

JURISPRUDÊNCIA DA CRISE DO COVID-19 E DIREITO DO TRABALHO

UMA ANÁLISE A PARTIR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6.363

COVID-19 CRISIS JURISPRUDENCE AND LABOUR LAW AN ANALYSIS FROM DIRECT ACTION UNCONSTITUTIONALITY N. 6.363

Michael Willian Conradt¹

Sidnei Machado²

RESUMO: O artigo analisa a hipótese da aceleração da recontractualização do trabalho no contexto da pandemia de COVID-19 no Brasil, a partir da decisão pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363. A corte considerou constitucional a regra da Medida Provisória nº 936/2020, convertida na Lei 14.020/2020, que abriu a possibilidade de redução salarial por meio de negociação individual no contexto pandêmico, a despeito da restrição do texto do artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal. Na motivação da decisão, houve a utilização da excepcionalidade da crise como argumento jurídico apto a justificar a relativização da norma constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisprudência da Crise. COVID-19. Direito do Trabalho.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O MERCADO TOTAL NO BRASIL; 3 A JURISPRUDÊNCIA DA CRISE DE 2020; 4 A EXCEPCIONALIDADE COMO FUNDAMENTO; 5 CONCLUSÃO

ABSTRACT: The article analyzes the hypothesis of accelerated labor contracting in the context of the COVID-19 pandemic in Brazil, from the decision by Federal Supreme Court, of Direct Action of Unconstitutionality n. 6.363. The court considered constitutional the rule of Provisional Measure nº 936/2020, converted into Law 14.020/2020, which opened the possibility of salary reduction through individual negotiation in the pandemic context, despite article 7, item VI, of the Federal Constitution. In the judgment, the use of the exception is observed as a legal argument capable of justifying the relativization of the constitutional rule.

KEYWORDS: Crisis Jurisprudence. COVID-19. Labour Law.

SUMMARY: 1 INTRODUCTION; 2 THE TOTAL MARKET IN BRAZIL; 3 THE JURISPRUDENCE OF THE 2020 CRISIS; 4 EXCEPTIONALITY AS A FOUNDATION; 5 CONCLUSION.

1 INTRODUÇÃO

A crise sem precedente do COVID-19 impactou fortemente no emprego e na renda dos trabalhadores brasileiros, em decorrência da redução da atividade econômica em muitos

Artigo enviado em 30/11/2020.

Artigo aprovado em 15/12/2021.

¹ Mestrando em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná. Graduado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2018). Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/9170525037711206>. ID Lattes: 9170525037711206.

² Professor Associado de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPR. Possui pos-doutorado na Université Paris Nanterre (França). Líder do Grupo de Pesquisa Clínica de Direito do Trabalho (CDT-UFPR) - Trabalho e Direitos

setores, mas também pela reconfiguração institucional no plano dos direitos dos trabalhadores. Como resposta à crise, o governo brasileiro adotou medidas emergenciais na regulação do trabalho, o que se deu especialmente por meio de uma legislação trabalhista de emergência, pelas Medidas Provisórias 927 e 936, que promoveram alterações nos marcos normativos e institucionais do trabalho. Esse conjunto de medidas regressivas de direitos trabalhistas criou grande tensão com os direitos e garantias fundamentais do trabalho previstos no texto da Constituição de 1988 e, também, uma mutação no conjunto de garantias estatutárias do trabalho previstas na CLT e na legislação infraconstitucional.

Essa legislação trabalhista de emergência foi objeto de ampla judicialização, quer seja pelo mecanismo de controle de constitucionalidade perante o STF, quer quanto à constitucionalidade e legalidade nos tribunais do trabalho. O controle de constitucionalidade e legalidade sobre as medidas tem um elevado interesse na conformação dos direitos dos trabalhadores, em especial para aqueles mais vulneráveis no mercado do trabalho, na medida em que darão interpretação sobre a legitimidade, o sentido e alcance do âmbito de proteção.

A compreensão completa dos efeitos da pandemia de COVID-19 sobre o trabalho e sua regulação no Brasil é processo ainda inconcluso. Entretanto, a irrupção da crise sanitária em um momento de crise econômica e política pré-pandemia, instalada em 2015 no país, no contexto de uma hegemonia neoliberal e de desregulação do marco institucional do trabalho, cria um ambiente facilitador para aprofundar e fragilizar a proteção do trabalho.

