

APLICAÇÃO DA LEI 13.467/2017 (E SUAS ALTERAÇÕES) À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Controle de constitucionalidade, desafios dos operadores do direito e a (in)segurança jurídica pós-reforma trabalhista

Gustavo Adolpho Montenegro de Aguiar Otto¹

RESUMO

O presente estudo buscará identificar e analisar os principais institutos e princípios constantes da Carta Maior, aplicáveis à esfera Juslaboral, visando delimitar seu alcance, eficácia e coeficiente de mutabilidade em face das constantes alterações nas dinâmicas sociais, especificamente no que se refere às Relações de Trabalho e seus consectários.

A partir daí, será dado enfoque às alterações efetivadas pela Lei 13.467/2017 - Reforma Trabalhista - que entrou em vigor em 11/11/2017 e alterou substancialmente o regramento normativo que informa o Direito do Trabalho pátrio.

ABSTRACT

The present study will seek to identify and analyze the main institutes and principles contained in the Major Charter applicable to the labor law sphere, aiming to delimit its scope, effectiveness and coefficient of mutability in the face of constant changes in social dynamics, specifically in relation to Labor Relationships and its consectionaries.

From then on, it will focus on the changes made by Law 13467/2017 - Labor Reform - which came into force on 11/11/2017 and substantially altered the normative rule that informs the Labor Law.

Palavras-Chave: Reforma trabalhista, Constitucional, Constitucionalidade, Lei 13.467/2017

Sumário: 1 Lei 13.467/2017 e a Constituição Federal de 1988: análise principiológica e eficácia das normas constitucionais. 1.1 Funções dos princípios constitucionais. 1.2 Aplicabilidade e eficácia da norma constitucional. 1.3 Direitos fundamentais. 1.4 Dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho. 1.5 Normas internacionais aplicáveis ao direito do trabalho brasileiro. 2 Controle de constitucionalidade da Lei 13.467/2017. 2.1 A “Guerra da Reforma Trabalhista”. 2.2 Controle difuso/incidental. 2.3 Controle Concentrado. 3 Conclusão.

1 LEI 13.467/2017 E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA E EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

O Capítulo II do Título II da atual Constituição Brasileira trata, conforme sua denominação, “Dos Direitos Sociais”, e engloba em seu conteúdo os artigos 6º a 11 da Lei Maior.

¹ Advogado, com atuação focada na Justiça do Trabalho. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás - UFG. Pós-Graduando em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera - UNIDERP e em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Está cursando MBA em Gestão e Planejamento de Escritórios de Advocacia, pelo Instituto DALMASS em parceria com a ESA/GO.

Estes direitos sociais, em especial o trabalho, comportam direitos de defesa (liberdades sociais), de preservação da liberdade e da igualdade contra ingerências do Estado que possam reduzir seu grau de proteção, como também direitos a prestações, seja na realização de políticas públicas, seja na esfera individual, conforme ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet: “[...] no âmbito dos direitos sociais (arts. 6º a 11 da CF), se encontram tanto direitos a prestações, quanto concretizações dos direitos de liberdade e igualdade, com estrutura jurídica diversa” (2010, p. 160).

O referido doutrinador conclui, ainda, que (2010, p.174):

[...] boa parte dos direitos dos trabalhadores, positivados nos arts. 7º a 11 de nossa Lei Suprema, são, na verdade, concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas. É o caso, por exemplo, da limitação da jornada de trabalho [...]

Importa notar que a Constituição brasileira não faz distinção entre os direitos e garantias fundamentais quanto ao regime jurídico a ser observado, impondo a todas estas normas sua aplicabilidade imediata, incluídas as decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (parágrafos primeiro e segundo do art. 5º).

De qualquer modo, não se pode descuidar da concepção de Estado Social, o que implica dizer que a liberdade e a igualdade somente serão realizadas, em sentido material, se considerado o compromisso assumido pelo Estado com a realização da justiça social, conforme brilhantemente expõe Sarlet:

Os direitos sociais, ou foram como tal designados por serem direitos a prestações do Estado na consecução da justiça social, mediante a compensação de desigualdades fáticas e garantia do acesso a determinados bens e serviços por parte de parcelas da população socialmente vulneráveis, ou mesmo, como é o caso dos direitos dos trabalhadores (que incluem uma série de direitos típicos de liberdade e de igualdade, no sentido de proibições de discriminação), a qualificação de tais direitos como sendo também direitos sociais está diretamente vinculada à garantia de tutela de uma determinada classe social (os trabalhadores) no âmbito de relações no mais das vezes marcadas por níveis de manifesta assimetria – e desequilíbrio – de poder econômico e social. (SARLET, 2010, p. 217-218)

Percebe-se que, já com o surgimento dos direitos sociais como direitos humanos de segunda dimensão, os conceitos de liberdade e de igualdade foram reformulados, de uma concepção individualista para uma concepção social, reforçada com o conceito de solidariedade, com maior ênfase à dignidade da pessoa humana.

