciário de lides trabalhistas

daqueles que ganham salário um pouco mais elevado (art. 507-A). Também impede que a magistratura analise litígios, caso formalidades inseridas na CLT tiverem sido cumpridas, tais como distrato (art. 484-A), plano de demissão voluntária (art. 477-B) e quitação periódica (art. 507-B). Por fim, acordos e convenções coletivas de trabalho têm praticamente todo seu conteúdo esterilizado de possível controle judicial (art. 611-A, § 1º). As dúvidas sobre se todos esses dispositivos observam a Constituição são acompanhadas de certeza do risco social ao deixar tantas demandas descobertas da responsabilidade do Estado.

A nova redação do parágrafo único do art. 878 da CLT exclui atuação do juiz do trabalho no impulso inicial à execução. A isso somam-se diversos novos dispositivos tendentes a reduzir a efetividade da jurisdição trabalhista e satisfação de dívidas. Assim ocorre com a limitação de conceituação de grupo econômico (art. 2º, §§ 2º e 3º), restrições de responsabilidade de sócios (art. 10-A) e contenções a protestos de devedor (art. 883-A). A regra constitucional vigente é de razoável duração do processo como direito fundamental (art. 5º, LXXVIII) e que dificilmente guarda coerência com as inovações legais.

3 INCONVENCIONALIDADES

Leis nacionais são sujeitas a dois tipos de controle vertical: de constitucionalidade e de convencionalidade.

Inserido que está o Brasil na comunidade de nações, reconhece obrigatoriedade de cumprimento aos instrumentos normativos internacionais de que participa. A legislação produzida internamente, portanto, deve se sujeitar ao estabelecido em acordos e convenções internacionais. Desse modo, uma lei pode ser constitucional, mas, inconveniente.

A reforma trabalhista foi pouquíssimo discutida no Parlamento, não foi precedida de consulta séria pelas centrais sindicais e praticamente não recebeu aperfeiçoamentos parlamentares. Toda a orientação do art. 611-A da CLT passa a ser de possibilidade de estabelecimento de condições contratuais em patamares inferiores ao fixado na lei. Por conta disso, a Organização Internacional do Trabalho - OIT -, em resposta a consulta de centrais sindicais brasileiras, afirmou que o então projeto de lei violava convenções internacionais ratificadas pelo Brasil.

A Convenção n. 154 da OIT, art. 7º, determina que:

As medidas adotadas pelas autoridades públicas para estimular o desenvolvimento da negociação coletiva deverão ser objeto de consultas prévias e, quando possível, de acordos entre as autoridades públicas e as organizações patronais e as de trabalhadores.

As ausências de consultas prévias e de mínimos acordos entre organizações representativas de capital e trabalho tornam a lei de difícil submissão à norma convencional.

Além da Convenção n. 154, também as de números 98 e 151 estabelecem que o objetivo da negociação coletiva deve ser a fixação de “[...] condições de trabalho que sejam mais favoráveis do que as previstas na legislação.” Esse está longe de ser o pretendido no novo texto da CLT.

4 INSEGURANÇA DE RESULTADOS

Além da vulnerabilidade acerca de conteúdo dos institutos, bem como possíveis inconstitucionalidades e inconveniências, soma-se insegurança no atingimento de resultados de interesse da nação. Dos diversos argumentos colhidos no Congresso Nacional para reformular a organização jurídica do trabalho no Brasil, os mais repetidos foram necessidade de combater desemprego e diminuição de processos judiciais.

Os mesmos fundamentos foram manejados em outra reforma trabalhista. No início de 2012, a Espanha aprovou e implementou ampla alteração em sua legislação laboral, bastante semelhante à obtida pelo atual governo brasileiro. Nesse país europeu, o principal resultado foi a baixa do desemprego de 22,5% para 18,6%. O aumento de postos de trabalho, no entanto, ocorreu a partir do crescimento das contratações de temporários, chegando ao total de 26,5% dos trabalhadores espanhóis.

Na Espanha, o resultado também foi de redução geral de salários. Entre 2011 e 2015, a renda média das famílias baixou, em média, 800 euros por ano. Em grande parte, a perda ocorreu em razão de recontrações a partir de pactos precários, ao ponto de os trabalhadores espanhóis terem atualmente o salário mais baixo entre os grandes da União Europeia. A proporção de condição de pobreza extrema vem aumentando desde 2012, ao ponto de 34,4% dos trabalhadores na Espanha receberem menos de um salário mínimo.

Atualmente, o desemprego brasileiro é de cerca de 13%, mas aproximadamente 40% dos trabalhadores estão na informalidade. A reforma trabalhista nacional aposta em pactos de emprego precarizados e contratação de autônomos. Se for seguida a regra espanhola, eventual pequena queda de desemprego deve ser acompanhada de substituição de força de trabalho com plenos direitos trabalhistas por recontrações a partir de trabalho autônomo (aprofundando a informalidade) e relações de emprego com direitos reduzidos (temporários, intermitentes e terceirizados).