No Brasil, as medidas emergenciais tomadas para o âmbito do trabalho, com o mesmo sentido de flexibilização, representam a continuidade da gradativa desregulação iniciada com a Reforma Trabalhista de 2017 (Lei 13.467/2017). As medidas provisórias nº 927/2020 e 936/2020, que possibilitaram ao poder empresarial a suspensão do contrato de trabalho ou redução proporcional de jornada e salário, mediante negociação individual, não se dissociam da tendência de individualização e reconstrutualização do trabalho, bem como de fragilização do poder das entidades sindicais.

Diante desse cenário de desregulação, é relevante analisar se a crise e a legislação de emergência produziram mudanças nos critérios jurisprudenciais das cortes brasileira. O objetivo do presente artigo é discutir a hipótese do aprofundamento e intensificação da reconstrutualização do trabalho no contexto da pandemia e sua legitimação pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal durante a crise. Para tanto, faz-se a análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363, no julgamento, em 17/04/2020, da Medida Cautelar pelo plenário da corte. A decisão, por

maioria de sete votos contra três, fez prevalecer a tese da possibilidade de redução de salários por acordo individual em decorrência da pandemia.

Essa reflexão tem como quadro analítico mais geral a compreensão da tensão histórica entre dois projetos para a regulação do trabalho e suas manifestações no direito brasileiro (Alain Supiot). Para a análise da jurisprudência, utiliza-se o referencial da “jurisprudência da austeridade” (Antônio Casimiro Ferreira). Portanto, a hipótese desta análise é de construção de uma jurisprudência da crise no STF em matéria trabalhista, com fundamento na excepcionalidade.

2 O MERCADO TOTAL NO BRASIL

Desde os governos de Margareth Thatcher, no Reino Unido, e Ronald Reagan, nos Estados Unidos, o mundo passou a abandonar o modelo do Estado Social construído no pós-guerra, consolidado na Declaração de Filadélfia, segundo a qual o trabalho não é mercadoria. A partir de então, pôs-se em prática o projeto neoliberal de subtrair as decisões econômicas do campo político, ante o frágil cientificismo que justificou o desmonte do Estado Social. O *slogan* thatcheriano é enfático: “*there is no alternative*”³. Contra uma atuação do Estado orientada à realização da justiça social, desmantelaram-se as defesas da sociedade contra as forças degradantes do mercado⁴. Emergiu o mercado total, no qual todos os homens e coisas devem se tornar comensuráveis e mobilizáveis em uma competição global⁵.

Para Supiot, há uma oposição entre dois projetos antagônicos para o Direito do Trabalho. De um lado, o modelo democrático das relações laborais, no qual o trabalho deve ser um espaço de cidadania e concretização da justiça social. Este modelo chegou a se consolidar em alguns países centrais, no período dos “trinta anos gloriosos”, compreendidos como uma grande exceção na história do capitalismo, segundo Thomas Piketty⁶. De outro, a própria reafirmação do trabalho como mercadoria, e sua total submissão às exigências do mercado, reconhecida politicamente pelo Estado. O trabalho se torna alvo de flexibilizações, apresentadas como necessárias para a competitividade e a recuperação econômica. No

³ SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia**: a Justiça Social diante do mercado total. Trad. Tania do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014, p. 32.

⁴ POLANYI, Karl, **A grande transformação**: as origens de nossa época. Trad. Fanny Wrabel. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 94.

⁵ SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia**: a Justiça Social diante do mercado total. Trad. Tania do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014, p. 56.

⁶ SRNICEK, Nick. **Capitalismo de plataformas**. Trad. Aldo Giacometti. 1. Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Caja Negra, 2018, p. 18.

mercado total, o próprio Direito do Trabalho se mercadorizou e é um produto competitivo dos Estados nacionais, abertos à escolha de indivíduos livres para se colocarem sob a legislação social que lhes seja mais barata⁷.

Embora o autor esteja mais atento aos países do Norte, é possível identificar as chaves de leitura das reformas institucionais do trabalho no Brasil a partir da narrativa estabelecida por Supiot. A Constituição brasileira de 1988 enuncia textualmente a valorização social do trabalho, além de contar com um extenso rol de direitos fundamentais laborais. Isso indica certa inspiração no constitucionalismo social do pós-guerra europeu, caracterizado pela coexistência entre o trabalho como espaço de direitos e a livre iniciativa econômica⁸. Haveria aqui certa influência do “espírito de Filadélfia”⁹.

