



REFLEXÕES SOBRE O JULGAMENTO DA ADI 6363 OU SOBRE COMO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AFASTOU A APLICAÇÃO DE REGRAS CONSTITUCIONAIS SEM RASGAR A CONSTITUIÇÃO

Renato do Espírito Santo Rodrigues¹

Resumo

A partir de um estudo de caso, o presente artigo pretende se debruçar sobre a questão da constitucionalidade de uma norma legal com a introdução, por parte do Tribunal com competência constitucional, de uma cláusula de exceção a um direito fundamental expresso sob o formato de regra. Tomando por base uma análise do contexto social e econômico vigente (epidemia do Covid-19), bem como a fundamentação apresentada durante o julgamento, demonstrou-se a inaplicabilidade da norma de direito fundamental ao caso, bem como a necessidade imperiosa de realização de uma nova ponderação de princípios constitucionais.

Palavras-chave: coronavírus; norma de direito fundamental; regras; princípios; argumentação jurídica.

REFLECTIONS ON THE TRIAL OF ADI 6363 OR HOW THE BRAZILIAN SUPREME COURT OVERRULED FUNDAMENTAL RIGHTS WITHOUT TEARING THE CONSTITUTION

Abstract

Starting with a case study, the present article intends to look into the constitutionality of a legal norm by the introduction, by a Court with constitutional jurisdiction, of an exception clause to a fundamental right under the formula of a rule. Analysing the social and economic context of the trial (Covid-19 epidemic) and the judicial justification then presented as well, this article argues the non-aplicability of the fundamental right to the actual case at hand and the necessity of taking into effect a new balance of constitutional principles.

Key-words: coronavirus; fundamental right; rules; principles; legal reasoning.

Introdução

Casos difíceis são aqueles em que se faz presente uma incerteza a respeito das premissas normativas e/ou fáticas (ATIENZA, 2017). Nesses casos, o julgador deve lançar mão de argumentos próprios do discurso jurídico, do discurso prático-geral ou de argumentos

¹ *Mestre em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (MG). Correio eletrônico: resprodrigues@gmail.com.



REFLEXÕES SOBRE O JULGAMENTO DA ADI 6363 OU SOBRE COMO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AFASTOU A APLICAÇÃO DE REGRAS CONSTITUCIONAIS SEM RASGAR A CONSTITUIÇÃO

empíricos para superar a incerteza. Às vezes, a superação da incerteza normativa pode levar a uma decisão *contra legem*. Mas, o que dizer quando a decisão *contra legem* tem como objeto uma norma de direito fundamental e é proferida pela corte constitucional de um país?

O julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 6363 (ADI 6363 MC/DF) teve como objeto a alegada inconstitucionalidade de dispositivos da Medida Provisória nº 936/2020 (MP 936) que possibilitam a redução proporcional de jornadas e salários, mediante ajustes individuais escritos e complementação da renda dos trabalhadores mediante pagamento de benefício assistencial com recursos do orçamento federal. Esclareça-se que a MP 936 foi editada sob o impacto da progressão da pandemia do novo coronavírus (Covid-19) no Brasil, a qual implicou a imposição de pesadas medidas restritivas de distanciamento social, inclusive o fechamento provisório de estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços nas maiores cidades brasileiras. De acordo com a petição inicial da ADI 6363, os referidos dispositivos legais teriam vulnerado dispositivos da Constituição brasileira. Sinteticamente, os dispositivos constitucionais relacionados estabelecem a necessidade de negociações coletivas, isto é, com a presença dos sindicatos, para possibilitar a cogitada redução de jornadas e salários.

Nem é preciso enfatizar que o julgamento da ADI 6363 MC/DF, realizado por videoconferência em virtude da mesma pandemia do coronavírus, foi acompanhado com intenso interesse pelos agentes econômicos. Àquela altura, mais de dois milhões de acordos individuais já haviam sido celebrados sob os auspícios da MP 936 e um eventual decreto de procedência da ação teria como efeito provável a invalidade desses acordos, sem falar na perspectiva incerta que abriria para o futuro imediato de milhares de pequenas, médias e grandes empresas, que não teriam como arcar com os custos das folhas de pagamento de seus empregados sem o auxílio assistencial prometido, durante o período de paralisação das atividades imposto pelas autoridades públicas.

No dia 17 de abril de 2020, o Plenário virtual do Supremo Tribunal Federal (STF), por sete votos a três, não referendou a liminar que fora anteriormente concedida e, praticamente avançando no mérito da lide, afirmou nos votos majoritários que os dispositivos da medida provisória questionados são constitucionais, afastando, assim, a aplicabilidade das normas de



direito fundamental apontadas como violadas. Para muitos pode ter ficado a impressão de que o STF "rasgara" a Constituição: afinal de contas, a Carta Magna brasileira é muito clara ao estatuir a necessária presença das entidades representativas dos trabalhadores em qualquer acordo ou convenção coletivo de trabalho que tenha por objeto a redução de salários e jornadas.

