

Assim falou Zagrebelsky! Ou em torno da decisão de Lewandowski na ADI nº 6.363

José Eymard Loguercio

O Supremo Tribunal Federal, no dia 16 de abril de 2020, ao apreciar as medidas cautelares requeridas nas ADIs nºs 6.363 e 6.342 (dentre outras), escreverá mais um capítulo da nossa história constitucional e da democracia brasileira.

Das diversas inconstitucionalidades apontadas nos pedidos cautelares, a de maior repercussão é a da possibilidade de acordo individual para redução de salário e jornada, quando a Constituição, de forma literal e expressa, condiciona tal redução à negociação coletiva, portanto, à celebração de acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho.

Em tempos normais, não haveria muito o que se discutir. O imperativo constitucional é de clareza absoluta. O suporte fático é a necessidade da redução salarial por algum motivo imperioso que, de outro lado, compense a perda com proteção ao emprego, em especial no que se convencionou chamar de “legislação de crise”¹.

Enquanto a norma (art. 7º, VI, CRFB/88) admite a redução salarial, o seu sentido é claramente protetivo e só pode ser alcançado por intermédio da contratação coletiva². Isso porque, na relação individual de trabalho se está diante de maior fragilidade do empregado. A negociação coletiva dá melhores chances para alternativas concretas que protejam em maior escala.

Nesse sentido, o STF já assentou as diferenças entre a assimetria individual, de um lado, e, de outro, a possibilidade de melhor paridade de armas que decorre da negociação e do negócio jurídico dela derivado (acordo coletivo ou convenção coletiva). Foi no **RE nº 590.415/SC** que o Ministro Luís Roberto Barroso fixou:

“[...] 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

¹ A ideia de “legislação de crise” surgiu em especial nos países de capitalismo central no epicentro da crise financeira de 2008, que reformatou a legislação trabalhista de países como Espanha, Portugal, Itália e França. Anterior a ela, e no bojo das mudanças do capitalismo industrial para o financeiro, com desindustrialização e o fechamento de postos de trabalho, surge chamada “flexisegurança” (para mais detalhes sobre a expressão flexisegurança cf. BELTRAN, Ari Possidonio. “Direito do trabalho: crise econômica, flexibilização e desenvolvimento tecnológico”. In. Empresa e Trabalho: estudos em homenagem a Amador Paes de Almeida. São Paulo. Saraiva. 2010). Depois delas, e mais recentemente, a tentativa não mais de uma “legislação de crise”, mas da implantação de uma nova ordem estruturada a partir da “liberdade econômica”. Um exemplo da legislação de crise, no Brasil, é o Programa de Proteção ao Emprego (PPE, Lei 13.189/2015). De flexisegurança, é a lei 9.601 de 21/01/1998, que ampliou o conceito de contrato por prazo determinado, mediante a utilização de acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho. E os dois exemplos mais recentes de tentativa de implantação de “nova racionalidade” é a Lei 13.467/2017 (reforma trabalhista) acompanhada da lei 13.874/2019 (liberdade econômica). Países como Espanha, Portugal e Itália iniciaram, mais recentemente, uma reconversão da legislação de crise para parâmetros gradualmente protetivos.

² Conjugação dos artigos 7º, caput e incisos VI e XXVI; 8º III e os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. [...]

20. Diferentemente do que ocorre com o direito individual do trabalho, o direito coletivo do trabalho, que emerge com nova força após a Constituição de 1988, tem nas relações grupais a sua categoria básica. O empregador, ente coletivo provido de poder econômico, contrapõe-se à categoria dos empregados, ente também coletivo, representado pelo respectivo sindicato e munido de considerável poder de barganha, assegurado, exemplificativamente, pelas prerrogativas de atuação sindical, pelo direito de mobilização, pelo poder social de pressão e de greve. No âmbito do direito coletivo, não se verifica, portanto, a mesma assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Por consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual.”

De outro lado, também no âmbito do STF, e como precedente, tem-se a decisão proferida na ADI-MC nº 1.681/DF, na qual o Supremo assentou a tese da **inafastabilidade do sindicato da negociação coletiva e da representação dos interesses coletivos e individuais da categoria.**

O precedente é forte na aplicação dos incisos III e VI do artigo 8º da Constituição federal, nos casos em que o legislador procura **afastar** a participação sindical e, com isso, **fragilizar** individualmente as pessoas no âmbito da relação de emprego.

