



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ - UFPI
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E LETRAS - CCHL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

GUSTAVO RIBEIRO MARTINS

**SALVAGUARDAS CONSTITUCIONAIS EM SITUAÇÕES DE
EXCEPCIONALIDADE: O DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO
DURANTE A PANDEMIA COVID-19**

Teresina

2021

GUSTAVO RIBEIRO MARTINS

**SALVAGUARDAS CONSTITUCIONAIS EM SITUAÇÕES DE
EXCEPCIONALIDADE: O DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO
DURANTE A PANDEMIA COVID-19**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD da Universidade Federal do Piauí – UFPI, na área de concentração Direito, Democracia e Mudanças Institucionais e linha de pesquisa Mudanças Institucionais, Democracia e Efetividade do Direito, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador Prof. Dr. Nelson Juliano Matos Cardoso

Teresina

2021

FICHA CATALOGRÁFICA
Universidade Federal do Piauí
Biblioteca Setorial do Centro de Ciências Humanas e Letras
Serviço de Processos Técnicos

M386s Martins, Gustavo Ribeiro.
 Salvuardas constitucionais em situações de excepcionalidade :
 o direito constitucional do trabalho durante a pandemia covid-19 /
 Gustavo Ribeiro Martins. -- 2021.
 101 f.

 Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Piauí, Centro
 de Ciências Humanas e Letras, Programa de Pós-Graduação em
 Direito, Teresina, 2021.

 “Orientador: Prof. Dr. Nelson Juliano Matos Cardoso.”

 1. Direito do trabalho - Salvuardas constitucionais. 2. Direito
 constitucional do trabalho. 3. Tempos de emergência. I. Cardoso,
 Nelson Juliano Matos. II. Título.

CDD 344.810 1

Bibliotecária: Thais Vieira de Sousa Trindade - CRB3/1282

GUSTAVO RIBEIRO MARTINS

**SALVAGUARDAS CONSTITUCIONAIS EM SITUAÇÕES DE
EXCEPCIONALIDADE: O DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO
DURANTE A PANDEMIA COVID-19**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD da Universidade Federal do Piauí – UFPI, na área de concentração Direito, Democracia e Mudanças Institucionais e linha de pesquisa Mudanças Institucionais, Democracia e Efetividade do Direito, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador Prof. Dr. Nelson Juliano Matos Cardoso

Aprovado em: 10 de fevereiro de 2022
Ata nº 7/2022 – PPGD/UFPI (11.00.25.48)

BANCA EXAMINADORA

Presidente (Orientador) - Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos (UFPI)

Examinadora Interna - Prof^a. Dr^a. Deborah Dettmam Matos (UFPI)

Examinador Interno - Prof. Dr. Sebastião Patricio Mendes da Costa (UFPI)

Examinadora Externa ao Programa - Prof^a. Dr^a. Regina Coelli Batista de Moura
Carvalho (UFPI)

Examinador Externo à Instituição - Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (UFPE)

AGRADECIMENTO

Embora fruto de horas de estudo solitário, esta dissertação é trabalho coletivo e participativo, que somente se torna possível diante das inúmeras contribuições recebidas, cada uma delas decisiva (na exata medida) para que se chegasse ao resultado final.

Agradeço a minha família (razão de tudo), a Sylmara pelo apoio incondicional, ao Guilherme e a Manuela, meus amores.

Agradeço ao meu orientador, Professor Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos, pela orientação paciente, disponibilidade e inspiradoras lições.

Agradeço a dileta colega de magistratura, Professora Dr^a. Regina Coelli Batista de Moura Carvalho, pelo incentivo de aprimoramento.

Agradeço ao Professor Dr. Sérgio Torres Teixeira, pelo exemplo como magistrado e professor e pela gentileza de contribuir com a pesquisa.

Agradeço a Professora Dr^a Deborah Dettmam Matos e ao Professor Dr. Sebastião Patricio Mendes da Costa pela generosa contribuição.

Agradeço a todos os Professores e aos colegas do curso de Mestrado em Direito da UFPI, pelo constante aprendizado e por terem tornado essa jornada engrandecedora. Muito obrigado!

RESUMO

O propósito desta dissertação é analisar as salvaguardas constitucionais em situações de excepcionalidade, notadamente àquelas inerentes ao direito constitucional do trabalho durante a pandemia da Covid-19. Questiona-se: é possível se flexibilizar as salvaguardas constitucionais trabalhistas em “tempos de emergência”? A dinâmica evolutiva do constitucionalismo, a partir do seu amadurecimento e da própria sucessão temporal, leva à conclusão de que a novidade está no movimento. As salvaguardas constitucionais funcionam, pois, como avançado sistema protetivo, a fim de resguardar direitos fundamentais e os primados do Estado constitucional devendo incidir em toda e qualquer circunstância. Elege-se como recorte as Medidas Provisórias nº 927 (perda de eficácia) e nº 936 (convertida em Lei nº 14.020/2020) e a (in)flexibilidade do direito constitucional do trabalho, a partir da posição do Supremo Tribunal Federal tomada em julgamento virtual, quando da análise da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6363/DF.

Palavras-chave: Salvaguardas constitucionais. Direito constitucional do trabalho. Tempos de emergência.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to analyze the constitutional safeguards in exceptional situations, notably those inherent to the constitutional labor law during the Covid-19 pandemic. The question is: it possible to make labor constitutional safeguards more flexible in “times of emergency”? The evolutionary dynamics of constitutionalism from its maturity and from the very temporal succession leads to the conclusion that the novelty is in the movement. Constitutional safeguards work, therefore, as an advanced protective system, in order to safeguard fundamental rights and the primacy of the constitutional state, which must apply in any and all circumstances. Provisional Measures No. 927 (loss of effectiveness) and No. 936 (converted into Law No. 14,020/2020) and the (in) flexibilization of constitutional labor law, from the position of the Federal Supreme Court taken in a virtual judgment, when analyzing the injunction in ADI No. 6363/DF.

Keywords: Constitutional safeguards. Constitutional labor law. Emergency times.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 SALVAGUARDAS CONSTITUCIONAIS EM TEMPOS DE NORMALIDADE	13
1.1 As salvaguardas e a evolução do paradigma de Estado constitucional.....	13
1.2 O constitucionalismo e as salvaguardas constitucionais no último quarto do século XX.....	17
1.3 A incorporação dos preceitos do constitucionalismo pelo Supremo Tribunal Federal	21
2 SALVAGUARDAS CONSTITUCIONAIS EM SITUAÇÕES DE EXCEPCIONALIDADE	24
2.1 A constituição como Ulisses amarrado: a analogia de Jon Elster	24
2.2 Ulisses liberto: Jon Elster revisado.....	26
2.3 A consolidação do estado de exceção como paradigma de governo: o contraponto de Giorgio Agamben	30
3 CASO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS Nº 927 (PERDA DE EFICÁCIA) E Nº 936 (CONVERTIDA EM LEI Nº 14.020/2020) E DA (IN)FLEXIBILIDADE DO DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO	35
3.1 Relevância e urgência em situações de excepcionalidade	36
3.2 A excepcionalidade do conteúdo	39
3.3 A excepcionalidade dos fundamentos	45
3.3.1 Devido processo legislativo como salvaguarda constitucional	45
3.3.2 Discussão renovada: a Medida Provisória nº 1.045/2021 e sua rejeição pelo Senado Federal	47

4 MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.363/DF E DA MITIGAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO SALVAGUARDA CONSTITUCIONAL	51
4.1 Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363/DF e o voto do ministro Ricardo Lewandowski (relator): a negociação coletiva como salvaguarda constitucional	52
4.2 O voto prevalecente do ministro Alexandre de Moraes (redator), a negativa de referendo à cautelar e a mitigação da negociação coletiva	63
4.3 A posição dos demais julgadores e a situação de excepcionalidade como razão de decidir	67
4.3.1 Votos vencidos dos ministros Edson Fachin e Rosa Weber pela concessão integral da medida cautelar	67
4.3.2 Votos dos demais julgadores acompanhando a divergência (prevalecente): a situação de excepcionalidade como razão de decidir e a mudança de vetor interpretativo (transição narrativa)	72
4.4 A excepcionalidade do procedimento. Julgamento virtual (sessão realizada inteiramente por videoconferência – Resolução 672/2020/STF) em contraponto ao primado (neo) republicano	81
CONSIDERAÇÕES FINAIS	87
REFERÊNCIAS.....	94

INTRODUÇÃO

O propósito desta dissertação é analisar as salvaguardas constitucionais em situações de excepcionalidade, notadamente àquelas inerentes ao direito constitucional do trabalho durante a pandemia da Covid-19¹.

Questiona-se: é possível se flexibilizar as salvaguardas constitucionais trabalhistas em situações de excepcionalidade?

Elege-se como recorte as Medidas Provisórias nº 927 (perda de eficácia) e nº 936 (convertida em Lei nº 14.020/2020) e a (in)flexibilidade do direito constitucional do trabalho, a partir da posição do Supremo Tribunal Federal tomada em plenário, quando da análise da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6363/DF.

Em 06/02/2020, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei nº 23/2020, convertendo-o na Lei nº 13.979/2020² (BRASIL, 2020c) - posteriormente modificada pela Lei nº 14.035/2020 - que dispõe sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Entre as medidas previstas estão o isolamento e a quarentena, além de outras objetivando de forma expressa a proteção da coletividade. Também foi reconhecido, por meio do Decreto Legislativo nº 6/2020 (BRASIL, 2020a), a ocorrência do estado de calamidade pública – para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101/2000 - com efeitos até 31/12/2020.

Seguindo essa ordem de ideias, foi editada a Emenda Constitucional nº 106, de 07/05/2020 (BRASIL, 2020b), que instituiu regime extraordinário fiscal, financeiro

¹ A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em 30 de janeiro de 2020, que o surto da doença causada pelo novo coronavírus (COVID-19) constitui uma *Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional* – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional. Em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia. Informação disponível: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em 18/08/2020.

² Objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341/DF, em 14/04/2020, por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal referendou a medida cautelar deferida pelo ministro Marco Aurélio (relator), acrescida de interpretação conforme ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979/2020, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais. (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). DJE nº 271, divulgado em 12/11/2020.

e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia.

José Levi Amaral Júnior e Fabiano Araújo (2021, p. 59) acenam para a configuração de um efetivo *Direito Financeiro da Crise*, a partir da modelagem da normatização financeira e orçamentária para o enfrentamento dos efeitos da Covid-19. E destacam que “o mecanismo institucional acabou moldando um novo paradigma de ordem jurídico-financeira claramente excepcional e suspensiva do modelo ordinário de tratamento orçamentário financeiro”.

Na seara trabalhista, tem-se como legislação de emergência a Medida Provisória nº 927, de 22/03/2020 (BRASIL, 2020f), que dispunha sobre as medidas trabalhistas que poderão ser adotadas pelos empregadores para preservação do emprego e da renda e para enfrentamento do estado de calamidade pública decorrente do coronavírus (Covid-19), concentrando esforços em soluções ao empregador (art. 3º), a exemplo do teletrabalho (inciso I); a antecipação de férias individuais (II); a concessão de férias coletivas (III); o aproveitamento e a antecipação de feriados (IV); o banco de horas (V); a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho (VI); o direcionamento do trabalhador para qualificação (VIII); e o diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS (VIII).

Veja-se que a MP nº 927/2020 – a partir da exposição de motivos - buscava minimizar o “forte impacto no setor produtivo” e “mitigar danos à economia”, impunha aos trabalhadores o encargo do isolamento social e da quarentena, oferecendo uma série de concessões ao empregador, apresentadas como “medidas de flexibilização das relações e obrigações trabalhistas”. Adianta-se também o que se pode chamar de *mudança de vetor interpretativo*, passando-se a defender “que os acordos individuais têm preponderância sobre os demais instrumentos normativos, [e de forma contraditória] respeitados os limites estabelecidos na Constituição Federal” (BRASIL, 2020f).

Por conseguinte, diversos dispositivos da referida medida provisória foram objeto de questionamento de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6342/DF, 6344/DF, 6346/DF, 6352/DF, 6354/DF e 6375/DF.

O ministro Marco Aurélio (relator) indeferiu a medida cautelar por entender não configurado maltrato ao texto constitucional, assim como ausentes relevância e risco, considerando que “prevaleceu o bom senso, a noção de razoabilidade presente à óptica da proporcionalidade” diante da situação de excepcionalidade vivenciada no país, submetendo ao referendo do Plenário³.

Em sessão realizada no dia 29/04/2020 (inteiramente por videoconferência – Resolução 672/2020/STF), o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020h), por maioria, negou referendo ao indeferimento da medida cautelar *tão somente* em relação aos arts. 29 e 31 da Medida Provisória nº 927/2020 e, nos termos do voto do ministro Alexandre de Moraes, redator para o acórdão, suspendeu a eficácia desses artigos. Registre-se que os referidos dispositivos tratavam da exclusão da Covid-19 como doença ocupacional (art. 29) e da limitação ao exercício da fiscalização trabalhista (art. 31).

Percorrendo o caminho legislativo, a Medida Provisória nº 927 teve seu texto aprovado pela Câmara dos Deputados (Projeto de Lei de Conversão nº 18/2020). Contudo encaminhada ao Senado Federal, a medida não foi votada ao tempo do § 3º do art. 62 da Constituição, e assim teve seu prazo de vigência encerrado no dia 19 de julho de 2020⁴.

Como segunda legislação de emergência trabalhista, foi editada a Medida Provisória nº 936, de 1º/04/2020 (BRASIL, 2020g), que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispunha sobre medidas trabalhistas complementares, com objetivos específicos de “preservar o emprego e a renda” (art. 2º, inciso I), “garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais” (inciso II) e “reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública” (inciso III).

A constitucionalidade da MP nº 936 foi levada à prova por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6363/DF. Em síntese, o requerente sustentou que o ato normativo vulnera os arts. 7º, VI, XIII e XXVI, e 8º, III e VI, da Constituição Federal, notadamente por permitir a redução da jornada de trabalho e do salário e a

³ Conforme previsto no art. 21, V, do Regimento Interno do STF.

⁴ Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 92, de 2020. Publicado no DOU de 31/07/2020.

suspensão do contrato de trabalho por acordo individual firmado entre empregado e empregador.

O ministro Ricardo Lewandowski (relator), em 06/04/2020, deferiu parcialmente a medida cautelar - *ad referendum* do Plenário - para dar interpretação conforme a Constituição ao § 4º do art. 11, assentando a premissa de que “[os] acordos individuais de redução de jornada e de salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho [...] deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contados da data de sua celebração”, para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva.

Em 17/04/2020 (sessão realizada inteiramente por videoconferência – Resolução 672/2020/STF), o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020i), por maioria, negou referendo à medida cautelar, indeferindo-a, nos termos do voto do ministro Alexandre de Moraes, redator para o acórdão. Restaram vencidos o ministro Ricardo Lewandowski (relator), que deferia em parte a cautelar, e os ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que a deferiam integralmente.

Miguel Carbonell (2009, p. 9) defende que a evolução do paradigma de Estado constitucional revela um *Estado neoconstitucional*. A dinâmica evolutiva do constitucionalismo, a partir do seu amadurecimento e da própria sucessão temporal, leva à conclusão de que a novidade está no movimento.

As salvaguardas constitucionais funcionam, pois, como avançado sistema protetivo, a fim de resguardar direitos fundamentais e os primados do Estado constitucional devendo incidir em toda e qualquer circunstância.

Passa-se à incorporação dos preceitos do constitucionalismo pelo Supremo Tribunal Federal que traz em si a maturidade institucional, a supremacia do texto não apenas formal, mas sim axiológica, a potencialização de sua força normativa e irradiação de seus preceitos fundamentais nos demais ramos do direito, e o alargamento da jurisdição constitucional.

Em situações de excepcionalidades ganham ponta de cena: os preceitos do Estado de direito e a proteção contra o arbítrio em qualquer situação; e, por conseguinte, as salvaguardas constitucionais como avançado mecanismo protetivo.

Jon Elster (2009, p. 119) aponta que muito tem se argumentado que as constituições políticas são dispositivos de pré-compromisso ou autorrestrrição,

criados pelos políticos para se proteger de suas próprias tendências previsíveis de tomar decisões pouco sábias.

Assim, a constituição estabelece e firma regras jurídicas sobre as quais assentado o Estado constitucional em detrimento de maiorias ocasionais, sem que contudo se restrinja a um novo consenso que a infirme e substitua.

Também será abordada a edição de medidas provisórias em “tempos de emergência”: relevância e urgência em situações de excepcionalidades; a excepcionalidade do conteúdo e, via de consequência, limitação material e pertinência temática com a proposta originária; a excepcionalidade dos fundamentos e o *crivo político* do Senado Federal pela perda de eficácia da MP nº 927/2020.

Gilmar Mendes (2020) assinala que a atuação do Supremo Tribunal Federal nesse contexto de pandemia (Covid-19) demanda “uma abertura hermenêutica da jurisdição constitucional à compreensão e conformação da realidade econômica e social experimentada”. E insiste em que “mesmo nesses momentos, as normas jurídicas – em especial a Constituição – não podem ser encaradas como um obstáculo, mas como um caminho necessário e seguro para a solução da crise” (MENDES, 2020, p. 2).

Daí a razão pela qual retoma Gustavo Zagrebelsky (2011, p. 17) quando afirma a importância de uma “concordância prática”, que não se dá por meio de “simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto”.

É nesse contexto de excepcionalidades decorrente da pandemia (Covid-19) que se tensiona o direito constitucional do trabalho com medidas emergenciais que buscam flexibilizar direitos e obrigações trabalhistas, sob o pretexto de “minimizar o forte impacto do setor produtivo” e de “mitigar danos à economia”, com evidenciada mudança de vetor interpretativo (transição narrativa) e se utilizando de argumentos que resvalam em vilania.

Utiliza-se a definição de “tempos de emergência” como expressão conceitual, a partir da análise da legislação de emergência e das medidas trabalhistas adotadas durante a pandemia (Covid-19); a manifestação do Supremo Tribunal Federal em

análise da constitucionalidade das Medidas Provisórias nº 927 e 936; e, ainda, a provável resposta de como se dá a flexibilização do direito constitucional do trabalho em situações de excepcionalidade.

1 SALVAGUARDAS CONSTITUCIONAIS EM TEMPOS DE NORMALIDADE

1.1 As salvaguardas e a evolução do paradigma de Estado constitucional

Miguel Carbonell (2009, p. 9) sustenta que o constitucionalismo contemporâneo tem definido suas características, sobretudo a partir do final da segunda guerra, a exemplo dos textos fundamentais da Itália (1947) e da Alemanha (1949), em um primeiro momento, e posteriormente de Portugal (1976) e Espanha (1978). Desde então, o constitucionalismo não tem permanecido como um modelo estático, uma vez que segue evoluindo em muitos sentidos.

Ao apresentar *Novos tempos para o constitucionalismo*, Carbonell defende que a evolução do paradigma de Estado constitucional revela um *Estado neoconstitucional*.

O termo “neoconstitucionalismo” provocou - e ainda provoca - entre os teóricos atuais e estudiosos do constitucionalismo uma instigante polêmica: Há um renovado constitucionalismo? Quais as diferenças entre as vertentes do constitucionalismo e a versão novidadeira?

A dinâmica evolutiva do constitucionalismo, a partir do seu amadurecimento e da própria sucessão temporal, leva à conclusão de que a novidade está no movimento. E dito isso, conforme Carbonell explica (2007, p.12) “agora se trata de dar um passo adiante e ver a maneira como tais postulados se aplicam aos inúmeros problemas que deve resolver o Estado constitucional do presente” (tradução nossa).

A partir do segundo quarto do século XX, o constitucionalismo se afirma como modelo adotado diante da necessidade de se imprimir maior proteção ao indivíduo, à liberdade e à igualdade, e aos princípios relativos à estrutura do Estado democrático de direito, como nova forma de organização política.

Por sua vez, Robert Alexy (2009, p. 31) indica seis princípios fundamentais como característicos do Estado constitucional democrático: os princípios fundamentais da dignidade humana; da liberdade e da igualdade; assim como os primados relativos à estrutura e os fins do Estado de direito democrático e social.

Prossegue afirmando que entre estes e aqueles há íntimas relações, mas também em parte tensões.

Por caminho argumentativo, prossegue-se na descrição feita por Alexy do papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico da Alemanha, para depois se passar à relação entre direitos fundamentais e a democracia; e assim tecer considerações sobre o problema fundamental concreto.

O ponto de partida seria a posição que os direitos fundamentais ocupam no sistema jurídico e que se caracterizam por quatro extremos: máximo alcance; máxima força jurídica; máxima importância do objeto; e máximo grau de indeterminação.

Como primeiro extremo, o máximo alcance no ordenamento é resultado da simples circunstância de que os direitos fundamentais estariam previstos na Constituição e, por corolário lógico, as demais normas jurídicas infraconstitucionais que com eles colidam seriam inconstitucionais e em consequência nulas por regra geral.

A máxima força jurídica⁵⁶ - segundo extremo - dispõe que os direitos fundamentais vinculam como direito vigente ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário. A combinação com o primeiro extremo dá suporte e vigor à aplicação daquele.

Vale destacar que a máxima força jurídica significa uma ruptura com a tradição constitucionalista do Império Alemão e da República de Weimar, quando se sobressaíam direitos fundamentais vigentes tão somente como declarações programáticas que não gozavam de tutela judicial e/ou mecanismos de proteção efetiva. Em contraponto, na República Federal da Alemanha a observância de todos os direitos fundamentais se revela plenamente controlada pelos tribunais, em todos os níveis. Esta judicialidade plena, que também se estende às demais normas constitucionais, como dito por Alexy “é um dos tesouros da Constituição” (2009, p. 33, tradução nossa).

⁵ Máxima força jurídica descrita por Robert Alexy se aproxima em muito da força normativa da constituição defendida por Konrad Hesse (HESSE, 1991).

⁶ Para maior aprofundamento, sobre *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais* sob o viés da dignidade da pessoa humana, notadamente ao formular uma proposta de concretização a partir da Constituição de 1988, ver Ana Paula de Barcellos (BARCELLOS, 2011).

Com efeito, o máximo alcance e a força jurídica perderiam significado acaso os direitos fundamentais regulassem questões específicas sem importância. O efeito é certamente contrário, mediante os direitos fundamentais se decide acerca da estrutura básica da sociedade e dos valores consolidados por fundamentais.

Aqui voltando o olhar para o recorte proposto, o direito constitucional do trabalho se revela como fundamental para a consolidação do Estado democrático de direito no Brasil⁷. O foco até então no Estado, volta-se à cidadania, à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, consolidados no art. 1º da Constituição de 1988.

Süssekind (2009, p. 72), evocando os fundamentos da República referidos no art. 1º, III e IV da Constituição, afirma que os instrumentos normativos que incidem sobre as relações de trabalho devem visar à prevalência dos seus valores sociais. Assim, a dignidade do trabalhador deve ter profunda ressonância na interpretação e aplicação das normas e mesmo nas condições contratuais pactuadas.