A hipótese que aqui se ventila, todavia, é bem outra: o STF, na verdade, teria inserido uma cláusula de exceção às regras constitucionais, por dois motivos: a hipótese de incidência das regras apontadas como violadas não contemplou a especificidade do momento socioeconômico criado pelo advento da pandemia; ademais, haveria impossibilidade material de cumprimento a contento do desiderato das regras, em vista da exiguidade de tempo imposta pela dinâmica dos fatos. Para introduzir a cláusula de exceção, o tribunal realizou implicitamente uma ponderação de princípios constitucionais, no âmbito da qual prevaleceu o princípio da busca do pleno emprego e o princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado sobre o princípio do prestígio das negociações coletivas. O julgamento da ADI 6363 MC seria um caso difícil, eis que presente uma incerteza a respeito de norma constitucional, decorrente da constatação de que haveria um problema de relevância, na classificação proposta por MacCormick. Nesses casos, deve-se deferência ao legislador nos casos de discricionariedade epistêmica normativa, para utilizar a terminologia de Robert Alexy.

A seguir, procura-se examinar a decisão proferida pelo Plenário do STF na ADI 6363 MC à luz da teoria *standard* da argumentação jurídica e da teoria dos direitos fundamentais. Assim é que, na primeira seção, será esboçado brevemente o contexto econômico e social em que se deu o julgamento. Na seção seguinte, serão apresentadas as bases conceituais da corrente análise: tipos de argumentos, regras, princípios, espécies de casos difíceis e decisão *contra legem*. Na terceira seção, serão relacionados sinteticamente os argumentos esgrimidos ao longo da sessão de julgamento, colhidos em notas tomadas com base em documento audiovisual do julgamento²; ato contínuo, o caso será analisado à luz dos conceitos antes apresentados. Ao final, na conclusão, espera-se avaliar se a decisão do STF na ADI 6363 MC enfraqueceu a força normativa da Constituição brasileira. Com isso, procura-se transitar entre os planos descritivo

² Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=187AbMuO7q8>. Acesso em 28 de abril de 2020. Observação: até a referida data, ainda não havia sido publicado o acórdão.



(expondo as peculiaridades do julgamento), analítico (maneja conceitos) e normativo (estimando se a Corte poderia ter agido diferentemente).

1. O contexto

No final de março de 2020 ficou claro que o novo coronavírus já ingressara na fase de circulação “doméstica” no Brasil³. Àquela altura, sabia-se, à vista do que ocorrera na Itália, que era alto o índice de contágio do vírus, com acentuada repercussão na procura por serviços médicos e consequente sobrecarga para o já combalido Sistema Único de Saúde (SUS). Assim, ante a perspectiva da implacável disseminação do vírus e do provável colapso do sistema público de saúde, nada mais restou às autoridades estaduais e municipais senão decretar a calamidade pública e impor rigorosas medidas de distanciamento social, notadamente nas grandes metrópoles brasileiras, medidas essas que ensejaram o fechamento provisório de estabelecimentos não essenciais, inclusive *shoppings centers*.

Criou-se, assim, para os empresários o dilema de arcar com os custos de seus negócios (aluguéis, pagamentos a fornecedores, recolhimento de tributos e salários) sem o correspondente ingresso de receitas. Pior: dada a necessidade de “achatamento da curva” de crescimento do contágio, as autoridades não conseguiam fornecer uma previsão da retomada da normalidade. Dentre os custos de qualquer negócio assume especial relevância aquele referente às folhas de pagamento dos empregados, os quais, nesse momento, eram convidados a permanecer em casa, salvo os que prestavam serviços em atividades reputadas essenciais.

Nesse cenário, foi editada pela Presidência da República a Medida Provisória nº 936, em 1º de abril de 2020, que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, para vigorar durante o estado de calamidade pública provocada pelo novo coronavírus, tendo os seguintes objetivos: preservar o emprego e a renda; garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais; e reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública. Dentre as medidas

³ Por circulação doméstica entenda-se o contágio entre pessoas que já haviam sido infectadas no Brasil.



emergenciais consubstanciadas na medida provisória, de índole trabalhista, constava a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário, em três faixas (25%, 50% ou 70%), mediante acordos individuais escritos. Como toda medida provisória, deve ser apreciada e votada pelo Congresso Nacional, no prazo de sessenta dias - prorrogável uma vez por igual período -, sob pena de perda de sua eficácia.

Assim é que, nos termos da MP 936, ficando o empregador, por exemplo, responsável pelo pagamento de metade do salário - mediante uma jornada igualmente reduzida à metade -, a União pagaria ao empregado um Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, tendo por base de cálculo a quantia que o mesmo empregado perceberia a título de seguro-desemprego, caso desempregado estivesse. Como resultado, o empregador poderia ver diminuído consideravelmente o custo de sua folha de pagamentos, sem que tivesse abrir mão totalmente de alguma mão de obra que ainda se fizesse necessária. O empregado, por sua vez, a par de ver sua jornada diária reduzida, ainda teria como vantagem a garantia provisória no emprego por um lapso de tempo que compreenderia tanto o período ajustado da redução, quanto um período adicional, por ocasião da retomada das atividades normais da empresa. Sem embargo, o empregado experimentaria, também, algum decréscimo em sua renda, cujo tamanho poderia variar em função do percentual de redução da jornada/salário e, ainda, em função do nível salarial de que desfrutasse: nos menores salários, por exemplo, a perda não seria tão significativa, em virtude do pagamento do benefício emergencial.

Em 02 de abril de 2020, o partido REDE SUSTENTABILIDADE protocolizou ação, sob o número 6363, tendo por pedido a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da MP 936, “para efeito de afastar o uso de acordo individual para dispor sobre as medidas de redução de salário e suspensão de contrato de trabalho”. Na mesma petição, foi requerida medida cautelar para suspender a eficácia dos mesmos dispositivos constitucionais, “para impedir que se consume tamanha afronta à Constituição”.

