

COVID-19, DIREITO COLETIVO DO TRABALHO E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

COVID-19, COLLECTIVE LABOR LAW AND APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

Gleidy Braga Ribeiro 1

Resumo: O controle de constitucionalidade das leis é utilizado pela maioria dos países na qual a democracia seja a forma de governo. Com algumas especificidades, estes países reforçam a supremacia da Constituição, ao permitir, em regra, que o Poder Judiciário, controle atos emanados dos Poderes Executivo e Legislativo que a contrariem. Em tempos de pandemia provocada pelo novo coronavírus (COVID-19), mas do que nunca esta atribuição que faz parte da jurisdição constitucional do Poder Judiciário está em voga. Assim, este artigo pretende problematizar sobre a importância desse instituto e como compatibilizar com o momento atípico que estamos vivendo frente às inúmeras restrições de direitos fundamentais, em especial no direito coletivo do trabalho, em função da Medida Provisória 936/2020 editada pelo Governo Federal, modificada e convertida em lei de número 14.020/2020. A norma introduz no ordenamento jurídico brasileiro, entre outras medidas, a negociação individual em detrimento da negociação coletiva para enfrentar os impactos na economia provocados pela pandemia. Esta colisão de direitos fundamentais foi objeto de ADI no STF e a situação foi resolvida a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Direitos Fundamentais. Princípio da Proporcionalidade. COVID-19. Medida Provisória 936/2020. Lei 14.020/2020.

Abstract: The control of constitutionality of laws is used by most countries in which democracy is the form of government. With some specificities, these countries reinforce the supremacy of the Constitution, by allowing, as a rule, the Judiciary to control acts emanating from the Executive and Legislative Powers that contradict it. In times of pandemic caused by the new coronavirus (COVID-19), however, this attribution of the Judiciary is now in vogue. Thus, this article aims to problematize about the importance of this institute and how to make it compatible with the atypical moment that we are living in face of the numerous restrictions of fundamental rights, especially in the collective labor law, due to the Provisional Measure 936/2020 edited by the Federal Government, modified and converted into law number 14.020/2020. The rule introduces individual negotiation in the Brazilian legal system to the detriment of collective bargaining to face the impacts on the economy caused by the pandemic. This collision of fundamental rights was the object of an ADI in the STF and the situation was resolved by applying the principle of proportionality.

Keywords: Constitutionality Control. Fundamental Rights. Proportionality Principle. COVID-19. Provisional Measure 936/2020. Law 14.020/2020.

Introdução

O controle de constitucionalidade das leis é utilizado pela maioria dos países na qual a democracia seja a forma de governo. Com algumas especificidades, estes países reforçam a supremacia da Constituição, ao permitir, em regra, que o Poder Judiciário, controle atos emanados dos Poderes Executivo e Legislativo que a contrariem. Em tempos de pandemia provocada pelo novo coronavírus (COVID-19), mas do que nunca esta atribuição do Poder Judiciário está em voga. No Brasil, juristas, políticos e sociedade em geral, debatem o exercício do controle de constitucionalidade e as implicações em relação ao princípio da separação dos poderes. Assim, este artigo pretende problematizar sobre a importância desse instituto e como compatibilizar com o momento atípico que estamos vivendo frente às inúmeras restrições de direitos fundamentais, em especial no direito coletivo do trabalho e a constitucionalidade da Medida Provisória 936/2020 editada pelo Governo Federal, modificada e convertida em lei de número 14.020/2020, que cria o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. A norma introduz no ordenamento jurídico brasileiro a negociação individual em detrimento da negociação coletiva em relação aos trabalhadores formais, para enfrentar os impactos na economia provocados pela pandemia.