Chega-se ao quarto extremo característico: o grau máximo de indeterminação. Este se apresenta insistentemente no caráter sucinto e, muitas vezes, vazio das declarações do texto constitucional.

Os demais traços abordados - máximo alcance, força jurídica e importância do objeto – apenas se convertem em um verdadeiro problema, quando em conexão com este quarto extremo, o que se refere ao máximo de indeterminação. Os direitos fundamentais somente são o que verdadeiramente são a partir da interpretação.

Diante de tal contexto e, em especial, das tensões entre os direitos fundamentais característicos do Estado democrático de direito, outrora mencionados por Alexy, explica-se porque a interpretação da Lei fundamental não apenas suscita pensamentos tranquilos, senão também confrontos em arena política.

Segundo Alexy (2009, p. 37) existem três formas de contemplar a relação entre os direitos humanos e democracia: uma ingênua, uma idealista e uma realista. Pela concepção ingênua, não existe conflitos entre direitos fundamentais e democracia. Tanto os direitos fundamentais quanto a democracia seriam algo bom e

⁷ Para maior aprofundamento, ver a obra de Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves (2013), para quem a especial ênfase ao *valor trabalho* no paradigma do Estado democrático de direito transforma os princípios e regras do direito do trabalho em parte integrante ao núcleo da Constituição de 1988.

assim não se poderia admitir o conflito. Por tal concepção, conseqüentemente se pode ter ambas juntas sem limitação alguma.

A concepção idealista reconhece o conflito, há muito reconhecido e marcado pela limitação e pela escassez. Assim, a reconciliação dos direitos fundamentais com a democracia se revela como ideal em uma sociedade bem ordenada. Em tal quadra, o povo e seus representantes políticos não estariam interessados em lesionar direitos fundamentais por meio de suas decisões majoritárias e/ou por meio de leis, pelo contrário. As salvaguardas dos direitos fundamentais sempre se constituem como eficaz motivação política. Como ideal, frente ao que a realidade política pode contrastar e o que deve se aproximar, pode-se compreender que este ideal resulta por inalcançável.

Frente a isso tudo, a concepção realista é a que mais se aproxima como correta. Portanto, a relação entre os direitos humanos e a democracia se caracteriza por duas constatações opostas: os direitos fundamentais são profundamente democráticos; e, lado outro, os direitos fundamentais também seriam antidemocráticos.

Explica-se. Os direitos fundamentais seriam democráticos uma vez que asseguram o desenvolvimento e a existência das pessoas devido à garantia dos direitos de liberdade e de igualdade, capazes de manter a estabilidade do procedimento democrático, e também por assegurar o funcionamento do procedimento democrático através da proteção das liberdades de opinião, de reunião e associação, pelo direito de sufrágio universal e outras liberdades políticas. Sob outra óptica, são profundamente antidemocráticos por desconfiarem do procedimento democrático.

A afirmação do neoconstitucionalismo como evolução do paradigma de Estado constitucional nos provoca reflexões: dentre elas a posição de destaque que passaram a ter os direitos fundamentais; a tensão entre estes mesmos direitos e àqueles inerentes à estrutura e fins do Estado democrático; a importância da interpretação e o papel da jurisdição constitucional; e também, por corolário, os inúmeros problemas práticos que surgem em decorrência disso tudo.

Em essência, o termo “salvaguarda” traz em si impregnado a ideia de proteção e garantia; àquilo que nos serve de defesa e amparo, sendo concedida a outrem por autoridade e/ou instituição (no caso em estudo, a própria Constituição).

Dito de outra forma, salvaguardas institucionais figuram, assim, como o conjunto de medidas que garantem a integridade do próprio sistema e visam como fim maior à preservação de determinados valores e direitos ambos essenciais a uma sociedade.

As salvaguardas constitucionais funcionam, pois, como avançado mecanismo protetivo, a fim de resguardar direitos fundamentais e os primados do Estado constitucional devendo incidir em toda e qualquer circunstância.

1.2 O constitucionalismo e as salvaguardas constitucionais no último quarto do século XX

Ao retratar a constitucionalização tendo por norte o caso italiano, Ricardo Guastini (2009, p. 50) apresenta uma lista de condições (sete) que um ordenamento deve satisfazer para que seja considerado como “impregnado” por normas constitucionais. Adverte que a lista não é fechada, e não pretende ser completa, sendo ponto de partida para que se proceda à análise dos processos de constitucionalização dos diversos ordenamentos.

A primeira condicionante seria uma inerente à rigidez constitucional. Uma constituição é rígida quando escrita; garantida contra a legislação ordinária, em sentido de que as normas constitucionais não podem ser modificadas e/ou revogadas senão obedecido procedimento especial de revisão (mais completo do que o procedimento para formação das demais leis). Assim, quando uma constituição rígida está em vigor se pode distinguir níveis hierárquicos da legislação: legislação comum/ordinária e legislação constitucional (ou de revisão constitucional).

Como segunda condicionante, tem-se a garantia jurisdicional da constituição. A rigidez constitucional – ainda que formalmente estabelecida - não está assegurada quando ausente algum controle sobre a conformidade das leis com a constituição. Aponta Guastini (2009, p. 51) que a maior parte dos ordenamentos contemporâneos

adota como órgão competente para exercer tal controle um órgão jurisdicional ou semi-jurisdicional.

A terceira condição se revela na força vinculante da constituição. Com efeito, não se relaciona diretamente com a estrutura do ordenamento constitucional, mas sim considera a ideologia difundida na cultura jurídica.

Na contemporaneidade – a partir da evolução do constitucionalismo - há predominância de constituições analíticas, no sentido de que incluem ao lado de normas sobre a organização estatal também uma declaração de direitos, representando uma série de normas que regulam diretamente as relações entre os Estados e os cidadãos.

Ocorre que por serem declarações de direitos com frequência assentadas em normas sem clareza e precisão, mas também em princípios gerais sem aplicabilidade imediata (que exigem interpretação e concretização através da legislação, da atividade jurisdicional e por atos do Estado em geral) e em disposições programáticas que conferem direitos sociais e tampouco suscetíveis de aplicação imediata, por vezes carecem de concretude, deixando para outro momento a efetivação.

A princípio⁸, as constituições seriam tão somente um manifesto político, cuja tarefa de concretização recairia ao legislador. Assim, os tribunais e órgãos jurisdicionais não deveriam aplicar as normas constitucionais, carentes de qualquer efeito imediato, senão apenas as normas que são reconhecidas pela lei.

Como já abordado, um dos elementos essenciais do processo de constitucionalização, disseminado na cultura jurídica, é precisamente a ideia de que toda norma constitucional – independentemente de sua estrutura ou de seu conteúdo normativo – é norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos. Trata-se do segundo extremo apontado por Robert Alexy.

Por sua vez, a quarta condicionante depende da postura dos intérpretes frente à constituição: os juízes (em especial o tribunal constitucional, caso existente

⁸ Konrad Hesse (1991) traz em sua *Força Normativa da Constituição* o confronto de sua tese com a conferência proferida por Ferdinand Lassale, em abril de 1862, sobre a essência da Constituição (*Über das Verfassungswesen*, 1919). Para Lassale, questões constitucionais não seriam questões jurídicas, mas sim questões políticas. Assim, a conjugação dos fatores reais de poder com as relações fáticas constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade.

em determinado sistema jurídico), os órgãos do Estado em geral, e de forma natural os estudiosos do direito.

Como texto, toda constituição por mais extensa e analítica que o seja, por mais que apresente abundante carga de valores, revela-se limitada e finita. Assim, o texto constitucional, por mais trivial que possa parecer, possui lacunas, uma vez que não se poderia prever e regular a vida social e política em sua totalidade.

Uma lacuna - qualquer que seja em qualquer texto normativo - não depende necessariamente do texto a que se vincula ou da ausência de previsão legal, uma vez que todo ele é suscetível de interpretações. Mais uma vez, tem-se por fundamental a interpretação. Em suma, uma condição importante (e mesmo necessária) de constitucionalização é precisamente a interpretação de forma extensiva, pressupondo que ela (norma constitucional) seja entendida como vinculante e revelando um estreito elo entre a terceira e quarta condições de constitucionalização.

A aplicação direta da constituição (apontada por Guastini como quinta condicionante) também se mostra vinculada tanto a terceira quanto à quarta, uma vez que ela pressupõe, por um lado, que a constituição seja concebida como um conjunto normativo vinculante para todos, e por outro, que a interpretação desse texto se dê de forma extensiva.

A sexta condicionante tem relação com a técnica de interpretação, não necessariamente da constituição, mas sim das leis em geral. Trata-se da interpretação que harmoniza a lei infra com a constituição, elegendo dentre os caminhos interpretativos aquele que se evite toda a contradição e/ou colisão daquela com a norma constitucional. Dita técnica interpretativa (de ampla aceitação/aplicação pelos tribunais constitucionais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal) traz consigo o efeito de conservar a validade da lei interpretada que, de outro modo, deveria ser declarada inconstitucional.

A sétima (e última) condicionante revela a influência da constituição sobre as relações políticas, e depende de diversos outros elementos: o conteúdo em si do texto constitucional, a postura dos juízes (notadamente do tribunal constitucional), a posição dos órgãos constitucionais e dos atores políticos. Como desdobramentos pode-se mencionar a regulação pelas normas constitucionais da organização do

Estado e a relação entre o estado e os cidadãos; no constitucionalismo de nossos dias se pode pensar que a função da constituição é modelar as relações sociais. Por conseguinte, também se pode afirmar que as normas constitucionais (sobretudo os princípios e as normas programáticas) produzem efeitos diretos e pode ser aplicados por qualquer juiz (judicialidade plena) em qualquer controvérsia, mesmo nas relações entre particulares. Finalmente, também se podem usar as normas constitucionais como instrumento de argumentação para justificar ações e decisões dos atores políticos.

Diante do que até aqui se abordou, notadamente a partir das condicionantes listadas por Ricardo Guastini, o constitucionalismo se reafirma não apenas como modelo evolutivo do Estado, mas também como forma de consolidação dos instrumentos de proteção de todo o sistema constitucional, aí incluídos os direitos fundamentais e os valores erigidos a tal *status*.

Um novo paradigma constitucional, moldado a partir das transformações constitucionais experimentadas a partir do segundo quarto do século XX, o constitucionalismo democrático pós-guerras, a adoção de uma cultura pós-positivista, a impressão de força normativa à constituição, a expansão da jurisdição constitucional, impõem um novo padrão hermenêutico, notadamente moldado em vertentes de neoconstitucionalismo.

Em síntese: o novo direito constitucional - ou como nominado neoconstitucionalismo - identifica um conjunto amplo de transformações que dentre outras vertentes, pode-se listar na formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação e evolução se dá ao longo do segundo quarto de século XX e até a contemporaneidade; que se passa a ter a centralidade do ordenamento na constituição, lançando luz sobre direitos e valores fundamentais erigidos e incorporados ao texto constitucional e extremamente caros a uma determinada sociedade.

1.3 A incorporação dos preceitos do constitucionalismo pelo Supremo Tribunal Federal

A Constituição de 1988 representa não apenas a travessia democrática, mas fixa bases para a posterior absorção do mesmo movimento ocorrido na Europa pós-guerra.

Percebe-se que a incorporação do constitucionalismo no Brasil não se deu de forma automática com a promulgação da Constituição de 1988. O constituinte de 1987 passou ao largo de tal intento, na medida em que apenas com a evolução do modelo (notadamente o que se fez dele com o passar do tempo) se revelaram as premissas do Estado constitucional democrático e a assunção de seus traços característicos. Há um *delay* de pelo menos dez anos dos ares de constitucionalismo. Barroso (2006, p. 43) afirma que se trata do “Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil”, ainda que em referência à própria Constituição de 1988.

Por seguinte, passa-se à incorporação dos preceitos do constitucionalismo pelo Supremo Tribunal Federal que traz em si a maturidade institucional, a supremacia do texto não apenas formal e sim axiológica, a potencialização de sua força normativa e irradiação de seus preceitos fundamentais nos demais ramos do direito. Trata-se de parâmetro de validade das normas infraconstitucionais e ainda vetor interpretativo, ferramenta por demais útil na ampliação da jurisdição constitucional.

Para Gilmar Mendes (2008, p. 1), liberdade e igualdade constituem os valores sobre os quais está fundado o Estado constitucional. E complementa, “a história do constitucionalismo se confunde com a história da afirmação desses dois fundamentos”.

Ao descrever *A condição polifacética dos direitos fundamentais*, Konrad Hesse (2009, p. 33) sustenta que “os direitos fundamentais devem criar e manter as condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade humana”. Encontrando-se (ambas) inseparavelmente relacionadas.

Circunstâncias essas que, segundo Hesse (2009, p. 33 - 34), forjam a singularidade, a estrutura e a função dos direitos fundamentais: garantindo não

apenas direitos subjetivos dos indivíduos e de igual modo princípios objetivos básicos para o ordenamento constitucional democrático e o estado de direito.

Na contemporaneidade, diante da multiplicidade de valores, de incertezas e tensões cada vez mais presentes, em parte por decorrência dos “tempos de emergência” experimentados em face da pandemia Covid-19, os primados de liberdade e igualdade (potencializados em um piso mínimo de dignidade) devem ser repensados como valor fundamental.

Como destaca Barroso (2006, p. 84), deve-se enfatizar que, no caso brasileiro, a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz de primeiro grau ao Supremo Tribunal Federal (seja em controle difuso e/ou concentrado) todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação de lei ou ato normativo tido por inconstitucionais.

Luiz Guilherme Marinori (2012, p. 23), ao tratar da *Jurisdição no Estado Constitucional*, leciona que “a obrigação do jurista não é mais apenas a de revelar as palavras da lei, mas sim a de projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais”.

De tal forma que se essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei, e assim, em cotejo com a atividade com a de um fotógrafo, descartar a película por ser impossível encontrar uma imagem compatível. Assim, é por meio da efetividade da tutela jurisdicional que os direitos fundamentais e valores consolidados na constituição impõem sua real dimensão, muitas vezes resolvendo tensões com os demais direitos e se afirmando como pedras de toque da sociedade.

Por outro lado, a norma jurídica é resultado da própria realidade social, refletindo seus valores, objetivos crenças e padrões éticos, os quais são vertidos em juízos de realidade objetivos. Logo, normatividade e realidade não podem se dissociar.

Ana Paula de Barcellos (2011, p. 7) anota que não há direito sem realidade, e prossegue “é ela que o direito pretende transformar e é dela que ele extrai as novas necessidades e demandas a serem reguladas; é a realidade que confronta o intérprete com os problemas mais intrincados e o impulsiona ao trabalho”.

A ideia do Estado democrático de direito (que constitui a República brasileira, na dicção do art. 1º, *caput*, da Constituição de 1988) explicita a síntese dos conceitos de constitucionalismo e democracia, centralizada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais e a realização destes como essenciais a sua própria consolidação. Destaca-se, pois, a importância de uma atividade interpretativa pela qual o sentido da norma seja estabelecido em conta do caso concreto, os valores constitucionais preservados e os fins efetivados.

Ao fim, a realização de direitos e valores fundamentais pelo judiciário representa, a teor do que defendido por Canotilho (2006, p. 480), “uma luta democrática quotidianamente renovada no sentido da realização dos fins e tarefas constitucionais”.

Vimos, até aqui, que as salvaguardas estão umbilicalmente ligadas à evolução do paradigma de Estado constitucional, de forma que se reafirmam como avançado mecanismo de proteção dos direitos fundamentais e dos primados estruturantes do próprio estado, devendo incidir (em regra) em toda e qualquer circunstância.

Ocorre que as mesmas salvaguardas constitucionais se mostram de uma forma em tempos de normalidade e com o passar do tempo podem se apresentar de outro modo em situações de excepcionalidades, daí a importância de avançarmos em estudos acerca de inconsistência temporal, racionalidade, pré-compromissos e autorrestrrição, retratados com precisão na analogia de Jon Elster.

2 SALVAGUARDAS CONSTITUCIONAIS EM SITUAÇÕES DE EXCEPCIONALIDADE

Neste capítulo, trataremos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições.

A tese geral defendida por Jon Elster (2015) é a de que se amarrar (*atarse a sí mismo*) seria uma forma privilegiada de resolver o problema da vontade imperfeita, e também a principal técnica para alcançar a racionalidade por meios indiretos. Como um compromisso prévio de racionalidade, manifestação de autocontrole da conduta humana.

Mais a frente, tal posição foi revista em *Ulisses liberto* (ELSTER, 2009) ao sinalizar um novo olhar, refletindo uma mudança sobre a ideia de constituições como dispositivos de pré-compromisso.

Ao final do capítulo, seguimos com o contraponto de Giorgio Agamben (2012) e a consolidação do estado de exceção como paradigma de governo. Tal posicionamento, de destacada importância, reafirma os riscos da criação e/ou da convolação da excepcionalidade em regra, e principalmente, das consequências experimentadas em caso de abusos, de rompimento e da dificuldade de retomada da normalidade.

2.1 A constituição como Ulisses amarrado: a analogia de Jon Elster

Jon Elster (2015, p. 7) revela prenúncios de discussões sobre pré-compromisso e autorrestrição, a partir da análise do comportamento racional e irracional.

Ao tratar da racionalidade perfeita (paradigma da conduta individualmente racional) firma posicionamento de que ela se distingue de vez da adaptação biológica e da adaptação funcional nas sociedades.

De pronto, anuncia a ideia principal de que a racionalidade humana se caracteriza pela capacidade de se relacionar com o futuro, em contraponto com a

míope e gradual ascensão da seleção natural. Ou seja, a conduta humana se volta em parte ao que pode ocorrer mais a frente, com o decorrer do tempo.

A racionalidade imperfeita, por sua vez, surge da fraqueza de vontade que pode nos impedir de se utilizar da capacidade de uma conduta perfeitamente racional. Assim, o ato de autorrestrição (a exemplo de Ulisses antes de enfrentar as sereias) traz conceito fundamental e estratégia defensiva.

A tese geral defendida por Jon Elster é a de que se amarrar (*atarse a sí mismo*) seria uma forma privilegiada de resolver o problema da vontade imperfeita, e também a principal técnica para alcançar a racionalidade por meios indiretos. Como um compromisso prévio de racionalidade, manifestação de autocontrole da conduta humana.

Também ganha destaque o fator temporal, como determinante não só para a evolução do compromisso firmado, mas em influência direta na tentativa de se seguir no roteiro (normativo) previamente estabelecido.

Não obstante, tanto as preferências temporais incongruentes quanto à alteração por preferências internas indicam que as decisões anteriores não são seguidas (ou não costumam ser) e ambos os mecanismos pressupõem que isso pode ocorrer mesmo na ausência de influências externos.

A situação de Ulisses também inspira discussões sobre política. Jon Elster (2015, p. 79) enumera dois casos de especial importância: o problema da democracia e o problema do estado capitalista.

Uma democracia direta (em que todos os cidadãos votam em todas as questões ao invés de eleger representantes) atenderá a uma política em zigue-zague e uma reavaliação constante dos planos anteriores; por conseguinte, será inconstante, hesitante e ineficaz.

Em Atenas, por exemplo, as decisões importantes eram feitas na assembleia de cidadãos (Eclésia), que se encontravam pelo menos 40 vezes por ano. Ocasão em que se poderiam reconsiderar (a qualquer momento) as decisões anteriores e assim tornado uma presa fácil de demagogos e outros manipuladores, caso não fossem estabelecidas salvaguardas institucionais (*standards* de proteção).

O paradoxo da democracia, então, poderia ser sintetizado na seguinte fórmula: cada geração quer ser livre para vincular seu sucessor, sem ser vinculado por seus predecessores. Essa oposição tem uma estrutura semelhante ao que tem sido chamado de contradição central do capitalismo: todo capitalista quer baixos salários para os seus próprios trabalhadores (o que geraria grandes lucros) e altos salários para todos os demais trabalhadores, assim incrementaria a demanda de mercado.

Em ambos os casos, é possível perceber que para qualquer geração (ou para qualquer capitalista) tem por intento a manutenção de todos os direitos fundamentais e a democracia, mas todas as gerações (ou todos capitalistas) não podem alcançar este objetivo simultaneamente. Retoma-se, assim, o conflito apontado por Alexy (2009, p. 32), há muito reconhecido e marcado pela limitação e pela escassez.

As situações de excepcionalidades decorrentes da pandemia (Covid-19) e seus efeitos deletérios para toda a sociedade, por corolário lógico, potencializam o cenário de limitação e escassez, atingindo de forma voraz os primados fundamentais de liberdade e igualdade, o que ascende de importância às salvaguardas constitucionais e à proteção dos valores mínimos de dignidade humana.

Nas democracias contemporâneas uma série de instituições pode ser interpretada como recurso para comprometimento prévio. Em tal cenário, uma constituição funcionaria como um pré-compromisso da sociedade contra as tentações ocasionais do exercício cotidiano de questões políticas. Esta é a analogia mais próxima da sociedade ao estado de espírito de Ulisses ao se lançar no desafio das sereias.

Ocorre que, tal posição foi revista em *Ulisses liberto* (ELSTER, 2009) ao sinalizar um novo olhar, refletindo uma mudança sobre a ideia de constituições como dispositivos de pré-compromisso.

2.2 Ulisses liberto: Jon Elster revisado

Ao abordar a *Teoria da restrição*, Jon Elster revisita a discussão por qual motivo os indivíduos podem querer restringir sua liberdade de escolha e como

alcançam esse objetivo. Talvez queiram se proteger contra paixões, mudanças de preferência e inconsistências temporais. Afirma que “eles o fazem removendo certas opções do conjunto factível, tornando-as mais onerosas ou apenas tardiamente disponíveis, e isolando-se do conhecimento da existência dessas opções” (ELSTER, 2009, p. 11).

De forma geral, ilustra a proposição de que há benefícios em se ter menos oportunidades de escolha. Posicionamento que deve ser visto em justaposição ao padrão geral de se desejar tudo a todo tempo.

Como já destacado na secção anterior, a inconsistência temporal (ou inconsistência dinâmica) ganha relevância e se figura quando a melhor escolha política planejada para o futuro não se mostra mais como o caminho mais acertado quando o período chega. A inversão de preferências (escolhas) é fruto da simples passagem do tempo e de eventuais ocasiões circunstanciais que possa trazer.

Veja-se no caso em estudo: as salvaguardas constitucionais se mostram de uma forma em situações de normalidade e mais ao futuro podem se revelar com outra roupagem em situações de excepcionalidade.

Jon Elster (2009, p. 119) aponta que muito tem se argumentado que as constituições políticas são dispositivos de pré-compromisso ou autorrestrição, criados pelos políticos para se proteger de suas próprias tendências previsíveis de tomar decisões pouco sábias. Em seguida, propõe-se a distinguir constituições como restrições essenciais sobre comportamento e como restrições incidentais.