A ementa traduz o debate produzido no âmbito da Corte, que foi assim resumido:

“Ação direta de inconstitucionalidade: medida cautelar: impugnação da parte final do inciso I do art. 2º da Medida Provisória 1698-46, de 30.6.98, que prevê, como alternativa à convenção ou ao acordo coletivo, que se estabeleça, para o fim de compor a fórmula de participação dos empregados nos resultados das empresas, uma comissão "escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria, dentre os empregados da sede da empresa". A expressão impugnada, ao restringir aos filiados que servem na empresa, a escolha, a ser feita pelo sindicato, daquele que deverá compor a comissão destinada a, alternativamente, negociar a participação dos empregados nos lucros e resultados da empregadora, é de ter-se por ofensiva ao art. 8º, III, da Constituição, que consagra o princípio da defesa, pelo sindicato, "dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria", em razão do qual goza a entidade da prerrogativa de representar os interesses gerais da respectiva categoria e os interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida: limitação da independência do sindicato na sua participação, que a Constituição impôs, nessa modalidade de negociação coletiva (CF, art. 8º, VI). Introdução de um mecanismo típico de sindicalismo de empresa, que o nosso sistema constitucional não admite. II - Deferida a suspensão cautelar da expressão "dentre os empregados da sede da empresa".” (STF-ADI/MC-1.681/DF, Relator Ministro Ilmar Galvão, Redator para o acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 06-09-2007 PP-00035)³

Até aqui, sem entrar no complexo tema da ***autonomia coletiva***, que pressupõe um feixe de garantias e, igualmente, impõe limites constitucionais e legais de movimentação das partes, pois a *“função política da negociação coletiva supõe a combinação, mais ou menos intensa, entre o poder público e a autonomia coletiva negocial”*⁴, é importante assentar que somente a ***“recontratualização coletiva”*** é capaz de fazer frente “aos mais liberais intentos de fomentar

³ Decisão unânime, votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Celso de Mello, Presidente, Moreira Alves e Marco Aurélio. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso, Vice-Presidente. Plenário, 16.9.98.

⁴ MONEREO PÉREZ, José Luis. *La teoría de la autonomía colectiva en el pensamieto de Giugni: balance y perspectivas. Estudio Preliminar*. In. Introducción al estudio de la autonomía colectiva. Gino Gugni; Editorial Comares. 2004., pág. CXIX.

em detrimento desta (como diferente opção de política jurídica) a **recontratualização individual**.⁵

Em largos passos se viu, nas recentes reformas trabalhistas⁶, o efeito meramente retórico da valorização da negociação coletiva⁷ contra a evidente e concreta **recontratualização individual** e o desprestígio da função sindical. Esse movimento estava em consonância com o aprofundamento de uma nova racionalidade, que Dardot e Laval denominam como “a nova razão do mundo” e a “fábrica do sujeito neoliberal”, pois, “se o indivíduo deve ser ‘aberto’, ‘síncrono’, ‘positivo’, ‘empático’, ‘cooperativo’, não é para a felicidade dele, mas sobretudo e em primeiro lugar para obter do ‘colaborador’ o desempenho que se espera dele”.⁸

Essa **nova racionalidade**, apontada em inúmeros estudos, não só solapa o sentido de solidariedade, que é a base de construção do direito coletivo do trabalho, como o próprio Estado Social, ou Estado de Bem-Estar social, constituído e referenciado nas Constituições e pactos internacionais firmados ao longo do século XX, e a qualificação de democracia, que inspirou o Estado Social e Democrático de Direito. São, nas palavras de Wendy Brown, “(...) uma ofensiva neoliberal abrangente, rechaçando o Estado regulatório e social presunçoso que impõe esquemas de justiça nas esferas em que as ordens espontâneas geradas pelo mercado e pela moral deveriam prevalecer. O inimigo designado é o Estado facilmente vilificado em qualquer interação do liberalismo.”⁹

Os riscos desta ofensiva, para a desestruturação dos espaços institucionais, demarcados até mesmo no plano da democracia liberal, foram objeto, nos últimos anos, de inúmeros estudos, pesquisas e publicações. O surgimento dos populismos autoritários, de outro lado, para alguns autores, é parte e reflexo da dinâmica da mobilidade massiva descendente (pessoas da classe trabalhadora, com proteção social, que perdem emprego e renda ou se vinculam a uma nova situação precária de relação de trabalho) e da mobilidade restritiva ascendente (um núcleo cada vez menor de muito ricos, descolados da realidade social)¹⁰, impondo novas regulações e novas racionalidades para a reacomodação da acumulação financeira e o desaparecimento do trabalho como fator de integração, reconhecimento de classes, solidariedade e direitos.