A doença COVID-19 no mundo e no Brasil

Inicialmente, é importante situar o contexto atual de pandemia provocado pelo novo coronavírus (COVID-19). A Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou no dia de 30 de janeiro de 2020, o surto da doença como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional. Em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia. Em pouco tempo, a doença que surgiu na China, com primeiro caso registrado em 31 de dezembro de 2019 se proliferou para todos os cantos do planeta. Em 5 de novembro de 2020 havia confirmados no mundo 47.930.397 milhões de casos e 1.221.781 de mortes. No Brasil, a doença até 05 de novembro de 2020, já havia infectado 5.614.258 milhões de casos, com 161.779 mil óbitos acumulados.

Conforme esclarece o Ministério da Saúde (MS), a doença COVID-19 é causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, que apresenta um quadro clínico que varia de infecções assintomáticas a quadros respiratórios graves. Tomando como base as informações disponíveis pela Organização Mundial de Saúde (OMS), o Ministério esclarece que a maioria dos pacientes com COVID-19 (cerca de 80%) podem ser assintomáticos e cerca de 20% dos casos podem requerer atendimento hospitalar por apresentarem dificuldade respiratória e desses casos aproximadamente 5% podem necessitar de suporte para o tratamento de insuficiência respiratória (suporte ventilatório).

Sem vacina para combater a doença, e proliferando com rapidez em todo mundo, a ONU como medida para conter o avanço, recomendou, entre outras ações, a adoção do isolamento social horizontal, com a permanência das pessoas em suas casas, como a principal estratégia para diminuir o número de infectados, evitando o contágio comunitário e diminuindo assim a procura por leitos hospitalares, conseqüentemente, a sobrecarga do sistema de saúde.

A partir dessas recomendações, países em todo mundo começaram a adotar as medidas, que vem provocando instabilidade em diversos setores, sobretudo na economia, uma vez que os serviços não essenciais foram obrigados a fechar as portas, e, até a presente data, ainda sem previsão de retorno regular de suas atividades econômicas.

Diante desta situação, dentre os demais países, talvez seja o Brasil o campo mais fértil para análise do controle de constitucionalidade frente aos conflitos existentes entre o governo federal, os demais entes da federação, os partidos políticos, que ora se digladiam na seara política, com discursos inflamados de seus principais líderes na imprensa brasileira e, principalmente, nas mídias sociais, ora juridicamente para assegurar suas competências, tendo a Constituição Federal, como parâmetro.

A crise sanitária do novo coronavírus e o conflito em relação ao direito fundamental ao trabalho

Não resta dúvida, quais foram às razões que levaram as autoridades adotarem medidas sanitárias para conter a Pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19). Ocorre que para proteger o direito à vida, outros direitos foram restringidos. É neste ambiente, que entra em cena o Poder Judiciário, mas precisamente o guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal (STF), proferindo decisões destinadas a salvaguardar a Constituição frente às restrições fundamentais. Para tanto, a Corte, por meio dos seus 11 ministros, vale-se de instrumentos de interpretação constitucional a partir de técnicas e princípios específicos de exegese, tendo consolidado em sua jurisprudência, quando estamos diante de colisão de bens ou valores protegidos pela Constituição, o uso do Princípio da Proporcionalidade, divulgado principalmente a partir dos estudos do jurista alemão Robert Alexy (ARABI, 2012; SAPUCAIA, 2013; TREVISAN, 2015).

No Brasil, os principais conflitos estão relacionados à competência para tomada das medidas sanitárias nos estados, tais como, fechar o comércio, definir os serviços essenciais e determinar as regras de isolamento horizontal. Como consequência, surgem os impactos nas relações privadas no âmbito do direito de trabalho, pois com as medidas de isolamento, há baixo consumo, o que provoca em função das perdas de receitas por parte das empresas, demissões dos empregados formais. De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no Brasil, a taxa de desemprego subiu de 11,2% para 12,2%, entre fevereiro e abril de 2020, o que representa 12,9 milhões de desempregados.

