

A eficácia temporal do direito material do trabalho

André Araújo Molina

Professor Titular da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso (ESMATRA/MT)
Doutor em Filosofia do Direito (PUC/SP), Mestre em Direito do Trabalho (PUC/SP), Especialista em Direito do Trabalho (UCB/RJ), Especialista em Direito Processual Civil (UCB/RJ), Bacharel em Direito (UFMT) e Juiz do Trabalho Titular na 23ª Região

aamolina@bol.com.br

www.facebook.com/professorandremolina

➤ Qual o direito material aplicável aos contratos ainda em execução na data de vigência da reforma trabalhista?

- CF/88, art. 5º, XXXVI – Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (irretroatividade)
- CF/88, art. 7º, *caput* – Vedação do retrocesso social
- CF/88, art. 7º, VI – Irredutibilidade salarial
- CLT, art. 912 – Aplicação aos contratos em execução
- LINDB, art. 6º - Efeito imediato e geral da lei nova
- CC, art. 2.035 – Requisitos e eficácia negócio jurídico

Debate clássico na doutrina europeia (Efeito retroativo x Efeito imediato)

- *Facta praeterita (faits accomplis)*
- *Facta pendentia (situations en cours)*
- *Facta futura (faits à venir)*

Paul Roubier: “(...) em certas matérias, o efeito imediato é excluído e também o efeito retroativo; é assim para os contratos em curso, que não são, em princípio, tocados pelas leis novas, nem pelas partes anteriores à lei nova, nem mesmo pelos seus efeitos que venham a acontecer. Um contrato constitui um bloco de cláusulas indivisíveis que não se pode apreciar senão à luz da legislação sob a qual foi entabulado. É por esta razão que, em matéria de contratos, o princípio da não-retroatividade cede lugar a um princípio mais amplo de proteção, o princípio da sobrevivência a lei antiga.” (*Les Conflits de lois dans le temps*, Paris, 1929).

Carlo Francesco Gabba: “É adquirido todo direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo em que esse fato foi realizado, embora a ocasião de o fazer valer não se tenha apresentado antes do surgimento de uma lei nova sobre o mesmo; e que, b) nos termos da lei, sob o império da qual se deu o fato de que se originou, tenha entrado imediatamente para o patrimônio de quem o adquiriu.” (*Teoria della retroattività delle lege*, Torino, 1891).

Evolução do tema no Brasil

- Constituição outorgada de 1937 – Não havia salvaguarda do DA, AJP e da CJ
- Decreto-Lei 4.657/1942 – Lei de Introdução ao Código Civil (redação original). Art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito. (Paul Roubier – Irretroatividade ampla)
- Decreto-Lei 5.452/1943 – CLT, art. 912. Os dispositivos de caráter imperativo terão aplicação imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência desta Consolidação. (Francesco Gabba – Admissão retroatividade mínima)

Carlos Maximiliano: “Entretanto, preceitos imperativos ulteriores, inspirados pelo interesse social e pela necessidade da proteção ao trabalho, atingem os contratos em curso, pois se referem ao estatuto legal da profissão; tem em vista os homens como obreiros, não como contratantes. Assim acontece com as leis trabalhistas, em geral; especialmente as fixadoras das horas de labor quotidiano, das férias periódicas e do repouso hebdomadário.” (Direito Intertemporal, 1946).

Art. 301. O trabalho no subsolo somente será permitido a homens, com idade compreendida entre 21 (vinte e um) e 50 (cinquenta) anos, assegurada a transferência para a superfície nos termos previstos no artigo anterior.

Art. 922. O disposto no art. 301 regerá somente as relações de empregos iniciadas depois da vigência desta Consolidação.

Lei Introdução ao Código Civil

(Redação dada pela Lei 3.238/1957)

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

CF/1988 e a interpretação do STF

- Art. 5º, XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;
- Art. 7º, *caput* – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
- Art. 7º, VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

Primeira fase da jurisprudência do STF

(Irretroatividade máxima e mínima - Roubier)

“(…) Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. O disposto no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva.” (STF – Pleno - ADI 493-DF - Min. Moreira Alves - DJ 04.09.1992)

“CONTRATOS VALIDAMENTE CELEBRADOS – ATO JURÍDICO PERFEITO – ESTATUTO DE REGÊNCIA – LEI CONTEMPORÂNEA AO MOMENTO DA CELEBRAÇÃO. Os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração. Mesmo os efeitos futuros oriundos de contratos anteriormente celebrados não se expõem ao domínio normativo de leis supervenientes. As consequências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação em vigor no momento de sua pactuação. Os contratos – que se qualificam com o atos jurídicos perfeitos (RT 547/215) – acham-se protegidos, em sua integralidade, inclusive quanto aos efeitos futuros, pela norma de salvaguarda constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República. Doutrina e precedentes.” (STF – 1ª Turma – RE 209.519 – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 29.08.1997)

