

INTERPRETAÇÃO JURÍDICA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Luiz Carlos Amorim Robortella¹
Antonio Galvão Peres²

“E logo me ocorre uma frase, que vem da Idade Média, passando por Lutero e até Carnelutti, de que o jurista que é só jurista é uma pobre e triste coisa. O jurista que pensa que o Direito é tudo e que responde a tudo, na realidade não tem compreensão plena da sua missão histórica.”

MIGUEL REALE³

“(…) a prática vela à cabeceira de todas as ideologias, ao pé do seu berço e do seu caixão.”

BERTOLD BRECHT⁴

1. A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS ESTÁ PRODUZINDO UMA CATÁSTROFE SANITÁRIA COM REFLEXOS IMENSURÁVEIS NO PLANO DA POLÍTICA, ECONOMIA, DIREITO, RELAÇÕES SOCIAIS E COMPORTAMENTO HUMANO.

O mundo que conhecemos subitamente desapareceu.

Os impactos severos sobre nosso modo de vida e nossas instituições são de caráter global e atingirão a todos, independentemente do tipo de isolamento; horizontal - preferido pela esmagadora maioria dos países, com adaptações locais – ou vertical, dirigido apenas aos grupos de risco (idosos, cardiopatas, hipertensos, diabéticos etc).

A economia mundial se verá profundamente afetada pela implantação de novos modos de trabalhar e produzir, bem como pela inevitável redução dos padrões de consumo diante do empobrecimento geral e da falta de mobilidade gerada pelas barreiras sanitárias.

No Brasil, a estratégia escolhida foi o isolamento horizontal, com forte oposição do Presidente da República, prejudicando as ações do Ministério da Saúde, do Ministério da Economia, dos governos estaduais e municipais. Seu comportamento criou uma crise política e sanitária que exigirá enorme esforço das instituições, em especial do Poder Judiciário, nos próximos meses e até anos.

2. A LEI 13.979/20 AUTORIZA, EM SEU ARTIGO 3º, MEDIDAS PARA CONTER A PANDEMIA COMO ISOLAMENTO, QUARENTENA E DETERMINAÇÃO COMPULSÓRIA DE EXAMES. EM 12.03.2020 FOI PUBLICADA A PORTARIA N. 356/20 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, REGULAMENTANDO ESSES MECANISMOS

¹ Doutor em Direito do Trabalho (USP) – Professor do Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie (1974-1995) - Professor Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da FAAP (2000-2008) - Diretor de Relações Internacionais da Academia Brasileira de Direito do Trabalho - Titular da cadeira n. 29 da Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Membro do Conselho Superior de Relações de Trabalho da FIESP.

² Doutor e Mestre em Direito do Trabalho (USP) - Professor Adjunto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado (2006 a 2014) – Presidente da Comissão de Direito do Trabalho do Instituto dos Advogados de São Paulo (2010 a 2012) - Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo - Membro do Conselho Superior de Relações de Trabalho da FIESP.

³ REALE, Miguel. Direito natural e direito positivo. S. Paulo: Saraiva, 1984. p. 78.

⁴ *Apud* EDELMAN, Bernard. O Direito Captado pela Fotografia. Coimbra: Centelha, 1976. p. 154.

Estados e municípios têm determinado quarentenas com fechamento de lojas, parques, praias e até rodovias, para defesa de seus cidadãos, sem coordenação com o Governo Federal, gerando conflitos que desembocam no Judiciário.

Em 20.03.2020, o Decreto Presidencial n. 10.282/20 definiu os serviços públicos e atividades essenciais. Na mesma data, o Congresso decretou estado de calamidade pública (Decreto Legislativo 6/20).

A Medida Provisória 927/20 deu tratamento especial a diversos aspectos das relações de trabalho, facilitando ajustes entre empresas e empregados, reduzindo formalidades e ampliando a autonomia da vontade.

O ponto mais polêmico da MP 927 está em seu artigo 2º, que faculta a mais ampla negociação individual entre empregado e empregador, sem delimitação de matérias.

Já foi revogado pela MP 928 o artigo 18, que admitia a suspensão do contrato de trabalho para qualificação profissional sem a garantia de renda, análoga à prevista há cerca de duas décadas na CLT (artigo 476-A), inspirada no *lay off* norte-americano.

A MP 927 tratou com timidez o papel do Estado. O Governo Federal receava criar programas mais ousados, na linha do que fizeram países desenvolvidos, e incidir em crimes de responsabilidade fiscal. Esse receio foi afastado pela liminar concedida pelo Ministro ALEXANDRE DE MORAES na ADI 6357 MC/DF, que liberou o uso de recursos financeiros para lidar com a calamidade pública sem o risco de violação de normas orçamentárias.