Em nota técnica o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada descreve a atual situação da crise econômica gerada pela pandemia da COVID-19 e seus aspectos devastadores sobre o mundo do trabalho.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT (2020) estima que, no início de abril de 2020, cerca de 2,7 bilhões de trabalhadores no mundo, ou 81% da força de trabalho mundial, viviam em países que adotaram em algum nível as medidas de isolamento social defendidas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como forma de controle do contágio do vírus Sars-CoV-2. Essas políticas de distanciamento social afetam direta e imediatamente a atividade econômica produtiva. A restrição de funcionamento às atividades de comércio submetem os estabelecimentos a uma brusca redução da demanda, e a limitação à circulação significa, para muitos trabalhadores, a impossibilidade de realizar seu trabalho, enquanto para outros representa uma mudança na forma de trabalho ou uma redução na jornada (IPEA, 2020, p.7).

A nota continua destacando que 38% dos trabalhadores do mundo estão empregados nos setores mais fortemente prejudicados pela crise atual, quais sejam: comércio varejista, serviços de alimentação e hotelaria e indústria manufatureira. Sendo a contração da renda das famílias e da elevação do desemprego algo inevitável, mas que pode ser mitigado caso os governos sejam céleres na adoção de programas e medidas de implementação dessas políticas. De modo que, a ação do governo federal é pelo IPEA assim descrita,

No cenário de uma crise tão severa como a ocasionada pela pandemia da Covid-19, que impulsionará vertiginosamente o crescimento da taxa de desemprego, é fundamental que

o governo lance mão de políticas ativas de emprego. O objetivo dessas políticas é afetar a demanda por emprego e, assim, influenciar diretamente a taxa de desemprego. A MP n. 936/2020 apresenta um conjunto de medidas com esse objetivo para aqueles que são empregados com carteira assinada do setor privado. A ideia é preservar o vínculo empregatício, ao possibilitar a redução da jornada de trabalho e a suspensão temporária dos contratos de trabalho, bem como, ao mesmo tempo, assegurar a renda do trabalhador, implementando um benefício emergencial. Se, por um lado, este pacote de medidas tem sido elogiado, por contribuir para a manutenção de vínculos empregatícios e de postos de trabalho, por outro lado, a MP no 936/2020 tem sido criticada por não garantir plenamente o salário dos trabalhadores (IPEA, 2020, p.7).

Concordamos em parte com afirmação do IPEA, afinal, há de fato uma redução do salário do trabalhador o que representa um ponto negativo. Todavia, a forma que a Medida Provisória instituiu para tomada dessa decisão é tão criticada quanto à diminuição do salário. A referida MP, hoje lei, inovou no ordenamento jurídico ao criar a possibilidade do empregado e empregador celebrar acordo individual do trabalho, sem a mediação dos sindicatos. Tal inovação contraria, frontalmente, os princípios e as normas constitucionais do direito coletivo do trabalho.

Pela MP, podem ser celebrados acordos individuais, sem intermediação dos sindicatos, com empregados que tenham remuneração inferior a R\$ 3.135 ou superior (ou igual) a duas vezes o limite máximo (R\$ 12.202,12) dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Sendo que, o acordo coletivo somente será exigido quando tratar de suspensão do contrato ou a redução da jornada para os empregados com salários nesse intervalo, exceto se a redução for de 25%. No período em que o contrato for suspenso ou reduzido a jornada, o empregado receberá somente a compensação paga pelo governo federal. Em contrapartida, este terá a garantia de não demissão por período igual à duração das medidas. A norma sofreu alteração ao ser convertida em lei, todavia nos interessa aqui a análise da MP que foi objeto de ADI no Supremo Tribunal Federal (STF).

No centro do debate, esta a regra, pela força do próprio texto Constituição Federal, de que no direito do trabalho prevalecem as relações trabalhistas coletivas e não as individuais. De modo que a MP a época colidia com os princípios normativos do direito do trabalho que asseguram a participação dos sindicatos nas negociações coletivas previstos nos arts. 7º, VI, XIII e XXVI, e 8º, III e VI, da Constituição Federal de 1988. Vejamos:

Art. 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 da jornada, mediante

acordo ou convenção coletiva de trabalho;

[...]