De um lado, verificam-se disposições existentes estabelecidas com o propósito de restringir a liberdade de ação dos indivíduos (políticos) que votaram nelas e aqueles em posição semelhante no futuro. Por outro, tem-se disposições constitucionais que tendem de fato a surtir efeitos salutareos (benéficos) de restrição em um conjunto de atores políticos, independentemente de quem ou quando tenha instituído inicialmente referidas restrições.

Vale destacar a mudança de posicionamento ao que Elster (2009, p. 124) nomina de falsas analogias com o pré-compromisso individual. Afirma que se pode revelar enganosa transferir conceitos usados para estudar indivíduos para o comportamento de coletividades. Indica que as constituições podem restringir os

outros ao invés de serem atos de autorrestrrição. Além do que as constituições podem nem mesmo ter o poder de restringir.

As constituições são em regra elaboradas para tornar difícil, mas não impossível, a mudança de suas disposições em comparação ao processo legislativo ordinário. Aspecto relacionado à rigidez constitucional e apontado por Ricardo Guastini como primeira condicionante do constitucionalismo.

Mesmo naquelas constituições que possuem disposições imunes a emendas (a exemplo das cláusulas pétreas da constituição), estas não restringem em absoluto, pois a ação extraconstitucional (fora do texto normativo) continua a ser possível.

Percebe-se, ainda, que as tentativas de restringir a sociedade com muita intensidade (situação extrema) podem surtir efeitos opostos. Primeiro, os indivíduos poderiam reagir à própria ideia de se sentirem limitados. E segundo, poderiam achar que disposições demasiadamente rígidas para aprovação de emendas seriam um obstáculo intolerável à mudança e a evolução do paradigma constitucional.

A constituição estabelece e firma regras jurídicas sobre as qual assentado o Estado constitucional em detrimento de maiorias ocasionais, sem que, contudo, se restrinja a um novo consenso que a infirme e substitua.

Outro ponto consiste na ideia de que o constitucionalismo, entendido como uma propensão geral ao cumprimento da constituição e ao controle de constitucionalidade das leis, não pode ser reduzida à mera presença de um texto constitucional com esses aspectos.

Segundo Elster, o constitucionalismo assegura que a mudança constitucional será lenta, em comparação com a via rápida do processo legislativo ordinário. E acrescenta, “a constituição deveria ser uma estrutura de ação política, não um instrumento de ação” (2009, p. 133). Em outras palavras, compete ao texto constitucional mostrar os caminhos dentre os quais as escolhas políticas devem seguir, sem servir para determinar especificamente uma determinada linha de ação. Afinal, quanto mais concreto e analítico for o modelo constitucional, maior a chance de obsolescência e descumprimento⁹.

⁹ Retoma-se o quarto extremo característico (grau máximo de indeterminação), apontado por Robert Alexy (2009, p. 31) e retratado no primeiro capítulo desta dissertação.

Por fim, retornando a analogia freudiana, Jon Elster (2009, p. 220) defende que uma constituição seria similar ao superego¹⁰, no sentido de consistir em regras rígidas e inflexíveis que podem impedir o comportamento sensato e mais adequado em ocasiões específicas (situações de excepcionalidades).

Aliás, essa mesma preocupação foi assentada por Konrad Hesse (1991, p. 31), “em virtude da experiência colhida com o art. 48 da Constituição de Weimar, a Lei fundamental (*Gundgesetz*) não adotou qualquer cláusula especial para o estado de necessidade”. E adverte se tratar de um terrível engano imaginar que, por não ser esperada, uma ameaça não se devera concretizar. Caso se verifique essa situação, faltará uma disciplina normativa, ficando a solução do problema entregue ao poder dos fatos.

A constituição é plataforma que representa a garantia de legitimidade para os diferentes grupos sociais, pode amenizar a competição para se imprimir ao Estado orientação em um ou outro sentido, no âmbito das possibilidades oferecidas pelo compromisso constitucional.

A assunção do pluralismo em uma constituição democrática é simplesmente uma proposta de solução e coexistência possível, melhor dizendo, um compromisso de possibilidades e não um projeto rígido de decisão política.

Para Canotilho, não se pode afastar que a constituição resulta de um *compromisso* entre vários atores sociais, com ideias, aspirações e interesses diferenciados e até antagônicos (ou mesmo contraditórios). O *consenso fundamental* “quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente plasmados não pode apagar, como é óbvio, o pluralismo e o antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador” (CANOTILHO, 2006, p. 1.182).

Para que se de conta desta transformação, não se pode ter a constituição como centro de que tudo deriva por irradiação através da soberania do Estado em que se apoia, mas sim como ponto central sobre o qual tudo deve convergir. Ou seja, a Constituição se deve posicionar mais como ponto de chegada do que de partida.

¹⁰ Ver também: *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã* (MAUS, 2000, p. 183 – 200).

Gustavo Zagrebelsky entende assim que o direito dos Estados constitucionais pode ser definido na imagem de *ductibilidade* (temperança), exercido através de uma “dogmática fluida”. Outrossim, defende a importância de uma “concordância prática”, que não se realiza por meio de “simples amputação de potencialidades constitucionais, mas sim principalmente mediante soluções acumulativas, combinatórias e compensatórias” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 16, tradução nossa), que conduzam os princípios constitucionais ao desenvolvimento e não a um declínio conjunto.

Por razão desse direito constitucional principiológico, é exigida a construção de uma dogmática “fluida” ou “líquida”; assim o único conteúdo sólido que uma dogmática constitucional deve ter é a exigência de compromisso e coexistência dos múltiplos valores e princípios.

Escreve Zagrebelsky (2011, p. 17), “a dogmática constitucional deve ser como o líquido de onde as substâncias são despejadas; os conceitos mantêm a sua individualidade e coexistem sem choques destrutivos, ainda que com certos movimentos de oscilação”, e, em todo caso, sem que jamais apenas um se impusesse a eliminar os demais. O único conteúdo constitucional (sólido) que deve ser rigorosa e decididamente defendido contra toda e qualquer agressão vem a ser justamente essa pluralidade de valores e princípios, que coexistem, harmonizam-se e se conformam em sua essência.

Como já mencionado, passa-se ao contraponto de Giorgio Agamben ao advertir que a operacionalização do estado de exceção não como instituto de salvaguarda institucional (como mecanismo protetivo do próprio sistema constitucional), mas como paradigma de governo, retira a juridicidade dos poderes de emergência.

2.3 A consolidação do estado de exceção como paradigma de governo: o contraponto de Giorgio Agamben

Sob outra óptica, Agamben (2012, p. 11 - 49) adverte que a operacionalização do estado de exceção não como instituto de salvaguarda institucional, mas como paradigma de governo, retira a juridicidade dos poderes de emergência (*emergency*

powers) e, assim, estes perdem o seu fundamento jurídico e resta apenas uma imposição do poder posto.

O estado de exceção, em tal quadra, apresenta-se como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo. Tal constatação atinge o próprio Direito contemporâneo, pois a noção moderna de república pressupõe o estado de direito em contraposição ao estado absolutista, e diante do estado de exceção como técnica de governo se perde a distinção clara entre ambos, criando-se uma zona de indiscernibilidade.

O caráter próprio dessa violência, segundo destacado por Agamben, é que ela não põe e nem conserva o direito, mas o depõe e inaugura uma nova época histórica.

Com efeito, Agamben (2012, p. 84 - 85) assevera que a doutrina da soberania que Schmitt desenvolve em sua obra *Teologia Política*¹¹ (2006) pode ser lida como uma resposta precisa ao ensaio de Benjamin, *Crítica da violência: crítica do poder* (1921). Enquanto a estratégia da Benjamin buscava assegurar a existência de uma violência pura e anômica, para Schmitt se trata, de forma contrária, em trazer tal violência para o contexto jurídico.

A relação entre os dois textos revela-se cada vez mais estreita e, via de consequência, demonstra a contribuição mútua (ainda que involuntária). Para Souza (2018, p. 44), “é justamente através do Estado de exceção que Schmitt objetiva capturar a violência ‘pura’, desenvolvida por Benjamin, e colocá-la dentro de um ordenamento jurídico”.

A distinção entre a violência que dá origem ao direito e àquela que o conserva - alvo de Benjamin - corresponde à oposição schmittiana, e é na tentativa de neutralizar essa nova figura de uma violência pura, que escapa à dialética entre poder constituinte e constituído, que Schmitt dá ponto central de sua teoria da soberania.

De acordo com Agamben (2012, p. 86), a violência soberana na *Teologia Política* responde e se contrapõe à violência pura do ensaio benjaminiano por meio da figura de “um poder que não funda nem conserva o direito, mas o suspende”. Também é em resposta à idéia benjaminiana de uma indecidibilidade última de todos

¹¹ Publicação original: *Politische Theologie* (SCHMITT, 1922).

os problemas jurídicos que Schmitt afirma a soberania como lugar da decisão extrema. E assim como a violência pura, para Benjamin, não poderia ser reconhecida como tal através de uma decisão, também para Schmitt seria impossível estabelecer, com absoluta certeza, o momento em que se está diante de um caso de necessidade e/ou, pelo seu conteúdo, o que pode acontecer se tratar do caso de necessidade e sua eliminação, que, por inversão estratégica, é precisamente essa impossibilidade que dá suporte a necessidade da decisão soberana.

Jon Elster (2009, p. 138) já apontava que “em situações de emergência, pode-se querer suspender a Constituição se a aprovação de emendas levar muito tempo, ou se apenas a medida temporária for necessária”. Em complemento, a suspensão (da constituição) pode (em si) estar sujeita a princípios constitucionais de separação dos poderes, freios e contrapesos.

Nessa ordem de ideias, o funcionamento da ordem jurídica encontra lastro, em última medida, no estado de exceção, que visa tornar a norma aplicável, suspendendo provisoriamente a sua eficácia. Para Schmitt, quando a exceção toma à regra, o Estado não pode mais funcionar. Assim, diante da colisão entre elas, a indiscernibilidade entre norma e exceção, e precisamente o que o Terceiro Reich havia realizado de modo concreto, a decisão soberana defendida em *Teologia Política* não resgataria o papel que lhe foi confiado: retomar a ordem e a situação de normalidade.

Benjamin (2011) se volta contra a tese de Schmitt: uma vez afastada a perspectiva de um estado de exceção fictício, em que exceção e normalidade convivem em tempos distintos, convola-se em efetivo o estado de exceção, que é absolutamente indiscernível da regra.

Agamben (2012, p. 92) pronuncia que “toda ficção de um elo entre violência e direito desapareceu aqui: não há senão uma zona de anomia em que age uma violência sem nenhuma roupagem jurídica”. A tentativa do poder estatal de se anexar à anomia por meio do estado de exceção é desmascarada por Benjamin. Em seu lugar, aparecem a guerra civil e violência revolucionária, como uma ação humana que rechaçou qualquer relação com o direito.

A discussão travada entre Schmitt e Benjamin percorre a mesma zona de indistinção, de anomia, que de um lado deve ser mantida a todo custo em relação com o direito e, por outro, deve ser prontamente libertada dessa relação. A cada tentativa do primeiro de reinscrever a violência na ordem jurídica, o segundo contra ataca procurando assegurar a violência pura uma existência fora do direito.

Souza e Oliveira (2016, p. 146) registram que “o estado de exceção em Agamben se configura como estrutura política fundamental presente em diversas sociedades que se intitulam democráticas, mas que adotam o instituto para os casos de conflitos mais extremos”. No centro do poder sempre constará o estado de exceção por mais invisível que se possa parecer, uma vez que figura no espaço vazio.

Prosseguindo, Agamben revela ser opinião recorrente colocar o conceito de necessidade como fundamento do estado de exceção. Mais do que tornar lícito o ilícito, “a necessidade age aqui como uma justificativa para uma transgressão em um caso específico por meio de uma exceção” (AGAMBEN, 2012, p. 40). A necessidade não é fonte de lei e tampouco suspende a ordem legal, ela se limita a subtrair um caso particular à aplicação literal da norma.

Em tal senda, o estado de exceção (enquanto figura da necessidade), apresenta-se, ao lado da revolução e da instauração de fato de um ordenamento constitucional, como mecanismo “ilegal”, mas perfeitamente jurídico e constitucional, que se concretiza na criação de novas normas (ou de uma nova ordem jurídica).

Agamben também destaca ser ingênua a concepção de que a necessidade longe de se apresentar como um dado objetivo, “implica claramente um juízo subjetivo e que necessárias e excepcionais são, é evidente, apenas aquelas circunstâncias que são declaradas como tais” (AGAMBEN, 2012, p. 46). E arremata, a tentativa de resolver o estado de exceção no estado de necessidade se choca com o fenômeno que deveria explicar.

O estado de exceção, em última instância, revela-se como mecanismo que deve (ou assim se pretende) articular e conformar esses dois aspectos da estrutura jurídico-política, instituindo um liminar de indecidibilidade entre realidade e direito, discussão que se mostra atual diante do cenário pandêmico (Covid-19), que atrai argumentos de necessidade em situações de excepcionalidades e o extremo

cuidado que se deve ter em sua exortação. Serve como alerta ao Estado constitucional contemporâneo.

3 CASO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS Nº 927 (PERDA DE EFICÁCIA) E Nº 936 (CONVERTIDA EM LEI Nº 14.020/2020) E DA (IN)FLEXIBILIDADE DO DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO

Nos capítulos anteriores, percorremos a dinâmica evolutiva do constitucionalismo e, por conseguinte, a evolução do paradigma de Estado constitucional; as salvaguardas constitucionais como avançado mecanismo protetivo, que se apresentam de uma forma em tempos de normalidade e podem trazer nova roupagem diante de situações de excepcionalidade.

Seguimos a analogia de Jon Elster e seus estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Elster já apontava (2012, p. 138) que em situações de emergência, pode-se querer suspender a constituição, pretensão que pode (em si) estar sujeita a princípios constitucionais de separação de poderes, freios e contrapesos.

Abordamos o contraponto de Giorgio Agamben e a advertência de que a operacionalização do estado de exceção não como instituto de salvaguarda institucional (como mecanismo protetivo do próprio sistema constitucional), mas como paradigma de governo, retira a juridicidade dos poderes de emergência; instituindo um liminar de indecidibilidade entre realidade e direito, discussão que se mostra atual diante do cenário pandêmico (Covid-19), que atrai argumentos de necessidade em situações de excepcionalidades e o extremo cuidado que se deve ter em sua exortação.

Então, chega-se ao (primeiro) recorte proposto: as Medidas Provisórias nº 927 (perda de eficácia) e nº 936 (convertida em Lei nº 14.020/2020) e a (in)flexibilidade do direito constitucional do trabalho.

Também será retratada a edição de medidas provisórias em “tempos de emergência”: relevância e urgência em situações de excepcionalidades; a excepcionalidade do conteúdo e, via de consequência, limitação material e pertinência temática com a proposta originária; a excepcionalidade dos fundamentos e o *crivo político* do Senado Federal pela perda de eficácia da MP nº 927/2020.

Como novidade durante a pesquisa, tem-se a edição da Medida Provisória nº 1045/2021 e a (nova) tentativa de se imprimir uma “minirreforma” trabalhista,

rejeitada pelo Senado Federal por ampla maioria (47 votos contrários a 27 favoráveis), firmando posicionamento alinhado ao que já decidiu o STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5127/DF, de relatoria do ministro Edison Fachin.

3.1 Relevância e urgência em situações de excepcionalidade

As medidas provisórias brasileiras - instituídas pela Constituição de 1988 - deitam suas raízes nos decretos-leis vigentes ao tempo da ordem constitucional anterior e em substituição a eles, sob influência da Constituição italiana de 1947¹², que dispõe “*em casos extraordinários, de necessidade e de urgência*, o Governo adota, sob a sua responsabilidade, *medidas provisórias com força de lei*” (ITÁLIA, 2018, p. 35, grifo nosso).

Trata-se de ato normativo originário (e provisório), circunscrito à competência privativa do Presidente, possuindo desde sua edição, força, eficácia e valor de lei. Encontra lastro no próprio texto constitucional, que prevê no art. 62, *caput*, “*em caso de relevância e urgência*, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional” (BRASIL, 2021a, grifo nosso).

Sobressaem os pressupostos essenciais de *relevância e urgência*, em interpretação conjugada. Para Ferreira Filho (2002, p. 240), “pode-se sustentar que a medida provisória foi prevista para o caso de uma urgência qualificada pela relevância. Ou seja, como instrumento de *legiferação de urgência*”.

Uma proposição pode ser considerada *relevante*, no sentido da importância temática e alcance do seu objeto, e não seja considerada *urgente* a ponto de dispensar o devido processo legislativo ordinário, com ampla discussão e debate no Congresso Nacional. Insiste-se, *relevância e urgência* se traduzem como

¹² Art. 77 da Constituição italiana: O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, emanar decretos que tenham valores de lei ordinária. Quando, em casos extraordinários, de necessidade e de urgência, o Governo adota, sob a sua responsabilidade, medidas provisórias com força de lei, deve no próprio dia apresentá-los para a conversão às Câmaras que, mesmo se dissolvidas, foram propositadamente convocadas, devendo reunir-se no prazo de cinco dias. Os decretos perdem eficácia desde o início se não forem convertidos em lei no prazo de sessenta dias desde a sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regular com a lei as relações jurídicas que surgem na base dos decretos não convertidos. (ITÁLIA, 2018, p. 35)

pressupostos constitucionais essenciais, que devem ter observância obrigatória (e evidenciação) desde o seu nascedouro.

De acordo com José Levi Mello do Amaral Júnior (2004, p. 231), “deve o projeto ser encaminhado com exposição de motivos que demonstre, objetivamente, a ocorrência de relevância e urgência no caso enfocado pelo projeto”. Exsurge a importância da justificação no encaminhamento da proposta, em defesa da presença/nitidez dos pressupostos constitucionais para utilização do mecanismo excepcional.

Voltando ao recorte proposto, tem-se como legislação de emergência a Medida Provisória nº 927, de 22/03/2020 (BRASIL, 2020f), que dispunha sobre as medidas trabalhistas que poderão ser adotadas pelos empregadores para preservação do emprego e da renda e para enfrentamento do estado de calamidade pública decorrente do coronavírus (Covid-19); e, ainda, a Medida Provisória nº 936, de 1º/04/2020 (BRASIL, 2020g), que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispunha sobre medidas trabalhistas complementares.

Veja-se que a MP nº 927/2020 – a partir da exposição de motivos - buscava minimizar o “forte impacto no setor produtivo” e “mitigar danos à economia”, impunha aos trabalhadores o encargo do isolamento social e da quarentena, oferecendo uma série de concessões ao empregador, apresentadas como “medidas de flexibilização das relações e obrigações trabalhistas” (BRASIL, 2020e). Traz, em síntese, como justificativa para o encaminhamento da proposição:

4. A edição de uma Medida Provisória se justifica em função da necessidade de implementação de medidas urgentes e imediatas de isolamento dos trabalhadores em suas residências, com a manutenção, na medida do possível, dos vínculos trabalhistas, com segurança jurídica. (BRASIL, 2020e, grifo nosso)

Por sua vez, a Medida Provisória nº 936, de 1º/04/2020, que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispunha sobre medidas trabalhistas complementares, foi assim apresentada na exposição de motivos:

Assim sendo, como forma de mitigar os danos sociais e econômicos, são apresentadas opções adicionais que contribuirão para a manutenção dos vínculos empregatícios durante esse período. Além disso, como as muitas outras ações recém implementadas pelo Governo Federal, *a edição de uma Medida Provisória se justifica em função das recomendações imediatas de isolamento dos trabalhadores em suas residências, com a manutenção, na medida do possível, da segurança jurídica e da razoabilidade frente ao imprevisível.*

Dado o presente quadro de rápida propagação da doença, a velocidade de reação do Poder Público é condição de urgência para que se garanta a proteção e recuperação da saúde da população brasileira. De igual modo *são urgentes as medidas que venham a preservar o emprego e a renda para que os trabalhadores tenham condições de manter o atendimento às necessidades básicas de suas famílias.*

A *relevância*, por sua vez, deve-se à situação de pandemia que representa alto risco não apenas à saúde pública, mas à estabilidade econômica e social, decorrente da abrupta queda de atividade econômica e do risco de que milhões de postos de trabalho sejam perdidos em curto espaço de tempo.

Cabe mencionar, ainda, que se trata de um evento cujos desdobramentos são imprevisíveis, sendo inviável antever, dada a descoberta de primeiros casos ao final de 2019, a necessidade dos recursos para o enfrentamento da atual situação emergencial. Naquele momento não estavam mundialmente ou localmente perceptíveis a sua gravidade e, tampouco, o seu alastramento para o presente exercício financeiro. (BRASIL, 2020g, grifo nosso)

Depreende-se que em ambos os casos – tanto da Medida Provisória nº 927/2020 quanto da nº 936/2020 - não só restaram demonstrados os pressupostos constitucionais de *relevância e urgência* (desde o encaminhamento das proposições), mas também que se evidenciam consolidados à vista das situações de excepcionalidades decorrentes da emergência de saúde pública e dos efeitos daí decorrentes.

Em concreto, tem-se que o pressuposto *relevância* restará atendido quando a medida proposta se vincular ao fim maior de afastar e/ou mitigar efeitos deletérios decorrentes da pandemia (Covid-19). Também é certo concluir que a *urgência* estará umbilicalmente atrelada à *relevância*, ao passo que o decorrer dos fatos impor a necessidade imediata, a celeridade e a pronta resposta do Presidente da República.

Nesse sentido, percebe-se que o ministro Alexandre de Moraes (redator do acórdão, voto prevalecente), nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6342 MC–REF/DF, fundamenta a presença de *relevância e urgência*, nos próprios fins e objetivos da MP nº 927/2020, assentando “que foi editada para atenuar os trágicos efeitos sociais e econômicos decorrentes da pandemia do coronavírus (covid-19)” (BRASIL, 2020h, p. 14). Dá enfoque por se tratar de *medidas emergenciais* e se vale da situação de excepcionalidade como razão de decidir.

No tocante a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6363 MC–REF/DF voltada à constitucionalidade da MP nº 936/2020, consta, de forma expressa, do voto prevalecente que “o texto normativo previsto pela medida provisória é *de urgência e extrema relevância*” (BRASIL, 2020i, p. 37, grifo nosso).

Ao retratar *A Edição de Medidas Provisórias em Tempos de Coronavírus*, Manoel Jorge Neto (2020, p. 201 - 202) acautela que o reconhecimento do estado de calamidade pública decorrente da pandemia (Covid-19) não representa a outorga de um “cheque em branco”, a fim de que o Presidente legisle livremente pela via sumária; e encerra que “é o campo material da medida provisória que, presa à iniciativa para combater a pandemia, torna-a relevante”.

Em tal quadra, a matéria objeto de medida provisória deve resguardar correlação e pertinência com o fim maior, e ainda com os pressupostos constitucionais essenciais de *relevância e urgência*, sob pena de inconstitucionalidade.