⁵ MONEREO PÉREZ, José Luis. *Op. Cit.*, página LXXXVIII.

⁶ Em especial a partir da publicação da lei 13.467/2017.

⁷ Em especial com a introdução dos artigos 611-A e 611-B na CLT.

⁸ DARDOT, Pierre e LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*; tradução Mariana Echalar, 1ª. Edição. São Paulo, Boitempo, 2016, página 344.

⁹ BROWN, Wendy. *Nas Ruínas do neoliberalismo*. São Paulo, Editora Filosófica Politeia, 2019, página 155.

¹⁰ Dentre muitos, vê-se MOUNK, Yasch. *O povo contra a democracia. Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. São Paulo. Editora Companhia das Letras. 2019.

O desenvolvimento econômico, forjado neste paradigma, produziu enorme concentração de renda e o aumento da desigualdade econômica e social, que embora seja um fenômeno mundial¹¹, coloca o Brasil nos piores *rankings*.¹²

No plano do mercado de trabalho, de outro lado, embora a característica predominante e consistente seja a da desigualdade, assimetria e alta rotatividade¹³ as alterações legislativas pós-2017 acentuaram a precariedade, a deslegitimação da ação sindical, a fragmentação de tipos contratuais falsamente não subordinados, gerando um contingente de quase 12 milhões de desempregados e 5 milhões de desalentados¹⁴.

É essa a fotografia que vamos encontrar no dia 11 de março de 2020, quando a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a pandemia decorrente do chamado Covid-19¹⁵.

Trata-se, sem dúvida, da maior e mais abrangente crise mundial, que não decorre da deliberação de guerra ou do resultado de políticas econômicas sucessivas.

No Brasil, a Portaria nº 188, de 03/02/2020, havia declarado emergência em saúde pública e, posteriormente, a Lei nº 13.979, de 06/02/2020, dispôs sobre as medidas de enfrentamento, seguida por decretos, portarias e medidas provisórias.

Duas dessas medidas provisórias¹⁶, ainda em sede de cautelar, estarão na órbita de apreciação do Supremo Tribunal Federal, uma pela negativa de liminar (6.342) e outra pela concessão parcial (6.363).

No centro da discussão a “escolha” da alternativa, justificada pela “calamidade pública”, de prevalência dos acordos individuais para redução de salário e jornada de trabalho, suspensão do contrato de trabalho e outras medidas que visem a proteção do emprego e o afastamento temporário dos trabalhadores, para o isolamento social, com a suspensão de algumas atividades econômicas não essenciais. Pelas Medidas Provisórias nºs 927 e 936, o acesso aos benefícios, pagos pelo Estado, estaria condicionado à comunicação do acordo celebrado com o empregado.

Deixarei aqui de tratar de todos os detalhes das Medidas Provisórias, para concentrar-me no tema do acordo individual, que, após a concessão parcial da liminar, pelo Ministro Ricardo

¹¹ MILANOVIC, Branko. Desigualdad mundial. Um nuevo enfoque para la era de la globalización. México. Fondo de Cultura económica. 2017.

¹² <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/12/09/brasil-tem-segunda-maior-concentracao-de-renda-do-mundo-diz-relatorio-da-onu.ghtml>) e <https://temas.folha.uol.com.br/desigualdade-global/brasil/super-ricos-no-brasil-lideram-concentracao-de-renda-global.shtml>)

¹³ Estudo dos mais importante é o do Prof. Adalberto Cardoso “A construção da sociedade do trabalho no Brasil: uma investigação sobre a persistência secular das desigualdades”. Rio de Janeiro, Editora FGV/Faperj, 2010.

¹⁴ <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/02/28/desemprego-fica-em-112percent-em-janeiro-e-atinge-119-milhoes-diz-ibge.ghtml>

¹⁵ <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml>

¹⁶ Trata-se da Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020 (ADI 6142) e da Medida Provisória 936 de 01 de abril de 2020 (ADI 6363). Nota-se que desde 11 março, as primeiras duas medidas voltadas para o mercado de trabalho foram endereçadas quase 20 dias depois.