O neoliberalismo disputa este projeto desde a sua primeira vitória política no Brasil, já em 1989¹⁰. Afinal, o nascimento da Constituição se deu em momento histórico no qual a doutrina neoliberal já gozava de certa hegemonia global. Portanto, há uma longa história de tensões entre o projeto social constitucional e a ofensiva do mercado, nas diferentes conjunturas políticas atravessadas pelo Brasil nas últimas três décadas, dignas de estudos à parte. Em nível global, pode-se afirmar que a hegemonia neoliberal sobreviveu à crise financeira de 2008¹¹, e voltou a exercer maior influência sobre as políticas sociais brasileiras na segunda metade da última década.

Nesse processo, há dois fatos importantes que merecem destaque. Em primeiro, a chegada dos efeitos da crise financeira de 2008 no Brasil, em 2015. Disso decorreu a crise política que culminou no *impeachment* de Dilma Rousseff e na eleição de Jair Bolsonaro,

⁷ SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia**: a Justiça Social diante do mercado total. Trad. Tania do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014, p. 59.

⁸ GRAU, Antonio Baylos. Modelos de derecho del trabajo y cultura jurídica del trabajo. In: GRAU, Antonio Baylos. **Modelos de Derecho del Trabajo y cultura jurídica de los juristas**. Albacete: Editorial Bombarzo S.L., 2013, p. 25.

⁹ Quanto à assertiva, duas ressalvas merecem destaque. Em primeiro, a própria Constituição Federal nasceu com certo hibridismo (RAMOS FILHO, 2012, p. 347), pois introduziu elementos flexibilizantes na esfera laboral. Em segundo, o projeto social inscrito na Constituição é inacabado, pois não foi capaz de dar causa ao nascimento de uma “sociedade salarial” brasileira, nos moldes teorizados por Robert Castel a partir da experiência francesa (CASTEL, 2010). A informalidade e desigualdade social são características históricas do mercado do trabalho brasileiro. Por esta razão, a compreensão sociológica do trabalho no Brasil está melhor representado pelo termo “sociedade do trabalho” (CARDOSO, 2019, p. 4). As ressalvas não afastam, no entanto, a constatação de que houve um projeto de valorização social do trabalho positivado constitucionalmente.

¹⁰ GALVÃO, Andréia. **Neoliberalismo e reforma trabalhista no Brasil**. 2003. 406 f. Tese (Doutorado em ciências sociais). Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2003, p. 25.

¹¹ MOUFFE, Chantal. **Por um populismo de esquerda**. Trad. Daniel de Mendonça. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

novas vitórias políticas do projeto neoliberal¹². As reformas mais violentas sofridas pelo Direito do Trabalho vieram após 2016¹³, com destaque à Reforma Trabalhista de 2017 e à legalização da terceirização do trabalho realizado na atividade-fim, por intermédio das Leis nº 13.467/2017 e 13.429/2017.

A este cenário, acrescenta-se o surgimento da pandemia de COVID-19 em 2020. A retórica neoliberal que vinha permeando as decisões políticas sobre a regulamentação laboral no Brasil dos últimos anos ganhou novos elementos. O Governo brasileiro editou as medidas provisórias nº 927/2020 e 936/2020, responsáveis por promover a possibilidade de suspensão ou redução de salário e jornada mediante negociação individual. A primeira medida provisória acima citada não foi votada pelo Congresso Nacional e teve a vigência expirada em 19 de julho de 2020, mas a segunda foi convertida na Lei nº 14.020/2020, de 06 de julho de 2020.

3 A JURISPRUDÊNCIA DA CRISE DE 2020

Constata-se de que, o avanço das reformas neoliberais mais recentes no campo do Direito do Trabalho estão amplamente concretizadas em nível infraconstitucional. No caso brasileiro, a tensão entre as visões históricas do Direito do Trabalho extraídas do estudo de Supiot, assim, pode ser encontrada na dinâmica do controle de constitucionalidade promovido pelo Poder Judiciário. Afinal, de um ponto de vista estritamente jurídico, vislumbra-se o embate entre uma principiologia constitucional e um conjunto de normas com *status* infraconstitucional.