3.2 A excepcionalidade do conteúdo

É certo afirmar que a Emenda Constitucional nº 32/2001 dá nova roupagem às medidas provisórias, no sentido de impor contenção ao uso do instituto por parte do Presidente da República.

Se de um lado o Supremo Tribunal Federal relutava em enfrentar os pressupostos essenciais de *relevância e urgência*, por entender se tratar de questões políticas a crivo do executivo e do legislativo, por outro o Presidente viu caminho fácil para legislar na via de um procedimento sumário. Como resultado,

despontaram uma multiplicidade de medidas provisórias, sobre as mais diversas matérias e que passavam ao largo dos pressupostos constitucionais, deturpando o instituto.

Ferreira Filho anota que, depois de um longo período de gestação, o texto da Emenda Constitucional nº 32/2001 “é fruto de um compromisso entre o Executivo – obviamente partidário do *status quo* – e parlamentares, apoiados pela opinião pública, pleiteando restrições quanto ao poder do Presidente da República de legislar por medida provisória” (FERREIRA FILHO, 2002, p. 238).

Assim, a partir da EC nº 32/2001, o art. 62, parágrafo 1º, da Constituição¹³, passou a prever limitação material em que é vedada a edição de medidas provisórias; além de tratar em seus parágrafos sobre procedimentos e características especiais; que, por sua vez, foram bem retratadas em Ferreira Filho¹⁴ e, ainda, Amaral Júnior¹⁵.

No caso em estudo, a excepcionalidade do conteúdo e mais a correlação necessária com a pertinência temática das medidas provisórias merecem especial interesse.

José Levi Mello do Amaral Júnior explica que:

A lei de conversão particulariza-se e qualifica-se por: a) pressupor uma medida provisória a converter; b) *possuir conteúdo delimitado e condicionado pela medida provisória*; c) seguir processo legislativo específico; e d) dever ser aprovada dentro do prazo constitucional, sob pena de decadência. Portanto, *tem âmbito temático próprio, bem assim processo legislativo específico, a lei de conversão da medida provisória é, insista-se, espécie normativa primária e autônoma*. (AMARAL JÚNIOR, 2004, p. 284, grifo nosso)

13 Art. 62, § 1º. É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria I - relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; II - que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; III - reservada a lei complementar; IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República. (BRASIL, 2021a).

¹⁴ Para aprofundamento: (FERREIRA FILHO, 2002).

¹⁵ Ver também: (AMARAL JÚNIOR, 2004).

A Medida Provisória nº 927, de 22/03/2020 (BRASIL, 2020f), dispunha sobre as medidas trabalhistas que poderão ser adotadas pelos empregadores para preservação do emprego e da renda e para enfrentamento do estado de calamidade pública decorrente do coronavírus (Covid-19), e concentra esforços em soluções ao empregador (art. 3º), a exemplo do teletrabalho (inciso I); a antecipação de férias individuais (II); a concessão de férias coletivas (III); o aproveitamento e a antecipação de feriados (IV); o banco de horas (V); a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho (VI); o direcionamento do trabalhador para qualificação (VIII); e o diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS (VIII).

A partir da exposição de motivos, percebe-se que com a MP nº 927/2020, o Executivo buscava minimizar o “forte impacto no setor produtivo” e “mitigar danos à economia”, impunha aos trabalhadores o encargo do isolamento social e da quarentena, oferecendo uma série de concessões ao empregador, apresentadas como “medidas de flexibilização das relações e obrigações trabalhistas”. Evidencia-se, também, o que se pode chamar de *mudança de vetor interpretativo*, passando-se a defender “que os acordos individuais têm preponderância sobre os demais instrumentos normativos, [e de forma contraditória] respeitados os limites estabelecidos na Constituição Federal” (BRASIL, 2020f).

Por conseguinte, diversos dispositivos da referida medida provisória foram objeto de questionamento de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6342/DF, 6344/DF, 6346/DF, 6352/DF, 6354/DF e 6375/DF.

Recorde-se que o ministro Marco Aurélio (relator) indeferiu a medida cautelar, por entender não configurado maltrato ao texto constitucional, assim como ausentes relevância e risco, considerando que “prevaleceu o bom senso, a noção de razoabilidade presente à óptica da proporcionalidade” diante da excepcionalidade vivenciada no país. Submetendo ao referendo do Plenário¹⁶.

Em sessão realizada no dia 29/04/2020 (inteiramente por videoconferência – Resolução 672/2020/STF), o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020h), por maioria, negou referendo ao indeferimento da medida cautelar *tão somente* em

¹⁶ Conforme previsto no art. 21, V, do Regimento Interno do STF.

relação aos arts. 29 e 31 da Medida Provisória 927/2020 e, nos termos do voto do ministro Alexandre de Moraes, redator para o acórdão, suspendeu a eficácia desses artigos. Eis os fundamentos prevaletentes, sintetizados em ementa:

1. A Medida Provisória 927/2020 foi editada para tentar atenuar os trágicos efeitos sociais e econômicos decorrentes da pandemia do coronavírus (covid-19), de modo a permitir a conciliação do binômio manutenção de empregos e atividade empresarial durante o período de pandemia.
2. O art. 29 da MP 927/2020, ao excluir, como regra, a contaminação pelo coronavírus da lista de doenças ocupacionais, transferindo o ônus da comprovação ao empregado, prevê hipótese que vai de encontro ao entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à responsabilidade objetiva do empregador em alguns casos. Precedentes.
3. Não se mostra razoável a diminuição da atividade fiscalizatória exercida pelos auditores fiscais do trabalho, na forma prevista pelo art. 31 da MP 927/2020, em razão da necessidade de manutenção da função exercida no contexto de pandemia, em que direitos trabalhistas estão sendo relativizados.
4. Medida liminar parcialmente concedida para suspender a eficácia dos arts. 29 e 31 da Medida Provisória 927/2020. (BRASIL, 2020h, p. 2, grifo nosso)

Percorrendo o caminho legislativo, a Medida Provisória nº 927 teve seu texto aprovado pela Câmara dos Deputados (Projeto de Lei de Conversão nº 18/2020). Contudo encaminhada ao Senado Federal, a medida não foi votada ao tempo do § 3º do art. 62 da Constituição, e assim teve seu prazo de vigência encerrado no dia 19 de julho de 2020¹⁷.

Em consulta à ficha de tramitação¹⁸, depreende-se que na Câmara dos Deputados (casa iniciadora da tramitação) o MPV nº 927/2020 recebeu 1.082 (mil e oitenta e duas) emendas, tratando dos mais diversos assuntos desde a autorização de saque do FGTS pelos aeronautas (Emenda nº 1); passando ao pagamento de insalubridade em 40% (quarenta por cento) aos trabalhadores da saúde que atuem em linha de frente (Emenda nº 3); ao pagamento em dobro do benefício bolsa-

¹⁷ Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 92, de 2020. Publicado no DOU de 31/07/2020.

¹⁸

Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2241662> Acesso em: 18/08/2020.

família (Emenda nº 6); mas que muitas delas, refugindo ao conteúdo delimitado e condicionado da proposta de medida provisória originária.

Reitera-se: na Câmara dos Deputados se verificou uma verdadeira desvirtuação da correlação com o *âmbito temático próprio* do projeto de conversão da Medida Provisória nº 927/2020, através da apresentação e aprovação de um grande número de emendas e, por conseguinte, o encaminhamento da proposta para o Senado Federal diverso do que originalmente previsto e delimitado pelo Presidente da República, ao fazer uso do instituto.

Para Marrafon e Robl Filho (2013, p. 238 - 239), a inserção de “contrabandos legislativos” - dispositivos sem pertinência temática com o objeto original da medida provisória - figura como vulneração do devido processo legislativo constitucionalmente previsto; do princípio da legalidade; e, ainda, do direito subjetivo dos demais membros do Congresso Nacional (notadamente dos Senadores) ao pleno exercício de sua competência constitucional; dos limites da discricionariedade legislativa no exercício do poder de legislar; e da prerrogativa exclusiva do Presidente da República de editar e delimitar o conteúdo da proposição sujeita a tramite legislativo sumário.

O Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5127/DF, firmou posicionamento no sentido de que viola à Constituição, em especial o primado democrático e o devido processo legislativo, a inserção em projeto de conversão em lei de medida provisória de matérias estranhas ao seu objeto originário. Assim está posta a ementa do julgado:

1. Viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, caput, parágrafo único, 2º, caput, 5º, caput, e LIV, CRFB), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória.
2. Em atenção ao princípio da segurança jurídica (art. 1º e 5º, XXXVI, CRFB), mantém-se hígidas todas as leis de conversão fruto dessa prática promulgadas até a data do presente julgamento, inclusive aquela impugnada nesta ação.
3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente por maioria de votos. (BRASIL, 2015, p. 1 – 2, grifo nosso)

Extraí-se, ainda, do voto prevalecente do ministro Edson Fachin (redator designado), os seguintes fundamentos:

O desvirtuamento dos mecanismos constitucionais que permitem o excepcional exercício de funções atípicas pelos diversos braços do Estado brasileiro pode desembocar em respostas dos demais em um subsequente turno de fala que, a fim de reequilibrar e acomodar os embates institucionais, não raras vezes resulte em distorções da arena democrática.

Tais leituras da ordem constitucional brasileira amesquinham cotidianamente os poderes da República, notadamente o Legislativo, Poder que deve – à luz da sempre presente tensão entre constitucionalismo e democracia - prestar papel relevante na construção diuturna da narrativa constitucional brasileira.

Lidas sob esse enfoque, as regras formais que regulamentam o devido processo legislativo podem ser desveladas em seu pleno potencial democrático, como arcabouço construído mediante escolhas fundamentais da comunidade nos momentos constituintes (feliz expressão cunhada por Bruce Ackerman) de modo a canalizar os futuros julgamentos políticos e as futuras tomadas de decisão. (BRASIL, 2015, p. 55, grifo nosso)

Outrossim, se a medida provisória é espécie normativa de competência indelével do Presidente da República, a ser utilizada em situações de excepcionalidades, pois sujeita aos pressupostos essenciais de *relevância* e *urgência*, não é possível se tratar de temas diversos daqueles fixados como relevantes e urgentes.

Uma vez estabelecido o âmbito temático próprio, qualquer emenda parlamentar em projeto de conversão de medida provisória em lei se limita e circunscreve ao conteúdo delimitado e condicionado. Vale dizer, é evidente que é possível emenda parlamentar ao projeto de conversão, desde que se observe a devida correlação com a pertinência temática delimitada e se trate de “caso de uma urgência qualificada pela relevância” (FERREIRA FILHO, 2002, p. 240).

Por outro lado, uma vez editada a medida provisória, compete ao legislativo realizar o seu controle. Enfatize-se que este último é, a um só tempo, político e jurídico, pois se debruça sobre a análise dos pressupostos essenciais exigidos pela própria Constituição para utilização do instituto.

No caso da Medida Provisória nº 927/2020 (Projeto de Lei de Conversão nº 18/2020), tem-se que o projeto de conversão não foi votado ao tempo do § 3º do art. 62 da Constituição. Corroboraram para a não aprovação o número excessivo de emendas apresentadas na Câmara (casa iniciadora da tramitação), muitas delas refugindo ao conteúdo delimitado e condicionado na proposição originária. Tal circunstância conduziu o Senado (na condição de casa revisora) a opção política pela perda de eficácia, sufragada pela ausência de consenso político para análise da proposição em procedimento legislativo sumário.

Por fim, vale mencionar que em 17/09/2020 se esgotou o prazo previsto no § 11 do art. 62 da Constituição, sem edição de decreto legislativo que discipline as relações jurídicas decorrentes da MP nº 927/2020 (cuja vigência encerrou-se por perda de eficácia), e assim incide a parte final, “as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas” (BRASIL, 2021a).

3.3 A excepcionalidade dos fundamentos

3.3.1 Devido processo legislativo como salvaguarda constitucional

Retomando Jon Elster (2009. p. 134), tem-se que “as Constituições regulamentam a vida política, assim como a si próprias”. Esse caráter ambivalente é cumprido por dois tipos de disposições. Em primeiro, há uma carta de direitos que visa proteger os cidadãos da interferência indevida do Estado e assegurar a provisão de bens substantivos mínimos (piso mínimo de dignidade humana), além de outros procedimentais. E segundo, há estatutos regulamentando a máquina de governo: como o modo de representação e eleições, o procedimento de elaboração das leis, as funções de governo, a separação dos poderes, o sistema de freios e contrapesos, e assim por diante.

Percebe-se, também, que as tentativas de restringir a sociedade com muita intensidade (situação extrema) podem surtir efeitos opostos. Primeiro, os indivíduos poderiam reagir à própria ideia de se sentirem limitados. E segundo, poderiam achar que disposições demasiadamente rígidas para aprovação de emendas seria um obstáculo intolerável à mudança e a evolução do paradigma constitucional. Seriam

esses os *Custos do pré-compromisso* (ELSTER, 2009, p. 350): a perda da flexibilidade, a perda da espontaneidade e, por fim, a perda do poder de decisão.

Nessa perspectiva, desponta o devido processo legislativo - consolidado no texto constitucional e em que previsto procedimento legislativo sumário e específico para edição de medidas provisórias - como salvaguarda constitucional sobre a qual se lastreia o Estado democrático de direito.

Repisa-se: o devido processo legislativo figura como salvaguarda constitucional, avançado sistema de proteção dos primados do próprio Estado devendo incidir em toda e qualquer circunstância.

Tal advertência consta do voto prevalecente do ministro Edson Fachin, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5127/DF:

Em uma democracia constitucional as condutas reguladoras da vida dos cidadãos devem ser definidas pelo povo e por seus representantes, por meio de um processo específico de discussão, amadurecimento de posições e decisão (GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012). Isso se dá, como regra geral, mediante o processo legislativo ordinário, seja sobre o regime de tramitação tradicional ou conclusivo (art. 58, §2º, II, CRFB).

Quando uma Medida Provisória, ao ser convertida em lei, passa a tratar de diversos temas inicialmente não previstos - não raras vezes de modo precoce -, o seu papel de regulação da vida comum vê-se enfraquecido no que diz respeito à legitimação pelo procedimento democrático.

Gera-se, com tal prática, insegurança justamente por submeter ao rito de discussão e aprovação excepcionais e céleres, sem sequer se fazer necessária a alegação dos requisitos constitucionais da relevância e da urgência necessários para a edição de Medida Provisória. (BRASIL, 2015, p. 62 - 63, grifo nosso)

Ainda que esteja diante de situações de excepcionalidade decorrentes da pandemia (Covid-19), entende-se que é temerário se afastar e/ou flexibilizar salvaguardas constitucionais - a exemplo da observância obrigatória da pertinência temática própria em caso de projeto de conversão de medida provisória em lei - sob o argumento de que os “tempos de emergência”, por si só, justificariam os pressupostos constitucionais da medida.

Por oportuno, Jon Elster já advertia que:

Todos os argumentos em prol de abrir exceções, porém, esbarram em um problema comum: como distinguir exceções genuínas daquelas tentações ou impulsos que são exatamente alvo da proteção das restrições. As emergências que suspendem os direitos constitucionais podem ser utilizadas para abolir a constituição. (ELSTER, 2009, p. 349 - 350)

À luz do que se tem defendido, as salvaguardas funcionam, pois, como avançado mecanismo protetivo, a fim de resguardar direitos fundamentais e os primados do Estado constitucional devendo incidir em toda e qualquer circunstância, inclusive o devido processo legislativo sumário e específico das medidas provisórias (consolidado no art. 62 da Constituição), ferramental da legislação de urgência.

3.3.2 Discussão renovada: a Medida Provisória nº 1.045/2021 e sua rejeição pelo Senado Federal

Como novidade durante a pesquisa, tem-se a edição da Medida Provisória nº 1.045/2021 (BRASIL, 2021c) e a nova tentativa de se imprimir uma “minirreforma” trabalhista, que (adianta-se) rejeitada pelo Senado Federal por ampla maioria (47 votos contrários a 27 favoráveis), firmando posicionamento alinhado ao que decidiu o STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127/DF (BRASIL, 2015), de relatoria do ministro Edison Fachin.

A Medida Provisória nº 1.045/2021 (BRASIL, 2021c), de 27 de abril de 2021, foi editada com o propósito de instituir “o Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas complementares para o enfrentamento das consequências da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) no âmbito das relações de trabalho” (art. 1º).

Também se percebe dos arts. 2º e 3º identidade de objetivos e medidas especiais adotadas pelo “novo” Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e Renda.

Depreende-se da exposição de motivos, que a medida foi encaminhada com a seguinte justificativa:

A medida se faz necessária considerando o término do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, instituído pela Medida Provisória nº 936, de 2020, convertida na Lei nº 14.020, de 2020. Referido programa, de reconhecido sucesso, permitiu a preservação de mais de 10 milhões de empregos mediante a realização de mais de 20 milhões de acordos de redução proporcional de jornada e de salário e de suspensão de contrato de trabalho, com o recebimento do Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. (BRASIL, 2021c, grifo nosso)

Vale mencionar que - a exemplo das Medidas Provisórias nº 927/2020 e nº 936/2020, conforme assinalado em tópico anterior – evidenciam-se consolidados os requisitos constitucionais essenciais de *relevância* e *urgência* na proposição originária, em razão das situações de excepcionalidades decorrentes da emergência de saúde pública e dos efeitos daí advindos.

Em resumo: trata-se de proposta que visa o restabelecimento do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, originariamente instituído pela MP nº 936/2020 (convertida na Lei nº 14.020/2020), norma de vigência excepcional e temporária, para fazer frente ao estado de calamidade pública decorrente da pandemia (Covid-19).

Ocorre que, a teor do que relata Otávio Pinto e Silva (2021) - em *Os jabutis desceram da árvore!* - “a Câmara dos Deputados foi muito além do que previa o texto original da MP ao aprovar, em agosto, o seu projeto de conversão”, acolhendo proposições (emendas parlamentares) inovadoras e extravagantes à pertinência temática originária, instituindo também o Programa Primeira Oportunidade e Reinserção no Emprego (PRIORI); o Regime Especial de Trabalho Incentivado, Qualificação e Inclusão Proativa (REQUIP); e o Programa Nacional de Prestação de Serviço Social Voluntário.

E mais: modifica e altera diversos dispositivos da CLT (quanto à duração de jornada; pagamento de prêmios; multas por infrações administrativas, critério da dupla visita e fiscalização do trabalho; infortunistica do trabalho; institui o domicílio eletrônico trabalhista; propõe novas regras a serem observadas pelos juízes

trabalhistas no processo de homologação de acordo extrajudicial); avança na proposição e estabelece novas regras quanto ao acesso à gratuidade de justiça; além de revogar os arts. 295; 301; 564; §§ 1º e 2º do art. 628, todos da CLT; §§ 1º, 2º e 3º do art. 14 da Lei nº 5.584/1970; o § 3º do art. 98 e o § 3º do art. 99 da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil).

Em consulta à ficha de tramitação¹⁹, verifica-se que na Câmara o MPV nº 1.045/2021 recebeu 407 (quatrocentas e sete) emendas, tratando dos mais diversos assuntos, e que muitas delas (mais uma vez) passam ao largo da pertinência temática originária da proposição de medida provisória.

Há flagrante e insistente desvirtuação pela Câmara dos Deputados da correlação do *âmbito temático próprio* do projeto de conversão da Medida Provisória nº 1.045/2021, em procedimento inconstitucional e configurador de *contrabando legislativo* (MARRAFON, ROBL FILHO, 2013), encaminhando-se para o Senado Federal conteúdo diverso daquele originalmente delimitado pelo Presidente da República, ao editar o ato normativo primário.

Para Cristiano Paixão (2020)²⁰, tal cenário figura como “oportunismo desconstituente”, fruto de uma postura mais ampla, que a partir de 2016, recorre a argumentos de excepcionalidades, crise financeiras e políticas, e agora sanitária em decorrência da pandemia (Covid-19), para promover rupturas com as estruturas constitucionais e democráticas, principalmente direitos sociais, incluídos os direitos dos trabalhadores.

No entanto, por ampla maioria (47 votos contrários a 27 favoráveis) a proposição (modificada) foi rejeitada pelo Senado Federal, por se entender ausentes conjuntamente os pressupostos essenciais de *relevância e urgência*, adequação financeira e orçamentária e de pertinência temática da matéria, resultando no arquivamento e encerramento da discussão.

Diferentemente do que havia se dado quando da análise da MP nº 927/2020 (Projeto de Conversão em Lei nº 18/2020), em que o Senado Federal assumiu a opção política pela perda de eficácia (ausência de consenso para votação e

¹⁹ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2279513>. Acesso em: 05/10/2021.

²⁰ Em posicionamento contrário ver: *Confronto entre TST e STF – uma análise psicológica do direito*. (MARTINS FILHO, Ives Gandra). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-ives-gandra-filho1.pdf>. Acesso em: 05/10/2021.

aprovação ao tempo do § 3º do art. 62 da Constituição), ao analisar a proposta de conversão da MP nº 1.045/2021, a casa revisora preferiu firmar posicionamento alinhado ao entendimento consolidado pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127/DF (BRASIL, 2015), rechaçando a possibilidade de se incluir matérias estranhas ao objeto originário, por desrespeito ao devido processo legislativo sumário e próprio das medidas provisórias.

Otávio Pinto e Silva (2021), afirma se tratar de “um dia importante para a história do Congresso Nacional”, pois restou claro que “o plenário do Senado alinhou-se ao Supremo e firmou entendimento de que tratar de temas estranhos à proposta original de uma medida provisória significaria desrespeitar o processo legislativo”, e que afinal visa resguardar a harmonia entre os poderes da República, a teor do art. 2º da Constituição.

4 MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.363/DF E DA MITIGAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO SALVAGUARDA CONSTITUCIONAL

No capítulo anterior, analisamos a edição de medidas provisórias em “tempos de emergência”, relevância e urgência em situações de excepcionalidades; a excepcionalidade do conteúdo e, via de consequência, limitação material e pertinência temática com a proposta originária; a excepcionalidade dos fundamentos e o *crivo político* do Senado Federal pela perda de eficácia da Medida Provisória nº 927/2020.

Mesmo diante de situações de excepcionalidade decorrentes da pandemia (Covid-19), insiste-se que é temerário se afastar e/ou flexibilizar salvaguardas constitucionais, sob o argumento de que os “tempos de emergência”, por si só, justificariam os pressupostos constitucionais da medida.

À luz do que se tem defendido, as salvaguardas funcionam, pois, como avançado mecanismo protetivo, a fim de resguardar direitos fundamentais e os primados do Estado constitucional devendo incidir em toda e qualquer circunstância, a exemplo do devido processo legislativo sumário e específico das medidas provisórias (consolidado no art. 62 da Constituição), ferramental da legiferação de urgência.

Também se destacou a edição da Medida Provisória nº 1045/2021 e a (nova) tentativa de se imprimir uma “minirreforma” trabalhista, rejeitada pelo Senado Federal por ampla maioria (47 votos contrários a 27 favoráveis), firmando posicionamento alinhado ao que já decidiu o STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5127/DF, de relatoria do ministro Edison Fachin.