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

[...]

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

[...]

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

[...]

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

Assim a mitigação desses princípios descaracteriza o próprio Direito do Trabalho, pois conforme nos ensina Leite (2019) são características próprias deste ramo do direito,

Enquanto as relações jurídicas individuais são tradicionalmente comuns a todos os ramos do direito, as relações coletivas traduzem algo típico e especial do direito do trabalho, especificamente na parte referente ao direito coletivo do trabalho. O direito coletivo do trabalho ocupa-se das relações coletivas de trabalho, isto é, das relações jurídicas nas quais os seus titulares atuam, em regra, na qualidade de representantes de grupos sociais e econômicos (LEITE, 2019, p.1124).

Nesta perspectiva, ao trazer para o ordenamento jurídico o acordo individual, neste momento de pandemia, permitindo uma negociação direta entre empregador e empregado, este sem assistência do sindicato, há a descaracterização dos fundamentos do direito do trabalho coletivo, além de fragilizar a relação empregatícia, na qual a parte mais fraca é o empregado. E ao fazer isso, era de se esperar, que tal conflito desembocasse no judiciário para sanear as dúvidas sobre sua constitucionalidade e pacificar ao menos do ponto de vista jurídico esta colisão de direitos fundamentais. Pois, de um lado, está o direito à vida e de outro lado o direito ao trabalho.

A colisão dos direitos fundamentais e aplicação do princípio da proporcionalidade

Antes de adentrarmos sobre análise do controle de constitucionalidade da Medida Provisória n.936/2020, convertida na lei 14.020/2020, convém discorrer sobre colisão de direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro e os métodos interpretativos de solução. A jurisprudência dos tribunais, em especial o STF, tem se valido do pensamento do jurista alemão Robert Alexy (ARABI, 2012; SAPUCAIA, 2013; TREVISAN, 2015), sobre a aplicação do juízo de ponderação a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade.

O ministro Mendes (2019), por exemplo, assevera que o juízo de ponderação é algo que

está entrelaçado ao princípio da proporcionalidade, tendo em vista que haverá temporariamente o sacrifício de um direito fundamental em detrimento de outro, de modo que os meios utilizados devem ser menos gravoso possível.

O Jurista explica ainda que o princípio da proporcionalidade ocorre quando estamos diante de conflitos entre os Poderes, órgãos, instituições ou qualquer outro partícipe da vida constitucional ou dos processos constitucionais. “Daí a aplicação do referido princípio nas situações de conflito de competência entre União e Estado ou entre maioria e minoria parlamentar ou, ainda, entre o parlamento e um dado parlamentar (MENDES, 2019, p.195)”.

O STF em Julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1, sobre prisão de depositário infiel, firmou entendimento de que o intérprete ao aplicar o princípio da proporcionalidade deve observar os elementos essenciais, conhecidos como subprincípios: Princípio da adequação, que avalia se a medida restritiva está apta a atingir o objetivo; princípio da necessidade, que analisa se há outro meio menos gravoso para o indivíduo, mas que seja capaz de atingir o mesmo resultado e o princípio da proporcionalidade stricto sensu: há de ter ponderação entre a intensidade da medida aplicada e os fundamentos jurídicos que a justificam. Vejamos o que Mendes (2019) afirma sobre tema,

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito). Põe-se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com situações de colisão irreduzível de dois direitos por ela consagrados (MENDES, 2019, p. 319).

De modo que não há o sacrifício permanente de um direito quando este está em conflito com outro direito, o que existe, tão somente, é a análise do caso concreto, para que se afaste a garantia de um, porque o outro traz, naquele momento, mais solução ao problema em questão.