Direito adquirido – Conceito legal – Flexibilidade

“CARÁTER ORDINÁRIO DO CONCEITO DE DIREITO ADQUIRIDO. O sistema constitucional brasileiro, em cláusula de salvaguarda, impõe que se respeite o direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI). A Constituição da República, no entanto, não apresenta qualquer definição de direito adquirido, pois, em nosso ordenamento positivo, o conceito de direito adquirido representa matéria de caráter meramente legal. (...) Tendo-se presente o contexto normativo que vigora no Brasil, é na lei – e nesta, somente – que repousa o delineamento dos requisitos concernentes à caracterização do significado da expressão direito adquirido. É do legislador comum, portanto – sempre a partir de uma livre opção doutrinária feita dentre as diversas correntes teóricas que buscam determinar o sentido conceitual desse instituto – que compete definir os elementos essenciais à configuração do perfil e da noção mesma de direito adquirido.” (STF – 1ª Turma – AgRg no AI 135.632 – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 03.09.1999).

Código Civil de 2002

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, **mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam**, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Interpretação da atual doutrina civil

“Efeito retroativo e efeito imediato. Distinção. O efeito retroativo da lei nova é sua aplicação dentro do passado e o efeito imediato é a aplicação da lei nova dentro do presente. O nosso sistema proíbe a aplicação da lei nova dentro do passado, isto é, para os *atos ocorridos* no passado. Os fatos pendentes (*facta pendentia*) são, na verdade, os fatos *presentes*, regulados pela eficácia imediata da lei nova, vale dizer, que se aplica dentro do presente. A lei nova atinge as relações jurídicas continuativas (*facta pendentia*), isto é, aquelas que se encontram em execução, ainda que hajam sido geradas na vigência da lei antiga. Essa eficácia imediata da lei nova nada tem a ver com retroatividade, de modo que não se coloca o problema de ofensa à garantia constitucional da CF 5º. XXXVI e legal da LICC 6º.” (Nelson Nery e Rosa Nery, Código Civil Comentado, 2005, p. 895).

“Forçoso é reconhecer, outrossim, na linha do raciocínio exposto, a aplicação imediata da lei nova às relações jurídicas continuativas – isto é, as relações jurídicas iniciadas na vigência da lei anterior e que se protraem no tempo, mantendo-se após o advento da lei nova. No que concerne às relações continuativas (também chamadas de relações de trato sucessivo), a sua existência e a sua validade ficam submetidas à norma vigente ao tempo de seu início. No entanto, a sua eficácia estará, inarredavelmente, submetida à nova norma jurídica.” (Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, 2017, p. 151)

Atual doutrina constitucional

(Constitucionalismo X Democracia)

“(...) entendemos que talvez seja possível identificar o núcleo essencial da garantia do direito adquirido como a vedação às chamadas retroatividade máxima e média da lei, deixando do seu lado de fora a retroatividade mínima. Isto porque, é apenas na retroatividade máxima e média que se verifica a incidência da norma sobre fatos situados no passado, inteiramente, no primeiro caso, ou em parte, no segundo. (...) numa ordem jurídica que tem em seu vértice uma Constituição como a de 88, cujos olhos esperançosos estão voltados para o futuro, e que traz impresso em seu coração um profundo compromisso com a democracia e com a transformação do *status quo*, não é correto postular que todo e qualquer direito subjetivo, independentemente do seu substrato ético, uma vez concedido no passado, jamais possa ser retirado pelas gerações futuras.” (Daniel Sarmento, 2005).

Princípio da vedação do retrocesso

- Eficácia negativa dos direitos fundamentais
- Proteção contra a revogação de direitos já efetivados
- Imunização do núcleo essencial (dignidade humana)
- Possibilidade de ajustes legislativos posteriores

“A se reconhecer o princípio da vedação do retrocesso como um mecanismo do modelo pós-positivista – flexível, adaptável e ponderável com outros princípios – ele cumprirá importante função na dogmática dos direitos fundamentais. Preservará uma pauta constitucional mínima, criando moldura à atuação legislativa, mas possibilitará ao legislador futuro adaptações e revisões das modulações dos direitos fundamentais. E isso se dará reconhecendo que viola o princípio da proibição do retrocesso a revogação de uma legislação implementadora de direitos fundamentais, mas não o violará a sua substituição por outra legislação, por uma nova conformação momentânea dos direitos que atenda minimamente a pauta constituinte.” (André Araújo Molina, 2013, p. 128)