Como dito, há flagrante e insistente desvirtuação pela Câmara dos Deputados da correlação do *âmbito temático próprio* do projeto de conversão da Medida Provisória nº 1.045/2021, em procedimento inconstitucional e configurador de *contrabando legislativo* (MARRAFON, ROBL FILHO, 2013), encaminhando-se para o Senado Federal conteúdo diverso daquele originalmente delimitado pelo Presidente da República, ao editar o ato normativo primário.

Agora, passa-se ao segundo recorte: a posição do Supremo Tribunal Federal, tomada em julgamento virtual, quando da análise da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6363/DF.

4.1 Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363/DF e o voto do ministro Ricardo Lewandowski (relator): a negociação coletiva como salvaguarda constitucional

De plano, revela-se essencial fazer uma breve cronologia dos fatos antecedentes ao julgamento da medida cautelar e ainda do que se trata na essência a Medida Provisória nº 936/2020 (convertida na Lei nº 14.020/2020).

A Medida Provisória nº 936, de 1º/04/2020 (BRASIL, 2020g), instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública decorrente do coronavírus (Covid-19), foi editada com objetivos específicos de “preservar o emprego e a renda” (art. 2º, inciso I), “garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais” (inciso II) e “reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública” (inciso III).

Para tanto, a MP nº 936/2020 traz como medidas do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda (art. 3º): “I - o pagamento de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda;” “II - a redução proporcional de jornada de trabalho e de salários;” e “III - a suspensão temporária do contrato de trabalho”.

Assim, com fulcro nos arts. 3º e 5º do referido ato normativo, estabeleceu-se o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, que consiste no pagamento do referido Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda nos casos de redução proporcional de jornada de trabalho e de salário e/ou de suspensão temporária do contrato de trabalho.

A teor do disposto no § 2º do art. 5º, trata-se o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda de prestação mensal devida a partir da data

do início da redução da jornada de trabalho e de salário ou da suspensão temporária do contrato de trabalho, enquanto perdurarem essas medidas:

Art. 5º [...]

§ 2º O Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda será de prestação mensal e devido a partir da data do início da redução da jornada de trabalho e de salário ou da suspensão temporária do contrato de trabalho, observadas as seguintes disposições:

I - o empregador informará ao Ministério da Economia a redução da jornada de trabalho e de salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho, no prazo de dez dias, contado da data da celebração do acordo;

II - a primeira parcela será paga no prazo de trinta dias, contado da data da celebração do acordo, desde que a celebração do acordo seja informada no prazo a que se refere o inciso I; e

III - o Benefício Emergencial será pago exclusivamente enquanto durar a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho. (BRASIL, 2020g)

A forma de cálculo do Benefício Emergencial foi definida no art. 6º, elegendo-se como base de cálculo o valor mensal equivalente ao do seguro desemprego a que o empregado teria direito, nos seguintes termos:

Art. 6º O valor do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda terá como base de cálculo o valor mensal do seguro-desemprego a que o empregado teria direito, nos termos do art. 5º da Lei nº 7.998, de 1990, observadas as seguintes disposições:

I - na hipótese de redução de jornada de trabalho e de salário, será calculado aplicando-se sobre a base de cálculo o percentual da redução; e

II - na hipótese de suspensão temporária do contrato de trabalho, terá valor mensal:

a) equivalente a cem por cento do valor do seguro-desemprego a que o empregado teria direito, na hipótese prevista no **caput** do art. 8º; ou

b) equivalente a setenta por cento do seguro-desemprego a que o empregado teria direito, na hipótese prevista no § 5º do art. 8º. (BRASIL, 2020g)

Rememora-se que o valor mensal do seguro desemprego obedece aos parâmetros delimitados na Lei nº 7.998/1990, sendo calculado com base na faixa salarial média percebida nos últimos 3 (três) meses (art. 5º).

A partir da leitura conjunta dos arts. 6º da Medida Provisória nº 936/2020 e 5º da Lei nº 7.998/1990, depreende-se que o pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda não se revela suficiente a compensar *integralmente* a perda financeira sofrida pelo empregado em caso de redução da jornada de trabalho ou de suspensão do contrato. Haverá, em tal cenário, inquestionável redução do salário mensal percebido.

Em contrapartida, o art. 10 da MP nº 936/2020 institui hipótese de garantia provisória no emprego àquele que receber o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda no decorrer do período acordado de redução de jornada de trabalho e de salário e/ou de suspensão temporária do contrato de trabalho, e após o restabelecimento da jornada ou do encerramento da suspensão, pelo período equivalente da redução ou da suspensão. Eis o teor do dispositivo:

Art. 10. Fica reconhecida a garantia provisória no emprego ao empregado que receber o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, de que trata o art. 5º, em decorrência da redução da jornada de trabalho e de salário ou da suspensão temporária do contrato de trabalho de que trata esta Medida Provisória, nos seguintes termos:

I - durante o período acordado de redução da jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho; e

II - após o restabelecimento da jornada de trabalho e de salário ou do encerramento da suspensão temporária do contrato de trabalho, por período equivalente ao acordado para a redução ou a suspensão.

§ 1º A dispensa sem justa causa que ocorrer durante o período de garantia provisória no emprego previsto no **caput** sujeitará o empregador ao pagamento, além das parcelas rescisórias previstas na legislação em vigor, de indenização no valor de:

I - cinquenta por cento do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego, na hipótese de redução de jornada de trabalho e de salário igual ou superior a vinte e cinco por cento e inferior a cinquenta por cento;

II - setenta e cinco por cento do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego, na hipótese de redução de jornada de trabalho e de salário igual ou superior a cinquenta por cento e inferior a setenta por cento; ou

III - cem por cento do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego, nas hipóteses de redução de jornada de trabalho e de salário em percentual superior a setenta por cento ou de suspensão temporária do contrato de trabalho.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica às hipóteses de dispensa a pedido ou por justa causa do empregado. (BRASIL, 2020g)

Verifica-se que há conformação de interesses com os objetivos específicos de preservação do emprego e a renda, da continuidade das atividades laborais e empresariais e de redução dos impactos sociais em situações de excepcionalidade, previstos no art. 2º da referida medida provisória.

Também imprescindível, para melhor compreensão do recorte proposto, delimitarmos o objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363/DF.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo partido Rede Sustentabilidade, em face da Medida Provisória nº 936/2020, especificamente dos seguintes dispositivos:

Art. 7º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá acordar a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário de seus empregados, por até noventa dias, observados os seguintes requisitos: [...]

II - pactuação por *acordo individual escrito entre empregador e empregado*, que será encaminhado ao empregado com antecedência de, no mínimo, dois dias corridos; [...]

Parágrafo único. A jornada de trabalho e o salário pago anteriormente serão restabelecidos no prazo de dois dias corridos, contado: [...]

II - da data estabelecida no *acordo individual* como termo de encerramento do período e redução pactuado; ou
[...]

Art. 8º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá acordar a suspensão temporária do contrato de trabalho de seus empregados, pelo prazo máximo de sessenta dias, que poderá ser fracionado em até dois períodos de trinta dias.

§ 1º A suspensão temporária do contrato de trabalho será pactuada por *acordo individual escrito entre empregador e empregado*, que será encaminhado ao empregado com antecedência de, no mínimo, dois dias corridos.

[...]

§ 3º O contrato de trabalho será restabelecido no prazo de dois dias corridos, contado: [...]

II - da data estabelecida no *acordo individual* como termo de encerramento do período e suspensão pactuado; ou

[...]

Art. 9º O Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda poderá ser acumulado com o pagamento, pelo empregador, de ajuda compensatória mensal, em decorrência da redução de jornada de trabalho e de salário ou da suspensão temporária de contrato de trabalho de que trata esta Medida Provisória.

§ 1º A ajuda compensatória mensal de que trata o *caput*:

I - deverá ter o valor definido no *acordo individual* pactuado ou em negociação coletiva;

[...]

Art. 11. As medidas de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho de que trata esta Medida Provisória poderão ser celebradas por meio de negociação coletiva, observado o disposto no art. 7º, no art. 8º e no § 1º deste artigo.

§ 4º Os *acordos individuais* de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho, pactuados nos termos desta Medida Provisória, *deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração.*

Art. 12. As medidas de que trata o art. 3º serão implementadas por meio de acordo individual ou de negociação coletiva aos empregados:

I - com salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00 (três mil cento e trinta e cinco reais); ou

II - portadores de diploma de nível superior e que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Parágrafo único. Para os empregados não enquadrados no *caput*, as medidas previstas no art. 3º somente poderão ser estabelecidas por convenção ou acordo coletivo, ressalvada a redução de jornada de trabalho e de salário de vinte e cinco por cento, prevista na alínea 'a' do inciso III do *caput* do art. 7º, *que poderá ser pactuada por acordo individual.* (BRASIL, 2020g, grifo nosso).

Em síntese, o requerente sustenta que a Medida Provisória nº 936/2020 vulnera os arts. 7º, VI, XIII e XXVI, e 8º, III e VI, da Constituição Federal, notadamente por permitir a redução da jornada de trabalho e do salário e a suspensão do contrato de trabalho por acordo individual firmado entre empregado e empregador. Insiste na concessão de medida cautelar.

Ao final, requer:

c) Julgamento pela procedência desta ADI, para declarar a inconstitucionalidade, a fim de afastar o uso de acordo individual para dispor sobre as medidas de redução de salário e suspensão de contrato de trabalho, o § 4º do art. 11; e o art. 12, na íntegra; bem como das expressões “individual escrito entre empregador e empregado” do inciso II do art. 7º; “individual” do inciso II do parágrafo único do art. 7º; “individual escrito entre empregador e empregado” do § 1º do art. 8º; “individual” do inciso II do § 3º do art. 8º; e “no acordo individual pactuado ou” do inciso I do § 1º do art. 9º. (BRASIL, 2020i, Petição inicial da ADI nº 6.363/DF, p. 21 – 22)

Em 06/04/2020, o ministro Ricardo Lewandowski (relator) deferiu parcialmente a medida cautelar - *ad referendum* do Plenário - para dar interpretação conforme a Constituição ao § 4º do art. 11 da Medida Provisória nº 936/2020, assentando a premissa de que:

[os] acordos individuais de redução de jornada e de salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho [...] deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contados da data de sua celebração”, para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva, importando sua inércia em anuência com o acordado pelas partes. (BRASIL, 2020g)

Rejeitados os embargos de declaração opostos pela Advocacia Geral da União, entretanto se prestou os seguintes esclarecimentos:

Que são válidos e legítimos os acordos individuais celebrados na forma da MP 936/2020, os quais produzem efeitos imediatos, valendo não só no prazo de 10 dias previsto para a comunicação ao sindicato, como também nos prazos estabelecidos no Título VI da Consolidação das Leis do Trabalho, agora reduzidos pela metade pelo art. 17, III, daquele ato presidencial. (BRASIL, 2020g, p. 8)

Também restou ressalvada na decisão:

A possibilidade de adesão, por parte do empregado, à convenção ou acordo coletivo posteriormente firmados, os quais prevalecerão sobre os acordos individuais, naquilo que com eles conflitarem, observando-se o princípio da norma mais favorável. Na inércia do sindicato, subsistirão integralmente os acordos individuais tal como pactuados originalmente pelas partes. (BRASIL, 2020g, p. 8)

A tempo, importante registrar que a Sessão Plenária do STF em que posta a julgamento o referendo (ou não) da medida cautelar (realizada inteiramente por videoconferência – Resolução 672/2020/STF) teve início em 16/04/2020 e por questões técnicas, suspensa naquela data, sendo retomada e encerrado o julgamento em 17/04/2020, sob a presidência do ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o ministro Celso de Mello.

Recorda-se que iniciada a sessão, o ministro Ricardo Lewandowski (relator) informou que faria uma conjunção do voto que proferiu e dos embargos declaratórios, exatamente para demonstrar que a decisão procurou harmonizar a intenção do governo (reconhecendo se tratar de intenção *benfazeja*, diante da terrível crise econômica que nos assola em função da pandemia) com as cláusulas pétreas da Constituição, que abrigam direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores, e que a toda evidência não poderiam ser deixadas de lado em momentos de crise.

Também vale mencionar que em sustentação oral²¹, o então ministro chefe da Advocacia Geral da União (AGU) André Luiz de Almeida Mendonça - após trazer argumentos de ação coletiva cooperativa em momentos de crise, em que se busca a preservação de empregos e renda, como ponto de equilíbrio, estando empregadores e empregados convergindo do mesmo lado - pugnou pela confirmação da medida cautelar “nos seus exatos termos”, por imprimir segurança jurídica, louvando a decisão tomada e os esclarecimentos prestados.

²¹ Vídeo da sessão: Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6363/DF, em 17/04/2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hWVcam3KGdE>. Acesso em: 1º/09/2020.

Ato contínuo, o ministro Ricardo Lewandowski ressaltou o intenso diálogo com a Advocacia Geral da União que resultou na construção de uma solução cooperativa (consolidada em seu voto) e com aderência da União, como se percebia da referida manifestação oral.

O ministro relator adiantou a premissa de que o confronto, ainda que sumário, dos preceitos constitucionais listados com os dispositivos contestados da Medida Provisória nº 936/2020 “desperta forte suspeita de que estes, conforme alega o autor da ação, afrontam direitos e garantias individuais dos trabalhadores, que, como se sabe, configuram cláusulas pétreas” (BRASIL, 2020i, p. 7).

Corroborando com o ponto de vista, sua excelência cita notas públicas da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – ANAMATRA²², a respeito da referida medida provisória, em que “exorta trabalhadores e empregadores a cooperarem e celebrarem avenças coletivas, o que incrementa a boa fé objetiva dos atores sociais e assegura a justiça proveniente do diálogo social”; e em sentido semelhante, nota da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho - ANPT²³, “em que reitera preocupação com as normas dos arts. 2º, 7º, II, 8º, §1º, 9º, § 1º, I, e 12, que autorizam a flexibilização de direitos trabalhistas extremamente sensíveis no período de calamidade pública”.

Prossegue o relator, sustentando que o afastamento dos sindicatos das negociações entre empregadores e empregados, com potencial de causar sensíveis prejuízos a estes últimos, “contraria a própria lógica subjacente ao Direito do Trabalho, que parte da premissa da desigualdade estrutural entre os dois polos da relação laboral” (BRASIL, 2020i, p. 12).

Não obstante, afirma que o combate dos efeitos deletérios da pandemia “exige imaginação e flexibilidade”, sem que se passe ao largo das recomendações emitidas por organismos internacionais especializados, a exemplo da Organização Internacional do Trabalho (OIT), bem assim medidas adotadas por outros países.

²² Nota Pública. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/29583-nota-publica-5>. Acesso em: 1º/09/2020.

²³ Nota Pública. Disponível em: <https://www.anpt.org.br/imprensa/noticias/3647-mp-936-anpt-reafirma-preocupacao-com-a-flexibilizacao-de-direitos-trabalhistas-mo-periodo-de-calamidade-publica>. Acesso em: 1º/09/2020.

Nesse cenário, a Organização Internacional do Trabalho (ILO, 2020) manifesta que o diálogo social tripartite, envolvendo governos, entidades patronais e organizações de trabalhadores constitui ferramenta essencial para o desenvolvimento de soluções sustentáveis, desde o nível comunitário como global.

Com relação à experiência internacional, o ministro rememora Renan Kalil, que destaca os países europeus anunciaram medidas com foco na proteção dos trabalhadores diante da disseminação da Covid-19, e que revelam a importância do diálogo entre as partes envolvidas, em especial com o caráter tripartite antes mencionado. Sublinha o autor mencionado, “a solução para a crise sanitária cujos reflexos impactam o mundo do trabalho precisam ser, obrigatoriamente, construídas pelos atores sociais que dele são protagonistas” (KALIL, 2020).

Em seguida, o relator adverte “não se trata aqui, obviamente, de adotar soluções alienígenas, desconsiderando-se a realidade brasileira” (BRASIL, 2020i, p. 13), e consigna que a necessária participação das organizações representativas dos trabalhadores nas tratativas vem sendo respeitada em outros países.

Para o ministro Ricardo Lewandowski, a assimetria do poder de barganha que caracteriza as negociações entre empregador e empregado permite antever que disposições legais e/ou contratuais que venham a reduzir o desejável equilíbrio entre as distintas partes da relação laboral, que “certamente, resultarão em ofensa ao princípio da dignidade da pessoa e ao postulado da valorização do trabalho humano, abrigado nos arts. 1º, III e IV, e 170, *caput*, da Constituição” (BRASIL, 2020i, p. 13). Por tal razão, conclui que a norma impugnada, tal como posta, não pode subsistir.

Ressalta o ministro que o poder judiciário, como um todo, e em particular o Supremo Tribunal Federal, “precisa agir com extrema cautela diante das graves proporções assumidas pela pandemia Covid-19” (BRASIL, 2020i, p. 14). No entanto, sobreavisa que não é dado aos juízes “abdicar de seu elevado múnus de guardiães dos direitos fundamentais”, sobretudo em momentos de crise e/ou emergência. Por isso, exorta ao Supremo que enfrente à questão com a devida parcimônia, buscando preservar ao máximo o texto normativo sob ataque, sem renunciar à indelével tarefa de conformá-lo aos ditames constitucionais.

Assim, segundo a posição externada, a celebração de acordos individuais de redução da jornada de trabalho e redução de salário ou de suspensão temporária do

trabalho, cogitados pela Medida Provisória nº 936/2020, sem a participação dos sindicatos de trabalhadores na negociação, parece ir de encontro ao disposto nos arts. 7º, VI, XII e XVI, e 8º, III e VI, da Constituição Federal.

Isso porque o primado da irredutibilidade salarial acolhido no art. 7º, VI, da Constituição, reafirma o caráter alimentar e a essencialidade do salário, ficando ressalvada a sua flexibilização no próprio texto, mediante negociação coletiva.

Segue-se, assim, que as convenções e acordos coletivos quando dispuserem sobre redução salarial, de forma excepcional como mecanismo para enfrentamento de crise e viabilizando a preservação do emprego e a continuidade das atividades laborais e empresariais, são perfeitamente admitidos pela ordem constitucional. Pode-se concluir, por corolário, que não é permitida a exclusão dos entes sindicais dos acordos que venham a reduzir salários pela legislação ordinária.

Para Lewandowski, a previsão, no ato normativo, de que tais acordos “deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato representativo da categoria, no prazo de até dez dias corridos” (BRASIL, 2020i, p. 15), aparentemente não supre a inconstitucionalidade apontada na inicial. Isso porque a simples comunicação ao sindicato, destituída de consequências jurídicas, continua a afrontar o disposto na Constituição. Por isso, entende que se “cumpre dar um mínimo de efetividade à comunicação a ser feita ao sindicato laboral na negociação”.

Retoma o ministro relator os esclarecimentos prestados em embargos de declaração, insistindo em que a Medida Provisória nº 936/2020 continua integralmente em vigor, sendo que nenhum de seus dispositivos foi suspenso em medida cautelar. Todos eles permanecem hígidos, em especial aqueles que dispõem sobre a percepção do benefício emergencial pelo trabalhador (art. 5º), a possibilidade de redução de jornada de trabalho e do salário (art. 7º, VIII) e a suspensão temporária do contrato laboral (art. 8º).

Pela medida cautelar deferida se limitou a conformar o art. 11, § 4º, da medida provisória ao que estabelecem os arts. 7º, VI, e 8º, VI, da Constituição Federal. Em tal senda, não há outra conclusão possível que não pelo reconhecimento de que os acordos individuais já celebrados (e ainda por se firmar) produzem efeitos imediatos, a partir da assinatura pelas partes, inclusive para fins

de pagamento do benefício emergencial no prazo estipulado, ressaltando-se a superveniência de negociação coletiva que venha a modificá-los, no todo ou em parte.

Em síntese: a solução apresentada pelo ministro Ricardo Lewandowski procura, diante da situação de excepcionalidade decorrente da pandemia (Covid-19) e em um contexto de persistente enfraquecimento dos entes sindicais, recolocar a negociação coletiva em seu papel originário de salvaguarda constitucional.

Seguindo os fundamentos postos, a comunicação ao sindicato prestigia o diálogo entre todos os atores sociais envolvidos na crise econômica resultante da pandemia para que seja superada de forma consensual, a teor do modelo tripartite recomendado pela Organização Internacional do Trabalho. E, como bônus, permite-se que os acordos individuais sejam supervisionados pelos sindicatos, para que possam, caso vislumbrem prejuízo para os empregados, deflagrar a negociação coletiva.

A interpretação conforme a Constituição adotada no voto também atende à Resolução nº 01/2020, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2020), intitulada *Pandemia e Direitos Humanos nas Américas*, que exorta os Estados-membros a assegurarem o respeito aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais de sua população.

Ressalta o ministro relator que, embora se compreenda a insistência em acelerar acordos individuais, “fato é que constituiria precedente perigosíssimo afastar a vigência de normas constitucionais asseguradoras de direitos e garantias fundamentais” (BRASIL, 2020i, p. 19), diante do momento de calamidade pública.

Insiste em que “a experiência tem demonstrado que justamente nos momentos de adversidade que se deve conferir a máxima efetividade às normas constitucionais, sob pena de graves e, não raro, irreversíveis retrocessos” (BRASIL, 2020i, p. 19).

E conclui:

A Constituição é claro não foi pensada para vigorar apenas em momentos de bonança. Ao contrário, o seu fiel cumprimento se faz ainda mais necessário em situações de crise, nas quais, na feliz metáfora de Jon Elster, ela serve como o mastro a que se prendeu

Ulisses para que não se perdesse em meio ao canto das serias, pois representa derradeira barreira de proteção dos valores básicos da sociedade contra paixões ou interesses de uma maioria ocasional. (BRASIL, 2020i, p. 19)

Ao final, o ministro anota que o esvaziamento do poder dos sindicatos, ensejado por modificações legislativas recentes, não pode conduzir nessa fase crítica por qual passa o país a um enfraquecimento ainda maior dessas agremiações. Não há como excluí-las das negociações coletivas, diante da cristalina redação do art. 8º, III, da Constituição Federal.

Com fundamento nas razões expendidas, o ministro Ricardo Lewandowski conclui seu voto pelo deferimento em parte da cautelar para dar interpretação conforme a Constituição ao § 4º do art. 11 da Medida Provisória 936/2020, de maneira a assentar que “[os] acordos individuais de redução de jornada e de salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho [...] deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contados da data de sua celebração” (BRASIL, 2020i, p. 23), para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva.

Nesse ínterim permanecem válidos e legítimos os acordos individuais até então celebrados na forma da medida provisória, produzindo efeitos imediatos. Como já assentado, ressalvada a possibilidade de adesão posterior, por parte do empregado, ao instrumento coletivo firmado que prevalecerão sobre os acordos individuais, naquilo que com eles colidirem, observado o que lhe for mais favorável. Na inércia do ente sindical, subsistirão integralmente os acordos individuais tal como originariamente pactuados.

