

# 8

## UM ESTUDO DE CASO: O JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR NA ADI Nº 6.363/DF E OS DESAFIOS DA JURISPRUDÊNCIA DE CRISE NO CONTEXTO DA LACUNA CONSTITUCIONAL DA PANDEMIA DA COVID/19

### A CASE STUDY: THE JUDGMENT OF THE PRECAUTIONARY MEASURE IN ADI Nº 6.363/DF AND THE CHALLENGES OF THE CRISIS JURISPRUDENCE IN THE CONTEXT OF THE COVID PANDEMIC CONSTITUTIONAL GAP/19

*Renzzo Giacomo Ronchi<sup>1</sup>*

#### RESUMO

O artigo se dedica ao estudo do julgamento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 6363/DF, na qual o Supremo Tribunal Federal validou a medida provisória nº 936/2020, fixando o entendimento de que, durante a permanência da pandemia do coronavírus, empregadores e empregados podem realizar acordos individuais de redução proporcional de jornada e de salário, assim como de suspensão do contrato de trabalho, sem a necessária participação de sindicatos, conforme determina textualmente o art. 7º, inciso VI, da Constituição da República. Por intermédio de uma pesquisa bibliográfica e documental, foi explorado importante fundamento teórico extraído do julgamento, qual seja a teoria do pensamento de possibilidades, segundo a qual sua compreensão pode fornecer

<sup>1</sup> Juiz de Direito do TJMG. Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP – e em Processo Constitucional pela Universidad Lomas de Zamora, na Argentina – UNLZ. Pós-Graduado em Filosofia e Teoria do Direito. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Doctum.

importante marco para os desafios de uma jurisprudência de crise preocupada em resolver, de forma adequada, problemas constitucionais em momentos de grave crise.

**Palavras-chave:** Pandemia da Covid-19. Lacuna constitucional. Jurisprudência de crise. Teoria do pensamento de possibilidades.

## ABSTRACT

The article is dedicated to the study of the judgment of the precautionary measure in the direct action of unconstitutionality nº 6363 / DF, in which the Supreme Federal Court validated the provisional measure nº 936/2020, establishing the understanding that, during the permanence of the coronavirus pandemic, employers and employees may enter into individual agreements for proportional reduction of working hours and wages, as well as suspension of the employment contract, without the necessary participation of unions, as art. 7, item VI, of the Constitution of the Republic. Through a bibliographic and documentary research, an important theoretical basis extracted from the judgment was explored, namely the theory of possibility thinking, according to which its understanding can provide an important framework for the challenges of a crisis jurisprudence concerned with solving, in a constitutional problems in times of serious crisis.

**Keywords:** Covid-19 Pandemic. Constitutional gap. Crisis case law. Possibility thinking theory.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Narrativa do caso. 3. A análise do caso e suas implicações teóricas. 4. Considerações finais. 5. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A Medida Provisória nº 936/2020 causou polêmica no cenário nacional porque mitigou um direito fundamental social previsto no art. 7º, inciso VI, da Constituição, segundo o qual é direito do trabalhador a irredutibilidade de salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.

Embora cada voto proferido no julgamento da medida cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363/DF tenha tido sua importante contribuição para encontrar uma solução adequada em um cenário econômico e sanitário desastroso acarretado pela pandemia da Covid-19, foi no voto do Ministro Gilmar Mendes, que invocou a teoria do pensamento de possibilidades, que se percebeu o esforço efetivo de construir uma fundamentação teórica que pudesse, naquele

momento, dar uma resposta legítima a um problema constitucional de natureza muito grave.

O julgamento tinha um grande dilema: por um lado, o apego excessivo à literalidade da Constituição (art. 7º, inciso VI) poderia engessar de tal monta o sistema produtivo a ponto de poder implicar em sua própria eliminação. Por outro lado, a mitigação de um direito fundamental social poderia abrir um precedente perigoso, enfraquecendo a teoria dos direitos fundamentais e, com isso, a força normativa da Constituição.

Qual desses caminhos era solução mais adequada?

Esse é o propósito do presente artigo. Examinar o caso sem marginalizar o cenário crítico em que o país foi submetido por causa do vírus da Covid-19, discutir as implicações teóricas que foram trazidas pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto e refletir sobre elas à luz da teoria dos direitos fundamentais, de modo a diagnosticar a adequação, ou não, de sua aplicação pela Suprema Corte.