Nesse novo contexto surgiu a MP 936, maior pacote de proteção ao emprego já visto no país, com a potencial distribuição de mais de 51 bilhões de reais em renda diretamente aos trabalhadores, condicionada à manutenção dos empregos.

A MP 936 também admite o acordo individual como regra, exigindo a negociação coletiva apenas nas hipóteses de maior impacto na renda, conforme o engenhoso mecanismo previsto em seu artigo 12.

Na prática, se admite a negociação individual nos casos de suspensão contratual ou redução salarial na baixa renda (igual ou inferior a três salários mínimos), mas o Governo Federal compensará total ou parcialmente a perda através de um benefício emergencial (mais de 80% dos empregados nela se encontram). Por outro lado, ressalvada a hipótese do artigo 444, § 2º, da CLT, para salário superior a três vezes o mínimo se exigirá negociação coletiva, pois a repercussão do benefício emergencial será proporcionalmente menos relevante. Também se admite acordo individual para redução de até 25% da jornada e salário em qualquer faixa.

Como se vê, a calamidade está gerando medidas excepcionais, com intensa participação estatal e superposição de normas de direito privado e direito público, a exigir cuidadosa aplicação e interpretação.

No mercado de trabalho, a calamidade pública escancara muitos dilemas:

- a) conciliação entre isolamento (para evitar a rápida proliferação da doença e colapso do sistema de saúde) e manutenção de serviços públicos e essenciais;
- b) distribuição dos custos do isolamento; se transferidos apenas ao empregador, as consequências serão quebra de empresas e demissões em massa;
- c) entraves burocráticos para a negociação coletiva, formalidades e prazos para convocação de assembleias, além da presença física prevista na maioria dos estatutos (tema enfrentado pela MP 936);
- d) falta de liberdade sindical, que leva à baixa representatividade dos sindicatos, com índices pequenos de filiação;

- e) oportunismo de certos sindicatos, que têm aproveitado a tormenta para exigir discutíveis contribuições⁵;
- f) o trabalhador é potencial doente, consumidor e muitas vezes até investidor, tendo interesse na preservação do emprego, da cadeia produtiva a longo prazo e, neste momento, dos serviços essenciais.

As políticas públicas, dentre as quais a disciplina do mercado de trabalho em face da calamidade, devem ter como prioridade a preservação da saúde – e, portanto, da vida – sem descuidar dos empregos e da produção.

Neste momento, a lógica interpretativa do ordenamento jurídico não é e não pode ser a usual. Em tempos excepcionais, a interpretação é de exceção.

Todavia, respeitáveis juristas, inclusive membros do Supremo Tribunal Federal, mediante interpretação literal de incisos do artigo 7º. da Carta de 1988, têm sustentado a inconstitucionalidade de normas como o artigo 503 da CLT, que permite a redução geral de salários por motivo de força maior, mesmo sem negociação individual, assim como dos artigos 11 e 12 da MP 936, que a exigem.

Os argumentos centrais são a inafastabilidade da negociação coletiva e a indisponibilidade de certos direitos⁶.

Parece-nos que não têm razão.

Para começar, a negociação exige concretamente um conflito coletivo de trabalho que, na realidade, não existe, como bem apontado por OTAVIO CALVET e ANTONIO CARLOS AGUIAR em recente estudo⁷. Há uma nítida convergência de interesses para preservação da saúde, empresas e empregos. Conforme dados apurados pelo SEBRAE e divulgados na imprensa em 09.04.2020, naquele momento mais de 600 mil empresas já haviam fechado as portas, 30% dos empresários precisaram de empréstimos para manter seus negócios e mais da metade (59,2%) tiveram pedidos negados⁸.

Na prática, a resistência às medidas para conter a doença e ao mesmo tempo conformar o mercado acaba por desestimular o necessário isolamento. Afinal, muitos – empresas e trabalhadores – não suportarão a ausência de receitas por mais tempo. Há o risco de brasileiros ficarem sem saúde e sem ocupação.

O mercado é heterogêneo. Ao lado das grandes empresas estão as que mais empregam: as médias, pequenas e microempresas, com pequeno capital de giro⁹ e invisíveis aos sindicatos (raramente celebram acordos coletivos, dependendo da lei e de convenções

⁵ A título de ilustração, a seguinte reportagem na Folha de S. Paulo (14.04.2020): “Empresas afirmam que sindicatos cobram até R\$ 500 para fechar acordo trabalhista” (<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/04/empresas-afirmam-que-sindicatos-cobram-ate-r-500-para-fechar-acordo-trabalhista.shtml?origin=folha>).

⁶ Nesse sentido, por exemplo, o parecer divulgado em 23.03.2020 pelo Conselho Federal da OAB.