Em 06 de abril de 2020, o relator da ADI 6363 MC deferiu em parte a medida cautelar, *ad referendum* do Plenário do STF, assentando 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”.

Seguiu-se a habilitação no processo de mais de dez “amigos da corte”⁴, dentre os quais figuravam a União Geral dos Trabalhadores-UGT, a Central Única dos Trabalhadores-CUT, a Força Sindical, a Confederação Nacional da Indústria e a Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil - para falar apenas das mais conhecidas. Designado o julgamento no Plenário do STF para 16 de abril de 2020, a sessão acabou suspensa após o voto do relator, para prosseguir no dia seguinte, 17 de abril de 2020, com a tomada dos votos dos demais ministros.

2. Da metodologia e dos conceitos adotados

Na análise da fundamentação apresentada nas intervenções orais dos ministros no julgamento da ADI 6363 MC, lançou-se mão, como já se explicitou, das notas tomadas com base em audiovisual gravado e disponível na rede mundial de computadores (endereço virtual indicado na introdução), sob o prisma da teoria *standard* da argumentação jurídica⁵ e, ainda, em conceitos próprios da teoria dos direitos fundamentais. Destarte, na análise do julgamento da ADI 6363 MC utilizou-se basicamente da classificação dos argumentos apresentada por Alexy; do conceito de caso difícil, baseado em Atienza e MacCormick; da definição de decisão *contra legem* e cláusula de exceção, apresentada por Bustamante; e dos conceitos de regra e princípio, formulados por Alexy.

Para entender a tipologia de argumentos alexyana, faz-se necessário preliminarmente assinalar que, para aquele autor alemão, o discurso jurídico é um caso especial do discurso

⁴ *Amici curiae*, ou “amigos da corte”, são órgãos ou entidades admitidas a se manifestar no processo de controle concentrado de constitucionalidade, a fim de contribuir para a melhor instrução do feito.

⁵ Por teoria *standard* da argumentação jurídica entenda-se, basicamente, as teorias difundidas por MacCormick e Alexy, a partir do final dos anos 1970, as quais, embora distintas as tradições jurídicas que as originaram, chegaram a resultados semelhantes, de acordo com Manuel Atienza (ATIENZA, 2005).



prático-geral, ou seja, do discurso que trata do que é proibido, comandado ou facultado. Em comum com o discurso prático-geral tem o discurso jurídico a pretensão de correção, a qual se compõe de uma tríade: asserção de correção; garantia de fundamentabilidade; e expectativa de aceitação (ALEXY, 2010). A especificidade do discurso jurídico decorre da sua institucionalidade.

Destarte, analisar uma decisão judicial, uma argumentação forense ou uma exposição de motivos de uma lei pode implicar a análise de três dimensões: o discurso jurídico propriamente dito; o discurso prático-geral; e o discurso empírico: os dois primeiros, voltados para o “dever-ser”; e o último, voltado para “ser”. Como regra da argumentação, Alexy estabelece que sempre se pode passar de uma dimensão para a outra.

O discurso prático-geral pode ser apresentado em três diferentes níveis, de acordo com Habermas: argumentos morais, de cunho universal, são imperativos categóricos e incondicionados; argumentos éticos, gerados a partir de uma pré-compreensão coletiva, de identidade social, de um “bem viver”; e argumentos pragmáticos, que levam em consideração a relação entre fins e meios (HABERMAS, 1989).

Uma interessante variante dos argumentos pragmáticos, bastante comum em sede de justificação judicial, são os argumentos consequentialistas, ou seja, aqueles em que se produz “*una transferencia del valor de las consecuencias - favorables o desfavorables - al acto o hecho que las genera*” (BELLOLIO, 2016, p.10). Habermas, ao abordar os argumentos pragmáticos, afirma que “a reflexão prática transcorre aqui no horizonte da racionalidade de fins (*Zweckrationalität*), com a meta de encontrar técnicas, estratégias ou programas adequados” (HABERMAS, 1989, p.6). O argumento pragmático, portanto, desenvolve-se a partir de um imperativo condicionado. Parece, então, que a escolha de estratégias de ação não pode prescindir da consideração das possíveis consequências, daí que os argumentos consequentialistas, para efeito do presente trabalho, serão enquadrados dentre os argumentos pragmáticos.

O discurso empírico é de variada ordem e compreende os dados sobre a realidade, seja de que natureza for - econômica, social, histórico, biológico, físico etc. Abrange o que é, e não



o que deve ser. Compreende diversos tipos de enunciados - “sobre fatos singulares, sobre ações concretas, motivos dos agentes, acontecimentos ou estados de coisas” (ALEXY, 2017a, p.224). O discurso empírico tem relevância no âmbito do discurso prático-geral, incluindo o discurso jurídico.

O discurso jurídico, por Alexy chamado de “grupos de regras e formas de justificação externa”, também tem múltiplas dimensões (ALEXY, 2017a, p.223). A primeira e mais imediata dimensão refere-se à interpretação da lei, em sentido amplo, e direciona-se à inteligência do sentido e do alcance da norma, a qual se extrai do dispositivo legal. Essa operação mental pode lançar mão de variados recursos, que Alexy chama de “cânones de interpretação”. São os conhecidos métodos semântico, histórico, genético, sistemático, comparativo e teleológico.