4.2 O voto prevalecente do ministro Alexandre de Moraes (redator), a negativa de referendo à cautelar e a mitigação da negociação coletiva

Abrindo divergência em relação ao entendimento final (solução dialogada e construída) apresentado pelo ministro relator, o ministro Alexandre de Moraes recorda que se está a decidir acerca do referendo ou não da medida cautelar, em relação ao § 4º do art. 11 da Medida Provisória nº 936/2020.

Informa que o objeto principal da discussão é: se, durante o estado de calamidade pública, o acordo de redução proporcional tanto da jornada de trabalho quanto do salário, acordo escrito entre empregado e empregador, “é um ato jurídico perfeito e acabado ou se a comunicação [...] ao sindicato, no prazo de 10 dias, transfere ao sindicato a possibilidade, tal qual uma verdadeira *condição resolutiva*, de corroborar com o acordo individual” (BRASIL, 2020i, p.38, grifo nosso), afastá-lo ou alterá-lo, mediante negociação coletiva com as consequências que a alteração posterior possa gerar.

Assenta que o grande problema reside em transformar a comunicação ao sindicato em condição resolutiva. Ou seja, seria o ente sindical quem efetivamente iria formatar e transformar aquele acordo entre partes (empregado e empregador) em ato jurídico perfeito.

Prossegue o ministro Alexandre de Moraes, acenando como vetores de interpretação não só o art. 7º, VI, mas também os arts. 1º e 3º da Constituição Federal, que proclamam os objetivos fundamentais da República²⁴. E mais, defende a necessidade de se interpretar essa medida provisória com fulcro no Capítulo II do Título II da Constituição (*Dos Direitos Sociais*). Rememora que o próprio *caput* do art. 6º prevê o trabalho como direito social fundamental e garantidor da dignidade da pessoa humana; e, a partir da proclamação do trabalho como direito social fundamental, o art. 7º elenca os demais direitos dos trabalhadores, “*mas sempre focado na existência do trabalho*” (BRASIL, 2020i, p. 39, grifo nosso).

Em sequência, destaca que a Medida Provisória nº 936/2020 tem como razão maior os efeitos econômicos e sociais que a pandemia (Covid-19) vem trazendo e que ampliará. E exemplifica: grande desemprego; falta de renda; perigo à subsistência dos empregados e familiares. Insiste em que a finalidade da medida provisória é a manutenção do emprego e evoca proporcionalidade da opção pelo programa emergencial ao desemprego.

Reitera-se: segundo os argumentos destacados no voto condutor, figura como opção do empregado aceitar a redução proporcional, perceber o benefício

²⁴ O ministro Alexandre de Moraes dá destaque aos incisos II e III do art. 3º da Constituição Federal, principalmente em “tempos de emergência” decorrentes da pandemia, para se garantir o desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e marginalização e a redução das desigualdades sociais.

emergencial por três meses e assim garantir sua permanência no emprego depois. Em caso de não aceite, e diante de eventual demissão, receberá seguro-desemprego, que segundo o ministro seria “*uma opção lícita, razoável, proporcional que se dá ao próprio empregado*” (BRASIL, 2020i, p. 42, grifo nosso).

Aqui cabe um adendo à posição externada no voto divergente.

Inexiste opção livre entre partes desiguais, sem o necessário equilíbrio substancial entre os negociantes. Como se pode exigir do trabalhador que opte entre a redução salarial - com a consequente queda do seu patamar de subsistência – ou a angústia do desemprego?

Recorda-se que o inciso VI do art. 7º da Constituição Federal, reafirma o *caráter alimentar e a essencialidade do salário*, ficando ressalvada a redutibilidade no próprio texto constitucional, diante de situações de excepcionalidades e mediante negociação coletiva.

Trata-se de norma de caráter tuitivo, vinculada ao piso mínimo de dignidade humana (art. 1º, III), uma vez que envolve verba alimentar, de subsistência, exatamente quando o então empregado se vê em situação de desamparo, como atualmente vivenciada em decorrência da pandemia (Covid-19).

Para Mauricio Godinho (2013, p. 53), “sabe-se ser inviável garantir-se a efetiva centralidade à pessoa humana na vida econômica, social e institucional, tangendo-se sua dignidade, sem lhe assegurar *patamar civilizatório mínimo*” (grifo nosso), em um mundo do trabalho que caracteriza em crises econômicas, excepcionalidade e dificuldades reais. O instrumento de efetiva garantia reside na generalização dos direitos sociais e mais especificamente no direito do trabalho, com seu feixe normativo próprio.

Sob o foco do direito constitucional do trabalho, há muito Arnaldo Süssekind defende que “um dos aspectos de maior relevo da proteção que a legislação brasileira dispensa ao salário diz respeito ao *princípio da irredutibilidade*” (2010, p. 186, grifo no original), que se funda não apenas na tutela do trabalhador, mas igualmente na de cumprimento do contrato de trabalho. Decorre do primado da irredutibilidade salarial, a tese de *manutenção do nível salarial* cogitado na celebração do contrato de trabalho.

Prossegue o ministro Alexandre de Moraes, sustentando que a *ratio* do art. 7º, VI, da Constituição Federal estabelece que a redução de salários só se revela possível por acordo ou convenção coletiva, em situação de normalidade, em que há divergência de interesses entre empregadores e empregado, que a norma se aplica quando se verifica a real existência de conflito coletivo de trabalho, a exigir a obrigatoriedade da participação dos sindicatos.

Contudo, para a situação em apreço não existiria conflito. Para o ministro redator, *“aqui existe a necessidade de uma convergência, a convergência pela sobrevivência, a convergência pela sobrevivência da empresa, do empregador e do empregado, com o auxílio do governo”* (BRASIL, 2020i, p. 43, grifo nosso).

Afasta-se a incidência estrita do art. 7º, VI, da Constituição Federal, porque não haveria conflito coletivo, uma vez que “não se pretende tão somente reduzir o salário. [...] Pelo contrário, pretende-se manter o trabalho, manter o emprego, uma convergência, e precisa de um acordo escrito entre empregado e empregador” (BRASIL, 2020i, p. 43), e que recebe também uma complementação pelo poder público.

Afinal, o ministro Alexandre de Moraes traz fundamentos na necessidade de garantia, de segurança jurídica, e firma posição no sentido de que a media provisória não trouxe como condição resolutive a participação dos sindicatos, mas apenas a necessidade de comunicação aos referidos entes. Mais uma vez, se volta a argumentos de temporariedade e excepcionalidade da medida, de proporcionalidade, para defender a consonância com os valores constitucionais. Conclui o voto, por não referendar a liminar e pelo integral indeferimento da medida cautelar.

4.3 A posição dos demais julgadores e a situação de excepcionalidade como razão de decidir

4.3.1 Votos vencidos dos ministros Edson Fachin e Rosa Weber pela concessão integral da medida cautelar

O ministro Edson Fachin inicia seu voto divergente (pela concessão integral da medida cautelar), assentando que “*a participação dos sindicatos é imperativo consoante à norma constitucional, e traduz a negociação coletiva como ferramenta [...]*” (BRASIL, 2020i, p. 48, grifo nosso) para formulação da política de trabalho, e para se definir prioridades, planejamento, e estratégias de promoção do emprego.

Adverte sua excelência que a emergência de saúde internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, “*não implica – nem muito menos autoriza – a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito*” (BRASIL, 2020i, p. 48, grifo nosso). Medidas urgentes e necessárias devem ser tomadas, mas se revela imperioso que sejam feitas em conformidade com a Constituição.

O ministro Fachin exalta os arts. 2º, 3º e 4º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, aplicáveis por disposição do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. Segundo ele, esses artigos definem a *essência* dos direitos econômicos, sociais e culturais: “a garantia de um conjunto ou padrão mínimo de direitos, também conhecido por ‘mínimo existencial’; a proibição de retrocesso, contida na formula da ‘realização progressiva’; e, finalmente, a proibição de discriminação” (BRASIL, 2020i, p. 49).

Como observa João Carlos Espada, ao que nomina como *Direitos sociais de cidadania*: um chão comum para todos:

Este é o domínio dos direitos sociais de cidadania: o domínio do valor da liberdade, daquelas condições materiais que habilitam as pessoas a usar da sua liberdade. Consequentemente, o argumento aqui defendido consiste em dizer que os direitos sociais de cidadania não visam atingir um igual valor da liberdade, mas apenas garantir o acesso universal ao valor da liberdade. (ESPADA, 1997, p. 284)

Reportando-se às manifestações do Alto Comissariado das Nações Unidas, o ministro Fachin anota que “a proporcionalidade indica que a restrição deve ser temporária, apenas durante o período de crise” e, ainda, que por meio da obrigação de uma proteção autêntica, “os Estados devem assegurar *um piso mínimo* em relação aos serviços públicos essenciais como, por exemplo, moradia, alimentação e saúde” (BRASIL, 2020i, p. 50, grifo nosso)

Reforça o ministro que a *justiça social* como valor e fundamento do Estado democrático de direito (art. 1º, IV) é a diretriz segura de que a valorização do trabalho objetiva assegurar a todos uma existência digna (art. 170), “bem como de que o primado do trabalho é a base da ordem social brasileira, tendo por objetivos o bem estar e a justiça social (art. 193 da CRFB)” (BRASIL, 2020i, p. 54).

Assim, os destinatários das normas constitucionais seriam legitimados para reivindicarem²⁵, “direitos sociais fundamentais trabalhistas como corolários primários do modelo político alcunhado de Estado Democrático de Direito” (BRASIL, 2020i, p. 55).

Não raro se associa o fenômeno da *mitigação dos direitos fundamentais sociais*, notadamente direitos trabalhistas, em face de contingências da realidade social, econômica e política, e que supostamente seriam impeditivas de sua plena concretização. Em tal contexto, mais uma vez o Supremo é chamado a reafirmar, através da hermenêutica constitucional, os pilares da história trabalhista e de sua interface com o sindicalismo, em especial com o primado da representatividade ampla, insculpido no art. 8º, III, da Constituição Federal.

Rememora Edson Fachin que o constituinte de 1988 fez opção inequívoca pela manutenção de um modelo de sindicalismo fincado no tripé: unicidade sindical; representatividade ampla e obrigatória; e custeio mediante um tributo, a contribuição sindical, expressamente autorizada no art. 149 da Constituição Federal. Por tal razão, lembra que quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5794²⁶, em Plenário, fez constar que “a mudança de um desses pilares era desestabilizadora de todo o regime sindical brasileiro, de modo que não poderia

²⁵ Mais uma vez, apresenta-se a *máxima força jurídica*, apontada por Robert Alexy como segundo extremo dos direitos fundamentais característico do Estado constitucional democrático.

²⁶ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5794, relator ministro Edson Fachin (vencido); redator do acórdão ministro Luiz Fux, Plenário, em 29/06/2018.

ocorrer de forma parcial e isolada em relação aos seus elementos básicos” (BRASIL, 2020i, p. 56).

Prossegue sua excelência, assentando que quando se tratar de conformações legislativas impostas a garantias fundamentais sociais trabalhistas, “é preciso reafirmar, *com a contundência necessária*, a própria *obrigatoriedade de participação das entidades sindicais na reconfiguração contratual das relações trabalhistas*” (BRASIL, 2020i, p. 57, grifo nosso), diante do estado de calamidade pública que estamos imersos.

A eventual suspensão das relações contratuais trabalhistas e/ou a flexibilização de direitos como redução da jornada de trabalho e de salários, no ambiente de Estado democrático de direito, na forma prevista na Medida Provisória nº 936/2020, “exige por parte do legislador ordinário que observe as salvaguardas constitucionais expressamente estabelecidas pelo legislador constituinte de 1988” (BRASIL, 2020i, p. 57).

Para o ministro Fachin, a participação sindical tem garantia expressa no texto constitucional, direito fundamental específico por escolha deliberada do constituinte de 1988, e assim “não há espaço para a conformação legislativa ordinária supressora, ainda que em tempos de crise e/ou calamidade pública” (BRASIL, 2020i, p. 58).

A participação obrigatória do ente sindical para validade do processo negocial, também é reforçada pelas normas da Organização Internacional do Trabalho, como a Convenção nº 154, sobre o incentivo à negociação coletiva, e a Convenção nº 98, que trata da aplicação dos princípios de organização e negociação coletiva, faz tempo internalizadas no ordenamento brasileiro. Seguindo o fio proposto, merece redobrado esforço executivo, que se atenda às recomendações constantes da Resolução nº 01/2020, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2020).

Encerra seu voto o ministro Edson Fachin, reafirmando que há um limite no contexto constitucional brasileiro: “a própria Constituição veda que a redução de salário e de jornada de trabalho seja objeto de acordos *que não sigam os termos do artigo 7º, VI e XIII, da CRFB*” (BRASIL, 2020i, p. 59, grifo nosso). Conclui, pela

concessão integral da medida cautelar, nos termos em que postulada pelo partido requerente.

A ministra Rosa Weber retoma o ponto nodal: questiona-se a possibilidade de exclusão ou mitigação do direito do trabalhador - assegurado constitucionalmente - de interlocução por meio da representação coletiva, para a defesa de interesses com vista à construção de soluções adequadas à minimização dos efeitos advindos da crise pandêmica.

Afirma a ministra que os dispositivos da Constituição Federal que se dizem violados – arts. 7º, VI e XIII, e 8º, III e VI - figuram como pilares do direito constitucional do trabalho que a medida provisória em exame, “afasta, ainda que temporariamente, em função da pandemia do novo Coronavírus, com relação a um grupo de trabalhadores” (BRASIL, 2020i, p. 78).

Ressalta que a questão é de extrema delicadeza, pois integram o núcleo *inexpugnável* da Constituição os princípios e regras coletivos que asseguram aos sindicatos a defesa dos interesses e direitos coletivos e/ou individuais da categoria e a obrigatória participação destes entes nas negociações coletivas.

Mais delicada se torna a controvérsia constitucional, por ainda se afastar “o direito fundamental do trabalhador à representação coletiva”, vale dizer, a garantia de participar por seu interlocutor (sindicato) da “construção de soluções adequadas à minimização dos efeitos socioeconômicos disruptivos” (BRASIL, 2020i, p. 81) causados pela pandemia (Covid-19).

Com relação à solução apresentada na liminar em referendo, a ministra Rosa Weber assenta que “conduz ao esvaziamento do conteúdo essencial do direito fundamental dos trabalhadores na construção, por meio da representação sindical, de caminhos para minimização dos efeitos da pandemia” (BRASIL, 2020i, p. 85, grifo nosso).

Em reforço argumentativo, a ministra se reporta a notas técnicas sobre os potenciais impactos da pandemia e os caminhos para enfrentamento, uma do Instituto de Economia da Unicamp (CESIT)²⁷ e outra do DIEESE²⁸, que abordam

²⁷ Nota Técnica. Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho – CESIT. Emprego, trabalho e renda para garantir o direito à vida. Disponível em: http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2020/04/Versa%CC%83o.final_.pdf Acesso em: 1º/09/2020.

dentre outras medidas políticas públicas de garantia do emprego; preservação de renda; e manutenção do fluxo de caixa de pequenas e médias empresas.

A própria Medida Provisória nº 936/2020 em seu art. 12, parágrafo único, de forma expressa reconhece a viabilidade da negociação coletiva em “tempos de emergência”, ao exigir em conformação ao texto constitucional, acordo e/ou convenção coletiva entre empregadores e empregados conforme faixa salarial. Neste aspecto, a ministra Rosa Weber lança questionamento quanto à *racionalidade da diferenciação entre faixas salariais*, “enquanto exclui a exigência de negociação coletiva basicamente para os empregados de baixa renda, mais vulneráveis à precariedade e ao trabalho informal” (BRASIL, 2020i, p. 86, grifo nosso).

Prosseguindo em seu voto, a ministra Rosa Weber traz referência ao monitoramento dos impactos da Covid-19 pela Organização Internacional do Trabalho, destacando a necessidade de apoio às empresas e aos trabalhadores da economia formal como forma de se evitar o deslocamento para a informalidade (e o desemprego) como resultado da crise.

Também faz menção às Convenções da Organização Internacional do Trabalho nº 98 sobre o direito de sindicalização e negociação coletiva e nº 154 sobre o fomento à negociação coletiva; além da Recomendação nº 205 sobre o emprego e o trabalho decente para a paz e a resiliência, em que erigidos vetores de atuação para responder a situações de excepcionalidades, com destaque ao respeito e ao fomento de direitos fundamentais do trabalho e outros direitos humanos, da boa governança, da luta contra a corrupção e o clientelismo, e principalmente a *importância do fomento do diálogo social*.

Para a ministra, entre os *quatro pilares erigidos* pela da Organização Internacional do Trabalho para atuação no cenário emergencial de pandemia, “o *quarto pilar expressa a imprescindibilidade do reforço do diálogo social por meio da interação entre negociação coletiva e as instituições das relações de trabalho*” (BRASIL, 2020i, p. 90, grifo no original).

²⁸ Nota Técnica 232. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – DIEESE. O Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda diante dos Impactos da Covid-19. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2020/notaTec232ProgramaEmergencialGoverno.html>. Acesso em: 1º/09/2020.

Em tal perspectiva, ela reforça a ideia de que o direito de representação sindical e de negociação coletiva condiz com valores eminentemente democráticos, e se consolidam como vetores hermenêuticos essenciais para conformação das expectativas dos cidadãos em torno do governo e da sociedade para a tomada de ações coordenadas no combate aos efeitos da pandemia.

Ao fim, Rosa Weber assenta que a questão referente à suspensão e redução de salário e de jornada como medidas de enfretamento da crise “*possui dimensão coletiva*” e que a exigência de negociação coletiva com base no salário do empregado e o percentual ajustado em cada acordo individual “*parte de uma óptica individual atomizada*” (BRASIL, 2020i, p. 94, grifo nosso). E sobreleva que o enfraquecimento do direito fundamental dos trabalhadores à representação sindical e à negociação coletiva, via de consequência, obsta que se alcancem os objetivos de justiça social e redução dos impactos durante e após a pandemia (Covid-19) em ofensa aos arts. 1º, IV, e 170 da Constituição Federal.

Em conclusão, a ministra Rosa Weber diverge em parte do ministro relator para deferir em maior extensão a cautelar requerida, acompanhando a divergência do ministro Edson Fachin, por reputar necessária a ampliação da exigência prevista no art. 12, parágrafo único, da Medida Provisória nº 936/2020 aos demais grupos de trabalhadores.

4.3.2 Votos dos demais julgadores acompanhando a divergência (prevalente): a situação de excepcionalidade como razão de decidir e a mudança de vetor interpretativo (transição narrativa)

O ministro Luís Roberto Barroso inicia declinando os princípios e valores que pautam as suas convicções na interpretação do direito constitucional do trabalho:

Em primeiro lugar, penso que é princípio essencial assegurar respeito aos direitos constitucionais trabalhistas materialmente fundamentais. [...] Em segundo lugar, formalizar o trabalho, removendo os obstáculos que levam à informalidade. Em terceiro, melhorar a qualidade geral dos sindicatos, que considero devam ter papel importante nas relações de trabalho. Em quarto, desonerar a folha de salários, o que ajuda tanto na empregabilidade quanto na

redução da informalidade. E em quinto, acabar com a imprevisibilidade do custo das relações de trabalho. (BRASIL, 2020i, p. 62, grifos no original)

Dois pontos merecem especial destaque: ao tempo em que o ministro Barroso afirma ser *primado essencial assegurar o respeito aos direitos constitucionais trabalhistas* aí incluídas garantias de segurança no trabalho, salário mínimo capaz de atender as necessidades previstas na própria Constituição (inciso IV do art. 7º), repouso semanal remunerado, férias e garantias contra o desemprego; lança argumentos (diga-se: sem base científica) acerca do *imenso volume*²⁹ de litígios trabalhistas no Brasil³⁰, que segundo ele “faz com que o empregador, ao contratar, não seja capaz de avaliar o custo daquela contratação” (BRASIL, 2020i, p. 62).

Prossegue o ministro, assentando que “a realidade fática faz parte da normatividade e, portanto, o sentido e o alcance das normas constitucionais devem ser estabelecidos levando-se em conta essa realidade” (BRASIL, 2020i, p. 64). E, assim, ressalta que a Medida Provisória nº 936/2020 se trata de legislação emergencial extremamente complexa.

Barroso traz argumento novo (naqueles autos), no sentido de que a complexidade do ato normativo, em que há um conjunto relevante de juízos técnicos e de viabilidade econômica, recomendam “elevado grau de autocontenção do Poder Judiciário”³¹. E complementa:

Autocontenção a significar uma dose substancial de deferência para com as decisões tomadas por pessoas que têm expertise nos específicos domínios em que editada essa legislação ou esse conjunto de legislação. (BRASIL, 2020i, p. 64)

²⁹ Segundo o Relatório Justiça em Números do CNJ ano 2021, os assuntos/temas mais demandados em 1º e 2º graus de jurisdição na Justiça do Trabalho estão verbas rescisórias, rescisão do contrato de trabalho e duração do trabalho, além de verbas remuneratórias, indenizatórias e benefícios, todos diretamente vinculados ao piso mínimo de dignidade do trabalhador. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf> Acesso em: 15/10/2021.

³⁰ Para aprofundamento sobre o tema ver: Brasil, “campeão de ações trabalhistas”: como se constrói uma falácia. (CASAGRANDE, 2018, p. 57).

³¹ Em contraponto ver: *Supremocracia* (VIEIRA, 2008); *A batalha dos poderes. Da transição democrática ao mal-estar constitucional* (VIEIRA, 2018).

Também faz referência à circunstância de que a medida provisória é submetida à apreciação do Congresso Nacional, haverá, portanto, crivo político, inclusive com margem a negociações e atenuações do que previsto.

Em seguida, o ministro passa ao tema em questão: a negociação coletiva. Informa que já teve oportunidade de destacar a importância da negociação coletiva, diante da assimetria entre empregador e empregado, da desigualdade intrínseca de poderes, a negociação se dá entre sindicato patronal e sindicato dos empregados. Afirma ser alternativa importante, e ainda que o ideal, o desejável seria que as negociações coletivas se estabeleçam na maior extensão possível.

Contudo, de forma contraditória (diga-se), ele registra que há “grande heterogeneidade de sindicatos”, com múltiplas deficiências, e assim constata “uma impossibilidade material”, que salta aos olhos “de ver que não há estrutura sindical no Brasil, neste momento, capaz de atender, a tempo e hora, as demandas de urgência de redução de jornada e de suspensão de contratos de trabalho” (BRASIL, 2020i, p. 66). E prenuncia:

Assim, se der esse protagonismo aos sindicatos, inexoravelmente, as empresas vão optar pelo caminho mais fácil, que é o da demissão [...]. As empresas vão terminar escolhendo o caminho mais fácil da demissão do que o caminho mais tormentoso de ficar na dependência da intervenção dos sindicatos nesse contexto. (BRASIL, 2020i, p. 66)

Em conclusão, Barroso firma a seguinte tese: é possível, extraordinariamente, afastar a exigência de negociação coletiva, em situação emergencial e transitória, nas hipóteses previstas no art. 12 da Medida Provisória nº 936/2020, “tendo em vista que a rigorosa regulação do Poder Público minimiza a vulnerabilidade do empregado e que a negociação coletiva poderia frustrar a proteção ao emprego” (BRASIL, 2020i, p. 69 - 70). Pela negativa de ratificação à medida cautelar.