## 2. A NARRATIVA DO CASO

Em abril de 2020 o Supremo Tribunal Federal foi provocado pelo Partido Rede Sustentabilidade (PRS), que ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, em face da Medida Provisória nº 936/2020, que criou o programa emergencial de manutenção do emprego e da renda e introduziu medidas trabalhistas complementares para enfrentar o estado de calamidade pública decorrente da pandemia do novo coronavírus, dentre as quais a possibilidade de redução salarial e a suspensão de contratos de trabalho mediante acordos individuais.

Na ocasião, ao ser sorteado o relator, o Ministro Ricardo Lewandowski concedeu parcialmente o pedido cautelar formulado na ADI nº 6.363/DF, determinando que os acordos individuais de redução de jornada e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho previstos na Medida Provisória nº 936/2020 somente fossem considerados válidos se os sindicatos de trabalhadores fossem notificados em até 10 dias e se manifestassem sobre sua validade. Nesse prazo, a falta de manifestação representaria anuência com o acordo individual.

Em sua fundamentação, o Ministro Lewandowski sustentou que a relação entre empregador e empregado é marcada por uma assimetria,

de modo que a celebração de acordos individuais com redução dos direitos dos trabalhadores iria de encontro ao previsto nos arts. 7º, incisos VI, XII e XVI, e 8º, III e VI, da Constituição, cujas disposições preveem participação efetiva dos sindicatos, por meio de negociações coletivas, como forma de preservar a dignidade da pessoa e a valorização do trabalho humano (BRASIL, 2020, p. 12).

Sem desconsiderar o período crítico advindo da pandemia, o ministro defendeu a necessidade de dar um “mínimo de efetividade à comunicação a ser feita ao sindicato laboral na negociação” (BRASIL, 2020, p. 14).

A decisão foi publicada na data de 6 de abril de 2020.

Em face da decisão foram opostos embargos de declaração pelo advogado-geral da união, sendo rejeitados pelo Ministro Lewandowski sob o fundamento de que, embora a medida provisória tenha previsto a necessidade de notificação das entidades sindicais, não informou qual seria a finalidade dessa comunicação.

Submetida a decisão liminar ao plenário da corte, nos termos do art. 10 da Lei nº 9.868/1999, não foi referendada, tendo sido cassada por maioria de votos, em julgamento concluído na data de 17 de abril de 2020, ocasião em que prevaleceu a tese divergente aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes, que votou pela eficácia integral da Medida Provisória nº 936/2020, autorizando a redução da jornada de trabalho e do salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho, por meio de acordos individuais, com a mera comunicação ao sindicato, independentemente da sua anuência.

Para o Ministro Alexandre de Moraes, a exigência de atuação de sindicatos, por meio de negociações coletivas, geraria insegurança jurídica e aumentaria o risco de desemprego. Segundo ele, diante da excepcionalidade e da limitação temporal, a regra prevista na medida provisória está em conformidade com a proteção constitucional à dignidade do trabalho e à manutenção do emprego (BRASIL, 2020).

Acompanhando a divergência, votaram os Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Dias Toffoli (então presidente).

Ficaram vencidos, além do Ministro Ricardo Lewandowski (relator), o Ministro Edson Fachin e a Ministra Rosa Weber (BRASIL, 2020).

O Ministro Celso de Mello, hoje aposentado, não participou do julgamento por força de licença médica.

O Ministro Fachin proferiu voto pela concessão integral da medida cautelar, sendo seguido pela Ministra Weber. Segundo ele, ainda que eventualmente se admita a hipótese de acordos individuais, a Constituição da República assegura textualmente que a redução salarial somente pode ocorrer mediante negociação coletiva, não havendo espaço para eliminar a participação sindical em acordos dessa natureza (BRASIL, 2020).

### **3. A ANÁLISE DO CASO E SUAS IMPLICAÇÕES TEÓRICAS**

Antes de mais nada, é importante traçar uma linha do tempo como instrumento de compreensão do cenário de crise que tomou conta do país em decorrência da pandemia do novo coronavírus.

Em 30 de janeiro de 2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou emergência internacional por causa do novo coronavírus (BRASIL, 2020), sendo que logo em seguida, na data de 3 de fevereiro, o Brasil declarava emergência de saúde pública de importância nacional (BRASIL, 2020).

Em 7 de fevereiro é sancionada a lei de quarentena, a Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (BRASIL, 2020).