⁷ “No caso que ora enfrentamos, não se observa a existência de um conflito coletivo, simplesmente porque não há divergência entre os interesses de cada uma das categorias, mas convergência na necessidade de alternativas para manutenção de ambos os envolvidos, a empresa na sua atividade e o empregado na sua dignidade (sobrevivência digna). Trata-se de mera conformação de interesses convergentes, por força (maior) de fato totalmente estranho à vontade das partes. Não há, nesse caso, barganha, mas medidas de exceção para estabilização do país. E a opção de resolução é estatal, no seu legítimo papel, para fins de enfrentamento comum da sociedade como um todo, e não apropriada para determinados contratos individuais.” (AGUIAR, Antonio Carlos; CALVET, Otavio Amaral. "Negociação" individual para redução de salário e jornada de trabalho. Consultor Jurídico. 08.04.2020. (<https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/aguiar-calvet-negociacao-individual-reducao-salario-jornada>).

⁸ O Antagonista. Economia. 09.04.2020, 21:31.

⁹ Trata-se de fato público e notório, mas é sempre bem-vinda a lição de JOSÉ PASTORE:

“Imaginem uma empresa que precisa faturar hoje para pagar as contas amanhã. Fechada, sem vendas e sem faturamento, ela só pagará suas contas se o empresário tiver uma boa poupança. Esse é o caso das grandes corporações, mas não é o que ocorre com 82% das empresas brasileiras — pequenas e médias — que respondem por uma enormidade de empregos. Pesquisas recentes do Sebrae indicam que essas empresas aguentam, no máximo, 12 dias.” (PASTORE, José. O vírus não espera decisões complicadas. O Globo. 14.04.2020)

coletivas¹⁰). Ao lado dos empregados e funcionários públicos, temos informais, trabalhadores autônomos, microempreendedores individuais e microempresários à margem de qualquer proteção.

Por outro lado, a redução salarial por negociação individual prevista na MP 936 não é um negócio jurídico bilateral puro, eis que tem a participação do Estado ao complementar a parcela salarial perdida mediante benefício emergencial calculado sobre o seguro-desemprego, mitigando, na imensa maioria dos casos, o impacto sobre a renda do trabalhador.

Outro aspecto a realçar é que, havendo proporcionalidade entre jornada reduzida e remuneração, nestas hipóteses há até aumento do salário/hora por causa do benefício estatal.

Como se vê, a natureza público-privada desse arranjo impõe a mais abrangente e refinada técnica de interpretação jurídica para prevalência do interesse público sobre o individual.

3. A CONSTITUIÇÃO, COMO NORMA-FONTE, TEM DIMENSÃO POLÍTICO-JURÍDICA TRANSCENDENTAL. SUA INTERPRETAÇÃO REGE-SE POR NORMAS ESPECIAIS DE HERMENÊUTICA, QUE ILUMINAM E INSPIRAM O ORDENAMENTO

O estado de calamidade pública pede interpretação especial do capítulo dos direitos sociais. Deve-se promover harmônica articulação com outros princípios e normas constitucionais, principalmente aqueles voltados aos direitos e deveres individuais e coletivos que, como se sabe, são cláusulas pétreas da Constituição (artigo 60, § 4º, IV).

Destaca-se da fundamentação da ADI 6357:

“IV – DA PRIMAZIA DO DIREITO À SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 foi construída sobre alguns pilares essenciais, descritos em seu artigo 60, § 4º, as denominadas cláusulas pétreas, dentre as quais destaca-se a proteção aos direitos e garantias individuais. Apesar da amplitude do alcance da referida cláusula pétrea, considerando especialmente o extenso rol de direitos fundamentais previstos na Carta Magna, é possível depreender do próprio texto constitucional a primazia do direito à saúde.

Tal primazia decorre da escolha do constituinte em expressamente privilegiar a concretização do direito à saúde, quando em conflito com outros princípios constitucionais também considerados como cláusula pétrea.

Essa primazia é traduzida, exemplificativamente, na proeminência do direito à saúde e em relação à autonomia dos entes federados, nas situações descritas nos artigos 34, inciso VII, alínea “e”; e 35, inciso III, da Lei Maior.

Percebe-se que, dentre todos os direitos individuais e sociais reconhecidos na Constituição Federal, o direito à saúde recebeu proteção privilegiada, distinção essa que deriva não apenas da leitura dos dispositivos sobre intervenção, como também daqueles que veiculam garantias de financiamento da saúde e educação. Ainda com o intuito de viabilizar uma preferência

¹⁰ Em evento transmitido pelo youtube em 08.04.2020, HELIO ZYLBERSTAJN destaca que em 2017, ano com maior número de normas coletivas no Brasil, foram celebrados 47.000 instrumentos coletivos, sendo 42.000 acordos coletivos. O número é ínfimo, quando comparado aos cerca de 19 milhões de empreendimentos existentes no país (<https://youtu.be/B-ON3EPcHwA>).

de investimento, a Constituição Federal estabeleceu patamares mínimos de aplicação de recursos na área de saúde.