Maurício Delgado critica a aplicação da Hermenêutica Constitucional no que se refere ao Direito do Trabalho, expondo que *“um dos grandes desafios do moderno Direito do Trabalho brasileiro é realizar mais plenamente no seu interior o a dimensão constitucional construída em 1988.”* (2016, p. 241).

Assim sendo, passaremos a estudar neste capítulo os princípios constitucionais norteadores das relações de trabalho, as diferentes funções exercidas no

ordenamento jurídico brasileiro, assim como os graus de eficácia e aplicabilidade dos mesmos.

1.1 Funções dos princípios constitucionais

Tendo em vista a evolução principiológica-normativa implementada pela Constituição Federal de 1988, impende analisar as funções que os princípios constitucionais exercem no ordenamento jurídico e o grau de eficácia que os mesmos detêm.

Nos ensinamentos do professor e Ministro Maurício Godinho Delgado (2016, p. 192), “os princípios cumprem funções diferenciadas. Atuam, na verdade até mesmo na fase de construção da regra de Direito [...] mas será na fase jurídica típica, após consumada a elaboração da regra, que os princípios cumprirão sua atuação mais relevante”.

Assim, de acordo com o Ilustre doutrinador, na fase jurídica de aplicação dos princípios, estes podem ser divididos em três funções essenciais, as quais ele denomina como *Princípios Descritivos (ou Informativos)*, *Princípios Normativos Subsidiários e Princípios Normativos Próprios (ou Concorrentes)*, os quais exercem as seguintes funções em sua aplicação em face do ordenamento jurídico (2016, p. 193):

Princípios Descritivos - [...] cumprem, aqui, sua função mais clássica e recorrente, como veículo de auxílio à interpretação jurídica. Nesse papel, os princípios contribuem no processo de compreensão da regra e institutos jurídicos, balizando-os à seeência do conjunto do sistema de Direito. [...] não atuam, pois, como fonte formal do Direito, mas como instrumental de auxílio à interpretação jurídica.

Princípios Normativos Subsidiários - [...] Atuam como fonte normativas subsidiárias , à falta de outras regras jurídicas utilizáveis pelo intérprete e aplicador do Direito em face de um singular caso concreto. [...] A função normativa subsidiária dos princípios, embora mais rar do que sua função interpretativa, corresponde, curiosamente, àquela especialmente citada por texto expresso da legislação. É o que se passa quando a lei autoriza o recurso, pelo juiz, à integração jurídica (art. 8º, CLT; art. 4º, LICC; art. 126, CPC).

Princípios Normativos Próprios ou Concorrentes - [...] Esta última função atua, de maneira geral, em concurso com a interpretativa da regra analisada. Nesta atuação, ora estende o comando desta, ora o restringe, ora até mesmo esteriliza-o a partir de uma absorção de seu sentido no âmbito mais abrangente cimentado pelos princípios correlatos. [...] A clássica função interpretativa age, pois, em concurso com a função normativa, ajustando as regras do Direito ao sentido essencial de todo o ordenamento. Por isso, se pode falar também em uma função simultaneamente interpretativa/normativa [...] que agem em conjunto, fusionadas, no processo de compreensão e aplicação do Direito.

1.2 Aplicabilidade e eficácia da norma constitucional

Além das funções acima descritas, o professor José Afonso da Silva foi o precursor da tradicional classificação das normas constitucionais de acordo com a sua aplicabilidade e eficácia, dividindo-as em normas de eficácia limitada, de eficácia contida (ou imediata) e de eficácia plena.

As *normas de eficácia plena* são aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta ou indiretamente, quis regular.

Já as *normas de eficácia contida* são aquelas nas quais o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados

Por fim, as *normas de eficácia limitada* possuem aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade. Estas podem ser divididas, ainda, em: a) *normas de eficácia limitada de princípios institutivos*, as quais traçam parâmetros para que o legislador infraconstitucional estabeleça a estrutura de órgãos, entidades ou institutos; e b) *normas de eficácia limitada de princípios programáticos*, sendo aquelas em que o legislador constitucional traçou princípios e objetivos a serem alcançados com o objetivo de realizar os fins sociais do Estado.

1.3 Direitos fundamentais

Não por acaso, os Direitos Fundamentais encontram-se em posição de destaque na Constituição Federal de 1988, encontrando-se em seu Título I e precedendo as normas de estruturação do Estado e dos Poderes.