Há, entretanto, os críticos doutrinários sobre o método interpretativo, que leva em consideração o princípio da proporcionalidade em matéria de direitos humanos e fundamentais, pois haveria por parte do judiciário um decisionismo judicial. Para Sarmento (2007), existiria uma euforia na fundamentação principiológica das decisões dos juízes, o que daria origem a decisionismo judicial. Para ele, haveria muitos juízes deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade em buscarem a justiça negligenciando o seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos.

Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de

planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico (SARMENTO, 2007, p.14).

Segundo Àvila (2009), um dos maiores problemas encontrados na utilização do método interpretativo da ponderação seria o fato de que sua adoção conduziria ao subjetivismo, eliminando o caráter heterolimitador do direito.

Uma norma jurídica (ou mandamento) diferencia-se de um conselho por dever ser considerada e por dever servir de orientação para a conduta a ser adotada. Um conselho é aquilo que não precisa ser levado em consideração, mas mesmo que o seja, não necessariamente precisa orientar a conduta a ser adotada. Além de dever servir de critério orientador da conduta, um mandamento caracteriza-se por ser externo e autônomo relativamente ao seu destinatário: o mandamento só exerce sua função de guia de conduta se for independente do seu destinatário. E para ser independente do seu destinatário, ele precisa ser por ele minimamente reconhecível antes da conduta ser adotada. (ÀVILA, 2009, p. 9).

De modo que, a crítica a esse maior protagonismo do Judiciário na busca de soluções efetivas, se fundamenta no quão é pernicioso magistrados julgarem com base no decisionismo judicial, o que levaria a um ativismo judicial. Para alguns, o ativismo judicial é salutar para a ordem constitucional, desde que aplicado sobre parâmetros judiciais. O Ministro Barroso, por exemplo, assevera que o ativismo judicial ocorre para concretizar os objetivos da Constituição, por esta razão há de ter uma maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. Ele explica, que a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de atente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2008. p.1).

Todavia, novamente, Mendes e Abboud (2019), chamam atenção para o perigo que constitui o ativismo judicial, quando este extrapola os limites da interpretação da Constituição. Para eles, o juiz ativista, sendo ele progressista ou o conservador, pode incorrer em erro nas suas decisões quando ele deixa de procurar a resposta no direito e a fabrique a partir da ideologia. Críticos da existência de qualquer divisão entre o bom e o mau ativismo, asseguram que o ativismo deve ser compreendido como a concretização da Constituição, atribuindo-lhe força normativa. Isto, portanto, não seria uma opção, e sim uma imposição constitucional.

No Estado Constitucional, pode-se divergir sobre aspecto políticos; contudo, na solução de questões jurídicas, não deveria haver discordância acerca da origem de toda e qualquer decisão judicial: as leis e a Constituição Federal. Qualquer outra coisa é, como adiantamos acima, discricionariedade (MENDES E ABBLOUD, 2019, P.5).

Os autores argumentam ainda que “o ativismo judicial é uma postura discricionária do Poder Judiciário, que redundava em uma ingerência insidiosa frente ao Legislativo e ao Executivo (MENDES E ABBOUD, 2019, p.5).” A defesa da mudança de mentalidade jurídica dominante que tem como ideia de bom ativismo, é neste sentido, um desafio a ser superado, já que para eles, defender o bom ativismo é defender o caráter discricionário da justiça.

No seu lugar, há de se colocar, como premissa inquestionável, que nenhum julgador – pouco importando sua posição na hierarquia judicial – tem o direito de ignorar os textos legais. Sob o jugo de uma Constituição como a de 1988, todos os julgadores são colocados “under the rule of law”, conforme o aviso que nos fora dado, já em 2008, por Augusto Zimmermann (MENDES E ABBOUD, 2019, p.5).”

Em última análise, para os autores, o ativismo judicial levaria à interferência irregular e nociva do Poder Judiciário nas demais esferas do Estado, uma vez que a Constituição de 1988 previu para o Poder Judiciário, e para os demais poderes, funções atípicas, sendo o seu exercício restrito aos parâmetros desenhados pela engenharia constitucional.