É dentro desse quadro federativo de primazia da proteção dos direitos fundamentais, especialmente no que se refere à saúde, que deve ser delimitada a possibilidade de incidência das regras fiscais já enumeradas e que, na atual situação de calamidade pública, resultaria em ofensa frontal ao direito à saúde. Nessa linha, o que se observa é que a estrutura traçada na Constituição Federal aponta para a possibilidade de flexibilização das regras fiscais quando em confronto com a ameaça tão grave à proteção e concretização do direito à saúde.”

A mesma lógica se aplica aos direitos individuais dos trabalhadores quando contrapostos às medidas de prevenção à saúde e preservação dos empregos.

A interpretação demasiadamente restritiva do artigo 7º da CF implicaria, por certo, a violação de outros preceitos constitucionais, de igual ou superior relevância, como a inviolabilidade do direito à vida prevista no artigo 5º, *caput*.

Cabe citar também o artigo 196 da Constituição, ao dispor que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Na análise do conjunto sistemático da Constituição deve-se adotar a hermenêutica dos princípios que inspira a jurisprudência dos valores da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Conforme o Procurador do Trabalho FRANCISCO GERSON MARQUES DE LIMA¹¹, “ao aplicar a norma, nova atividade axiológica é feita pelo hermenêuta, pois o momento histórico, as circunstâncias sócio-político-econômicas podem ter-se modificado. Então, os valores da sociedade, por terem sofrido alteração, reclamam interpretação adequada ao novo ambiente. Assim, um bem ou valor anteriormente tido como valioso pode já não possuir a mesma importância. Então, a sua aquilatação será diferente de outrora, diante dos demais valores. Pode ser até que a sociedade tenha desprezado completamente um valor considerado na norma, a qual perdera sua eficácia depois de elaborada”.

O direito persegue incessantemente renovação e adequação fenomenológica, a partir da experiência jurídica, em síntese que tem como núcleo a lógica do razoável. Para CELSO LAFER¹², aludindo a ROSCOE POUND, é um processo de “engenharia social”, marcado pela constante adaptação do direito à realidade mediante uma técnica de interpretação não apenas declaratória, mas constitutiva, produtiva e atualizadora. Conforme o autor, Segundo o mesmo autor, “a lógica do razoável levou o saber jurídico: a apreciar a adequação dos meios teóricos aos fins práticos a que se destinavam; a aferir a utilidade das teorias às circunstâncias em que operam; a traçar um limite ao que era desarrazoado sublinhando, de um lado, o absurdo a que levam certas posições se tomadas radicalmente, e equilibrando, de outro, pelo entrechoque de opiniões o impacto das distintas posições dos jusfilósofos”.

Para o Professor MIGUEL REALE, “todo modelo social, e o jurídico em particular, é uma estrutura dinâmica e não estática: é-lhe inerente o movimento, a direção no sentido de um ou mais fins a serem solidariamente alcançados, o que demonstra ser incompreensível a experiência jurídica sem se levar em conta a sua natureza dialética”¹³.

¹¹ LIMA, Francisco Gerson Marques de. Interpretação axiológica da Constituição sob o signo da Justiça. In: SOARES, José Ronald Cavalcante (org). Estudos de Direito Constitucional – Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: LTr, 2001, p. 56-58.

¹² LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 57-75.

¹³ REALE, Miguel. Direito Natural/Direito Positivo. S. Paulo: Saraiva, 1984, p.45.

A natureza dialética de qualquer estrutura normativa pressupõe a compreensão da totalidade do sistema, mediante o diálogo entre os vários princípios e sua articulação axiológica, teleológica e fenomenológica.

Para REALE, a norma objeto da interpretação não pode ser separada dos fatos e valores que a constituem, pois surge como integração desses elementos, daí advindo a estrutura tridimensional do direito.

O ato de interpretação deve ocorrer numa estrutura que é sincrônica ou homóloga à do ato normativo; “entre um e outro não pode haver solução de continuidade; quando este se dá a vida jurídica entra em crise pela verificação da insuficiência dos modelos normativos”. Por isto, dentre as regras de interpretação inclui o mestre as seguintes:

- "c) Toda interpretação jurídica dá-se necessariamente num contexto, isto é, em função da estrutura global do ordenamento (Natureza integrada do ato normativo);
- d) Nenhuma interpretação jurídica pode extrapolar a estrutura objetiva resultante da significação unitária e congruente dos modelos jurídicos positivos (Limites objetivos do processo hermenêutico)”.