Lewandowski no âmbito da ADI nº 6.363¹⁷, causou mais repercussão, com forte reação empresarial¹⁸.

O que estará em jogo no Supremo Tribunal Federal?

Segundo o Professor Cristiano Paixão¹⁹:

“Há nessas situações um grande risco para a comunidade política, qual seja, o de permitir que decisões de longo alcance, que possam afetar a própria estrutura da ordem constitucional, sejam adotadas de forma irrefletida, sem debate e ao sabor das majorias ocasionais. A Constituição brasileira prevê procedimentos excepcionais, como o estado de defesa e o estado de sítio, que permitem, por determinado período, ampliação dos poderes públicos e restrição de algumas liberdades individuais. Observe-se, aliás, que a pandemia do Covid-19 *não constitui circunstância apta a ensejar decretação do estado de sítio*, conforme acertada e oportuna manifestação do Conselho Federal da OAB. A legislação também prevê o estado de calamidade pública e a declaração de emergência em saúde pública de importância nacional, em que as funções do governo são redimensionadas. Esses mecanismos, contudo, existem para a *defesa* da constituição. Eles permitem decisões ágeis, mas impõem prazos para execução das medidas e não desativam os órgãos de controle político e administrativo. E é importante que seja assim, para que se evitem abusos no uso desses instrumentos. Uma crise, por mais grave que seja, *não é uma carta branca* para alteração permanente da ordem constitucional. Quando essa orientação é esquecida, graves desdobramentos se produzem.”

Ora, a pandemia não coloca a Constituição de 88 em suspenso ou em quarentena! Essa há de ser a premissa.

De outro lado, as tentativas de esvaziamento material dos direitos sociais com o afastamento do “Espírito da Filadélfia” de que fala Supiot²⁰, não podem justificar ou acelerar políticas de perfil ultra ou neoliberais, importando diferenciar **(a)** dificuldades e urgências burocráticas, que decorrem de momentos passageiros das crises, do **(b)** uso argumentativo da “crise” para implantação definitiva de medidas transitórias.

¹⁷ “(...) Isso posto, com fundamento nas razões acima expendidas, defiro em parte a cautelar, ad referendum do Plenário do Supremo Tribunal Federal, para dar interpretação conforme à Constituição ao § 4º do art. 11 da Medida Provisória 936/2020, de maneira a assentar que “[os] acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho [...] deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração”, para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva, importando sua inércia em anuência com o acordado pelas partes.” **Posteriormente** com o seguinte esclarecimento: “Diante de todo o exposto, esclareço, para afastar quaisquer dúvidas, e sem que tal implique em modificação da decisão embargada, 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. Ressalvo, contudo, 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.” <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342847103&ext=.pdf>

¹⁸ <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,governo-diz-a-stf-que-decisao-de-lewandowski-pode-provocar-demissoes,70003267408>

¹⁹ <https://jornalggn.com.br/a-grande-crise/covid-19-e-o-oportunismo-desconstituente-por-cristiano-paixao/>

²⁰ SUPIOT, Alan. Espírito de Filadélfia, O A Justiça Social Diante do Mercado Total. Editora Sulina, 1ª. Edição, 2015.

Esse é o risco, real, que se divisa no tema a que nos propomos examinar. A pandemia chega quando se procura implementar reformas desestruturantes das relações de trabalho, debilitando a atuação sindical de um lado, e revalorizando a contratualidade individual, de outro, sob o fundamento da liberdade econômica e da valorização da liberdade individual²¹.

Em artigo recentemente publicado, o Ministro do STF Gilmar Mendes²² segue por afirmar que:

“A atuação do Supremo Tribunal Federal nesse contexto inequivocamente demanda uma abertura hermenêutica da jurisdição constitucional à compreensão e conformação da realidade econômica e social experimentada”. Invoco mais uma vez a célebre expressão em alemão cunhada por Konrad Hesse: “*Not kennt kein Gebot*”: necessidade não conhece princípio. Daí a sua defesa enfática para que o texto constitucional contemple uma disciplina adequada do Estado de necessidade ou do estado de emergência[...].”

O que o Ministro Gilmar Mendes chama de “abertura hermenêutica” “a compreensão e conformação da realidade econômica e social”, sobretudo em “estado de necessidade” ou “estado de emergência”, de modo a “não conhecer princípios”?