De acordo com DELGADO e DELGADO (2017, p. 33):

Os direitos fundamentais da pessoa humana dizem respeito àqueles que são inerentes ao universo de sua personalidade e de seu patrimônio moral, ao lado daqueles que são imprescindíveis para garantir um patamar civilizatório mínimo inerente à centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica. Trata-se, por exemplo, dos direitos individuais e coletivos elencados no Capítulo I ("Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos") do Título I, a par dos direitos individuais e sociais elencados no Capítulo II ("Dos Direitos Sociais") do mesmo Título I.

Para Eros Grau (2006, p. 194), são princípios que conformam a interpretação constitucional:

- a *dignidade da pessoa humana* como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, caput);

- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) e - valorização do trabalho humano e livre iniciativa - como fundamentos da ordem econômica (mundo do ser) (art. 17, caput);

- a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como um dos objetos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I);

- o garantir o desenvolvimento nacional com um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, II);

- a erradicação da pobreza e a marginalidade e a redução das desigualdades sociais e regionais como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, III) - a redução das desigualdades regionais e sociais também como princípio da ordem economia (art. 170, VII); 141

Assim sendo, a ordem imposta pela Constituição por meio de suas normas principiológicas deve ser plenamente obedecida por todo o ordenamento jurídico pátrio, principalmente naquilo que se refere aos Direitos e Garantias Fundamentais e aos Fundamentos da República Federativa do Brasil, sob pena de se ferir de morte a Lei Maior naquilo que lhe é mais caro e valoroso.

No que concerne especificamente à seara juslaboral, a doutrina cuidou de extrair da Constituição, a partir da inteligência de seus arts. 7º a 11, os princípios específicos e basilares do Direito do Trabalho, sendo os principais, de acordo com Maurício Delgado (2016, p. 201-214): princípio da proteção; princípio da norma mais favorável; princípio da imperatividade das normas trabalhistas; princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas; princípio da condição mais benéfica; princípio da inalterabilidade contratual lesiva; princípio da intangibilidade salarial; princípio da primazia da realidade e princípio da continuidade da relação de emprego.

Nesta esteira, é certo que a assimetria que envolve o dono dos meios de produção e a força de trabalho é significativa, o que exige do poder judiciário a utilização de meios para tornar tal relação mais equilibrada, inclusive através da utilização dos princípios-norma acima mencionados.

Todavia, a utilização imoderada de princípios protetivos vem trazendo em grande medida descrédito à Justiça do Trabalho junto à parcela considerável da sociedade, visto que tal medida leva, não raras vezes, a efeitos contrários aos que se visa tutelar, sendo inclusive fonte de desemprego.

1.4 Dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho

O princípio da cidadania e o princípio da dignidade humana, previstos, respectivamente, nos incisos II e III do artigo 1º da Lei Maior, versam sobre a impossibilidade de haver Estado Democrático de Direito sem o respeito aos direitos fundamentais, que também só existirão se houver democracia.

O §1º do artigo 5º do mesmo Diploma estabelece que as regras constitucionais definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, assim como as demais regras que versem sobre o tema, como os tratados internacionais, conforme prevê o §2º do mesmo artigo.

A principal discussão posta com o advento da Lei 13.467/2017 ocorre na esfera principiológica e normativa constitucional, a partir da verificação se a Reforma Trabalhista, em algum grau, atinge a sistemática protegida pela Carta Magna, em especial, dos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III e IV, da Constituição Federal).

A valorização do trabalho humano é tratada como princípio fundamental e distinguida com uma característica essencial: embora capitalista, a economia tem como principal pilar a valorização do trabalho, de sorte que a liberdade dos agentes que atuam no mercado deverá ser exercida de modo a respeitar e valorizar o trabalho humano, visando o bem-estar e a justiça social (arts.170 e 193 da CF/88).

Sobre este aspecto, salutar fazer alguns apontamentos acerca do poder diretivo do empregador e suas limitações. É pacífico na doutrina e jurisprudência que tal poder encontra limites claros no cumprimento das obrigações do empregado que derivam do contrato de trabalho e que estão relacionadas com a prestação de serviços do mesmo, no âmbito da empresa e no horário de trabalho.

A Constituição Federal de 1988 rompeu com as diretrizes da ordem econômica até então vigente que consagrava as diretrizes do liberalismo em sua forma clássica para estabelecer uma ordem econômica fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano visando assegurar a todos uma existência digna de acordo com os ditames da justiça social.

A ordem econômica estabelecida pela Carta Magna criou um novo paradigma de direito de propriedade, em que a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa passam a figurar como bens socialmente tuteláveis, inseridos entre os princípios fundamentais do Estado.