Ademais, há um contexto de crise sanitária, com efeitos socioeconômicos imediatos. As regras trabalhistas emergenciais veiculadas pelas Medidas Provisórias nº 927 e 936/2020 aparecem para dar conta de uma situação considerada excepcional, plasmadas pelo discurso de preservação de empregos. Neste sentido, convém ressaltar o teor da própria exposição de motivos da Medida Provisória nº 936/2020, no sentido de que seriam “urgentes as medidas que venham a preservar o emprego e a renda para que os trabalhadores tenham condições de manter o atendimento às necessidades básicas de suas famílias”¹⁴.

¹² GALVÃO, Andréia; MARCELINO, Paula. **O sindicalismo brasileiro diante da ofensiva neoliberal restauradora**. In: Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 32, n. 1, p. 157.

¹³ LIMA, Henrique Figueiredo de; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; CARNEIRO, Antônio Leonardo Silva; LEAL, Luana Angelo. **JUDICIALIZAÇÃO DAS REFORMAS INSTITUCIONAIS DE AUSTERIDADE: estudo do cenário brasileiro à luz do marco conceitual de jurisprudência da austeridade**. In: RDRST, Brasília, Volume IV, n. 02, 2018, p. 203-221, Mai-Ago/2018, p. 204.

¹⁴ BRASIL. Exposição de motivos da Medida Provisória nº 936/2020, de 1º de abril de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-936-20.pdf. Acesso em: 26 nov. 2020.

Diante disso, ganha relevância a contribuição de António Casimiro Ferreira, que analisa papel do Poder Judiciário em um contexto de crise econômica e austeridade. O autor apresenta a ideia de “jurisprudência da austeridade”, conceito cunhado no contexto das graves dificuldades econômicas enfrentadas em Portugal no início dos anos 2010, bem como das políticas de austeridade implementadas, com baixíssima legitimidade democrática¹⁵.

É necessário partir da noção de austeridade e “Direito do Trabalho da exceção”. A austeridade diz respeito ao “processo de implementação de políticas e de medidas econômicas que conduzem à disciplina, ao rigor e à contenção econômica, social e cultural”¹⁶. Assim, a austeridade funciona como um catalisador do projeto neoliberal, e integra um processo de naturalização da desigualdade social e responsabilização dos cidadãos pela situação econômica crítica, capaz de se legitimar pela imposição do terror, ante a iminente possibilidade de uma catástrofe pior, ilustrada pelo desemprego massivo¹⁷.

Neste processo, o Direito do Trabalho sofre com a perda de identidade político-jurídica, em especial pela imposição de medidas neoliberais sobre a dinâmica entre cooperação e conflito, através da afirmação de que a flexibilização e a desregulamentação aumentam a competitividade e diminuem o desemprego. Se, como disse Pierre Bourdieu, o Direito do Trabalho é produto direto da correlação de forças sociais, o Direito do Trabalho da exceção deriva da ampla vantagem do mercado neste embate¹⁸.

Em tal perspectiva, na qual a divisão de poderes é reconfigurada a partir da articulação com “poderes não eleitos”, o Poder Judiciário recebe o papel de dar subsistência às decisões políticas da austeridade. Tende, assim, a sustentar juridicamente a argumentação da exceção, por meio de uma valorização da singularidade no momento crítico. As questões de constitucionalidade caem inevitavelmente em um campo de disputa política¹⁹.

Em que pese à forte influência do contexto crítico português, algumas evidências apontam certa adequação do conceito à realidade brasileira vivida nos últimos anos. Isso foi constatado em 2018, a partir do exame das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre reformas legislativas laborais no Brasil. Tal percepção se baseou, primeiramente, no

¹⁵ FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida Económica, 2012.

¹⁶ FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida Económica, 2012, p. 11.

¹⁷ FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida Económica, 2012, p. 58.

¹⁸ FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida Económica, 2012, p. 85-88.

¹⁹ FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida Económica, 2012, p. 72.

juízo do Recurso Extraordinário 958.252, em conjunto com a ADPF 324, quando foi reconhecida a licitude da terceirização da atividade-fim²⁰.

Outras decisões no campo do trabalho fortalecem a hipótese. No mesmo ano de 2018, ao julgar a ADI nº 5.794, a corte formou maioria para declarar constitucional o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical legal²¹. A alteração normativa foi responsável por dificultar drasticamente a atividade das entidades sindicais brasileiras, que perderam a sua principal fonte de custeio e viram as possibilidades de atuação serem amplamente reduzidas²².