A hermenêutica jurídica, “além de esclarecer o conteúdo das regras positivas, assegure-lhes contínua atualização e operabilidade”¹⁴.

Essa metodologia leva a uma dialética de complementaridade, que permite a combinação e harmonização de preceitos apenas aparentemente contraditórios, inclusive dentro do mesmo texto normativo, para descobrir-lhes a verdadeira dimensão e sentido.

O Ministro GILMAR MENDES, pouco antes do julgamento da medida cautelar na ADI 6363, publicou interessante artigo acerca da *jurisprudência da crise*, termo cunhado no direito comparado diante das “tensões entre o constitucionalismo e a necessária proteção de Direitos Sociais em regimes de excepcionalidade financeira”.

Após apresentar alguns dos dilemas atuais, pondera 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”. Adverte ser “fundamental prezar pela compatibilização de aparentes contradições e abertura à busca por alternativas a uma leitura fria e seca da lei, distante de uma realidade que, muitas vezes, não poderia sequer ser imaginada pelo legislador ou pelo constituinte”¹⁵.

ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO¹⁶ examina a *jurisprudência de crise* do Tribunal Constitucional português e conclui:

“A parametricidade da Constituição em tempos de crise leva a que se possa concluir que a inconstitucionalidade, na interpretação do TC, não dependa apenas do “texto”, mas, também, do “contexto”. Numa outra perspectiva, o que seria incompatível com a Constituição em tempos de normalidade constitucional, já o não será em tempos de memorandos e programas de assistência. Este desiderato decorre, sem dificuldade, da jurisprudência constitucional, apesar de a doutrina manter que se continua dentro de um quadro “normativo pleno”.”

¹⁴ REALE, op.cit., p.48-49.

¹⁵ MENDES, Gilmar. *Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais*. Consultor Jurídico. 11.04.2020 (<https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>).

¹⁶ PINHEIRO, Alexandre Sousa. *A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013)*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564. p. 186.

Tais ajustes parecem fundamentais para manter *vívida* a norma constitucional, com adequações à realidade indispensáveis para algo que se pretende perene.

4. A CONCILIAÇÃO DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS SE PODE COMPLETAR COM A APLICAÇÃO DO *PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA*

Quando determinadas normas em cotejo *não são “in abstracto” antinômicas*, mas apenas em face do caso concreto, a atenção do intérprete, se orientada apenas a uma delas, pode implicar violação das demais.

Nas palavras de FRIEDRICH MÜLLER¹⁷, o princípio “*não formula apenas no caso da existência de contradições normativas, mas também nos casos de concorrências e colisões e.g. de várias normas de direitos fundamentais no sentido de uma sobreposição parcial dos seus âmbitos de vigência, a tarefa de traçar aos dois ou a todos os “bens jurídicos” (de direitos fundamentais) envolvidos as linhas de fronteira de modo tão ‘proporcional’ que eles co-fundamentem também no resultado a decisão sobre o caso*”.

Há casos em que a contradição não está no conjunto normativo da Constituição, mas se revela apenas perante um caso concreto, no qual mais de um bem constitucionalmente protegido deve ser ponderado, reclamando a aplicação do ‘princípio da concordância prática’¹⁸.

O intérprete, em tal hipótese, deve coordenar e combinar os bens jurídicos ‘em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros’. Tratando-se de antagonismo que envolva preceito que assegure direito fundamental, deverá este, se necessário ao deslinde do embate, prevalecer sobre os demais bens jurídicos envolvidos (*princípio da máxima efetividade*)¹⁹.

O argumento, com amparo na lição de GUSTAVO ZAGREBELSKY, foi utilizado pelo Ministro GILMAR MENDES²⁰ no artigo acima citado e também em seu voto no julgamento da medida cautelar pedida na ADI 6363.

Nas relações de trabalho o *princípio da concordância prática* tem corriqueira aplicação:

- a) admite-se o trabalho do artista mirim para exercício da liberdade de expressão artística, a despeito da regra do artigo 7º, XXXIII, da CF;

17 MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 86.

18 PERES, Antonio Galvão. Interpretação das normas constitucionais: aspectos trabalhistas, Juris Síntese Millennium (CD-ROM). N. 37. Porto Alegre: Síntese, set./out. 2002.

19 Veja-se a lição de CANOTILHO¹⁹:

“Este princípio não deve divorciar-se de outros princípios de interpretação já referidos (princípio da unidade, princípio do efeito integrador. Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a idéia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1188).