1.5 Normas internacionais aplicáveis ao direito do trabalho brasileiro

Antes da edição Emenda Constitucional nº 45/2004, apenas havia a previsão na Constituição, em seu art. 5º, § 2º, de que os Direitos e Garantias Fundamentais expressos na Carta de 1988 *“não excluiriam outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil fosse parte.”*

A mudança realizada pelo legislador, ao garantir hierarquia constitucional às normas dos tratados internacionais de Direitos Humanos, consagrada no novo § 3º do art. 5º da Constituição Federal, colocou o Brasil num cenário com maior consonância às tendências mundiais de valorização dos Direitos Humanos.

Os tratados internacionais de Direitos Humanos fortalecem a proteção dos Direitos Fundamentais no plano interno, principalmente porque um país adere aos tratados de maneira voluntária, assumindo obrigações tanto em relação à comunidade internacional quanto em relação a seus cidadãos. Eles fortalecem também a noção de dignidade da pessoa humana como valor fundamental de todo o ordenamento jurídico.

Neste sentido, Maurício Delgado e Gabriela Delgado expõem acerca da Reforma Trabalhista que:

A Lei n. 13.467/2017 viola, em grande medida, a estrutura normativa de proteção ao trabalho humano prevista na Constituição (art. 12, III a IV; art. 32, I a III; art. 170 e art. 193, da Constituição Federal de 1988) e no Sistema Internacional de Direitos Humanos (Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; Declaração de Filadélfia, de 1944; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais da OIT, de 1998 e amplo rol de Convenções Internacionais do Trabalho da OIT ratificadas pelo Brasil). Assentada essa estrutura normativa constitucional e internacional nos princípios vetores da dignidade da pessoa humana e da justiça social, ela não absorve as regras desregulamentadoras e flexibilizadoras radicais da Lei da Reforma Trabalhista do País. (DELGADO, 2017. P. 73-74)

Acompanhando em parte a tese defendida por Delgado, o relatório anual do OIT denominado *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations* (em tradução livre, Relatório do Comitê de Especialistas na Aplicação de Convenções e Recomendações), publicado em 7 de fevereiro de 2018², o organismo internacional questiona o governo brasileiro acerca das mudanças potencialmente prejudiciais aos trabalhadores, requerendo sejam enviadas explicações formais ao órgão sobre o tema.

Ainda no âmbito das regulamentações internacionais, Delgado faz duras críticas à Lei da Reforma Trabalhista quanto à sua compatibilidade com os diplomas internacionais ratificados e incorporados ao nosso ordenamento jurídico, principalmente no que se refere aos artigos 611-A e 611-B da CLT - os quais determinam os pontos em que a negociação coletiva deverá prevalecer sobre a lei - e foram incluídos no códex trabalhista através da Lei 13.467/2017, fazendo os seguintes apontamentos:

O terceiro exemplo é o da flexibilização inconstitucional da negociação coletiva de trabalho, com a instituição da prevalência do negociado sobre o legislado, pelo art. 611-A da CLT, conforme texto inserido pela Lei n. 13.467/2017.

[...] Note-se que o art. 611-A, caput, da CLT, conforme redação promovida pela Lei n. 13.467/2017, autoriza a ampla prevalência das regras coletivas

² Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_617065.pdf. Acesso em: 13 abr. 2018. Relatório sobre o Brasil constante das páginas 81 e 82.

negociadas em contraposição às normas jusindividuais imperativas estatais existentes. À exceção apenas do rol de direitos previsto no art. 611-B da CLT (também por redação imposta pela nova lei), o que se estabelece é uma drástica ruptura com o padrão de direitos e de proteção ao trabalho firmados pela ordem jurídica heterônoma estatal do País, em seu tripé estruturante, ou seja, Constituição da República, normas internacionais vigentes no Brasil e legislação federal trabalhista.

[...] A desnaturação da função constitucional da negociação coletiva, prevista no art. 7º do diploma constitucional, é inequívoca. Nesse quadro, são também violadas a Convenção 98 da OIT (direito de sindicalização e negociação coletiva) e a Convenção 154 da OIT (direito ao fomento à negociação coletiva), ambas ratificadas pelo Brasil e que ostentam status de direitos humanos trabalhistas e caráter supralegal na ordem jurídica interna brasileira.

Com base no acima expandido, verifica-se que a Reforma Trabalhista apresenta diversas possíveis e alegadas incongruências com o texto constitucional, assim como aos tratados e regulamentações internacionais.

No capítulo seguinte, portanto, analisaremos a posição do judiciário no que se refere à aplicação da novel norma e ao controle de constitucionalidade que vem sendo aplicado.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.467/2017

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema misto de controle de constitucionalidade, ou seja, uma norma pode ser declarada inconstitucional em nosso país pela via incidental (ou difusa), assim como pode ser objeto das ações específicas pela via de controle concentrado.