Em 26 de fevereiro é confirmado o primeiro caso de coronavírus no Brasil, em São Paulo (BRASIL, 2020), quando então em 19 de março, por meio da Portaria nº 428, o Ministério da Saúde dispõe sobre o regime remoto de trabalho para todos os servidores e empregados públicos enquadrados como grupo de risco, segundo critérios definidos pelo referido ato normativo, enquanto perdurar o estado de emergência de saúde pública (BRASIL, 2020). No dia seguinte, 20 de março, por meio da Portaria nº 454, o Ministério da Saúde declarava, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do novo coronavírus (Covid-19) (BRASIL, 2020).

Seguindo as orientações do Ministério da Saúde, o Supremo Tribunal Federal baixou a resolução nº 672, publicada na data de 26 de março de 2020, dispondo sobre a permissão do uso de videoconferência nas sessões de julgamento presencial do plenário e das turmas (BRASIL, 2020).

Assim, o julgamento plenário do referendo da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363/DF deu-se inteiramente por videoconferência, estando o seu conteúdo integralmente disponível no canal do Supremo Tribunal Federal no Youtube (BRASIL, 2020).

Na data em que o julgamento foi concluído, 17 de abril de 2020, o país registrava 30.961 casos do novo coronavírus e 1.956 óbitos, dados fornecidos pelas secretarias estaduais de saúde, sendo que dois dias depois, em 19 de abril, o estado de São Paulo ultrapassava mil mortes causadas pela Covid-19 (BRASIL, 2020).

Era esse o contexto crítico que o país atravessava com índice acentuado de óbitos e casos confirmados<sup>2</sup>.

O texto da Medida Provisória nº 936/2020, em seus arts. 7º e 8º, previu que, durante o estado de calamidade pública decorrente do coronavírus, a redução proporcional de jornada com redução de salário, e a suspensão do contrato de trabalho, poderiam ser materializados mediante acordo individual entre empregador e empregado (BRASIL, 2020).

O texto desse ato normativo, no mínimo, parece ir de encontro ao que está previsto textualmente no art. 7º, inciso VI, da Constituição da República, que dispõe que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo” (BRASIL, 2020).

No plenário realizado por videoconferência, o Ministro Ricardo Lewandowski fez questão de pontuar que a solução por ele adotada conciliava a segurança jurídica na matéria, preservando direito

<sup>2</sup> Em 23 de outubro de 2020 o Brasil registrou 5,35 milhões de casos confirmados e 156,4 mil mortes (BRASIL, 2020).

fundamental do trabalhador previsto no art. 7º, inciso VI, da Constituição, com a boa medida adotada pelo governo brasileiro (BRASIL, 2020).

Segundo o Ministro, as cláusulas pétreas da Constituição não poderiam ser marginalizadas em cenário de crise (BRASIL, 2020).

Não obstante o voto proferido pelo relator, prevaleceu a tese divergente inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes, que votou pela improcedência do pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363/DF, mantendo assim a eficácia integral da Medida Provisória nº 936/2020.

Em caráter preliminar, o Ministro Alexandre de Moraes destacou dificuldade prática com relação à tese fixada pelo relator, pois, como o governo implementou a Medida Provisória nº 936/2020 mediante contrapartida de pagamento de abono complementar, nos moldes do seguro-desemprego, essa situação, já exaurida no plano fático, seria de difícil solução acaso o sindicato, posteriormente à notificação, manifestasse sua discordância com os termos do acordo (BRASIL, 2020).

Não bastasse isso, em seu argumento principal, o Ministro Alexandre de Moraes sustentou que, para além de uma interpretação literal do art. 7º, inciso VI, da Constituição da República, o momento crítico pelo qual o país atravessa exige uma interpretação sistemática de todo o texto constitucional, sobretudo do art. 1º, incisos III e IV, que exige que o estado democrático de direito tenha como fundamentos a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, sendo reforçado, também, que no estado de pandemia a República Federativa deve contribuir para minimizar o grave prejuízo econômico, evitando o aumento da pobreza e das desigualdades sociais, conforme dispõe o art. 3º, incisos I e III, da Constituição (BRASIL, 2020).

Buscou o ministro, ainda, que o caso fosse observado à luz do art. 6º, *caput*, da Constituição, que eleva o trabalho a um direito fundamental, subordinando, assim, os demais direitos previstos no art. 7º, de forma que o cenário nacional de milhões de desempregos já efetivados por causa da pandemia da Covid-19 não podia ser ignorado pela Suprema Corte, de modo que, à luz de uma ponderação, haveria de ser preservado o emprego, nos termos da Medida Provisória nº 936/2020, afastando-se, assim, a possibilidade de desemprego em massa, o que

ocorreria se mantida neste momento a exigência de participação dos sindicatos (BRASIL, 2020).