20 Destaca-se do estudo a seguinte passagem:

“Para o professor Zagrebelsky, 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”. (MENDES, *op. cit.*)

- b) admitem-se, ao menos em certos casos, a revista de empregados e a fiscalização de equipamentos de informática, conciliando o artigo 5º, X e XII, da CF;
- c) em respeito à liberdade de associação, mesmo antes do fim do imposto sindical STF e TST entendiam inexigíveis aos não-associados as contribuições assistenciais, ainda que previstas nas normas coletivas.

Nestes tempos de pandemia a mesma técnica deve ser aplicada, conciliando o direito à saúde de todos com os direitos individuais do trabalhador.

As regras de exceção das MPs 927 e 936 foram concebidas para situação de crise, em razão de *força maior*. São uma resposta à necessidade de isolamento de muitos trabalhadores, combinada com a paralisação de diversas atividades empresariais.

Nesse contexto, não parece adequado reservar exclusivamente à negociação coletiva a redução de salários e outros ajustes em caráter de emergência para enfrentar a grave e inevitável crise econômica.

É claro que a negociação coletiva deve ser priorizada, como recentemente sustentamos em outro artigo²¹. Não é realista, entretanto, considerá-la a única solução para a sobrevivência das empresas e dos empregos.

Se a atividade é paralisada para proteção da saúde pública, está caracterizado, de forma inquestionável, o motivo de força maior que autorizaria até mesmo a redução geral, por decisão unilateral do empregador, nos termos do artigo 503 da CLT, mas a MP 936 disciplinou as hipóteses de redução com racionalidade, exigindo no mínimo o acordo individual.

Quando se está diante da força maior, sua natureza jurídica e gravidade não permitem confusão com a mera conjuntura econômica desfavorável, que enseja a redução salarial, prevista na Lei 4923/65. Assim também o constituinte, ao exigir participação sindical na redução salarial, tinha os olhos postos nas crises econômicas ou financeiras cíclicas que podem acometer o empregador, a exigir o compartilhamento da solução com as entidades profissionais.

O artigo 503 da CLT tem outra finalidade. Está desde a redação original de 1943 da CLT e jamais teve declarada sua inconstitucionalidade, gozando da presunção de conformidade com a Carta de 1988. Ora, o legislador tinha exata e sensatamente como objetivo aliviar consequências de catástrofes e proteger os empregos.

A doutrina majoritária²², que o declara ineficaz diante do princípio da irredutibilidade salarial salvo negociação coletiva, subitamente se dá conta de sua extraordinária importância neste momento crítico.

Assim, embora a MP 936 afaste toda e qualquer hipótese de redução unilateral, a nosso ver é admissível com base no mais que nunca atual artigo 503 da proteção - e por isso mesmo criticada - CLT. Se o empregado recusar a redução, o empregador pode impô-la para propiciar a manutenção do emprego.

Estamos convencidos de que a norma jurídica deve ser válida, justa e eficaz.

Uma exigência de difícil ou até impossível aplicação nesta conjuntura, como a negociação coletiva para suspensão contratual ou redução de jornada e salário, é o caminho para a revogação social dessa norma pelo desuso ou desrespeito sistemático.

Regras gerais e permanentes são necessárias e nesse sentido a noção de direito é estática. Mas as realidades da vida têm um dinamismo próprio e, assim, o processo de

²¹ PERES, Antonio Galvão; ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Coronavírus e relações de trabalho. Correio Braziliense, 17.03.2020.

²² Em obra clássica, ARNALDO LOPES SUSSEKIND conclui que “a redução do salário, ainda que em circunstância excepcionais e transitórias, só poderá ser autorizada pelos mencionados instrumentos decorrentes da negociação coletiva”. (SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. Direito constitucional do trabalho. Rio: Renovar, 2001. p. 171).

formação do direito é um processo de constante luta consigo mesmo, conforme o pensamento inexecedível de VON IHERING²³.

A eficácia da norma jurídica, no dizer de MARIA HELENA DINIZ²⁴, é a qualidade de produzir concretamente seus efeitos jurídicos, não só em suas relações internormativas, como também relativamente à realidade social, aos valores positivos e ao seu elaborador e destinatários.

5. O TEMA PODE SER TAMBÉM ENFRENTADO À LUZ DA INTEGRAÇÃO DO DIREITO, PELA SOLUÇÃO DAS LACUNAS OCULTAS DA NORMA

Este argumento, é claro, sucede logicamente os anteriores. Só se justifica quando impossível a solução pela *interpretação* das normas existentes, reclamando uma *inovação* pelo operador do direito. Dessa forma, afastado o *princípio de concordância prática* das normas constitucionais, impõe-se o preenchimento das *lacunas* do artigo 7º no tratamento do caso específico²⁵.