Além dos cânones de interpretação, também há a dogmática, os precedentes e os argumentos jurídicos especiais. A dogmática estrutura-se a partir de enunciados de diversos tipos. Há as definições de conceitos jurídicos genuínos e de outros conceitos presentes nas normas jurídicas. E há também os enunciados que expressam uma norma não extraída da lei, que descrevem e caracterizam um determinado estado de coisas no discurso jurídico e, ainda, que formulam princípios.

Com base em Marinoni, entende-se que precedente é a tese jurídica vinculada a determinada moldura fática, consagrada por maioria de votos numa instância judiciária, que enfrenta uma determinada matéria de forma inédita e sob o abrigo do contraditório e da ampla defesa (MARINONI, 2016, p.157-158).

Por fim, ainda no espaço do discurso jurídico, Alexy relaciona os chamados “argumentos jurídicos especiais”, tradicionais nos arrazoados forenses: a analogia, o argumento *a contrario*, o argumento *a fortiori* e o argumento *ad absurdum*.

Para uma análise mais acurada da fundamentação judicial, notadamente em sede de jurisdição constitucional tendo por objeto os direitos fundamentais, faz-se indispensável atentar também para o conceito de regra e princípio. Ambos são razões: regras são razões definitivas,



enquanto princípios são razões *prima facie*. De acordo com Alexy, “princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2017b, p.104). São mandados de otimização de valores juridicamente eleitos. Já as regras são comandos que contêm “uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 2017b, p.104). A colisão entre princípios resolve-se pela ponderação; o conflito entre regras, pela declaração de invalidade de uma delas, de acordo com os critérios da hierarquia, da especialidade e cronológico, ou pela instauração de uma cláusula de exceção. A colisão entre princípios não se resolve no plano da validade; mas, o resultado de um conflito de regras, sim, é uma decisão a respeito da validade (TOLEDO, 2003, p.63).

Interessa aqui especialmente mencionar que o choque entre um princípio e uma regra resolve-se, em geral, pela prevalência desta última, pois a edição de uma regra, e especialmente a regra de direito fundamental, já constitui, *per si*, o resultado de uma ponderação de princípios levada a efeito pelo legislador. Todavia, de acordo com Bustamante, “a introdução de exceções à hipótese de incidência de uma regra jurídica pode ser justificada nos casos de colisão entre um princípio e uma regra” (BUSTAMANTE, 2010, p.604-605). São as decisões *contra legem* um tipo de caso difícil, aqui entendido como aquele em que o julgador é chamado a dirimir uma incerteza a respeito das premissas normativas ou empíricas do silogismo jurídico. A incerteza a propósito das premissas normativas pode ter origem em problemas de interpretação ou de relevância: no primeiro caso, há acordo quanto à norma aplicável, mas não quanto à sua inteligência; no segundo, não há acordo quanto à norma aplicável ou sequer se há norma regulando o caso (ATIENZA, 2017, p.110). A decisão *contra legem*, portanto, é um típico problema de relevância, pois se entende que a norma-regra aparentemente aplicável não é adequada ao caso concreto. Cria-se uma fugaz impressão de omissão normativa, que se resolve ato contínuo pela ponderação de princípios, no âmbito do próprio discurso jurídico.

Se se transplanta a situação acima descrita para a jurisdição constitucional, pode-se imaginar possível que, em sede de controle concentrado de constitucionalidade de norma editada a nível infraconstitucional - não importa de que espécie seja, lei, medida provisória ou lei complementar -, o tribunal venha a optar pela autocontenção judicial, por entender que o legislador tem, aí, uma discricionariedade epistêmica, a qual, ao contrário do que ocorre na



discricionariedade estrutural, pressupõe uma incerteza a respeito do que é obrigatório, proibido ou facultado em virtude dos direitos fundamentais. Essa incerteza pode ser a respeito das premissas normativas ou das premissas empíricas. A discricionariedade epistêmica das premissas normativas, ou discricionariedade epistêmica normativa, “está relacionada à incerteza acerca da melhor quantificação dos direitos fundamentais em jogo e ao reconhecimento em favor do legislador de uma área no interior da qual ele pode tomar decisões com base em suas próprias valorações” (ALEXY, 2017b, p.612).

Esta é precisamente a hipótese aqui ventilada. O Plenário do STF deparou-se, no julgamento da ADI 6363 MC, optou por conferir deferência ao juízo do legislador infraconstitucional para editar normas de cunho trabalhista sobre a formalização de acordos de redução proporcional de jornadas e salários. Para fazê-lo, afastou a aplicação de regras constitucionais que demandam a necessária participação dos sindicatos para o aperfeiçoamento de tais atos jurídicos, por entender que a moldura fática no âmbito da qual foram editadas aquelas mesmas regras constitucionais não contemplava a grave situação então vivida em função da pandemia do Covid-19. Além do mais, a aplicação daquelas regras iria de encontro ao próprio desiderato constitucional, o qual, para ser realizado, demandaria a introdução de uma cláusula de exceção, fruto de uma nova ponderação de princípios.