Aparentemente, uma hipótese possível seria o aprofundamento, agora com a justificativa da “adequação” da proteção social aos ditames da “inevitável” excepcionalidade financeira causada pela pandemia, o que já se vinha experimentando de modo acelerado ao menos desde 2017.

Nesse sentido, cita as “Experiências recentes do Direito Comparado, embora não equiparáveis à magnitude global da situação vivenciada na crise do Coronavírus, ilustram as tensões entre o constitucionalismo e a necessária proteção de Direitos Sociais em regimes de excepcionalidade financeira. Destaco, no ponto, a experiência Portuguesa em que a Corte Constitucional, em meados de 2011, em casos relacionados a políticas de austeridade, passou a produzir o que se tem chamado *jurisprudência da crise* [...].”

A chamada “inevitabilidade financeira” não é um dado natural. Ela decorre de escolhas e opções. A pandemia do Covid-19 colocou em evidência esse fato, como demonstraremos mais adiante.

De outro lado, demonstramos, acima, ainda que em breve pincelada, que a chamada “jurisprudência da crise” ou “legislação de crise” cedeu lugar à tentativa de imposição de uma “nova lógica” estrutural para os direitos sociais, subordinados a uma espécie de *vampirização* fiscal²³.

No âmbito europeu, em especial Portugal, Espanha e Itália, mais recentemente, promoveu-se gradual reconversão das reformas trabalhistas²⁴, buscando melhor equilíbrio e

²¹ Guedes, no dia 04 de abril, já fala em retomada das reformas com diminuição de encargos trabalhistas <https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2020/04/04/retomada-da-economia-sera-por-reformas-e-reducao-de-encargos-trabalhistas-diz-guedes.htm>

²² <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais?...>

²³ Dois trabalhos são essenciais a essa compreensão: (a) STREECK, Wolfgang. Tempo Comprado: a crise adiada do capitalismo democrático. Editora Boitempo. 2018 e (b) PIKETTY, Thomas. Capital e ideologia. Editorial Planeta. 2019.

²⁴ https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/04/internacional/1499157663_705701.html

recuperação da remuneração e garantias. De outro lado, países como Brasil e outros da América Latina, experimentando o rápido aprofundamento dessa nova racionalidade.

Esse quadro, completo, é que deve compor o cenário das racionalidades em disputa, de modo a estabelecer as consequências das escolhas legislativas e interpretativas.

Fiquemos, por ora, com Zagrebelsky, citado no referido artigo.

De Zagrebelsky traz a lição de que “seria importante, nesse contexto de grande complexidade, a tentativa de se buscar, na prática, a proteção dos princípios de forma simultânea, ainda que, em teoria, esteja-se diante de valores em contradição. Daí porque afirma a importância de uma “concordância prática”, a qual se realiza não por meio da “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 [...]”.

Como sabemos, Zagrebelsky se filia à teoria antipositivista²⁵ e de manejo dos princípios, chamada de constitucionalismo principialista, abraçada por parte da doutrina que se contrapõe ao chamado constitucionalismo garantista²⁶.

Partindo de Zagrebelsky, o Ministro Gilmar Mendes propõe que examinemos os **casos concretos**, que certamente serão postos no calor das medidas excepcionais, muitos deles de grande indagação e possível colisão de princípios, a partir do quadro teórico da chamada “jurisprudência do possível”. Nesse sentido, invoca as lições de Häberle para quem “O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para ‘novas’ realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor”.²⁷

Ao final, adverte: “Por óbvio, defender tal posição não significa permitir toda sorte de ações, até mesmo porque, em diversos momentos, o próprio texto constitucional excepciona a aplicação de determinadas normas em situações emergenciais. De fato, o debate deve ser sério e fundamentado em alternativas que contemplem os valores essenciais da Constituição e do Estado Democrático de Direito.”²⁸

Portanto, vamos partir de onde o artigo do Ministro Gilmar Mendes parou!

Em outros escritos, Zagrebelsky postulou, de fato, a construção de uma Democracia crítica ou de possibilidades, como nesta passagem:

²⁵ GUASTINI, Riccardo. *Derecho dúctil, derecho incierto*. In. Anuário de Filosofia del derecho XII (1996), pags 11 a 123. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/14285>

²⁶ Não pretendemos aqui aprofundar esse debate. Para uma compreensão das teorias em contraposição, ver FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de A. K. Trindade. In: _____. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

²⁷ Gilmar Mendes nota 22.