“Com efeito, dizer que a ação estatal deva caminhar no sentido da ampliação dos direitos fundamentais e de assegurar-lhes a máxima efetividade possível, por certo, não significa afirmar que seja terminantemente vedada qualquer forma de alteração restritiva na legislação infraconstitucional, desde que, é claro, não se desfigure o núcleo essencial do direito tutelado, como seria o caso, se fôssemos adotar a tese de que os valores devidos a título de seguro DPVAT são imodificáveis ou irreduzíveis.

Essa postulação de que se conceda ultratividade à lei revogada, na verdade, vai de encontro à própria realidade dos fatos, na medida em que os direitos sociais – como, de resto, qualquer dos direitos fundamentais – demandam ações positivas e têm custos que não podem ser ignorados pelo poder público, tampouco pelos tribunais.

Enfim, por todas essas razões, não parece que o princípio da dignidade humana, tampouco o da vedação do retrocesso tenham efetivamente o conteúdo ou o sentido que o recorrente lhes deseja conferir, ao postular a aplicação de legislação já revogada ao tempo da ocorrência do sinistro.”
(STF – Pleno – ARE 704.520 – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJE 02.12.2014 – Repercussão Geral – Tema 771)

Refinamento da posição do STF

(Cláusula contratual X Legislação nova)

“A aplicação da cláusula constitucional que assegura, em face da lei nova, a preservação do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI) impõe distinguir duas diferentes espécies de situações jurídicas: (a) as situações jurídicas individuais, que são formadas por ato de vontade (especialmente os contratos), cuja celebração, quando legítima, já lhes outorga a condição de ato jurídico perfeito, inibindo, desde então, a incidência de modificações legislativas supervenientes; e (b) as situações jurídicas institucionais ou estatutárias, que são formadas segundo normas gerais e abstratas, de natureza cogente, em cujo âmbito os direitos somente podem ser considerados adquiridos quando inteiramente formado o suporte fático previsto na lei como necessário à sua incidência. Nessas situações, as normas supervenientes, embora não comportem aplicação retroativa, podem ter aplicação imediata.” (STF – Pleno - RE 211.304 – Red. p/ ac. Min. Teori Zavascki – DJE 03.08.2015)

Irredutibilidade salarial

(Valor nominal do salário X Padrão remuneratório)

“Pacificou-se, nesta Suprema Corte, o entendimento de que descabe alegar direito adquirido a regime jurídico, bem como de que não há infringência ao princípio da irredutibilidade de vencimentos quando preservado o valor nominal dos vencimentos dos servidores, ao ensejo de redução no valor de parcela percebida pelos funcionários.” (STF – 2ª Turma - RE 403.922 AgR – Relª. Minª. Ellen Gracie - DJE 30.09.2005)

“Transposição do regime celetista para o estatutário. Inexistência de direito adquirido a regime jurídico. Possibilidade de diminuição ou supressão de vantagens sem redução do valor da remuneração.” (STF – 1ª Turma - RE 599.618 ED – Rel. Min. Cármen Lúcia – DJE 14.03.2011)

“O regime jurídico pertinente à composição dos vencimentos, desde que a eventual modificação introduzida por ato legislativo superveniente preserve o montante global da remuneração e, em consequência, não provoque decesso de caráter pecuniário, não viola o direito adquirido” (STF – 1ª Turma – RE 653.736 AgR – Rel. Min. Luiz Fux – DJE 03.05.2013)

Posição do TST

OJ-SDI1T-77 BNDES. ARTS. 224 A 226 DA CLT. APLICÁVEL A SEUS EMPREGADOS Até o advento da Lei n.º 10.556, de 13.11.2002, era aplicável aos empregados do BNDES a jornada de trabalho dos bancários prevista nos arts. 224 a 226 da CLT. (DEJT de 16, 17 e 18.11.2010).

SUM-191 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. INCIDÊNCIA. BASE DE CÁLCULO. (...) II – O adicional de periculosidade do empregado eletricitário, contratado sob a égide da Lei nº 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 nº 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 art. 193 da CLT. (DEJT de 30.11.2016 e 01 e 02.12.2016).

“BANCÁRIO. JORNADA DE SEIS HORAS. EMPREGADO DO BNDES Sendo o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social -- BNDES entidade bancária integrante do sistema financeiro nacional, subordinado inclusive à fiscalização do Banco Central do Brasil, seus empregados ostentam a condição de bancários, fazendo jus à jornada de seis horas da categoria. Recursos conhecidos e não providos.” (TST – 1ª Turma – 274713-71.1996.5.01.5555 - Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJ 05.03.1999).