O grande problema dessa substituição está na segunda tendência indicada pela experiência espanhola: a diminuição geral da renda dos trabalhadores. Os salários no Brasil já são tremendamente baixos, inferiores

mesmo aos de vizinhos da América do Sul. Até a China, que acumula acusações de *dumping* social, tem custo de trabalho industrial 16% superior ao brasileiro.

Mesmo com todas as deficiências, cerca de metade da renda brasileira é formada por rendimentos individuais (remunerações e benefícios previdenciários). A retração de salários tende a aprofundar a miséria, arruinar a Previdência Pública e aniquilar o mercado consumidor interno. Eventual redução de custos de produção gerados pela diminuição de despesas com trabalho projetará maior dificuldade empresarial de vender seus produtos.

O segundo grande fundamento verbalizado para a reforma trabalhista não parece guardar melhor sorte. Nesse ambiente de fundadas dúvidas sobre o conteúdo de institutos, inconstitucionalidades, inconveniências e movimentações do mercado de trabalho, não se há de esperar redução de processos judiciais. A Lei n. 13.467 não surge com habilitação para pacificação nas relações de trabalho. Há dois grandes motivos.

Primeiro, em razão de criar novas zonas de dúvidas sobre conteúdo e validade de diversos dispositivos. Todas as divergências devem fazer longa e incerta jornada pelas instâncias do Poder Judiciário, passando por Varas do Trabalho e encerrando-se no Supremo Tribunal Federal. Há dezenas de questões com largas divergências e que haverão de ser enfrentadas nas dezenas de recursos que o ordenamento garante a cada processo.

Nos últimos anos, como resultado da intrínseca dinamicidade do Direito do Trabalho e dificuldades de acompanhamento pelo Parlamento com produção de legislações contemporâneas, um milhar de súmulas e orientações jurisprudenciais foram produzidas. Mas não se pode esperar que súmulas de jurisprudência sigam auxiliando nos esclarecimentos, agora a respeito do conteúdo aplicativo da nova lei. A reforma trabalhista também tratou de criar mecanismo para frear a atividade de produção de súmulas. O artigo 702 da CLT criou três estágios de atravancamento para produção de verbetes sumulares: a) quórum de, pelo menos, 2/3 dos membros do tribunal; b) matéria já deve ter sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, pelo menos, 2/3 das turmas; c) as decisões orientadoras da súmula devem ter ocorrido em, pelo menos, dez sessões diferentes em cada uma delas.

Com todo esse cenário, em previsão otimista, em uma década os primeiros esclarecimentos definitivos deverão estar assentados.

O segundo motivo de inabilitação da nova lei para diminuição de tensão social está nos diversos dispositivos que impedem a atuação do Poder Judiciário no conhecimento e solução de conflitos. Com a reforma trabalhista, permitem-se ampla quitação privada, cláusula compromissória para arbitragem individual e impedimento de análise da maior parte do conteúdo de acordos e convenções coletivas. A exclusão do Estado do trato de divergências graves tem efeito de potencializar atritos individuais e coletivos.

Historicamente, o Direito do Trabalho, unido ao monopólio da jurisdição serve para evitar que os naturais choques entre interesses obreiros e empresariais descambem para a violência. Abandonar essa conquista pode significar graves convulsões sociais. Especialmente em país já tão conturbado por crises políticas e econômicas continuadas e com instituições oficiais desacreditadas.

CONCLUSÃO

São grandes as inseguranças geradas pela reforma trabalhista, e tudo indica que arrefecimentos de dúvidas, mais uma vez, serão efetuados pelo Poder Judiciário. E isso deve ocorrer essencialmente a partir do controle difuso de constitucionalidade. Até que decisões e entendimentos minimamente se assentem, a aplicação descuidada de grande parte dos dispositivos gera imenso passivo potencial a empresários.

Adiante, teremos desafios gigantescos, especialmente de estabelecer novos conceitos, definir inconstitucionalidades e inconveniências e extrair esforço para buscar compatibilidade de uma nova principiologia com uma Carta Magna cada vez mais relativizada em sua essência.

A tarefa que resta é de assimilar riscos e medos trazidos com a reforma trabalhista e conseguir compreendê-la no contexto em que foi gerada. Mas jamais deixando que se esvaíam as esperanças de progresso e primado de direitos fundamentais, valores que sempre caracterizaram os operadores do Direito do Trabalho.

ABSTRACT

This article analyses, in a critical and reflexive way, many aspects of Law 13.467/2017, particularly those concerning employment of indefinite concepts, (un)constitutionality and conventionality control. We came to conclusion that labor reform generates many insecurities, Judiciary Branch being responsible, once more, to cool down the doubts emerging from new legislation.

Keywords: *Labour Reform. Indefinite Concepts. (Un)Constitutionality. Conventionality Control. Risks and insecurities of application.*