Antes de se prosseguir na análise dos demais votos, importante se trazer contraponto aos argumentos exarados, em especial diante da evidenciada mudança de vetor interpretativo (transação narrativa). Vejamos.

Com efeito, o ministro Barroso (então relator) nos autos do Recurso Extraordinário nº 590.415/SC firmou posicionamento no sentido de que a

Constituição de 1988, em seu art. 7º, XXVI, prestigia a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas. Os fundamentos se encontram sintetizados em trecho da ementa:

3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual.

4. A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. (BRASIL, 2015, p. 10 – 11, grifo nosso)

Reitera-se: a tese prevalecente nos autos do Recurso Extraordinário nº 590.415/SC encontra lastro na constatação de que há limitação na autonomia da vontade do empregado em razão da assimetria de poder entre os sujeitos da relação individual de trabalho, especialmente potencializada por desigualdades econômicas e de poder entre as partes.

O voto do ministro (então relator) também traz argumentos sólidos acerca da transição para um modelo *justralhista* democrático e autônomo; pelo reconhecimento das convenções e acordos coletivos como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflitos trabalhistas; paradigma esse proposto pela Constituição que se alinha a tendências internacionais, de crescente reconhecimento da negociação coletiva, tal qual retratada em convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho; além de atender ao *espírito* do Estado democrático de direito restabelecido na Constituição de 1988, figurando “a negociação coletiva como forma de superação de conflito que desempenha função política e social de grande relevância” (BRASIL, 2015, p. 27).

Os fundamentos também serviram de subsídio ao entendimento sufragado no Projeto de Lei da Câmara nº 38/2017, ao tempo da discussão acerca da reforma trabalhista e que deram norte ao discurso de prevalência do negociado sobre o

legislado, evidenciados nos arts 611-A e 611-B da CLT (com a redação da Lei nº 13.467/2017).

Destaca-se excerto do parecer apresentado pelo senador Ricardo Ferraço, na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE):

Para discutir o PLC nº 38, de 2017, à luz da Constituição, é essencial entender o espírito da regulação das relações de trabalho que entremeia a Carta Cidadã, e como ela alterou o modelo de regulação das relações trabalhistas no Brasil. Como ensinou o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, ao relatar o Recurso Extraordinário nº 590.415, a Carta de 1988 foi um marco ao fazer a transição de um modelo corporativo-autoritário para um modelo justralhista de caráter mais autônomo e democrático.

[...]

Segundo o Ministro em seu voto, o modelo mais autônomo e democrático é o modelo tipicamente usado em democracias consolidadas e defendido pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). São democracias em que há maior liberdade dos particulares em produzir as normas que regem suas relações de trabalho, especialmente por meio de acordos e convenções coletivas.

O Ministro Luís Roberto Barroso destaca que a Constituição é marco, transitando para este modelo, ao reconhecer os acordos e convenções coletivas como instrumentos legítimos de autocomposição e prevenção de conflitos; ao tornar explícita a possibilidade de seu uso; e ao atribuir aos sindicatos à representação das categorias, impondo sua participação nas negociações coletivas.

Este é, aliás, um tema caro a esta reforma. Como discutiremos de maneira mais detida na análise do mérito da proposta, a proposição em tela tem como um de seus eixos centrais a prevalência do negociado sobre o legislado, com uma série de salvaguardas para contemplar a desigualdade de poder negocial entre empregador e empregados. Talvez a principal proteção se faz ao privilegiar justamente a negociação *coletiva*. Trata-se de uma reforma pautada pelo imperativo da *flexibilização com proteção*. (BRASIL, 2017, p. 5 – 6, grifo nosso)

Para Gabriela Neves Delgado e Helder Amorim, “no discurso de base da legislação pandêmica, mesmo sob o fundamento de excepcionalidade, percebe-se um outro (e complementar) movimento de **transição narrativa**” (2020, p. 349, grifo no original), em que a *vontade individual* prevalece como único mecanismo viável, em contraposição ao discurso de *insegurança jurídica* que se atribui à negociação coletiva em “tempos de emergência”.

É nesse contexto de excepcionalidades decorrente da pandemia (Covid-19) que se tensiona o direito constitucional do trabalho com medidas emergenciais que buscam flexibilizar direitos e obrigações trabalhistas, sob o mote de “minimizar o forte impacto do setor produtivo” e de “mitigar danos à economia” com evidenciada mudança de vetor interpretativo (transição narrativa), e utilizando-se de argumentos que resvalam em vilania.

Para fechar o adendo e prosseguir na análise dos demais votos, oportuno se fazer registro dos relatórios³² de propostas de alterações trabalhistas recentemente apresentados pelo Grupo de Altos Estudos do Trabalho (GAET). O GAET possui o objetivo de analisar o mercado de trabalho sob a óptica da modernização das relações trabalhistas, centrando-se em quatro eixos: Economia e trabalho; Direito do trabalho e segurança jurídica; Trabalho e previdência; e Liberdade sindical.

Dentre outras medidas, os grupos de estudos temáticos apresentaram como produtos: uma proposta de emenda constitucional em relação às mudanças mais profundas; um projeto de lei incluindo acréscimos e alterações da CLT e legislação trabalhista correlata e; um projeto de lei alternativo, instituidor de um novo regime trabalhista, mais simples e desburocratizado.

O ministro Luiz Fux, em seu voto, retoma que o direito não vive apartado da realidade, destacando que se está diante de “um quadro excepcional, de um Direito excepcional, e que se interpreta com essa excepcionalidade que ele encerra” (BRASIL, 2020i, p. 97).

Um segundo fundamento apresentado é o de que a reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017) trouxe “um novo cunho ideológico em relação às entidades sindicais”, não só porque o art. 8º Constituição dispõe ser livre à associação sindical, mas também o movimento reformista, “à luz de experiências práticas, concluiu exatamente que os sindicatos não estavam cumprindo seus desígnios maiores, estabelecidos pela Constituição Federal” (BRASIL, 2020i, p. 99).

³² Por oportuno ver: *Relatórios dos Grupos de Estudos Temáticos*. Grupo de Altos Estudos do Trabalho (GAET). Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/noticias-e-conteudo/trabalho/2021/arquivos/nota-de-apresentacao-dos-relatorios-final.pdf>. Acesso em: 30/11/2021.

Lembra-se do que restou decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.794, em voto prevalecente do próprio ministro Luiz Fux (redator designado), em que se destacam da ementa críticas a atuação sindical:

7. A legislação em apreço *tem por objetivo combater o problema da proliferação excessiva de organizações sindicais no Brasil*, tendo sido apontado na exposição de motivos do substitutivo ao Projeto de Lei nº 6.787/2016, que deu origem à lei ora impugnada, que o país possuía, até março de 2017, 11.326 sindicatos de trabalhadores e 5.186 sindicatos de empregadores, segundo dados obtidos no Cadastro Nacional de Entidades Sindicais do Ministério do Trabalho, sendo que, somente no ano de 2016, a arrecadação da contribuição sindical alcançou a cifra de R\$3,96 bilhões de reais.

8. O legislador democrático constatou que a contribuição compulsória gerava uma oferta excessiva e artificial de organizações sindicais, configurando uma perda social em detrimento dos trabalhadores, porquanto não apenas uma parcela dos vencimentos dos empregados era transferida para entidades sobre as quais eles possuíam pouca ou nenhuma ingerência, como também o número estratosférico de sindicatos não se traduzia em um correspondente aumento do bem-estar da categoria.

[...]

14. A autocontenção judicial requer o respeito à escolha democrática do legislador, à minguada de razões teóricas ou elementos empíricos que tornem inadmissível a sua opção, plasmada na reforma trabalhista sancionada pelo Presidente da República, em homenagem à presunção de constitucionalidade das leis e à luz dos artigos 5º, incisos IV e XVII, e 8º, caput, da Constituição, os quais garantem as liberdades de expressão, de associação e de sindicalização. (BRASIL, 2018, p. 9 – 11, grifo nosso).

Insiste-se no paradoxo como alternativa: ou se opta por celebrar acordos individuais, “no afã de manter os empregos e impedir um gravíssimo problema social; ou, então, eles não fazem o acordo e, em um cálculo atuarial, resolvem demitir em massa” (BRASIL, 2020i, p. 100).

O ministro Fux prossegue corroborando que a interpretação constitucional deve ser elevada a efeito à luz do realismo jurídico e da razoabilidade; entre críticas aos sindicatos e o prenuncio de insegurança jurídica; ao fim vota pelo não referendo à medida liminar, acompanhando a divergência do ministro Alexandre de Moraes.

Por sua vez, a ministra Carmen Lúcia sintetiza a ideia de que “a Constituição é o texto normativo fundamental, interpretado e aplicado a um *contexto social*”; em

um quadro de emergência temporária determinada pela pandemia; e que a razoabilidade “é a busca da razão jurídica da norma” (BRASIL, 2020i, p. 117 - 118, grifo nosso).

Mais uma vez, revelam-se argumentos de *autocontenção* pelo judiciário, destarte se trate de medida provisória sujeita ao crivo político e a eventuais modificações pelo poder legislativo.

Para a ministra, não se tem dúvidas da imprescindibilidade do sindicato; imprescindibilidade necessária, “mas que, neste momento, [...] levaria a maior desemprego” (BRASIL, 2020i, p. 120). Também dá destaque a que o ato jurídico do acordo individual, dispensa a cláusula resolutiva condicionante de comunicação ao ente sindical, o que conduziria a instabilidade, a uma *insegurança jurídica e política*.

Afirma que há convergência de interesses que “conduz ao afastamento específico de uma atuação positiva, específica e resolutiva de eventuais acordos pelo sindicato” (BRASIL, 2020i, p. 121), encerrando seu voto no sentido de negar referendo à medida cautelar complementada pelo ministro relator.

O ministro Gilmar Mendes tece considerações iniciais sobre o contexto de edição da Medida Provisória nº 936/2020, ressaltando se tratar de legislação de emergência; de ocorrência de força maior, conceituada no art. 501 da CLT, e que afeta substancialmente a situação econômico financeira do empregador.

Assinala que “não é absolutamente incomum ao Direito Constitucional deparar-se com situações de crise que desafiam a interpretação literal das constituições” (BRASIL, 2020i, p. 121). Dá destaque a incompletude do texto constitucional, a *jurisprudência de crise*³³ e ao *pensamento do possível*.

Seguindo essa ordem de ideias, o ministro traz referências do *pensamento de possibilidades* em Peter Häberle (1980), Gustavo Zagrebelsky (2012), Konrad Hesse (1991) e, ainda, Chaïm Perelman (2000).

Adianta posicionamento, no sentido de que aguardar a participação dos sindicatos para referendar as medidas de acordo individual, vinculadas na medida provisória, “muito provavelmente, já teria custado o emprego de milhões de

³³ Ver também: *Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais*. (MENDES, 2020).

brasileiros. E depois, discutir esta questão já será também inútil” (BRASIL, 2020i, p. 150).

Gilmar Mendes faz importante registro de que o ordenamento “já dispunha de instrumentos voltados a situações de imprevisibilidade econômico-social, na seara trabalhista, em casos de força maior” (BRASIL, 2020i, p. 151 - 152), conforme delimitado nos arts. 501 a 504 da CLT³⁴, que, por sua vez, não tiveram sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal.

Por derradeiro, o ministro assevera que “o Direito Constitucional de crise não pode negar validade a essa norma, sob pena de, querendo proteger, acabarmos matando os doentes” (BRASIL, 2020i, p. 153). Subscrive na íntegra a divergência iniciada pelo ministro Alexandre de Moraes, pelo não referendo da medida cautelar.

Em sucinto voto, o ministro Marco Aurélio defende argumentos de autocontenção pelo judiciário e pela necessidade de se observar o devido processo legislativo, previsto na Constituição. Insiste em que deve o Congresso Nacional se pronunciar acerca da higidez e da oportunidade política do ato do executivo, e que “essa transferência, via judicialização do conteúdo da medida provisória, pressupõe extravagância ímpar do que versado no ato normativo” (BRASIL, 2020i, p. 154).

Afirma o ministro que a medida provisória visou, acima de tudo, a preservação de vínculos a partir da observância da autodeterminação dos empregados. Mais uma vez, faz-se presente o falacioso argumento de que os empregados “poderão optar pela preservação da fonte do próprio sustento, pelo emprego, ou o rompimento do vínculo empregatício” (BRASIL, 2020i, p. 155).

Posto isso, o ministro Marco Aurélio acompanha a divergência aberta, para indeferir a liminar na ação direta de inconstitucionalidade, formando maioria em tal sentido.

Como último votante, o ministro Dias Toffoli (então presidente) adianta que irá acompanhar a maioria já consolidada, pelo indeferimento da medida cautelar. Registra o problema técnico que veio a interromper a sessão por videoconferência

³⁴ Veja-se que o ordenamento trabalhista prevê mecanismos que podem ser utilizados pelo empregador em momentos de excepcionalidade, a exemplo da negociação coletiva (art. 7º, incisos VI, XIII e XIV, da Constituição Federal); da força maior, nas hipóteses dos arts. 501 e seguintes da CLT; do parcelamento de FGTS e de débitos judiciais, na dicção do art. 916 do CPC.

na data anterior e ainda que na sessão de continuidade, prolongaram-se os trabalhos, sem intervalo.

Também menciona a importância dos debates legitimadores, da manifestação do Advogado Geral da União - que teve preocupação e sensibilidade, “inclusive na sustentação que fez, aderindo, naquele momento, [...] à proposição feita nos embargos de declaração trazidos a Plenário pelo Ministro Relator” (BRASIL, 2020i, p. 158) - agradecendo a todos que trouxeram colaborações para a compreensão deste importante caso, deste importante tema, que está submetido, na qualidade de medida provisória, ao crivo do Congresso Nacional.

Sobressaem dos referidos votos que acompanharam a divergência aberta pelo ministro Alexandre de Moraes - e que se consolidaram em maioria pelo indeferimento da medida cautelar – argumentos de autocontenção pelo judiciário ao analisar a constitucionalidade da medida provisória; de observância do devido processo legislativo, em especial por se tratar de proposição provisória submetida ao crivo político do Congresso Nacional; mais, ainda, a situação de excepcionalidade como razão de decidir e a mudança de vetor interpretativo (transição narrativa), a partir da autodeterminação do trabalhador e do contrassenso de que caberia a ele a opção pelo acordo individual (nos moldes da MP nº 936/2020) ou o desemprego.

4.4 A excepcionalidade do procedimento. Julgamento virtual (sessão realizada inteiramente por videoconferência – Resolução 672/2020/STF) em contraponto ao primado (neo) republicano

Ao retratar contornos do conceito de democracia derivado da fórmula neorromana de liberdade, de não dominação, Ricardo Silva (2011, p. 40) retoma os teóricos (neo) republicanos³⁵ e aborda um modelo de conjuga o constitucionalismo com a forma democrática por eles nominada de *democracia contestatória*.

Segundo Silva, eles defendem a idéia de que a forma constitucional do republicanismo deve ser complementada pela *democracia contestatória*, definida como “um conjunto de práticas e mecanismos institucionais que aponta para a

³⁵ Para aprofundamento ver: (PETTIT, 1997); (MAYNOR, 2003); e (RICHARDSON, 2003).

reconciliação da liberdade negativa das pessoas particulares com a efetiva participação em assuntos públicos” (2011, p. 41), cujo papel normativo seria de orientar o governo a seguir os interesses comuns à sociedade e somente tais interesses, fornecendo meios de se evitar “falsos positivos” e “falsos negativos”.

Em tal cenário, a primeira condição de uma democracia contestatória é que ela seja fundada em um debate racional; em um processo deliberativo, que deve “realizar-se sob regime de transparência, possibilidade de escrutínio, ampla liberdade de informação” (SILVA, 2011, p. 42); tendo por caráter inclusivo (fazer-se ouvir nas deliberações); como segunda, a inclusão de todos os *pontos de vista razoáveis* para deliberação; e, por terceira condicionante, a garantia de que as contestações formuladas no debate sejam efetivamente consideradas pelos agentes públicos.

Para mais do que a afirmação do sentido forte de república³⁶, esse novo republicanismo democrático, estaria dirigido a um novo paradigma que encontra lastro em três vertentes: a da liberdade como não dominação; do governo constitucional (democracia contestatória e cláusula contramajoritária); e, finalmente, como elo, a de cidadania ativa (ou civilidade), como aquele que participa dos espaços de decisão em *eterna vigilância*, como condição necessária para o êxito dos valores republicanos.

Inspirando no primado (neo) republicano e, ainda, no ideário de uma democracia contestatória (fundada em um debate racional, deliberativo, inclusivo e legítimo), o Código de Processo Civil³⁷ (instituído pela Lei nº 13.105/2015) introduz mudança paradigmática na aplicação do direito processual, cujo principal fundamento passa a ser a comparticipação³⁸³⁹, de um contraditório dinâmico, de garantia de influência e não surpresa.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior, o princípio do contraditório recebe uma nova significação, agora entendido como “direito de participação na construção

³⁶ Em oposição às formas tirânicas, despóticas, autocráticas e absolutistas de governo.

³⁷ A exemplo dos arts. 7º, 9º, 10 e 489, inciso IV, do CPC/2015.

³⁸ Para aprofundamento ver: *O Projeto do CPC: crítica e propostas*. (MARINONI; MITIDIERO, 2010).

³⁹ Ver também: Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português. (DIDIER, 2010).

do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões” (2015, p. 93).

Assim, nesse novo modelo processual, parte-se da premissa de cooperação/comparticipação entre juiz e partes (e seus advogados), que conduzirá a uma implementação da cognição construída, debatida e dialogada, chegando-se a maior legitimação (e melhoria da qualidade) da decisão no caso concreto.

No campo do direito constitucional do trabalho, a negociação coletiva se revela importante ferramenta de diálogo, participação e direito fundamental do trabalhador, de interlocução e representação pelo ente sindical. Mais ainda, cresce de importância em meio ao cenário pandêmico e com vista à construção de soluções adequadas (e legitimadas) à minimização dos efeitos da crise.

Lembra-se que o ministro Edson Fachin assentou que quando se tratar de conformações legislativas impostas a garantias fundamentais sociais trabalhistas, “é preciso reafirmar, *com a contundência necessária*, a própria *obrigatoriedade de participação das entidades sindicais na reconfiguração contratual das relações trabalhistas*” (BRASIL, 2020i, p. 57, grifo nosso), diante do estado de calamidade pública que estamos imersos.

A eventual suspensão das relações contratuais trabalhistas e/ou a flexibilização de direitos como redução da jornada de trabalho e de salários, no ambiente de Estado democrático de direito, na forma prevista na Medida Provisória nº 936/2020, “exige por parte do legislador ordinário que observe as salvaguardas constitucionais expressamente estabelecidas pelo legislador constituinte de 1988” (BRASIL, 2020i, p. 57).

Para Edson Fachin, a participação sindical tem garantia expressa no texto constitucional, direito fundamental específico por escolha deliberada do constituinte de 1988, e assim “não há espaço para a conformação legislativa ordinária supressora, ainda que em tempos de crise e/ou calamidade pública” (BRASIL, 2020i, p. 58).

A participação obrigatória do ente sindical para validade do processo negocial, também é reforçada pelas normas da Organização Internacional do Trabalho, como a Convenção nº 154, sobre o incentivo à negociação coletiva, e a Convenção nº 98, que trata da aplicação dos princípios de organização e

negociação coletiva, faz tempo internalizadas no ordenamento brasileiro. Seguindo o fio proposto, merece redobrado esforço executivo, que se atenda às recomendações constantes da Resolução nº 01/2020, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2020).

É, assim, a negociação coletiva valiosíssima fonte autônoma, oriunda da imediata participação dos seus destinatários principais, que tende a refletir um processo crescente de democratização das relações de poder existentes na sociedade⁴⁰⁴¹.

Feitas essas breves considerações, retoma-se o julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363, tomado integralmente de forma virtual (sessão realizada inteiramente por videoconferência – Resolução 672/2020/STF).

Como primeiro ponto, a excepcionalidade do procedimento - a sessão plenária foi realizada integralmente por videoconferência⁴², iniciando-se em 16/04/2020 e, por questões técnicas, suspensa naquela data, sendo retomada e encerrada no dia seguinte - justifica-se diante da emergência de saúde pública decorrente da pandemia, da necessidade de observância do isolamento social e da quarentena, como medidas de proteção da coletividade, de prevenção ao contágio e de disseminação do novo coronavírus.

Relembra-se que a Organização Mundial de Saúde, em 30/01/2020, declarou o quadro de emergência de saúde de importância internacional; e em 11/03/2020, caracterizou a Covid-19 como pandemia. Em 06/02/2020, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei nº 23/2020, convertendo-o na Lei nº 13.979/2020, dispondo sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública.

⁴⁰ Para aprofundamento, notadamente sobre *Os novos paradigmas e as perspectivas contemporâneas dos sindicatos*, ver: (NASCIMENTO, 2012, p. 92).

⁴¹ O Conselho Nacional de Justiça editou Recomendação nº 100, de 16 de junho de 2021, em que recomenda o uso de meios consensuais de solução de conflitos em demandas que versem sobre o direito a saúde. No mesmo norte, a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

⁴² A Resolução 672/2020/STF (com redação alterada), de 26 de março de 2020, permite o uso de videoconferência nas sessões de julgamento presencial do Plenário e das Turmas; resguardando-se o direito de sustentação oral (art. 2º), também por videoconferência, atendidas as condições que estabelece.

Em seguida, observa-se a edição de um feixe normativo, tido como legislação de emergência, voltado ao enfrentamento dos efeitos da pandemia, inclusive na seara trabalhista, especificamente as Medidas Provisórias nº 927, de 22/03/2020, e nº 936, de 1º/04/2020.

A propósito, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade que visaram questionar a constitucionalidade das medidas emergenciais trabalhistas (ADI nº 6342/DF e 6363/DF) foram ajuizadas em 24/03/2020 e 2/04/2020, respectivamente, sendo que prontamente percorreram o devido rito processual, com distribuição ao ministro relator, análise da medida cautelar e posterior submissão a referendo do Plenário.

A contemporaneidade dos fatos listados, diante dos “tempos de emergência” então vividos e que se prorrogam ao momento presente, revelam-se (repita-se) como fundamento robusto a dar lastro à excepcionalidade do procedimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, máxime quando se verifica salvaguardadas garantias processuais de participação, de contraditório dinâmico e de construção dialogada da decisão.