Em estudo acerca do controle de constitucionalidade no Brasil, o professor e Ministro Gilmar Mendes descreve de maneira clara e objetiva o que vem a ser o controle difuso (2008, p.2):

O modelo de controle difuso adotado pelo sistema brasileiro permite que qualquer juiz ou tribunal declare a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, não havendo restrição quanto ao tipo de processo. Tal como no modelo norte-americano, há um amplo poder conferido aos juizes para o exercício do controle da constitucionalidade dos atos do poder público.

Ressalta-se, neste momento, que os efeitos da decisão tomada em sede de controle difuso terão eficácia *interpartes*, ou seja, produzirá efeitos apenas com relação às partes que compõem o processo.

Já o controle concentrado (ou abstrato) de constitucionalidade é realizado, via de regra, pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de: i) Ação Direta de

Inconstitucionalidade (ADI); ii) Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); iii) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO); ou iv) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Para estas ações, a Constituição prevê um rol taxativo de legitimados para propor as referidas ações, e, caso sejam conhecidas, o STF realizará a análise da norma em abstrato, ou seja, fora do caso concreto, tendo a decisão proferida eficácia *erga omnes*.

De acordo com MENDES (2008, p. 5):

O modelo de controle abstrato adotado pelo sistema brasileiro concentra no Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar as ações autônomas nas quais se apresenta a controvérsia constitucional. [...] recebeu ênfase da Constituição de 1988, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Neste capítulo, analisaremos e analisar como está sendo exercido o controle de constitucionalidade da Lei 13.467/2017 pelo judiciário.

2.1 A “Guerra da Reforma Trabalhista”

Antes mesmo da aprovação do PL 38/2017 - que viria a se tornar a Lei 13.467/17 - pelo Congresso Nacional e posterior sanção integral do projeto pelo Presidente Michel Temer, diversas entidades, grupos organizados da sociedade e instituições das mais variadas origens já se posicionavam acerca das alterações propostas no âmbito do Direito Trabalhista.

Não chega a configurar qualquer tipo de descomedimento dizer que se instaurou no âmbito das discussões e atividades juslaborais uma verdadeira disputa ideológica e jurídica, ilustrada por discursos extremados e defesas calorosas dos pontos de vista acerca da validade e eficácia - ou não - da novel norma frente aos ditames da Lei Fundamental Nacional, culminando no que denomino *Guerra da Reforma Trabalhista*.

Nessa “guerra”, desde o início da discussão para alteração da legislação trabalhista, figuram como protagonistas importantes entidades atuantes no cenário regional e nacional, listando, a título exemplificativo, como a favor da medida, a Confederação Nacional da Indústria (CNI), Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) e a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp).

De acordo com os apoiadores da medida, a Lei 13.467/2017 trouxe a modernização da legislação trabalhista, adequando a realidade normativa e do judiciário às novas dinâmicas das relações de trabalho, trazendo maior equilíbrio e moralização a essas relações.

Dizem, ainda, que a legislação que vigorou até o dia 10/11/2017 era demasiadamente onerosa ao empregador, além de trazer inseguranças e incertezas para o empresário brasileiro. A nova sistemática, assim, traria consigo o aumento dos empregos formais e diminuiria de maneira eficiente o alarmante grau de desemprego do país.

Outro argumento utilizado por este grupo é o de que as súmulas e outros enunciados de jurisprudência pelo TST e pelos Tribunais Regionais do Trabalho restringiam direitos legalmente previstos e/ou criavam obrigações que não estão previstas na lei, fazendo referência à alteração do art. 702, I, “f”, da CLT e inclusão dos §§ 3º e 4º do mesmo dispositivo legal a partir da vigência da nova lei.

Na trincheira oposta, encontram-se importantes órgãos, entidades e associações de prestígio e renome do meio jurídico, como o Ministério Público do Trabalho (MPT), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), as quais se posicionaram de maneira veemente contra a aprovação do PL 38/17 nos moldes em que se encontrava.

Até mesmo a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), que não possui histórico de defesa aguerrida dos direitos trabalhistas, assinou uma Nota Pública em conjunto com outras quatorze (14) entidades no dia anterior à aprovação final do PL 38/17 (11/07/2017) pelo Plenário do Senado Federal, em repúdio ao texto colocado em votação.