KARL ENGISH ensina que o intérprete não pode presumir pura e simplesmente uma necessária regulamentação; tem, antes de tudo, que *sentir a sua falta*, para apontar a não-existência como lacuna. O legislador, ao conceber a lei, traçaria um *plano*. Nesse plano deve o operador do direito inferir se a ausência de norma específica foi deliberada ou constitui uma deficiência²⁶. Alerta que “o momento da *incongruência com um plano* ganha particular relevância como elemento do conceito de lacuna quando se trata da *ausência de disposições excepcionais*”, pois, nesse caso, em uma consideração meramente formal, não haveria lacuna²⁷.

A Constituição Federal não contém nos artigos 7º e 8º exceções para o estado de calamidade pública, mas se afiguram necessárias para enfrentamento da crise.

Em nome da viabilidade do modelo de isolamento (*lockdown* horizontal) para preservação da saúde de todos, além de regras para reequilíbrio das relações de trabalho, outras podem ser desenvolvidas:

- a) facilitação da negociação coletiva com supressão temporária de seus requisitos formais, como forma e prazos de convocação de assembleias, admitindo-se inclusive consulta aos trabalhadores por meios telemáticos²⁸;

²³ IHERING, Rudolf Von. A luta pelo direito. Rio: Organização Simões, 1953, p. 33-34.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 34.

²⁵ Veja-se o que diz KARL LARENZ²⁵:

“(…) existem casos para os quais a lei contém, por certo, uma regra aplicável segundo cada possível sentido literal e aos quais, contudo, esta regra não se ajusta segundo o seu sentido e escopo. A regra legal carece aqui de uma restrição não contida na lei e não compatível com o sentido literal possível, cuja ausência pode igualmente considerar-se uma “lacuna”. “Lacuna” e “silêncio da lei” não são, portanto, pura e simplesmente o mesmo”.

Mais adiante, esclarece o conceito de lacuna oculta:

“Falamos de uma lacuna “oculta” quando a lei contém precisamente uma regra aplicável a casos desta espécie, mas que, segundo o seu sentido e fim, não se ajusta a este determinado grupo de casos, porque não atende à sua especificidade, relevante para a valoração. A lacuna consiste aqui na ausência de uma restrição. Por isso, a lacuna está “oculta”, porque, ao menos à primeira vista, não falta aqui uma regra aplicável.

(…)

É necessário (...) insistir em que existem lacunas de regulação tanto “patentes” como “ocultas”, conforme ou não possam em absoluto inferir-se regra alguma da regulação legal para um grupo de casos que carecem de uma regulação segundo a intenção reguladora que lhe serve de base ou tenha sido realmente dada uma regra, mas não está declarada na lei uma restrição, exigida pelo seu sentido e pelo seu fim, para este grupo de casos” (LARENZ, Karl. Metodologia e ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 525-537).

²⁶ ENGISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 281.

²⁷ Op. cit., p. 283.

²⁸ A MP 936 finalmente enfrentou essa questão no artigo 17, II. O Ministério Público do Trabalho, atento às dificuldades, já defendia em sua nota técnica n. 6/2020 “POSSIBILITAR A FLEXIBILIZAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS PARA A

- b) valorização da autonomia da vontade, admitindo-se a negociação individual de direitos com o objetivo de preservação dos empregos;
- c) criação por negociação coletiva de regimes especiais de trabalho superando os limites de duração da CF e CLT, especialmente nas atividades essenciais, como mecanismo para reduzir o risco de contágio e número de trabalhadores expostos;
- d) faculdade do empregador, no exercício do poder diretivo, de criar barreiras sanitárias, de exigir exames médicos e afastar empregados em caso de suspeita de contágio.

Trata-se aqui da aplicação do princípio da proporcionalidade. Como ensina WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito “determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, a qual deve ser juridicamente a melhor possível”. Isso também significa que, “mesmo havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem, interesses públicos ou institucionais, superam aquelas desvantagens”²⁹.

A doutrina também tem se debruçado acerca da possibilidade de renúncia a direitos fundamentais como algo inerente à titularidade desses mesmos direitos, reduzindo o paternalismo estatal.

Ensina JORGE REIS NOVAIS³⁰ que, “nos casos de renúncia não expressamente previstos no texto constitucional – e que constituem a quase totalidade das situações concebíveis – tudo dependerá de saber se os interesses e razões constitucionalmente relevantes que jogam a favor do não enfraquecimento da posição jurídica tutelada pela norma de direito fundamental são mais fortes que as razões, também constitucionalmente relevantes, que derivam da conjugação do interesse que o particular tem na renúncia com o interesse público que deverá necessariamente preexistir a qualquer restrição de direitos fundamentais”.