Neste contexto, imperioso observar o que concluiu Ingeborg Maus (2000), ao analisar o crescente papel ativista da Corte Superior Alemã. A jurista demonstra preocupação quando o judiciário traz para si a instância moral da sociedade, isto porque agindo assim escaparia ela de qualquer mecanismo de controle social, que todas as instituições de Estado devem ser subordinadas. A autora tece críticas à postura do Judiciário Alemã, que age como a suprema instância definidora dos valores da sociedade que merecem ser protegidos.

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social (MAUS, 2000, p.187).

Não resta dúvida que seja extremamente perigoso quando um Poder assume para si a responsabilidade de definir o que tem valor ou não para uma determinada sociedade, baseado em ideologias, sem que haja um parâmetro claro para isso. Numa sociedade democrática em última instância quem tem o poder é o povo, que é representado pelo império da lei. De modo, que um ativismo judicial baseado em decisionismo judicial em nada contribui para o fortalecimento das instituições e para jovem democracia brasileira.

Assim, o controle de constitucionalidade deve ser exercido dentro dos parâmetros legais. É o que passaremos a analisar em relação à decisão do STF a época ainda Medida Provisória editada pelo Governo Federal que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a negociação individual em detrimento da negociação coletiva para enfrentar os impactos provocados pela pandemia do Coronavírus (COVID-19).

Controle de Constitucionalidade, a MP 936/2020 e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6363

CARVALHO FILHO (2019), sintetiza os dois modelos clássicos de controle de constitucionalidade no mundo: o modelo de controle abstrato e o modelo de controle incidental e difuso. No Brasil há no ordenamento jurídico características dos dois modelos. No controle de constitucionalidade abstrato a finalidade principal é zelar pela higidez da ordem jurídica objetiva (processo objetivo), e a competência para seu exercício é exclusiva do Supremo Tribunal Federal (STF) desde que provocado. A decisão proferida tem eficácia erga omnes e vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. De outro lado, temos o contencioso constitucional incidental e difuso, exercido pelos diversos órgãos jurisdicionais e cujo escopo central é a resolução de conflitos interpessoais (processo subjetivo). Diferente do Controle de Constitucionalidade abstrato, as decisões proferidas em sede de Controle incidental e difuso, restringem-se seus efeitos às partes envolvidas no processo.

Para o estudo em questão, nos interessa o controle de constitucionalidade abstrato exercido pelo STF que se dar, entre outras formas, pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), cuja ação pode ser proposta pelos legitimados previstos no art. 103 da Constituição Federal, entre os quais, destacamos os partidos políticos com representação no Congresso Nacional. Tal destaque se justifica, já que foi o Partido político Rede Sustentabilidade, que entrou com a ADI 6363 para questionar a constitucionalidade da Medida Provisória n. 936/2020.

A agremiação partidária arguiu, em síntese, que é inconstitucional a MP que institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, pois viola os arts. 7º, VI, XIII e XXVI, e 8º, III e VI, da Constituição Federal de 1988. Portanto, pediu em juízo a suspensão das regras que autorizam o empregador a negociar diretamente com o empregado, sem intervenção do sindicato, a redução do salário, a jornada de trabalho e a suspensão dos contratos (por até 60 dias), sob pena de violarem os princípios constitucionais do direito coletivo do trabalho.

Interessante observar os argumentos do relator Ministro Lewandowski que em sua decisão monocrática, de caráter liminar, reconheceu o momento atípico de pandemia, mas, contudo, ponderou que as soluções não podem passar “a largo das recomendações emitidas por organismos internacionais especializados, como a Organização Internacional do Trabalho - OIT, bem assim das medidas adotadas por outros países”, por esta razão alerta que,