²⁸ Gilmar Mendes, ver nota 22.

“A **possibilidade** combate tanto o dogma quanto a realidade, dado que, para ser possibilidade e não se contradizer, **nunca pode desembocar na aceitação passiva das últimas consequências que a necessidade exige**. Ela postula que em toda situação falte algo, um lado que permaneceu na sombra e pede para ser levado à luz e ao qual é possível ligar-se para ir além. Tudo deixa entrever uma perspectiva de superação do que é dado, do que é visível. E toda superação é apenas temporária, porque está sempre destinada a ser colocada em discussão. No comportamento de quem se inspira na possibilidade, existe, portanto, uma força que atua para ir continuamente além, embora não necessariamente para ir “mais em frente”. [...]

Por isso, a democracia crítica nunca será um regime arrogante, seguro de si, que recusa as autocríticas e olha apenas para a frente, tendo sempre em vista a finalidade e esquecendo suas raízes, será o contrário da “democracia” segundo a verdade ou segundo a força da realidade. A **democracia crítica é um regime inquieto, circunspecto, desconfiada de si mesma**, sempre pronta a reconhecer os próprios erros, a colocar-se em jogo, a recomençar desde o início.”²⁹

Nesse sentido, valendo-nos de nota emitida pelo Centro de Estudos de Conjuntura e Política Econômica - IE/UNICAMP, Nota do Cecon, n. 9, de março de 2020, intitulada “A Coronacrise: natureza, impactos e medidas de enfrentamento no Brasil e no mundo”³⁰, fixamos as seguintes premissas para o encontro das alternativas **dentro** da Constituição:

- (a) A origem epidemiológica da crise faz com que ocorra uma ruptura geral na forma de sociabilidade interpessoal e via mercados. Como apontado por Saez e Zucman (2020), as necessárias medidas de distanciamento social agravam a queda na demanda em diversos setores que também serão impactados no lado da oferta dada a queda na produtividade e à provável falência de empresas. Nesse sentido, a resolução da crise econômica não depende apenas da recuperação das condições de funcionamento normal do mercado financeiro, mas da manutenção da renda das empresas e das famílias em um momento de absoluta paralisação dos fluxos. [...]
- (b) Diversos governos já perceberam que, diante deste cenário, a única saída é a utilização massiva da política fiscal (*Financial Times*, 2020a). Mesmo economistas historicamente identificados com políticas de austeridade e redução do endividamento público, como Gregory Mankiw e Alberto Alesina, já se pronunciaram a favor de uma forte expansão fiscal, sem maiores preocupações com os níveis de déficit e dívida pública neste momento (Joyner, 2020).
- (c) O combate aos efeitos econômicos e sociais da crise exigirá uma das operações fiscais mais ousadas da história recente do capitalismo, já que não se trata apenas de uma medida anticíclica de recuperação dos níveis de investimento/crescimento, mas de uma verdadeira estatização dos fluxos de renda (salário e receita das empresas) por um período de pelo menos alguns meses. Além disso, será preciso ampliar a oferta de crédito através das instituições públicas, já que não existe maneira de obrigar as instituições privadas a aceitar tal risco em um momento de tamanha instabilidade e incerteza.

As premissas econômicas indicam, como reafirmado em inúmeros estudos publicados, a importância do papel do Estado para garantir **(a)** renda para os trabalhadores assalariados, que estarão afetados pela ausência de atividade produtiva; **(b)** renda para a população mais

²⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. A crucificação e a democracia. SP. Editora Saraiva, 2011.

³⁰ https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/nota_cecon_oronacrise_natureza_impactos_e_medidas_de_enfrentamento.pdf

vulnerável, ainda que não tenha vínculo de emprego; **(c)** meios de sobrevivência financeira para as empresas.

A Nota Técnica nº 232 do Dieese – Departamento de Estudos Estatísticos e Socioeconômicos³¹ analisa as diferenças entre a chamada “taxa de reposição” proposta na Medida Provisória nº 936 em comparação com as taxas de reposição instituídas em outros países, demonstrando que, a Medida Provisória, longe de assegurar, por si só, a renda e emprego e a atividade econômica, exigirá, do Congresso Nacional, novas medidas, e de trabalhadores e empregadores, novas abordagens via diálogo social e negociação coletiva.