3. *A ADI 6363 MC: uma decisão contra legem?*

Explicitadas em largos traços as bases conceituais sobre as quais repousa a presente análise, passa-se ao exame das intervenções orais dos ministros do STF no julgamento da ADI 6363 MC. Nesse plano, cumpre advertir, desde logo, que, conquanto não ideal do ponto de vista de uma cognição ampla do julgamento, o que demandaria perscrutar os votos escritos, o exame das manifestações orais tem o mérito de permitir o vislumbre daquilo que os próprios ministros entenderam mais relevante na fundamentação. Para esse efeito, reputa-se bastante provável que os julgadores, ao se pronunciarem em julgamento transmitido ao vivo na rede mundial de computadores, buscassem elencar aqueles argumentos que lhes tivessem causado maior impressão no espírito e que, portanto, seriam dotados de maior força de convencimento



racional. Com isso, avista-se possível dizer que as razões então apresentadas foram efetivamente as mais decisivas, pelo menos sob o prisma de quem as enunciou.

Ademais, não se pode perder de vista que, embora se cuidasse apenas de examinar o requerimento de tutela cautelar formulado na petição inicial da ADI 6363 MC - e quem diz cautelar está se referindo a juízo provisório a respeito da probabilidade do direito e da urgência da tutela -, os julgadores não se furtaram a adentrar o mérito da questão, até mesmo para proporcionar maior segurança jurídica a todos aqueles que acompanhavam o julgamento. Prova dessa decisão da Corte é o fato de que o Ministro-Presidente, Dias Toffoli, não se escusou de proferir voto acompanhando a divergência aberta por Moraes, mesmo após formada a maioria que deu forma à decisão final. Havia, sim, uma opção por um pronunciamento definitivo e decisivo, que não deixasse qualquer margem de dúvida sobre a posição da Corte. E, para tanto, bastaram os argumentos exibidos naquela sessão de julgamento.

Dito isto, entende-se que a corrente majoritária assentou-se basicamente em argumentos pragmáticos e numa implícita ponderação de princípios. Argumentos da dogmática, precedentes e argumentos empíricos também se fizeram presentes, embora não com a mesma frequência.

Veja-se, por exemplo, a manifestação oral do relator designado para a redação do acórdão. O Ministro Alexandre de Moraes abriu divergência em relação ao dispositivo da liminar simplesmente para indeferir a medida cautelar pleiteada, chamando a atenção para o fato de que o desiderato da MP 936 é a preservação de empregos, e não propriamente a redução salarial. Ressaltou que o ajuste individual escrito proporciona garantia provisória no emprego e o pagamento do benefício emergencial. Pautou sua argumentação sobre os princípios constitucionais da valorização do trabalho, da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana, bem como sobre as possíveis consequências de eventual invalidade dos acordos individuais, com possibilidade de demissões em massa (argumento pragmático).

Na mesma toada foi o voto do Min. Luís Roberto Barroso, que salientou a gravidade do quadro atual: previsão de queda de cinco por cento do Produto Interno Bruto brasileiro (PIB); recessão mundial; grave risco de quebra de empresas e aumento assustador do desemprego



REFLEXÕES SOBRE O JULGAMENTO DA ADI 6363 OU SOBRE COMO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AFASTOU A APLICAÇÃO DE REGRAS CONSTITUCIONAIS SEM RASGAR A CONSTITUIÇÃO

(argumentos empíricos). Nesse cenário, a interpretação constitucional não poderia ser feita de maneira abstrata, porquanto a realidade fática integra a normatividade, o que recomendaria, diante da complexidade do quadro socioeconômico, a adoção da autocontenção judiciária. Sem embargo da importância das negociações coletivas, a verdade é que os sindicatos não teriam condições de, a tempo e a hora, realizar os acordos necessários. Trata-se, portanto, de uma impossibilidade material, prática, pois inexistiria uma estrutura sindical apta a atender as demandas urgentes de redução de custos nas empresas. A se conferir tal protagonismo aos sindicatos, as empresas acabariam realizando demissões em massa (argumento pragmático). Barroso ressaltou as providências protetivas previstas na MP 936: garantia no emprego; preservação de um patamar mínimo para a hora trabalhada; compensação da redução da jornada/salário com o benefício emergencial. Suas razões, portanto, giraram em torno da argumentação empírica (dados e previsões da economia), princípios e argumentação pragmática. Ao final de sua exposição, apresentou esboço de tese jurídica: é possível extraordinariamente afastar a necessidade de negociação coletiva, tendo em vista que a intervenção do Estado atua em proteção dos menos favorecidos.

Cerrando fileiras com a corrente majoritária, o Ministro Luiz Fux propôs que se examinasse o tema à luz do realismo jurídico, salientando que não se poderia perder de vista que os dispositivos impugnados versavam medidas emergenciais, excepcionais e transitórias e que assim deveriam ser analisados. Partiu de um enfoque civilista – manifestação livre de vontade das partes – para, em seguida, apresentar um argumento baseado na interpretação sistemática da seara trabalhista: se o sindicato não mais presta assistência no ato de rescisão do contrato de trabalho (novidade legislativa introduzida pela reforma trabalhista de 2017), como poderia ser obrigatória a sua intervenção no ato jurídico que viabiliza a manutenção do vínculo? E acentuou que um cálculo de custo e benefício da medida amplamente a recomendava (argumento pragmático). Finalizou ressaltando a importância de se conferir segurança jurídica aos acordos individuais.