Conforme já destacado em tópico anterior, vale mencionar que em sustentação oral, o então ministro chefe da Advocacia Geral da União André Mendonça, após trazer argumentos de ação coletiva cooperativa em momentos de crise; pugnou pela confirmação da medida cautelar “nos seus exatos termos”, por imprimir segurança jurídica, louvando a decisão tomada e os esclarecimentos prestados.

Em seguida, o ministro Ricardo Lewandowski (relator) ressaltou o intenso diálogo com a Advocacia Geral da União que resultou na construção de uma solução cooperativa (consolidada em seu voto) e com aderência da União como se percebe da referida manifestação oral.

Vale mencionar, também, que os demais partícipes processuais tiveram resguardado o direito de fala e de contribuição com a decisão, seja pelo requerente, Rede Sustentabilidade; seja por parte de *amicus curiae*, como entidades sindicais CUT, UGT, CTB, Força Sindical, Central dos Sindicatos e Nova Central Sindical dos Trabalhadores; da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA); da Associação dos Advogados Trabalhistas (ABRAT); da Associação Nacional dos

Procuradores do Trabalho (ANPT) e do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais (SINAIF); além da Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil (CACB); da Confederação Nacional da Indústria (CNI); e pelo interessado, Presidente da República.

Tanto que diversos dos fundamentos levantados da tribuna, e mesmo de notas públicas emitidas pelas entidades associativas como ANAMATRA e ANPT, não só foram consideradas, mas sim incorporadas, como já vimos anteriormente.

Em encerramento, pode-se concluir que a excepcionalidade do procedimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal - (repita-se) justificado diante dos “tempos de emergência”, de necessário isolamento e demais medidas de prevenção ao contágio e disseminação do novo coronavírus - mostra-se como ferramenta por demais útil, e que atende ao primado (neo) republicano, de participação, de um contraditório dinâmico, e de construção da solução (cognição) fundada em um debate racional, deliberativo, inclusivo e legítimo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Tempos de emergência”, como expressão conceitual, aproxima-se sobremaneira das situações de excepcionalidades vividas em decorrência da pandemia (Covid-19) e seus efeitos deletérios para toda a sociedade, potencializando o cenário de limitação e escassez e atingindo de forma voraz os primados fundamentais de liberdade e igualdade, o que ascende de importância às salvaguardas constitucionais e à proteção dos valores mínimos de dignidade humana.

A questão central que conduziu à pesquisa é a investigação da provável resposta de como se dá a flexibilização do direito constitucional do trabalho em situações de excepcionalidade, e em que medida seria possível se mitigar e/ou abrandar as salvaguardas constitucionais trabalhistas em “tempos de emergência”.

A inconsistência temporal (ou inconsistência dinâmica) ganha relevância e se figura quando a melhor escolha política planejada para o futuro não se mostra mais como o caminho mais acertado quando o período chega. A inversão de preferências (escolhas) é fruto da simples passagem do tempo e de eventuais ocasiões circunstanciais que possa trazer.

Percebe-se, assim, que as salvaguardas constitucionais se mostram de uma forma em situações de normalidade e mais ao futuro podem se revelar com outra roupagem em situações de excepcionalidade. Reforça-se, em tal quadra, a relevância do nosso estudo.

Verifica-se que a constituição deve se posicionar mais como ponto de chegada do que como ponto de partida; e a importância de uma “concordância prática” (ZAGREBELSKI, 2011, p. 16), que conduzam os valores e princípios constitucionais a coexistirem, conformarem-se e harmonizarem em sua essência.

Também se depreende que a consolidação do estado de exceção como paradigma de governo, em última medida, aponta-se como mecanismo que deve (ou assim se pretende) articular e conformar esses dois aspectos entre realidade e direito, discussão que se mostra atual diante do cenário pandêmico (Covid-19) e que atrai argumentos de necessidade em situações de excepcionalidades e o extremo cuidado que se deve ter em sua exortação.

Voltando os olhos ao recorte proposto, compreendem-se as medidas provisórias como instrumento de legiferação de urgência, expressamente consolidados no texto constitucional (art. 62), de competência indelével do Presidente da República, a serem utilizadas em casos de uma urgência qualificada pela relevância.

Em ambos os casos – tanto da Medida Provisória nº 927/2020 quanto da nº 936/2020 - não só restaram demonstrados os pressupostos constitucionais de *relevância e urgência* (desde o encaminhamento das proposições), mas também que se evidenciam consolidados à vista das situações de excepcionalidades decorrentes da emergência de saúde pública e dos efeitos daí decorrentes.

Verificou-se que as medidas provisórias, além dos pressupostos constitucionais essenciais de *relevância e urgência*; devem obedecer a correlação necessária com pertinência temática da proposição originária e, ainda, sujeitam-se a um procedimento legislativo específico e sumário; (repita-se) todos enraizados texto constitucional.

No caso da Medida Provisória nº 927/2020, constatou-se que o projeto de conversão não foi votado ao tempo do § 3º do art. 62 da Constituição. Corroboraram para a não aprovação o número excessivo de emendas apresentadas na Câmara (casa iniciadora da tramitação), muitas delas refugindo ao conteúdo delimitado e condicionado na proposição originária.

Reitera-se: na Câmara dos Deputados se verificou uma verdadeira desvirtuação da correlação com o *âmbito temático próprio* do projeto de conversão da MP nº 927/2020, através da apresentação e aprovação de um grande número de emendas e, por conseguinte, o encaminhamento da proposta para o Senado Federal diversa do que originalmente previsto e delimitado pelo Presidente da República ao fazer uso do instituto.

Ainda que se esteja diante de situações de excepcionalidade decorrentes da pandemia (Covid-19), entende-se que é temerário se afastar e/ou flexibilizar salvaguardas constitucionais (a exemplo da observância obrigatória da pertinência temática própria em caso de projeto de conversão de medida provisória em lei), sob o argumento de que os “tempos de emergência”, por si só, justificariam os pressupostos constitucionais da medida.

À luz do que se tem defendido, as salvaguardas funcionam, pois, como avançado mecanismo protetivo, a fim de resguardar direitos fundamentais e os primados do próprio Estado constitucional devendo incidir em toda e qualquer circunstância, inclusive (e principalmente) diante de situações de excepcionalidades.

Como novidade durante a pesquisa, observou-se a edição da Medida Provisória nº 1.045/2021 (BRASIL, 2021c) e a nova tentativa de se imprimir uma “minirreforma” trabalhista, que rejeitada pelo Senado Federal por ampla maioria (47 votos contrários a 27 favoráveis), firmando posicionamento alinhado ao que decidiu o STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127/DF (BRASIL, 2015), de relatoria do ministro Edison Fachin.

Há flagrante e insistente desvirtuação pela Câmara dos Deputados da correlação do *âmbito temático próprio* do projeto de conversão da MP nº 1.045/2021, em procedimento inconstitucional e configurador de *contrabando legislativo* (MARRAFON, ROBL FILHO, 2013), encaminhando-se para o Senado Federal conteúdo diverso daquele originalmente delimitado pelo Presidente da República, ao editar a medida provisória.

Diferentemente do que havia se dado quando da análise da MP nº 927/2020, em que o Senado Federal assumiu a opção política pela perda de eficácia (ausência de consenso para votação e aprovação ao tempo do § 3º do art. 62 da Constituição), ao analisar a proposta de conversão da MP nº 1.045/2021, a casa revisora preferiu firmar posicionamento alinhado ao entendimento consolidado pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127/DF (BRASIL, 2015), rechaçando a possibilidade de se incluir matérias estranhas ao objeto originário, por desrespeito ao devido processo legislativo sumário e próprio das medidas provisórias.

Um aspecto importante que se revela é a incompreensiva e inconstitucional mitigação da negociação coletiva como salvaguarda, prevalecendo à situação de excepcionalidade como razão de decidir, quando do julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363/DF.

Em suma, o ministro Alexandre de Moraes, condutor da divergência prevalecente, evocou fundamentos na necessidade de garantia, de segurança jurídica, e firmou posição no sentido de que a media provisória não trouxe como condição resolutiva a participação dos sindicatos, mas apenas a necessidade de

comunicação aos referidos entes. Mais uma vez, volta-se a argumentos de temporariedade e excepcionalidade da medida, de proporcionalidade, para se defender a consonância com os valores constitucionais.

Outro importante achado exsurge do voto do ministro Roberto Barroso, acompanhando a divergência, o movimento de transição narrativa com o posicionamento assentado nos autos do Recurso Extraordinário nº 590.415/SC, passando a defender que a *vontade individual* prevalece como único mecanismo viável, em contraposição ao discurso de *insegurança jurídica* que se atribui à negociação coletiva em “tempos de emergência”.

É nesse contexto de excepcionalidades decorrente da pandemia (Covid-19) que se tensiona o direito constitucional do trabalho com medidas emergenciais que buscam flexibilizar direitos e obrigações trabalhistas, sob o mote de “minimizar o forte impacto do setor produtivo” e de “mitigar danos à economia”, com evidenciada mudança de vetor interpretativo (transição narrativa) e se utilizando de argumentos que resvalam em vilania.

Sobressaem dos demais votos que acompanharam a divergência aberta pelo ministro Alexandre de Moraes (e que se consolidaram em maioria pelo indeferimento da medida cautelar) argumentos de autocontenção pelo judiciário ao analisar a constitucionalidade da medida provisória; de observância do devido processo legislativo, em especial por se tratar de proposição provisória submetida ao crivo político do Congresso Nacional; mais, ainda, a situação de excepcionalidade como razão de decidir e a mudança de vetor interpretativo (transição narrativa), a partir da autodeterminação do trabalhador e do contrassenso de que caberia a ele a opção pelo acordo individual (nos moldes da Medida Provisória nº 936/2020) ou o desemprego.

Em sentido contrário, a solução apresentada pelo ministro Ricardo Lewandowski (dialogada e participativa) procura, diante da situação de excepcionalidade decorrente da pandemia (Covid-19) e em um contexto de persistente enfraquecimento dos entes sindicais, recolocar a negociação coletiva em seu papel originário de salvaguarda constitucional. Não há como excluí-las (entidades sindicais) das negociações, diante da cristalina redação do art. 8º, III, da Constituição Federal.

Conforme já destacado, vale mencionar que em sustentação oral, o então ministro chefe da Advocacia Geral da União André Mendonça, após trazer argumentos de ação coletiva cooperativa em momentos de crise; pugnou pela confirmação da medida cautelar “nos seus exatos termos”, por imprimir segurança jurídica, louvando a decisão tomada e os esclarecimentos prestados.

Registra-se a posição (vencida) dos ministros Edson Fachin e Rosa Weber, pela concessão integral da medida cautelar, por entenderem vulnerados os dispositivos constitucionais apontados, em especial arts. 1º, IV, 7º, IV e XIII, e 170 da Constituição e, ainda, que o enfraquecimento do direito fundamental dos trabalhadores à representação coletiva e à negociação coletiva, via de consequência, obsta que alcancem os objetivos de justiça social e redução dos impactos durante e após a pandemia (Covid-19).

Inspirando no primado (neo) republicano e, ainda, no ideário de uma democracia contestatória (fundada em um debate racional, deliberativo, inclusivo e legítimo), o Código de Processo Civil (instituído pela Lei nº 13.105/2015) introduz mudança paradigmática na aplicação do direito processual, cujo principal fundamento passa a ser a comparticipação, de um contraditório dinâmico, de garantia de influência e não surpresa.

Assim, nesse novo modelo processual, parte-se da premissa de cooperação/comparticipação entre juiz e partes (e seus advogados), que conduzirá a uma implementação da cognição construída, debatida e dialogada, chegando-se a maior legitimação (e melhoria da qualidade) da decisão no caso concreto.

No campo do direito constitucional do trabalho, a negociação coletiva se revela importante ferramenta de diálogo, comparticipação e direito fundamental do trabalhador, de interlocução e representação pelo ente sindical. Mais ainda, cresce de importância em meio ao cenário pandêmico e com vista à construção de soluções adequadas (e legitimadas) à minimização dos efeitos da crise.

A eventual suspensão das relações contratuais trabalhistas e/ou a flexibilização de direitos como redução da jornada de trabalho e de salários, no ambiente de Estado democrático de direito, na forma prevista na Medida Provisória nº 936/2020, “exige por parte do legislador ordinário que observe as salvaguardas

constitucionais expressamente estabelecidas pelo legislador constituinte de 1988” (BRASIL, 2020i, p. 57).

A participação obrigatória do ente sindical para validade do processo negocial, também é reforçada pelas normas da Organização Internacional do Trabalho, como a Convenção nº 154, sobre o incentivo à negociação coletiva, e a Convenção nº 98, que trata da aplicação dos princípios de organização e negociação coletiva, faz tempo internalizadas no ordenamento brasileiro. Seguindo o fio proposto, merece redobrado esforço executivo, que se atenda às recomendações constantes da Resolução nº 01/2020, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2020).

De tal modo, a negociação coletiva é valiosíssima fonte autônoma, oriunda da imediata participação dos seus destinatários principais, que tende a refletir um processo crescente de democratização das relações de poder existentes na sociedade.

Por fim, a excepcionalidade do procedimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, (repita-se) justificado diante dos “tempos de emergência”, de necessário isolamento e demais medidas de prevenção ao contágio e disseminação do novo coronavírus, desponta-se como ferramenta por demais útil, que atende ao primado (neo) republicano, de comparticipação, de um contraditório dinâmico e de construção da solução (cognição) fundada em um debate racional, deliberativo, inclusivo e legítimo.

Jon Elster (2009, p. 311), ao descrever a criatividade e o papel das restrições no *jazz*, acena que algumas dessas restrições têm efeito debilitante sobre a criatividade, outras a acentuam, e outras ainda teriam um impacto mais ambíguo.

Recorrendo à analogia apontada, e diante das situações de excepcionais da pandemia (Covid-19), entende-se que o melhor caminho para enfrentamento da crise de saúde e seus efeitos deletérios passa, imperiosamente, pela criatividade e sustentabilidade, pelo diálogo social participativo envolvendo governo, entidades patronais e organizações de trabalhadores, na esteira do que vem defendendo a Organização Internacional do Trabalho e os demais organismos internacionais. E é justamente a negociação coletiva a ferramenta para que se percorra tal propósito.

A solução apresentada, consolidada nos arts. 7º, VI, XIII e XVII, e 8º, III e VI, da Constituição Federal, diante de excepcionalidades e da necessidade flexibilização do direito constitucional do trabalho – a exemplo da redução de jornada e de salários, passa, necessariamente, pela negociação coletiva, em um diálogo participativo e voltado a construção da melhor solução em momento de crise.

A posição do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 6363/DF consegue não só mitigar a negociação coletiva como salvaguarda constitucional; vilipendiar direitos constitucionais trabalhistas conquistados a custo de sangue, suor e lágrimas; e, a um só tempo, colocar em xeque as bases de sustentação do próprio Estado constitucional.

Por outro lado, reforça-se a necessidade de se afirmar os primados fundamentais de liberdade e igualdade; os valores sociais de cidadania, o que ascende de importância às salvaguardas constitucionais (em toda sua extensão) e à proteção dos valores mínimos de dignidade humana.

Finalmente, é preciso que toda a sociedade se mantenha “em permanente vigília pela observância dos princípios e regras que protegem a dimensão humana do trabalho” (DELGADO, AMORIM, 2020, p. 357), acompanhando com atenção esse movimento argumentativo, calcado em justificativas de excepcionalidades decorrentes da pandemia (Covid-19), sob critério não jurídico-científico, mas sim predominantemente político, econômico e ideológico.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2012.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales em el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. Madrid, 2009, p. 13 – 30.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e sua conversão em lei: a emenda constitucional nº 32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____, Fabiano de Figueiredo. Direito financeiro da crise: a modulação da legislação orçamentário-financeira para o combate aos efeitos da Covid-19. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 58, n. 231, p. 55-70, jul./set. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p55. Acesso em: 05/10/2021.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da EMERJ*, v.9, nº 33, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BENJAMIN, Walter. Para uma crítica da violência. In: BENJAMIN, Walter. *Escritos sobre mito e linguagem*. Trad. Susana Kampf Lages e Ernani Chaves. São Paulo: Duas cidades, 2011.

BRASIL. Congresso Nacional. *Decreto Legislativo nº 6, de 2020*. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, 2020a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/dlg6-2020.htm. Acesso em: 18/08/2020.

_____. [Constituição (1988)] *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 05/10/2021.

_____. *Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020*. Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Brasília, DF: Presidência da República, 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm. Acesso em: 18/08/2020.

_____. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2021b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 05/10/2021.

_____. *Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 18/08/2020.

_____. *Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020*. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; altera as Leis nºs 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.101, de 19 de dezembro de 2000, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 10.865, de 30 de abril de 2004, e 8.177, de 1º de março de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm. Acesso em: 18/08/2020.

_____. *Lei nº 14.035, de 11 de agosto de 2020*. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020e. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14035.htm. Acesso em: 18/08/2020.

_____. *Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020*. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da

República, 2020f. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso em: 18/08/2020.

_____. *Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020*. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020g. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso em: 18/08/2020.

_____. *Medida Provisória nº 1045, de 27 de abril de 2021*. Institui o Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas complementares para o enfrentamento das consequências da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) no âmbito das relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 2021c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1045.htm. Acesso em: 05/10/2021.

_____. Senado Federal. Parecer (SF) n. 34, de 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5326353&disposition=inline>. Acesso em: 18/08/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127/DF*. Relator: Min. Rosa Weber; Redator do Acórdão: Min. Edson Fachin, 15 de outubro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931367>. Acesso em: 18/08/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.794/DF*. Relator: Min. Edson Fachin; Redator do Acórdão: Min. Luiz Fux, 29 de outubro de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339959032&ext=.pdf>. Acesso em: 18/08/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação direta de inconstitucionalidade nº 6342/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello; Redator do Acórdão: Min. Alexandre de Moraes, 29 de abril de 2020h. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5880968>. Acesso em: 18/08/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363/DF*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski; Redator do Acórdão: Min. Alexandre de Moraes, 17 de abril de 2020i. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5886604>. Acesso em: 18/08/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 590.415/SC*. Relator: Min. Roberto Barroso, 30 de abril de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2629027>. Acesso em: 18/08/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Regimento interno [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020j. Atualizado até a Emenda Regimental n. 57/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 05/10/2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. Madrid, 2009.

CASAGRANDE, Cássio. Brasil, “campeão de ações trabalhistas”: como se constrói uma falácia. In: CASAGRANDE, Cássio; CARELLI, Rodrigo. *Reforma trabalhista: reflexões críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 57.

CIDH. Resolução nº 01/2020. Pandemia e Direitos Humanos nas Américas. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 05/10/2020.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006.

_____; et. al. *Direito Constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*. São Paulo: LTr, 2015.

_____; AMORIM, Helder Santos. A legislação pandêmica e o perigoso regime de exceção aos direitos fundamentais trabalhistas. *Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano*, v. 3, 29 set. 2020. Disponível em: <http://revistatdh.org/index.php/Revista-TDH/article/view/80>. Acesso em: 05/10/2021.

DELGADO, Maurício Godinho. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

ELSTER, J. *Ulises y las sirenas*. México: Fondo de Cultura Económica.

_____. *Ulisses Liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. Tradução de Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

ESPADA, João Carlos. *Direitos sociais de cidadania: uma crítica a F.A. Hayek e Raymond Plant*. Lisboa: Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 5. ed., rev., ampl. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta. Madrid, 2009, p. 49 – 74.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

ILO Standards and COVID-19 (coronavirus) - Version 2.1 *Key provisions of international labour standards relevant to the evolving COVID-19 outbreak*. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/genericdocument/wcms_739937.pdf. Acesso em: 1º/09/2020.

ITÁLIA. [Constituição (1947)] *Constituição da República Italiana*. Tradução de Paula Queiroz. Senado da República. Roma, 2018. Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 05/10/2021.

KALIL, Renan Bernardi. *Passou da hora de incluir os trabalhadores nos debates sobre a COVID-19*. Disponível em: <http://www.justificando.com/2020/03/31/passou-da-hora-de-incluir-os-trabalhadores-nos-debates-sobre-a-covid-19>. Acesso em: 1º/09/2020.

MATOS, Andityas e MILÃO, Diego. Decisionismo e Hermenêutica Negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. *Sequência (Florianópolis)*, n. 67, p. 111-137, dez. 2013. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n67p111>. Acesso em 18/08/2020.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. O estado constitucional contra a democracia: aspectos da crise paradigmática no direito e no estado. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. ISSN 1980-7791 Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em 18/08/2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-A-JURISDI%C3%87%C3%83O-NO-ESTADO-CONSTITUCIONAL.pdf>. Acesso em: 18/08/2020.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Controle de constitucionalidade no projeto de lei de conversão de medida provisória em face dos “contrabandos legislativos”: salvaguarda do Estado Democrático de Direito. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André (org.). *Constitucionalismo e democracia*. Editora JusPodivm, 2013, p. 235 – 249.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183 – 200, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=99232&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>. Acesso em 1º/09/2020.

_____. Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>. Acesso em: 05/10/2021.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2012.

PAIXÃO, Cristiano. Covid-19 e o oportunismo desconstituente. *Jornal GGN*, 09 de abril de 2020. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/artigos/covid-19-e-o-oportunismo-desconstituente-por-cristiano-paixao>. Acesso em: 05/10/2021.

PEREIRA, Daniel Nunes. A Predicação necessária entre Estado e Direito / The necessary predication between State and Law. *Revista de Teorias e Filosofias do Estado*, 2016, Vol.2(2), p.56(24) Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistateoriasfilosofias/article/view/1336>. Acesso em: 1º/09/2020.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de La Constitución*. Tradução Manuel Sanches Sarto. Editorial Tecnos. Madri: 1983.

_____. *Teologia política*. Apresentação: Eros Roberto Grau. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, Ricardo. Republicanismo neo-romano e Democracia contestatória. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, v. 19, n. 39, p. 35-51, jun. 2011.

SILVA, Otávio Pinto e. Os jabutis desceram das árvores! *Migalhas*, 02 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/351135/os-jabutis-desceram-da-arvore>. Acesso em: 05/10/2021.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. A Edição de Medidas Provisórias em Tempos de Coronavírus. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (coord.). *Direito do Trabalho na Crise Covid-19*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 199 – 208.

SOUZA, José Elielton de; OLIVEIRA, Maria do Socorro Catarina Sousa. Considerações Sobre o Conceito de "Estado de Exceção" em Giorgio Agamben. *Intuitio*, v. 9, n. 1, p. 131-147, 30 ago. 2016. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/22746>. Acesso em: 1º/09/2020.

SOUZA, Danigui Renigui Martins de. Estado de exceção: Giorgio Agamben entre Walter Benjamin e Carl Schmitt. *Princípios: Revista de Filosofia (UFRN)*, v. 25, n. 47, p. 35-58, 4 jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/12733>. Acesso em: 1º/09/2020.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo: Editora Renovar, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; et. al. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999.