De outro lado, a Organização Internacional do Trabalho publicou no período duas notas.

Primeiro, em 18 de março de 2020, com estudo preliminar que já apontava a necessidade de “medidas políticas integradas e de larga escala com foco em quatro pilares: apoio às empresas, ao emprego e à renda; estímulo à economia e ao emprego; proteção de trabalhadores no local de trabalho; uso do diálogo social entre governos, trabalhadores e empregadores a fim de encontrar soluções, destaca o estudo.”³²

O estudo foi atualizado em 7 de abril de 2020, reforçando a importância de políticas de estado que contrariem a lógica de “excepcionalidade” financeira e fiscal do estado para justificar o encurtamento de políticas sociais e sanitárias, com o ingresso de políticas de estado que retomem, simbolicamente, o “Espírito da Filadélfia”, onde o diálogo social e o imperativo da negociação coletiva com participação sindical são fundamentais para a proteção, regulação e desenvolvimento econômico e social.

Assim, para que possamos nos movimentar a partir da ideia de que a Constituição, estando aberta aos seus intérpretes deve servir de parâmetro na solução concreta de casos e das alternativas que se apresentam, a presente crise em nada se compara às crises fiscais ou financeiras que justificaram, indevidamente, ir além da constituição.

Ao contrário, o quadro atual remete e reforça a estabilidade de princípios e regras postas no pacto de 88.

Separemos, portanto, as duas situações anteriormente verificadas. Uma, o argumento de urgência e necessidade para a utilização de acordos individuais diante **(a)** dificuldades burocráticas. E, outra, **(b)** utilização da crise para aprofundar a desconstitucionalização das garantias sindicais e dos direitos sociais.

A utilização de acordos individuais é abertamente inconstitucional, como já demonstrado. As justificativas apresentadas são de ordem burocrática ou apenas reforçam a ideia então prevalecente de desprestígio das garantias constitucionais de regulação e proteção sindical, que estavam na racionalidade desconstituente identificadas anteriormente. Nesse sentido, a excepcionalidade justificaria a sua aceitação como nova escolha racional de exceção.

Resta saber se as dificuldades burocráticas justificariam a escolha do poder público para a edição da Medida Provisória nº 936 no que tange às inconstitucionalidades apresentadas (medidas ainda sujeitas ao crivo do legislador, mas produzindo efeitos).

³¹ <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2020/notaTec232ProgramaEmergencialGoverno.html>

³² <https://nacoesunidas.org/oit-covid-19-causa-perdas-devastadoras-de-empregos-e-horas-de-trabalho-no-mundo/>

Nesse sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski encontrou, sopesando o argumento da dificuldade burocrática, um caminho intermediário. Resta saber se esse caminho intermediário atende a realidade sem comprometer o núcleo do direito fundamental.

Duas respostas seriam possíveis.

A primeira, a de que o art. 7º, VI combinado com o art. 8º, III e VI e os demais princípios constitucionais que propulsionam a interpretação mais garantista, não comporta flexibilidade. Trata-se, nesse caso, de aplicação de regra (e não de princípio simplesmente) que não pode ser afastada. Aqui faz-se uma integração da regra de conteúdo e de procedimento. Ou seja, o conteúdo da norma está vinculado ao seu procedimento.

A segunda destaca a possibilidade de encontrar alternativas de procedimento, que mantenham o núcleo, ou o conteúdo material da norma, assegurado.

Nesse segunda linha, caminhou a Nota Técnica elaborada pela Comissão de Direito do Trabalho da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo:

“Como visto acima, a ordem constitucional estabeleceu, claramente, que cabe ao Sindicato a defesa de direitos coletivos e individuais dos trabalhadores, bem como uma prevalência valorativa da negociação coletiva (que melhore as condições de trabalho sobre o acordo individual menos benéfico) em patente contraste com os incisos II e III do art. 7º da MP 936/2020.(II- “pactuação por acordo individual, escrito entre empregador e empregado...III- redução da jornada de trabalho e salário, exclusivamente, nos seguintes percentuais....”)

O correto ou a melhor decisão seria se encontrar uma solução procedimental dentro do quadrante da regra constitucional, de maneira que o sacrifício imposto não fosse além da medida necessária, observando a proibição do excesso. Solução, ao que nos parece, ter encontrado o STF na ADI 6363 retro citada.