As medidas de urgência implementadas em razão da pandemia também foram judicializadas. Vieram as ADIs nº 6.342²³ e 6.363²⁴, contra as medidas provisórias 927/2020 e 936/2020, respectivamente. A seguir, apresenta-se a análise dos fundamentos e argumentos presentes no julgamento da ADI nº 6.363, com base nas construções teóricas acima apontadas.

4 A EXCEPCIONALIDADE COMO FUNDAMENTO

A irredutibilidade salarial está constitucionalmente assegurada, excepcionando-se apenas situações em que ocorre convenção ou acordo coletivo, nos termos do artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal. Com a pandemia de COVID-19, veio a Medida Provisória nº 936/2020, que estabeleceu a possibilidade de suspensão do contrato de trabalho, ou redução de jornada e salário, mediante negociação individual entre empresa e empregado, sem a necessidade de participação direta dos sindicatos profissionais, conforme artigo 12, incisos I e II do diploma.

²⁰ LIMA, Henrique Figueiredo de; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; CARNEIRO, Antônio Leonardo Silva; LEAL, Luana Angelo. **JUDICIALIZAÇÃO DAS REFORMAS INSTITUCIONAIS DE AUSTERIDADE**: estudo do cenário brasileiro à luz do marco conceitual de jurisprudência da austeridade. In: RDRST, Brasília, Volume IV, n. 02, 2018, p. 203-221, Mai-Ago/2018, p. 219.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de Inconstitucionalidade nº 5.794-DF. Relator: Edson Fachin. **Diário de Justiça Eletrônico**. 30 mai. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339959032&ext=.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2020.

²² GALVÃO, Andréia (Coord.). **Movimento sindical e negociação coletiva**. Texto para discussão nº 5. CESIT, UNICAMP, 2017. Disponível em: <http://www.cesit.net.br/wpcontent/uploads/2017/11/Texto-de-discuss%C3%A3o-5-Negociacao-coletiva-e-sindicalismo1.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.342. Relator: Marco Aurélio de Mello. **Diário de Justiça Eletrônico**. 11 nov. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6342liminar.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação direta de Inconstitucionalidade nº 6363-DF. Relator: Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**. 17 abr. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342847103&ext=.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020.

Segundo o texto original da Medida Provisória, tal possibilidade foi aberta aos casos de empregados com salário inferior a R\$ 3.135,00, ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, desde que portador de diploma de nível superior. Ademais, a redução proporcional de salário e jornada em 25% foi estendida aos trabalhadores de todas as faixas salariais, também pela via do acordo individual. Estabeleceu-se ampla possibilidade de redução salarial por meio de negociação direta entre empregado e empresa, com o resgate da figura do “trabalhador hipossuficiente”, introduzido pela Lei n. 13.467/2017 no parágrafo único do artigo 444 da CLT.

A incompatibilidade entre a regra emergencial e a vedação constitucional à redução salarial sem participação do sindicato profissional fundamentou a ADI nº 6.363, movida pela Rede Sustentabilidade. O partido político se valeu da argumentação no sentido de que a irreduzibilidade salarial estaria constitucionalmente permitida somente nos casos em que se presta a preservar empregos, e pela via da negociação coletiva, com respaldo da entidade sindical profissional²⁵.

O relator, ministro Ricardo Lewandowski, deferiu parcialmente a liminar da medida cautelar. Com fundamento no artigo 7º, incisos VI, XIII, XXVI²⁶, e artigo 8º, incisos III e VI²⁷, da Constituição, argumentou que a validade dos acordos individuais estaria condicionada à anuência do sindicato representante da categoria profissional²⁸.

Os ministros Edson Fachin e Rosa Weber fundamentaram seus votos no mesmo sentido, mas acolheram a tese da inconstitucionalidade com provimento amplo. Para além da leitura sistemática da Constituição, esses votos recorreram também às recomendações expedidas pela Organização Internacional de Trabalho, de necessária observância do diálogo

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação direta de Inconstitucionalidade nº 6.363-DF. Relator: Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**. 17 abr. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342847103&ext=.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020, p. 3.

²⁶ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] VI - irreduzibilidade 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; [...].

²⁷ 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; [...].

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação direta de Inconstitucionalidade nº 6.363-DF. Relator: Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**. 17 abr. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342847103&ext=.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020, p. 14-16.

social tripartite, com envolvimento direto das organizações coletivas de trabalhadores na resolução dos problemas impostos pelo contexto pandêmico²⁹.