Na referida nota, as quinze entidades signatárias concluem:

Neste passo, conclamam o Senado da República à efetiva consecução de sua função constitucional revisora, impedindo a aprovação prematura de projeto crivado de inconstitucionalidades e deflagrador de grave retrocesso social, e, por ela, a conseqüente ruptura com o compromisso internacional assumido pelo País ao ensejo do art. 26 do Pacto de San Jose da Costa Rica, como também o rebaixamento histórico do patamar civilizatório mínimo de cidadania social que se construiu ao longo de quase dois séculos e meio de história universal.³

No dia 21/06/2017, quatro dos signatários da Nota Pública acima mencionada (ANAMATRA, ANPT, ABRAT e SINAIT) haviam encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal (CCJC) uma Nota Técnica acerca dos “aspectos de inconstitucionalidade e de antijuridicidade” da Reforma Trabalhista, através da qual tecem argumentações acerca da inconstitucionalidade formal e material do PL 38/2017:

Nesse particular – o das inconstitucionalidades materiais –, sobressai, a toda evidência, a tese do chamado “negociado sobre o legislado” (i.e., admitir que a negociação coletiva possa indiscriminadamente estabelecer mínimos de proteção jurídico-laboral em níveis inferiores ao da legislação estatal). De fato, esse aspecto assume grande papel, porque abre brecha legal para que se estabeleçam, em todos os rincões do país, negociações coletivas tendentes a abolir direitos sociais previstos nos artigos acima listados (e especialmente

³ Nota Pública disponível em: <https://www.anamatra.org.br/files/Nota-Reforma-Trabalhista-1107.pdf>. Acesso em 12 abr. 2017. Entidades que assinaram a referida nota: MPT, CFOAB, CNBB, ANAMATRA, FRENTAS, AJUFE, AMB, CONAMP, ANPT, ANPR, AMPDFT, ANMPM, AMAGIS-DF, ABRAT e SINAIT.

no art. 7º), conquanto não fosse possível fazê-lo, como vimos, nem mesmo por proposta de emenda constitucional.

Já quanto às inconstitucionalidades formais (entre as quais incluímos as procedimentais), divisam-se, “prima facie”, três eixos críticos, insuperáveis por qualquer linha de argumentação que se tome. Importante percebê-lo porque, se no campo das inconstitucionalidades materiais há sempre alguma margem para debate (e não por outra razão o Deputado Rogério Marinho citava, a cada entrevista sua, o quanto decidido no RE n. 895.759, sobre “negociado v. legislado”, conquanto se saiba que ali houve uma única decisão, não uma jurisprudência mansa e pacífica do Excelso Pretório), não ocorre o mesmo com as inconstitucionalidades formais: tais inconstitucionalidades geralmente são evidentes, “de per se” e “prima facie”; e, no caso do PLC n. 38/2017, são notavelmente óbvias. Já por isso, tais constatações de inconstitucionalidade são dificilmente contornáveis, na perspectiva da argumentação jurídica. Afinal, como deriva do secular brocardo latino – que, embora não absoluto, serve bem à hipótese –, “in claris cessat interpretativo” (= “na clareza [do texto ou da sua contrariedade literal], cessa [deve cessar] a interpretação”).

Além das associações acima mencionadas, também outras instituições, juristas, doutrinadores, magistrados, advogados, membros do MP, enfim, diversos personagens envolvidos na discussão e aplicação do Direito do Trabalho apontaram supostas inconstitucionalidades presentes na Lei 13.467/2017.

Conforme restou demonstrado, são fortes e fundadas em argumentos plausíveis – sejam eles jurídicos, políticos, econômicos ou sociais – as ponderações tecidas por ambos os lados desta discussão que, certamente, ainda se encontram em seus primeiros momentos.

Com o aparente intuito de buscar a pacificação dos entendimentos acerca da novel norma em análise, o TST publicou, em 6 de fevereiro de 2018, a Resolução Administrativa nº 1953, a qual constituiu “*Comissão de Ministros com a finalidade de regulamentar a aplicação da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, aos contratos de trabalho vigentes e processos em curso.*”, tendo em vista a total ausência de segurança jurídica que se encontra instaurada no âmbito Juslaboral.

A referida Comissão é formada por nove (9) Ministros do C. TST e tem a função de “*dar segurança jurídica às relações de trabalho, sinalizando, em caráter orientativo, quais as normas que seriam aplicáveis aos contratos de trabalho vigentes e aos processos em curso*”, conforme dispõe a própria RA 1953/18⁴, e até o presente momento não apresentou a tão aguardada regulamentação.

Certo é que, desde a entrada em vigor da Reforma Trabalhista, houve considerável diminuição das reclamações trabalhistas, contudo, em análise mais criteriosa e baseada no convívio forense laboral, a ocorrência de tal fenômeno é fruto das incertezas jurídicas geradas pela nova lei, que pôs os advogados e reclamantes em estágio de espera, não havendo meios concretos de se concluir que tal diminuição se

⁴ Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/124509/2018_ra1953.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 13 abr. 2018.

manterá por muito tempo, já que as ações judiciais só diminuem com a efetiva redução dos conflitos.