Com a decisão liminar do STF na ADI 6363, houve estímulo para as entidades sindicais negociarem, de forma honesta, transparente e de boa-fé e encontrarem uma solução consensuada e adequada a cada setor e ramo de atividade e em percentuais não rígidos como aqueles abstratamente estabelecidos na MP 936/2020 – cujo correto direcionamento a própria MP reconhece ao estabelecer o caminho da negociação coletiva, obrigatória, na hipótese do parágrafo único do art. 12, e, de forma, subsidiária no caput e § 1º do art. 11- , num prazo de urgência, cuja inobservância e concreta recusa, estaria assegurado ao empregador a negociação direta com a Comissão de empregados (art. 617 da CLT) e, a partir daí, de forma extraordinária, na medida que se deve fazer cumprir o direito até o ponto em que sua execução seja proveitosa àqueles cujo direito se pretende proteger, diretamente com cada empregado, independentemente de salário e escolaridade.”³³

Na decisão proferida em sede cautelar pelo Ministro Ricardo Lewandowski, como acentuado na nota acima transcrita, fez-se o exercício, concreto, de, reconhecendo o sacrifício constitucional na interpretação, impor o menor dano ao núcleo do direito fundamental. Ou, dito de outra forma, mas com idêntico resultado, na extensão material e procedimental da norma, atender a finalidade última (**permitir o acesso imediato, pelas pessoas trabalhadoras, do**

³³ Comissão de Direito do Trabalho - OAB SP 7 de abril às 16:00 · Nota Técnica Sobre a MP 936/2020 (Programa Emergencial, Redução de Salário e Jornada de Trabalho e Suspensão Contratual)” in. <https://www.facebook.com/Comiss%C3%A3o-de-Direito-do-Trabalho-OAB-SP-1997799383682350/> assinada pelos Professores e advogados Jorge Pinheiro Castelo, Presidente da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/SP; José Francisco Siqueira Neto, Presidente da Comissão de Direito Sindical da OAB/SP; Guilherme Miguel Gantus Presidente da Comissão de Relacionamento com o TRT-2 da OAB/SP; Antônio Rodrigues de Freitas, Coordenador da área de Direito Internacional da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/SP; Adriana Calvo, Coordenadora da área de Direito Individual da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/SP; Túlio Tayano Afonso, Coordenador da área de Direito Coletivo da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/SP.

benefício estabelecido na medida provisória; a preservação da saúde, com o afastamento do trabalho; a estabilidade provisória que decorre da aceitação do sistema e o acesso da empresa aos programas de financiamento, de um lado, deixando para a negociação coletiva, as demais vantagens que podem ser negociadas e inseridas em instrumento coletivo).

O instrumento coletivo dá segurança jurídica para todas as partes. E, por isso, é o meio seguro de se movimentar, em especial, nos momentos de grave crise. Não se pode pensar, apenas, no período curto da pandemia. As consequências para o mundo real dos serviços e da produção exigirão, de todos, muito diálogo.

Portanto, seja do ponto de vista das correntes filiadas ao garantismo, seja do ponto de vista dos principalistas, o resultado não poderá ser o de ir **além** da própria Constituição, sob pena de se consagrar o que o Professor Cristiano Paixão chamou de “oportunismo desconstituente”³⁴.

Encerro, por ora, com a advertência de Zagrebelsky. **Assim falou Zagrebelsky:**

“Por isso, a democracia da possibilidade e da busca, a democracia crítica, deve mobilizar-se contra quem recusa o diálogo, nega a tolerância, busca somente o poder, crê ter sempre razão. A mansidão — como atitude do espírito aberto ao discurso comum, que não pretende impor-se, mas sim convencer e estar disposto a ser convencido — é com certeza a virtude cardeal da democracia crítica. Mas somente o filho de Deus pode ser manso como o cordeiro mudo. Na política, a mansidão, para não parecer imbecilidade, deve ser uma virtude recíproca. Se assim não for, a certa altura, “antes do fim”, é preciso quebrar o silêncio e agir para não tolerar mais.”³⁵

José Eymard Loguercio. Advogado, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, Especialista em Direitos Humanos do Trabalho e Direito Transnacional do Trabalho pela Universidade Castilla-La Mancha (UCLM), Espanha. Sócio da LBS Advogados e Presidente do Instituto Lavoro.

³⁴ Cristiano Paixão, ver nota 19.

³⁵ Op. Cit. Página 152.