Entretanto, o deferimento parcial da liminar em medida cautelar não foi referendada pelo plenário da corte. Os demais ministros presentes acompanharam a divergência aberta por Alexandre de Moraes. Os votos de Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Marco Aurélio de Mello e Dias Toffoli confirmaram a total improcedência da ação.

Alexandre de Moraes propôs uma interpretação que integrasse o desenvolvimento econômico como objetivo da República. Identificou na pandemia a possibilidade de uma catástrofe econômica e desemprego massivo, e ser sanada pelo conteúdo normativo da medida provisória em questão³⁰. O Ministro Barroso afirmou que a consequência da declaração de inconstitucionalidade seria a inevitável demissão em massa³¹. Luiz Fux também mencionou a necessidade de consideração da excepcionalidade para avaliar a constitucionalidade da medida, cujo objetivo era a própria preservação dos empregos³². A ministra Carmen Lúcia abriu seu voto reiterando o quadro de emergência temporária, e incluiu o artigo 170 da Constituição na hermenêutica excepcional, em consonância com a medida impugnada por impedir o desemprego³³. Gilmar Mendes chegou a lembrar decisões anteriores proferidas pela corte em situações de crise, e também ressaltou a situação crítica com efeitos econômicos desastrosos³⁴. O ministro Marco Aurélio de Mello destacou que a medida emergencial se

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6363-DF. Relator: Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**. 24 nov. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345059901&ext=.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2020, pp. 58 e 88.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6363-DF. Relator: Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**. 24 nov. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345059901&ext=.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2020, p. 41.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6363-DF. Relator: Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**. 24 nov. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345059901&ext=.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2020, p. 66.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6363-DF. Relator: Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**. 24 nov. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345059901&ext=.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2020, p. 97.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6363-DF. Relator: Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**. 24 nov. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345059901&ext=.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2020, p. 120.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6363-DF. Relator: Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**. 24 nov. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345059901&ext=.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2020, p. 144.

prestou a proteger os empregos³⁵. Por fim, Dias Toffoli se limitou a acompanhar a divergência aberta na corte³⁶.

Em suma, prevaleceu a tese de que o dispositivo constitucional que condiciona a validade da redução salarial à participação da entidade sindical na negociação se aplicaria somente a situações de normalidade. Em uma exceção provocada por violenta crise sanitária, com efeitos sociais e econômicos imediatos, a compreensão da maioria da corte foi no sentido de que há constitucionalidade de norma que relativiza o próprio texto da Constituição. A tese central majoritária, e vencedora no STF (sete votos pela constitucionalidade e três contrários), foi de que a excepcionalidade da Medida Provisória nº 936/2020 é válida e, com isso, cria-se um modelo de situação extraordinária a pretexto de salvar os empregos e a segurança jurídica dos contratos já firmados.

Há, portanto, uma decisão enquadrada no movimento identificado por Antônio Casimiro Ferreira, de uma jurisprudência da austeridade, construída para legitimar um Direito do Trabalho da exceção, e fundamentada na própria excepcionalidade crítica, capaz de se sobrepor ao texto constitucional.

Mantendo o argumento da normatividade de exceção associada à austeridade, a fronteira entre o constitucional e o inconstitucional tornar-se-á inevitavelmente um campo de disputa política. Em particular, se as decisões dos tribunais valorizarem a singularidade do atual momento. Do mesmo modo, alterações das circunstâncias que determinem a invocação da excepcionalidade para a legitimação da austeridade colocam sob pressão as interpretações da legislação feitas pelos tribunais³⁷.

Neste sentido, o voto do ministro Gilmar Mendes foi emblemático. Apontou e elogiou a atividade da Corte Constitucional portuguesa, em razão da sua atuação em situações de crise: “Nos tempos em que nós estamos vivendo – e passamos por diversas crises – a ‘emergência do apagão’ nos vem à memória como um caso que podemos catalogar, como fazem os amigos portugueses, na chamada ‘jurisprudência de crise’”³⁸. Identifica-se, assim,

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6363-DF. Relator: Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**. 24 nov. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345059901&ext=.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2020, p. 155.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6363-DF. Relator: Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**. 24 nov. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345059901&ext=.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2020, p. 158.

³⁷ FERREIRA, Antônio Casimiro. **Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida Econômica, 2012, p. 71.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6363-DF. Relator: Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**. 24 nov. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345059901&ext=.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2020, p. 144.

inspiração na atuação da corte portuguesa, bem como um forte indício da aplicabilidade do conceito de jurisprudência da austeridade na jurisdição constitucional brasileira, especialmente diante da pandemia de COVID-19.