Na mesma linha, a Ministra Cármen Lúcia registrou que a autocontenção judicial seria recomendável, dada a provisoriedade das normas questionadas. Embora valorizando o papel reservado pela Constituição aos sindicatos em tema de negociações coletivas, assinalou que isto não se dava no presente momento, em virtude de um argumento pragmático: a quantidade de



acordos já realizados até aquele momento (mais de dois milhões) e as consequências de sua eventual invalidade. Ressaltou que a interpretação constitucional deve se direcionar à preservação dos empregos, com base no artigo 170, VIII da Constituição (princípio da busca do pleno emprego).

Fechando a relação dos votos que integraram a corrente majoritária, o Ministro Gilmar Mendes iniciou utilizando argumentos empíricos, extraídos dos dados econômicos recentemente divulgados: fechamento de milhares de pequenas empresas; redução de 37% (trinta e sete por cento) na emissão de notas fiscais de venda de produtos ou prestação de serviços, apenas no mês de março de 2020. A seguir, trouxe à baila um precedente da Corte no qual participara ainda na condição de Advogado-Geral da União, o julgamento da medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade nº 9 (ADC 9 MC), para afirmar que o quadro atual é muito mais grave. Enveredando por uma série de considerações doutrinárias (argumentos dogmáticos), e suscitando uma eventual lacuna na Constituição, Mendes lembrou a necessidade de lançar mão do “pensamento de possibilidades”, ou “pensamento pluralista de alternativas”, nas lições de Peter Häberle e Zagrebelski. Citando Konrad Hesse, salientou que as constituições devem estar abertas à realidade, porquanto “*necessidade não conhece lei ou princípio*”. Rememorou, então, o exemplo mencionado por Chaim Perelman a propósito de lacunas ou incompletudes constitucionais: na Bélgica, durante a Primeira Guerra Mundial, o Rei passara a editar normas legais, dada a impossibilidade de participação do parlamento em virtude da quase completa ocupação do território belga pelas forças alemãs. Chamada a se pronunciar sobre a constitucionalidade de tais atos legislativos, não contemplados pela Constituição belga, o tribunal competente reputou-os válidos. Respondendo à sua própria pergunta - como pôde a Corte Constitucional chegar a uma conclusão tão flagrantemente inconstitucional? -, Mendes afirmou: trata-se da “força invencível dos fatos”. No direito comparado, lembrou ainda o debate português durante a grave crise financeira pós-2008, durante a qual se adotaram medidas duríssimas sem previsão constitucional, dando ensejo até que se falasse num “estado de exceção financeira”. Subscreveu, então, a divergência inaugurada por Moraes, pois não enxergou lesão ao princípio da proporcionalidade, dado o esforço pela preservação de empresas e empregos (princípios constitucionais). E finalizou suas razões com um argumento pragmático: milhões de acordos já assinados. Colocar isso em xeque agora lembraria o vetusto adágio romano: *summum juris summa injuria*.



A corrente minoritária, capitaneada pelo Ministro Edson Fachin, à qual acabou aderindo o relator, Min. Ricardo Lewandowski, no curso do julgamento, não ratificou a liminar concedida, mas a concedeu em maior extensão, tal qual formulada na petição inicial e em direção oposta ao posicionamento de Alexandre de Moraes. Segundo Fachin, a situação de emergência não autoriza a suspensão da Constituição, sendo certo que a participação sindical em determinadas matérias não é deixada à livre conformação pelo legislador. Assentou a sua argumentação em princípios: proteção do mínimo essencial, proibição do retrocesso e do tratamento discriminatório.

A Ministra Rosa Weber acompanhou o voto de Fachin, apontando para o risco de mitigação dos valores constitucionais. Segundo Weber, o papel dos sindicatos integra o núcleo inexpugnável da Constituição e a solução apresentada pela MP 936 atinge o núcleo essencial do direito fundamental ao trabalho, sem falar na ofensa ao princípio da igualdade, dada a multiplicidade de ajustes individuais no mesmo ambiente de trabalho (princípios). Mencionou estudos técnicos da Universidade de Campinas (UNICAMP) e do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (argumentos empíricos) e citou Konrad Hesse para afirmar que os valores constitucionais devem ser preservados mesmo em situações de crise (argumento dogmático).

Apresentada a fundamentação das manifestações orais dos ministros, coloca-se a seguinte questão: o controle concentrado de constitucionalidade tem por objeto a conformidade, ou não, de uma norma infraconstitucional (legal) à Constituição. O que dizer, então, quando a decisão julga constitucional uma norma legal que vai de encontro a uma regra da própria Constituição? É uma decisão *contra legem*, contra a Constituição? São perguntas a que somente se pode responder à luz do caso concreto, o que se passa a fazer. De todo modo, não custa chamar a atenção para o ineditismo da situação ou, pelo menos, para o fato de que não se trata aqui de uma questão trivial, comum - o que, por si só, já justificaria o interesse no resultado desse julgamento.



O artigo 7º da Constituição brasileira, encartado no capítulo reservado ao tratamento dos direitos sociais fundamentais, apresenta normas que estabelecem a necessidade de intervenção sindical para formalização de redução de salários e jornadas. Vejamos:

Artigo 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.

(...)