2.2 Controle difuso/incidental

Conforme exposto acima, o controle difuso de constitucionalidade possibilita que *qualquer juiz ou tribunal declare a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, não havendo restrição quanto ao tipo de processo.*

Neste sentido, é salutar informar neste momento que a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), entidade que reúne nacionalmente mais de 4 mil juízes do Trabalho, promoveu, em outubro de 2017 - um mês antes da entrada em vigor da Reforma - a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, evento inteiramente voltado ao debate da interpretação da Lei nº 13.467/2017.

A partir deste encontro, restaram aprovados cento e vinte e cinco (125) Enunciados norteadores da interpretação da novel norma laboral pelos juízes do Trabalho, sendo que em pelo menos dezesseis desses (enunciados nº 2, 15, 18, 27, 30, 31, 37, 45, 50, 57, 73, 87, 100, 103, 111 e 120) restou expressamente consignada a expressão “inconstitucionalidade” de diversos artigos da CLT ora em vigor, incluídos ou modificados no referido códex pela Lei 13.467/2017, sem contabilizar os demais enunciados que aduzem a incompatibilidade com a Constituição valendo-se de outros termos.

Tendo em vista o posicionamento da ANAMATRA - e conseqüentemente de grande parte dos juízes trabalhistas - e considerando que muitos desses já se manifestaram no sentido de que não iriam aplicar (e não estão aplicando) os dispositivos da Lei 13.467/2017 os quais julgam ser inconstitucionais, resta claro que o controle de constitucionalidade pela via difusa será amplamente utilizado com relação à inovação legislativa.

Forte exemplo disso encontra-se na alteração dada pela Reforma Trabalhista com relação à compulsoriedade do recolhimento e repasse das contribuições sindicais (art. 578 e ss.), as quais, de acordo com a nova sistemática, deixaram de ser obrigatórias.

Acerca deste tema, a Central dos Sindicatos do Brasil (CSB) contabilizou que até o dia 28/03/2018⁵, foram concedidas sessenta e oito (68) liminares que obrigaram empresas a recolherem a contribuição sindical dos empregados, a maioria com a fundamentação de que a natureza da referida contribuição é de tributo, não podendo ser alterada por lei ordinária.

⁵ Fonte: <https://veja.abril.com.br/economia/por-meio-de-liminares-sindicatos-conseguem-manter-contribuicao-anual/>. Acesso em: 12. Abr. 2018.

Coincidentemente (ou não) o Enunciado nº 38 da ANAMATRA, referente à Jornada supramencionada, informa que:

ENUNCIADO Nº 38 - ANAMATRA

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

I - É LÍCITA A AUTORIZAÇÃO COLETIVA PRÉVIA E EXPRESSA PARA O DESCONTO DAS CONTRIBUIÇÕES SINDICAL E ASSISTENCIAL, MEDIANTE ASSEMBLEIA GERAL, NOS TERMOS DO ESTATUTO, SE OBTIDA MEDIANTE CONVOCAÇÃO DE TODA A CATEGORIA REPRESENTADA ESPECIFICAMENTE PARA ESSE FIM, INDEPENDENTEMENTE DE ASSOCIAÇÃO E SINDICALIZAÇÃO.

II - A DECISÃO DA ASSEMBLEIA GERAL SERÁ OBRIGATÓRIA PARA TODA A CATEGORIA, NO CASO DAS CONVENÇÕES COLETIVAS, OU PARA TODOS OS EMPREGADOS DAS EMPRESAS SIGNATÁRIAS DO ACORDO COLETIVO DE TRABALHO.

III - O PODER DE CONTROLE DO EMPREGADOR SOBRE O DESCONTO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL É INCOMPATÍVEL COM O CAPUT DO ART. 8º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E COM O ART. 1º DA CONVENÇÃO 98 DA OIT, POR VIOLAR OS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE E DA AUTONOMIA SINDICAL E DA COIBIÇÃO AOS ATOS ANTISSINDICAIS. (grifos nossos)

Pode-se verificar, ainda, através da prática forense laboral diária, que outras alterações efetivadas pelo legislador através da aprovação da Reforma Trabalhista não estão sendo levadas a cabo pelos juízes e tribunais pátrios, como na aplicação do §3º do art. 790, que dispõe que a justiça gratuita apenas poderá ser concedida *“àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família”*, sendo que grande parte dos juízes vêm entendendo que apenas a declaração de hipossuficiência basta para a concessão de tal beneplácito.

2.3 Controle Concentrado

A Constituição Federal de 1988 trouxe expressamente em seu bojo, na inteligência do art. 60, §4º, IV, que *“não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir: [...] IV- os direitos e garantias individuais”*.