O argumento da exceção, nos moldes teóricos da jurisprudência da austeridade, foi capaz de criar um conjunto orgânico de votos entre os ministros que acompanharam a divergência. A formação de uma decisão que encontra como principal fundamento a própria excepcionalidade resultante de uma crise sanitária e econômica, a resultar em uma construção interpretativa relativizadora da literalidade do texto constitucional, foi capaz de se contrapor até mesmo à sempre lembrada tendência de “enfraquecimento do colegiado”, identificado por estudiosos do Supremo Tribunal Federal³⁹.

A construção de uma jurisprudência da crise também significa, no caso analisado, a exclusão das entidades sindicais profissionais da construção de soluções para as adversidades da crise econômica, e a rejeição ao diálogo social tripartite defendido pela Organização Internacional do Trabalho. Qualquer protagonismo concedido aos atores coletivos pela Constituição Federal, característico do projeto de Estado de Bem-Estar Social, perde espaço com a abertura para a redução salarial mediante negociação individual. Disso resulta a total desproteção coletiva aos trabalhadores em um cenário de crise.

Dois argumentos utilizados pelos ministros que votaram com a divergência merecem destaque. O ministro Luís Fux destacou que a própria Lei nº 13.467/2017 trouxe um “novo cunho ideológico em relação às entidades sindicais”, ante a constatação de que os sindicatos não cumpriam seus desígnios estabelecidos pela Constituição Federal. Assim, a decorrente perda de protagonismo, ilustrada pela impossibilidade de interferência na rescisão do contrato de trabalho e o fim da contribuição sindical obrigatória, desde a Reforma Trabalhista de 2017, estaria apta a legitimar os acordos individuais, na argumentação do ministro⁴⁰. O voto de Luís Roberto Barroso, por sua vez, apontou para uma suposta impossibilidade prática de atendimento pelas entidades sindicais à demanda de acordos para suspensão ou redução de

³⁹ FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego. Onze Supremos: todos contra o plenário. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W.; RECONDO, Felipe (Org.). **Onze Supremos: o Supremo em 2016**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2017.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363-DF. Relator: Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**. 24 nov. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345059901&ext=.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2020, p. 100-101.

salário e jornada em tempo hábil. Portanto, a consequência seria, segundo o raciocínio apresentado, a rejeição pelas empresas à possibilidade de acordo e as demissões massivas⁴¹.

Assim, a decisão proferida pelo pleno do Supremo Tribunal Federal encontra grande conexão com a ADI nº 5.794, julgada dois anos antes. Esta é citada pelo ministro Fux em seu voto, como ocasião na qual o plenário da corte deu respaldo ao objetivo estabelecido da Lei nº 13.467/2017 de combater a “proliferação excessiva de organizações sindicais do Brasil”⁴², quando julgou constitucional o fim da compulsoriedade da contribuição sindical legal. Portanto, de um ponto de vista mais amplo, é possível supor a existência de uma tendência ao enfraquecimento do poder das entidades sindicais, com a construção de uma jurisprudência de exceção, associada ao projeto do neoliberalismo. Como afirma António Casimiro Ferreira, a desqualificação dos sindicatos é parte da agenda neoliberal para o Direito do Trabalho⁴³.

5 CONCLUSÃO

As alterações das relações contratuais de trabalho promovidas pela Medida Provisória nº 936/2020 permitiram ampliar a flexibilização do contrato, sem negociação coletiva, para a redução de jornada com redução proporcional de salários ou suspensões de contrato. A medida tem um sentido comum de liberar o mercado de trabalho, o que sugere acentuar e exacerbar a vulnerabilidade dos direitos trabalhistas no país.

O caso da ADI nº 6.363, que guarda semelhanças com as decisões decorrentes da judicialização das políticas de austeridade em Portugal, é uma evidência de uma “jurisprudência da austeridade”, vez que se vale do recurso da excepcionalidade concreta como fundamento jurídico apto a relativizar e deixar de aplicar a regra constitucional. O primeiro problema derivado do modelo de controle concentrado é o resultado da interpretação do Supremo Tribunal Federal que, na prática, deixa o inciso VI, suspenso - o texto vige, mas em virtude da pandemia, não vale. O outro problema é o papel institucional do sindicato na

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363-DF. Relator: Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**. 24 nov. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345059901&ext=.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2020, p. 66.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363-DF. Relator: Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**. 24 nov. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345059901&ext=.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2020, p. 100.