“EMPREGADOS DO BNDES E SUAS SUBSIDIÁRIAS - REGRA ESPECÍFICA PARA JORNADA DE TRABALHO FIXADA PELA LEI Nº 10.556/2002 - QUESTÃO DE DIREITO INTERTEMPORAL - ALTERAÇÃO QUE NÃO ALCANÇA A RELAÇÃO JURÍDICA EM LITÍGIO. (...) II - A regra específica da Medida Provisória nº 56/2002, convertida na Lei nº 10.556, de 13 de novembro de 2002, fixando a jornada de trabalho dos empregados do BNDES e suas subsidiárias em 7 (sete) horas diárias, não se pode atribuir eficácia retroativa para alcançar a relação jurídica em litígio, constituída e desenvolvida sob a égide do artigo 224 da CLT, que fixa para os bancários, indistintamente, a jornada de trabalho de 6 (seis) horas diárias.” (TST – SDI1 – ED-ERR 274616-71.1996.5.01.5555 – Rel. Juiz Conv. José Antonio Pancotti – DJE 03.02.2006).

“Esclareço, ainda, que embora tenha a Lei nº 12.740/2012 expressamente revogado a Lei nº 7.369/85, **tem-se por assegurado aos empregados admitidos na sua vigência a permanência da base de cálculo do adicional de periculosidade sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial, uma vez que esta condição, por ser mais benéfica, incorporou-se ao contrato de trabalho dos reclamantes**, encontrando-se inclusive, infensa à negociação coletiva. Assim, as disposições da Lei nº 12.740/2012 serão aplicadas somente para os contratos celebrados após sua vigência, situação não contemplada nestes autos.” (TST – SDI1 – E-ED-RR-2145-83.2012.5.03.0039 – Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga – DEJT 21.02.2014).

“Por fim, cumpre acrescentar que, em observância ao princípio geral segundo o qual a lei vale para o futuro, ainda que de eficácia imediata, tem-se que a nova redação do artigo 193, I, da CLT, atribuída pela Lei nº 12.740/12, que inseriu a atividade dos eletricitários entre aquelas que fazem jus ao adicional de periculosidade, aplicando-lhe a regra geral quanto à base de cálculo e revogando a Lei nº 7.369/85, **só poderá ser aplicada à pretensão do trabalhador eletricitário que teve seu contrato de trabalho iniciado após a norma referida, sob pena de se ferir o princípio da irretroatividade da lei, estabelecido no artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, como também o princípio do direito adquirido, objeto do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal**, inatingíveis pela alteração introduzida. Assim, tendo em vista que o reclamante teve seu contrato de trabalho iniciado anteriormente à edição da Lei nº 12.740/12, não se aplica ao caso dos autos a nova redação do artigo 193, I, da CLT.” (TST – SDI1 - E-ED-ED-RR-2064-34.2012.5.03.0040 – Rel. Min. Caputo Bastos – DEJT 06.03.2015).

Revisão crítica da posição do TST

(Cláusulas contratuais X Condições institucionais)

CLT, art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Súmula 51 do TST. (...) As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

CLT, art. 912. Os dispositivos de caráter imperativo terão aplicação imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência desta Consolidação.

Conclusões

- Contratos extintos – Regramento pela lei trabalhista antiga
- Contratos novos – Eficácia ampla da reforma trabalhista (controle difuso)
- Contratos em execução (11.11.2017) – Imediato (retroatividade mínima)
 - ✓ Aplicação da lei nova desde a sua vigência para o futuro
 - ✓ CLT, art. 912 c/c LINDB, art. 6º c/c CC, art. 2035
 - ✓ Ressalva: cláusulas contratuais individuais e coletivas negociadas
- Normas coletivas serão eficazes até o fim do seu prazo de vigência
- Defeitos dos negócios jurídicos não serão convalidados
- MP 808/2017 – 14.11.17 a 23.04.18 – situações consolidadas no período
 - ✓ Inexistência de direito adquirido à regime jurídico (tese do STF)
 - ✓ Não há violação do princípio da vedação do retrocesso (tese do STF)
 - ✓ Contrato de trabalho – natureza jurídica híbrida (contratual e institucional – cláusulas negociadas diretamente e cláusulas legais/constitucionais cogentes)
 - Lei dos motoristas (12.619/2012) – Domésticos (LC 150/2015)