É nessa perspectiva que os artigos 2º da MP 927, 11 e 12 da MP 936 admitem interpretação conforme a Constituição Federal, não podendo ser declarada sua inconstitucionalidade de plano, a pretexto de violação a direitos fundamentais do trabalhador. Mais do que proteger a economia, essas medidas viabilizam o isolamento social, indispensável para evitar o colapso do sistema de saúde. Sem elas a pressão econômica para o fim do isolamento seria insustentável.

Veja-se, a propósito, a conclusão do Min. MARCO AURÉLIO DE MELLO ao rejeitar o pedido liminar na ADIN 6343:

“O artigo 2º da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020 – e todos os demais preceitos que se diz conflitantes com a Constituição estão nela previstos – contém alusão ao estado de calamidade pública decorrente do novo coronavírus e versa que empregado e empregador poderão, buscando a manutenção do vínculo empregatício, estabelecer parâmetros. O preceito sobrepõe o acordo individual a possíveis instrumentos normativos e remete aos limites revelados na Constituição Federal. A liberdade do prestador dos serviços,

NEGOCIAÇÃO COLETIVA, como obrigatoriedade de assembleia presencial, diante de medidas de isolamento social e quarentena determinadas pelos órgãos públicos, podendo-se adotar meios telemáticos, céleres e eficazes para consulta aos trabalhadores e interessados” (NOTA TÉCNICA CONJUNTA Nº 06/2020 – PGT/CONALIS). O Ministério da Economia também já havia antes da MP 936 flexibilizado as exigências para registro, prescindindo da comprovação de assembleias.

²⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas em torno ao princípio da proporcionalidade. In: MIRANDA, Jorge (org.). Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 259

³⁰ NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.). Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 320.

especialmente em época de crise, quando a fonte do próprio sustento sofre risco, há de ser preservada, desde que não implique, como consta na cláusula final do artigo, a colocação em segundo plano de garantia constitucional. É certo que o inciso XXVI do artigo 7º da Constituição Federal, pedagogicamente, versa o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, quando então se tem, relativamente a convenções, ajuste formalizado por sindicato profissional e econômico e, no tocante a acordo coletivo, participação de sindicato profissional e empresa. O preceito não coloca em segundo plano a vontade do trabalhador. Sugere, isso sim, que o instrumento coletivo há de respeitar, há de ser formalizado em sentido harmônico com os respectivos interesses. Descabe, no que ficou prevista a preponderância do acordo individual escrito, voltado à preservação do liame empregatício – repita-se – ante instrumentos normativos legais e negociais, assentar, no campo da generalidade, a pecha de inconstitucionalidade.”

Por fim, vale lembrar as normas *materialmente constitucionais* que estão no artigo 5º da LINDB e 8º da CLT, no sentido de que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” e de que o preenchimento de lacunas deve ser feito com a atenção para que “nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

Com todo o respeito à opinião daqueles que apenas enxergam a *letra* do texto constitucional, sua interpretação exige lentes especiais, especialmente à luz da calamidade.

Diversas normas de proteção individual devem ser interpretadas de forma a resguardar o bem de todos, viabilizando o *lockdown* horizontal com a máxima redução dos potenciais prejuízos.

6. NO JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR NA ADI 6363, POR 7 VOTOS A 3, PREVALECEU A INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL À CONSTITUCIONALIDADE (OU APARENTE CONSTITUCIONALIDADE, POIS SE TRATA DE MERA CAUTELAR) DOS ARTIGOS 11 E 12 DA MP 936, DEMONSTRANDO A PREOCUPAÇÃO DA CORTE SUPREMA COM A EXCEPCIONALIDADE DO MOMENTO E RACIONALIDADE NOS MECANISMOS DE ENFRENTAMENTO

Não por acaso, afastada a insegurança jurídica após o julgamento do Pleno, o número de acordos para suspensão dos contratos ou redução do salário com redução proporcional da jornada cresceu em ritmo bastante acelerado. Tais acordos têm como contrapartida a garantia de emprego³¹, atendendo, portanto, aos interesses de patrões, empregados e de toda a comunidade.

O tempo deve confirmar o acerto do STF, mas, neste momento, vale a máxima de JACKSON que se estende a praticamente todas as Cortes Supremas: “não pronunciamos a última palavra porque somos infalíveis, mas somos infalíveis porque dizemos a última palavra”³².

³¹ Em 23.04.2020, data de conclusão deste artigo, o número já ultrapassava 3,6 milhões de empregos preservados.

³² *Apud*, VERDÚ, Pablo Lucas. *El Sentimiento Constitucional*. Madrid: Reus, 1985. p. 105.