⁴³ FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida Económica, 2012, p. 30.

crise, que é reduzido, o que fragiliza o princípio democrático, porque elimina a possibilidade de pluralismo político.

A decisão analisada, na perspectiva da racionalidade neoliberal, dá ênfase à emergência do mercado total, que consolidou a ruptura com o “espírito de Filadélfia”. A hegemonia neoliberal se caracteriza pelo discurso segundo o qual as saídas da crise passam necessariamente pelas medidas de austeridade social. O econômico e, portanto o social, estão supostamente fora do espaço de decisões políticas e dentro da única alternativa possível: enfraquecer o poder político das entidades sindicais profissionais e possibilitar a redução salarial ou suspensão do contrato

O respaldo judicial à possibilidade de redução salarial por negociação individual corresponde à confirmação da normatividade de exceção no cenário de pandemia. Assim, a corte parece cumprir o papel de fornecer subsistência jurídica à opção política de implementação de um conjunto de normas trabalhistas que contraria a Constituição, e se legitima sobre um discurso de excepcionalidade construído a partir do temor de uma catástrofe social iminente. Como se viu acima, este discurso esteve nos votos integrantes da maioria formada no plenário, apto a justificar a atuação “auto-contida” da corte. No Supremo Tribunal Federal, a exceção como argumento jurídico faz revigorar o *slogan* de Thatcher: *there is no alternative*.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Exposição de motivos da Medida Provisória nº 936/2020, de 1º de abril de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-936-20.pdf. Acesso em: 26 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de Inconstitucionalidade nº 5.794-DF. Relator: Edson Fachin. **Diário de Justiça Eletrônico**. 30 maio 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339959032&ext=.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.342-DF. Relator: Marco Aurélio de Mello. **Diário de Justiça Eletrônico**. 11 nov. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6342liminar.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363-DF. Relator: Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**. 24 nov. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345059901&ext=.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363-DF. Relator: Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**. 17 abr. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342847103&ext=.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020.

CARDOSO, Adalberto. **A construção da sociedade salarial no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Amazon, 2019.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. 9. ed. São Paulo: Editora Vozes, 2010.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego. Onze Supremos: todos contra o plenário. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W.; RECONDO, Felipe (Org.). **Onze Supremos: o Supremo em 2016**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2017.

FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida Económica, 2012.

GALVÃO, Andréia (Coord.). **Movimento sindical e negociação coletiva**. Texto para discussão nº 5. CESIT, UNICAMP, 2017. Disponível em: <http://www.cesit.net.br/wpcontent/uploads/2017/11/Texto-de-discuss%C3%A3o-5-Negociacao-coletiva-e-sindicalismo1.pdf/>. Acesso em: 18 nov. 2020.

GALVÃO, Andréia. **Neoliberalismo e reforma trabalhista no Brasil**. 2003. 406 f. Tese (Doutorado em ciências sociais. Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2003.

GALVÃO, Andréia; MARCELINO, Paula. **O sindicalismo brasileiro diante da ofensiva neoliberal restauradora**. In: Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 32, n. 1, p. 157.

GRAU, Antonio Baylos. Modelos de derecho del trabajo y cultura jurídica del trabajo. In: GRAU, Antonio Baylos. **Modelos de Derecho del Trabajo y cultura jurídica de los juristas**. Albacete: Editorial Bombarzo S.L., 2013.

LIMA, Henrique Figueiredo de; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; CARNEIRO, Antônio Leonardo Silva; LEAL, Luana Angelo. **JUDICIALIZAÇÃO DAS REFORMAS INSTITUCIONAIS DE AUSTERIDADE: estudo do cenário brasileiro à luz do marco conceitual de jurisprudência da austeridade**. In: RDRST, Brasília, Volume IV, n. 02, 2018, p. 203-221, maio/ago. 2018.

MOUFFE, Chantal. **Por um populismo de esquerda**. Trad. Daniel de Mendonça. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

POLANYI, Karl, **A grande transformação: as origens de nossa época**. Trad. Fanny Wrabel. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

RAMOS FILHO, Wilson. **Direito Capitalista do Trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil**. 2. ed. LTr: São Paulo, 2012.

SRNICEK, Nick. **Capitalismo de plataformas**. Trad. Aldo Giacometti. 1. Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Caja Negra, 2018.

SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia: a Justiça Social diante do mercado total**. Trad. Tania do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.