[...] as incertezas do momento vivido não podem permitir a adoção acrítica de quaisquer medidas que prometam a manutenção de empregos, ainda que bem intencionadas, sobretudo acaso vulnerem - como parecem vulnerar - o ordenamento constitucional e legal do País. Na hipótese sob exame, o afastamento dos sindicatos de negociações, entre empregadores e empregados, com o potencial de causar sensíveis prejuízos a estes últimos, contraria a própria lógica subjacente ao Direito do Trabalho, que parte da premissa da desigualdade estrutural entre os dois polos da relação laboral (ADI 6363, MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, 2020, p.10)

Em outro trecho, o magistrado afirmou que não cabe ao Poder judiciário, em especial ao STF, abdicar da sua indelegável tarefa de conformar a MP com o texto constitucional,

É bem verdade que o Poder Judiciário, como um todo, e Supremo Tribunal Federal, em particular, precisa agir com extrema cautela diante das graves proporções assumidas pela pandemia da Covid-19. No entanto, não é dado aos juízes,

independentemente da instância a que pertençam, seja por inércia, comodidade ou tibieza, abdicar de seu elevado múnus de guardiães dos direitos fundamentais, sobretudo em momentos de crise ou emergência. Por isso, cumpre à Suprema Corte enfrentar a questão sob exame com a devida parcimônia, buscando preservar ao máximo o texto normativo sob ataque - certamente editado com a melhor dos propósitos - sem, contudo, renunciar à sua indelegável tarefa de conformá-lo aos ditames constitucionais (ADI 6363, MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, 2020, p.12)

Assim enfrentado o conflito em questão, decidiu liminarmente, que o acordo individual entre empregador e empregado “somente se convalidarão, ou seja, apenas surtirão efeitos jurídicos plenos, após a manifestação dos sindicatos dos empregados.” Na havendo manifestação dos sindicatos, no prazo de dez dias, será lícito aos interessados prosseguir diretamente na negociação até seu final.

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.

Todavia, a decisão do magistrado foi reformada pela maioria do pleno do Supremo Tribunal Federal e a MP permaneceu em vigor, sendo convertida em lei, com algumas alterações. A época, os doutos julgadores consideraram que não há afrontam aos direitos fundamentais dos trabalhadores, já que pelo princípio da proporcionalidade, o que se está buscando com a medida legal, é proteger o trabalhador de um mal maior que é a perda do emprego formal.

O Tribunal, por maioria, negou referendo à medida cautelar, indeferindo-a, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos o Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), que deferia em parte a cautelar, e os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que a deferiam integralmente. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 17.04.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Aqui estamos diante de um encaixe perfeito sobre aplicação do princípio da proporcionalidade já que há uma colisão entre dois direitos fundamentais. Para o STF, na análise do caso concreto, entendeu-se que a MP com acordo individual, busca, tão somente, assegurar o direito ao trabalho formal, mesmo desconsiderando as normas do direito do trabalho coletivo, principalmente em relação à negociação coletiva. Entendeu os magistrados que é menos gravoso mitigar as normas constitucionais do que permitir que o trabalhador fique sem emprego, em um momento de crise sanitária e econômica com milhares de desempregados no Brasil.

Todavia, essa opção recebeu críticas de juristas porque fragiliza demais as relações de trabalho, já que o acordo individual não necessariamente será celebrado com paridade de armas, finalidade primordial da presença do sindicato nas negociações.

Conclusão

É fundamental que reconheçamos o difícil momento para manutenção dos empregos pelo empregador em função da pandemia. Todavia, é preciso ter cautela em relação ao alcance da finalidade da Medida Provisória 936/2020 editado pelo Governo Federal, modificada e convertida em lei de número 14.020/2020. Isto porque introduz no ordenamento jurídico brasileiro a negociação individual em detrimento da negociação coletiva, situação que fragiliza ainda mais o trabalhador que essencialmente é a parte mais fraca das relações trabalhistas.