Acerca de tal determinação constitucional, DELGADO e DELGADO (2017, p. 32), expõem:

Essa norma constitucional de vedação explícita ao Poder Legislativo Reformador (e também, é óbvio, ao Poder Legislativo Ordinário) protege os direitos e garantias individuais fundamentais, isto é, aqueles direitos e garantias que sejam de titularidade de pessoas humanas, como sói ocorrer com os direitos individuais e sociais trabalhistas. Conforme se sabe, os direitos trabalhistas são, antes de tudo, direitos individuais, direitos da pessoa humana do trabalhador, em particular se este estiver inserido em uma relação de emprego e/ou relação sociojurídica equiparada; em seu conjunto, entretanto, os direitos individuais trabalhistas tornam-se também direitos sociais e/ou direitos coletivos - tal como acontece, a propósito, com diversos direitos individuais arrolados no Capítulo I do Título II da Constituição da República.

Assim, na eventualidade de possível incompatibilidade de uma norma com relação ao texto constitucional, cabe aos legitimados para propor as ações de competência direta do STF requerer a declaração de (in)constitucionalidade (ADC, ADI, ADO e ADPF) provocando da Suprema Corte brasileira para que esta avalie, em abstrato, a compatibilidade ou não de determinada norma à Constituição Federal.

Neste sentido, a Lei 13.467/2017 é objeto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade protocoladas no STF. Dezoito (18) delas já foram propostas e encontram-se em trâmite na Suprema Corte brasileira (ADI números 5766, 5794, 5806, 5810, 5811, 5813, 5815, 5826, 5829, 5850, 5859, 5865, 5867, 5870, 5885, 5887, 5888 e 5892) as quais discutem a inconstitucionalidade da referida Lei no que se refere aos seguintes temas:

I) o fim da contribuição sindical obrigatória (art. 579) - este tema também possui uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5794 em andamento; ii) a possibilidade da celebração do contrato de trabalho intermitente (art. 443, caput e §3º e art. 452-A e ss.); iii) a criação de um valor máximo para as indenizações por dano extrapatrimonial (art. 223-A e ss.); iv) a correção do depósito recursal com base nos mesmos índices da poupança (art. 899, §4º); v) a criação de regras mais restritivas para a concessão dos benefícios da justiça gratuita e a instituição dos honorários de sucumbência de maneira mais ampla (art. 790, §3º, 790-B e 791-A); vi) a prevalência do negociado sobre o legislado nos casos previstos na lei (arts. 611-A e 611-B).

No dia 29/06/2018 o STF julgou, em sessão plenária, as ADIs e a ADC que possuíam como matéria o fim (ou manutenção) da contribuição sindical obrigatória sendo declarada na ocasião a constitucionalidade do ponto da Reforma Trabalhista que extinguiu a obrigatoriedade da contribuição sindical, por seis (6) votos a três (3).

De acordo com notícia vinculada no site do STF⁶:

Prevaleceu o entendimento do ministro Luiz Fux, apresentado ontem (28), quando o julgamento foi iniciado. Entre os argumentos expostos por ele e pelos ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Cármen Lúcia, está o de não se poder admitir que a contribuição sindical seja imposta a trabalhadores e empregadores quando a Constituição determina que ninguém é obrigado a se filiar ou a se manter filiado a uma entidade sindical. Além disso, eles concordaram que o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical não ofende a Constituição.

3 CONCLUSÃO

A Reforma Trabalhista foi, sem sombra de dúvidas, uma das mais polêmicas leis aprovadas no Brasil nos últimos anos, trazendo, desde sua discussão inicial até os dias atuais, posicionamentos aguerridos a favor e contra a sua aplicação, em decorrência

⁶ Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382819>. Acesso em: 25 jul. 2018.

da possível ofensa à Constituição Federal de 1988 no que concerne aos direitos sociais historicamente conquistados.

Tal discussão encontra-se indubitavelmente longe de seu ponto final, tendo em vista o grande número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas contra a novel norma e a ausência de jurisprudência pacificada sobre o tema.

Neste cenário, os sujeitos da relação processual juslaboral, em especial as partes do processo - jurisdicionados - e seus procuradores, encontram-se órfãos de qualquer segurança jurídica, reféns de prováveis entendimentos conflitantes a depender do posicionamento jurídico-ideológico e convencimento de cada magistrado que venha a julgar seu caso concreto.

Torna-se imperiosa a necessidade de uniformização de entendimentos acerca da Lei 13.467/2017 o quanto antes, tratando-se de medida emergencial a ser observada pelos Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunal Superior do Trabalho e até mesmo do Supremo Tribunal Federal, com vistas a entregar à sociedade a necessária segurança jurídica às relações de trabalho, para que seja possível alcançar a tão almejada paz social.

REFERÊNCIAS

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

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15ª Ed. São Paulo: LTr., 2016.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O Controle da Constitucionalidade no Brasil*. 2008. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1381_Texto_-_Gilmar_Mendes.pdf. Acesso em: 12 abr. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.