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

De plano, parece claro que, conquanto se trate de direitos sociais, as normas em destaque espelham *regras*, e não princípios. Com efeito, embora se costume associar direitos fundamentais a princípios, nem sempre este será o caso. Veja-se, por exemplo, a norma do art. 5º, inciso LVII da Constituição brasileira, encartado no capítulo dos direitos individuais: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Conhecido na dogmática como princípio da presunção de inocência, de princípio em verdade não se trata. Aqui o que se constata é que há uma nítida delimitação da extensão do conteúdo da norma, no tocante às suas possibilidades fáticas e jurídicas, a propósito da qual o intérprete não pode tergiversar. Todos os elementos necessários à execução do comando constitucional são previamente conhecidos: qualquer estudante do último ano do curso de direito - e talvez até antes - saberá dizer a data do trânsito em julgado de uma sentença condenatória penal. Está-se diante de um mandamento definitivo, uma regra, embora não se tenha dúvida em relação à sua classificação como direito fundamental.

Pode-se dizer que o mesmo se dá em relação às normas constitucionais que tratam da possibilidade de redução de salários e jornadas, acima reproduzidas para melhor visualização de seu conteúdo. Não há dificuldade alguma em identificar os elementos descritivos das normas: todos sabem o que significa irredutibilidade de salário e jornada. Há consenso na dogmática trabalhista sobre o conteúdo dessas normas. Cuida-se aqui, também, de mandamentos com pretensão de definitividade, isto é, que exigem o cumprimento no modo exato neles estabelecido. São regras, portanto, e regras que espelham o direito fundamental



social do trabalhador de se ver assistido por sua entidade de classe em determinadas matérias. Assim, cogitada a redução de salários e jornadas, o comando constitucional é claro: não de se fazer presentes as entidades de classe pertinentes.

Veja-se bem, todavia. Embora seja claro que se cuida de *regras*, e não de princípios, nem por isto está dispensada a análise das circunstâncias fáticas que poderiam autorizar a incidência da hipótese constitucionalmente prevista. Por certo que o Legislador constitucional, ao erigir essas normas ao *status* de direito fundamental, tinha em mente que somente poderia se cogitar de redução de salários e jornadas em contextos de crise. Não se imagina que tal possibilidade venha a ser considerada com seriedade pelos agentes econômicos num contexto de normalidade. Por que reduzir salários e jornadas quando a atividade econômica está em funcionamento regular? O razoável é supor que a redução de salários e jornadas somente seria apreciada em situações graves, tais como uma recessão, por exemplo. Mas, e quando as circunstâncias de fato do caso concreto não poderiam ser antevistas pelo Legislador, constituinte ou não? Ainda assim seria aplicável a regra?

Para responder essas perguntas, é inicialmente útil rememorar, com Bustamante, que “A pretensão de definitividade das regras jurídicas (...) não é, porém, uma garantia de definitividade” (BUSTAMANTE, 2010, p.610). E isso ocorre porque as regras jurídicas são elaboradas a partir de uma determinada moldura fática idealizada pelo legislador, com base num determinado número de informações. É possível, portanto, que uma determinada regra se torne superável quando o intérprete ou julgador se depara com uma moldura fática diversa. À mesma conclusão chegou Bustamante, citando Hage, ao afirmar que “apesar de isso não acontecer frequentemente, é sempre possível, pelo menos em tese, que informações adicionais tornem não dedutíveis conclusões que o seriam na ausência dessas novas informações”. Quando isso ocorre, prossegue Bustamante, “os casos de superabilidade de uma regra jurídica são sempre casos de decisões contra legem (...), “pois só podem ser resolvidos corretamente se excepcionarem o ordenamento jurídico” (BUSTAMANTE, 2010, p.611-612).

Voltando ao julgamento da ADI 6363 MC, parece que ao Legislador constitucional não seria possível antever todas as possibilidades fáticas a serem associadas às regras que preconizam a prévia e necessária negociação coletiva como pressuposto de validade das



reduções de salários e jornadas. Como se salientou alhures, certamente pode-se visualizar que essas possibilidades sempre se dão numa conjuntura de crise econômica ou social, mas será que poderia o Constituinte originário prever o advento de uma pandemia que se espalha com velocidade assustadora, que impõe a necessidade de severas medidas restritivas à circulação econômica num curto espaço de tempo, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com uma recessão, que é fenômeno que vai se desenhando aos poucos e permite aos agentes econômicos a adoção de medidas preventivas ou corretivas?

Parece que não. Pelo menos é o que se pode depreender da análise das manifestações dos ministros que integraram a corrente majoritária no julgamento da ADI 6363 MC. Outra circunstância peculiar da crise derivada da progressão do novo coronavírus que certamente não estaria na mente do Legislador constitucional é o fato de que o Poder Público se propõe a complementar os salários dos trabalhadores cujas jornadas sejam reduzidas. Observe-se que, aqui, eventual perda financeira do trabalhador fica amenizada pelo pagamento do benefício assistencial de caráter emergencial instituído pela mesma MP 936. Da parte do empregador, aliás, consta a assunção da obrigação de não demitir durante o período do ajuste e ainda além desse período - vantagem nada desprezível nos dias de hoje, diga-se de passagem. Ditas circunstâncias também não passaram despercebidas dos ministros do STF, como se pode constatar nas manifestações orais acima sinteticamente reproduzidas.

Não surpreende, pois, que o Plenário do STF, ao constatar a inadequação da regra constitucional para o caso concreto, tenha optado pela deferência judicial ao sopesamento de princípios realizado pelo Legislador infraconstitucional, o qual, à vista da colisão entre o princípio da busca do pleno emprego e o princípio do prestígio das negociações coletivas, ambos de estatura constitucional, tenha dado preferência ao primeiro. Trata-se de reconhecimento da discricionariedade epistêmica normativa do legislador democraticamente legitimado.