O Direito do Trabalho, sobretudo o direito coletivo do trabalho vem sofrendo duros golpes, principalmente com aprovação da Reforma Trabalhista em 2017, que flexibilizou os princípios trabalhistas, sobretudo o princípio protetor, ao estabelecer que o negociado prevaleça sobre legislado. Ou seja, o que for negociado por meio de acordos e convenções coletivas de trabalho prepondera sobre a lei. Todavia, essa supremacia do que é negociado, deve, em regra, ser intermediada pelos organismos de representação do trabalhador de caráter coletivo. Agora, em função da pandemia, estamos permitindo, ainda que temporariamente, a negociação individual sem intermediação dos sindicatos.

Assim, ainda é cedo para indicar se as medidas alcançarão o objetivo pretendido pela norma e se o STF de fato no exercício do controle de constitucionalidade, por meio do juízo de ponderação, a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, promoveu um justo julgamento.

Por ora, diante deste quadro de fragilização do trabalhador, ficamos com relator Ministro Lewandowski, que foi voto vencido. Pois, ainda que estejamos diante de um momento atípico, não se pode passar por cima dos princípios constitucionais trabalhistas e afastar os sindicatos das negociações, pois tal afastamento contraria a lógica do direito do trabalho, que tem como premissa equilibrar uma relação que nasce baseada na desigualdade estrutural entre empregado e empregador.

Todavia, esperemos que o STF tenha feito uma correta interpretação constitucional e que nos próximos dados publicados pelo IBGE a taxa de desemprego no Brasil não tenha crescido e que o empregado tenha tido efetivamente a garantia da continuidade do emprego assegurada pelo empregador.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 6363/DF – Distrito Federal**. Relator: Ministro MIN. RICARDO LEWANDOWSKI. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886604> <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisa>. Acesso: 07 de junho de 2020.

AVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 a . ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ARABI, Abhner Youssif Mota. **A TEORIA ARGUMENTATIVA DE ROBERT ALEXY E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: uma análise do balanceamento de princípios e sua aplicação no Supremo Tribunal Federal**. Disponível: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1845/2305> Acesso: 07 de junho de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Dis-

ponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4. Acesso em: 07 de junho de 2020.

CARVALHO FILHO, José S. **Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade do STF em julgamentos de habeas corpus**. In: PEDRINA; NUNES; SOUZA; VASCONCELLOS (org.). Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: RT, 2019. p. 45-60.

COVID19- **Painel Coronavírus**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/> Acesso em: 5 de jun. 2020.

FOLHA INFORMATIVA – **COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875 Acesso em: 5 de jun. 2020.

IBGE. **Desemprego sobe para 12,2% e atinge 12,9 milhões de pessoas no 1º trimestre**. Disponível: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/27535-desemprego-sobe-para-12-2-e-atinge-12-9-milhoes-de-pessoas-no-1-trimestre>. Acesso: 06 de junho de 2020.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisdicional da “sociedade órfã”**. Tradução Martonio Lima; Paulo Albuquerque. **Novos Estudos**. São Paulo: Cebrap, n. 58, nov. 2000, p. 187.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Innocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; ABOUD, Georges. **Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea**. *Revista dos tribunais*, v. 108, n. 1008, p. 43-54, out. 2019. Disponível: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/164609>. Acesso: 07 de junho de 2020.

SARMENTO, Daniel Souza. I(Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

Leite, Carlos Henrique Bezerra **Curso de direito do trabalho** / Carlos Henrique Bezerra Leite. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019

SAPUCAIA, Rafael Viera Figueiredo. **Aplicação da máxima da proporcionalidade no STF: um caso**. Ver. SJRJ, Rio de Janeiro, v.20, n.36, p.193-204, abr.2013. Disponível: <https://pdfs.semanticscholar.org/47b4/a021f59fb4d7d3b9946e39fa216f412250b2.pdf> . Acesso: 07 de junho de 2020.

TREVISAN, Leonardo Simchen. **OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA TEORIA DE ROBERT ALEXANDER**. Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito da UFRGS. Disponível: <https://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/54583/34745>. Acesso: 07 de junho de 2020.

Recebido em 10 de junho de 2020.

Aceito em 20 de julho de 2020