Entende-se, portanto, que a decisão afinal adotada no julgamento da ADI 6363 MC não enfraqueceu a força normativa da Constituição⁶, na medida em que, reconhecida a

⁶ De acordo com Barroso, a força normativa da Constituição, uma das mudanças paradigmáticas do direito constitucional nos últimos anos, advém do reconhecimento do *status* de norma jurídica à



inadequação das regras em tese aplicáveis, optou por afastá-las para dar lugar à ponderação de princípios igualmente constitucionais, realizada pelo Legislador infraconstitucional.

Conclusão

Do exposto, conclui-se que as normas encartadas nos incisos VI e XIII do art.7º da Constituição brasileira consubstanciam *regras*, e não princípios, embora indubitavelmente veiculem direitos fundamentais.

A partir da edição da Medida Provisória nº 936, que traz em seu bojo normas específicas para a formalização de acordos individuais escritos de redução de jornada e salários, e da propositura da ADI 6363 MC, instaurou-se um quadro de incerteza a respeito das premissas normativas, caracterizando um problema de *relevância*, de acordo com a terminologia de MacCormick - aquele em que não se tem certeza a respeito da norma aplicável.

É um caso difícil, portanto. E um caso que implicou uma decisão *contra legem*, ou contra a regra expressa da Constituição, que se mostrou inadequada para o caso concreto. Isso se deu porque as peculiaridades da crise econômico-social decorrente da propagação do coronavírus refogem à moldura fática visualizada pelo Legislador constituinte. Ditas peculiaridades podem ser resumidos em três aspectos fáticos: *primeiro*, a velocidade da propagação do vírus e o fechamento provisório de estabelecimentos empresariais, em função das medidas restritivas à circulação de pessoas impostas pelo Poder Público, dando azo à brusca queda na receita daqueles estabelecimentos, os quais, contudo, continuavam vinculados às suas obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais; *segundo*, a complementação dos salários através do pagamento de benefícios assistenciais de caráter emergencial, aliviando, assim, a perda financeira experimentada pelos trabalhadores com a redução dos salários e jornadas; e *terceiro*, a previsão da garantia provisória no emprego, uma vantagem relevante em tempos de acentuado risco de demissões em massa.

norma constitucional (ao contrário do paradigma anterior, que a caracteriza como documento político), com todos os atributos daí decorrentes, inclusive a possibilidade de coerção (BARROSO, 2010, p.262).



A partir desse quadro de incerteza, o STF optou pela deferência judicial à ponderação de princípios levada a efeito pelo Legislador infraconstitucional, no âmbito de sua discricionariedade epistêmica normativa. Com isso, tacitamente introduziu uma cláusula de exceção à regra constitucional. Não se pode dizer que, ao assim agir, o tribunal teria enfraquecido a força normativa da Constituição. Bem ao contrário, porque a referida cláusula de exceção decorreu de uma ponderação de princípios de estatura constitucional, no âmbito da qual a Corte deu precedência ao princípio da busca do pleno emprego sobre o princípio do prestígio das negociações coletivas. Como resultado, a decisão foi buscar seus fundamentos no próprio discurso jurídico, sem descartar o manejo desenvolvido de argumentos do discurso empírico e do discurso prático-geral, notadamente argumentos pragmáticos.

Não há negar que, por implicar o afastamento de norma de direito fundamental inscrita diretamente na Constituição, o STF assumiu pesado ônus argumentativo, relativamente mitigado pelo fato de que se tratava de um julgamento de medida cautelar, em que se fazia necessário o exame, tão somente, da “fumaça do bom direito” e do “perigo na demora”. Para esse efeito, reputa-se que as razões apresentadas nas manifestações orais foram suficientes para proporcionar um convencimento racional a respeito da correção da decisão ao final adotada. Avalia-se, porém, que, sob o prisma normativo, poderia o STF ter se esforçado em estabelecer nitidamente a cláusula de exceção em termos universalistas, como convém a toda norma jurídica, ainda que na linha esboçada na manifestação do Min. Barroso em forma de tese jurídica. Da mesma forma, poderia o tribunal ter melhor explicitado, ainda que em termos provisórios, a ponderação de princípios constitucionais acima mencionada. De todo modo, resta esperar que o faça em outro momento - o julgamento do mérito propriamente dito da lide.



REFLEXÕES SOBRE O JULGAMENTO DA ADI 6363 OU SOBRE COMO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AFASTOU A APLICAÇÃO DE REGRAS CONSTITUCIONAIS SEM RASGAR A CONSTITUIÇÃO

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro; v.253, p.9-30, janeiro de 2010.

_____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017a.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2017b.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**. México: UNAM, 2005.

_____. **Curso de argumentação jurídica**. 1.ed. Curitiba: Alteridade, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BELLOLIO, Flavia Carbonell. La argumentación consecuencialista en la aplicación judicial del derecho. **La Constitución como objeto de interpretación** / coordinadora Alejandra Martínez Verástegui. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016.

BUSTAMANTE, Thomas. **Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy**. Pensar, v.15, n.2. Fortaleza: jul/dez 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática**. Texto apresentado na Conferência de outubro de 1989 do IEA/USP. Visualizado em 23 de julho de 2018, em Scielo, Estudos Avançados, vol.3, n.7, São Paulo, setembro/dezembro 1989 (<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141989000300002>).

MacCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford University Press, 2003 (edição kindle).

TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy, 2003.