Lembrou o Ministro Alexandre de Moraes que o julgamento deveria preservar a medida provisória porque, embora existente a possibilidade de redução proporcional de salário ou de suspensão do contrato de trabalho, o governo assumiu a contrapartida financeira mediante complementação, aliado ao fato de que a medida provisória, em tese, tinha eficácia por tempo limitado a 90 dias, sendo, portanto, razoável e constitucional a possibilidade de acordo individual entre empregador e empregado, visando, assim, à perpetuação do vínculo (BRASIL, 2020).

Conquanto os demais ministros que acompanharam a tese divergente tenham contribuído com pontos de vista importantes, chamou bastante atenção o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, o qual disse, já de início, que a Suprema Corte estava diante de um grande desafio constitucional (BRASIL, 2020).

Lembrando do julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9/DF, cujo contexto fático do *apagão*, naquele momento histórico, gerou grande insegurança jurídica para a época, o ministro advertiu que aquela excepcionalidade deveria ser recordada para iluminar o contexto atual, podendo ser catalogado, tal como o fizeram os juristas portugueses, como uma *jurisprudência de crise*<sup>3</sup> (BRASIL, 2020).

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, o contexto fático que acarretou naquela época o ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9/DF, com pedido de medida cautelar, foi a falta de energia elétrica por falta d'água nas barragens, enquanto o contexto fático que provocou a edição da Medida Provisória nº 936/2020 versa

<sup>3</sup> A expressão *jurisprudência de crise* foi cunhada pelo Tribunal Constitucional português, que, para administrar uma severa crise econômica em Portugal, admitiu até mesmo a redução de remuneração de servidores públicos. Nesse sentido, conferir o estudo feito por PINHEIRO, 2014. Agora em 2020 o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.238/DF, Alexandre de Moraes, Pleno, por maioria, rejeitou a possibilidade de redução da remuneração de servidores públicos, constando na ementa do julgamento que a irredutibilidade é uma “garantia constitucional voltada a qualificar prerrogativa de caráter jurídico-social instituída em favor dos agentes públicos” (BRASIL, 2020).

sobre uma doença com contaminação intensa, gerando grave paralisação da economia, com repercussão direta no caixa dos estados e municípios, com empresas desativando e desaparecendo em curto período, sem contar o número elevadíssimo de desempregos (BRASIL, 2020).

Na visão do Ministro Gilmar, essa é uma situação extremamente grave, sendo esse o contexto que deve ser considerado no exame da Medida Provisória nº 936/2020 (BRASIL, 2020).

Na visão do Ministro Gilmar Mendes, as normas constitucionais ao longo do tempo vão incorporando as experiências, mas a pandemia da Covid-19, segundo ele, é uma lacuna, de modo que, invocando a teoria do pensamento de possibilidades do professor alemão Peter Haberle, disse o seguinte:

O pensamento de possibilidades é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento de possibilidades é pensamento indagativo (*fragendes Denken*). Na *res publica* existe um *ethos* jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento de possibilidades ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para ‘novas’ realidades, para o fato de que a realidade de hoje poder corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor. (BRASIL, 2020)

Essa teoria do pensamento de possibilidades, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, também seria defendida pelo constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelski, e pelo constitucionalista alemão Konrad Hesse (BRASIL, 2020).

Para Konrad Hesse, segundo o ministro, os textos constitucionais devem estar abertos à realidade e tanto quanto possível normatizar situações relativas ao estado de calamidade porque, se assim não o fizerem, as situações de necessidade se colocarão impondo o império do fato, isto é, “a necessidade não conhece a lei” (BRASIL, 2020).

Essas teorias serviriam para evidenciar que os textos constitucionais podem ser incompletos e, por isso, precisam ser interpretados numa perspectiva de uma complementação de uma lacuna, tal como se deu em Portugal, que enfrentou uma grave crise financeira, adotando

medidas sérias como a redução de salário de servidores públicos, cujo fundamento constitucional, à época indagado, foi uma norma não escrita baseada no estado de exceção financeira (BRASIL, 2020).

Assim, na perspectiva do ministro, aguardar a manifestação de sindicatos para referendar as providências previstas na Medida Provisória nº 936/2020 custaria o emprego de milhões de brasileiros, assim como a discussão posterior seria inútil (BRASIL, 2020).

Em linha de conclusão, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que o legislador da Medida Provisória nº 936/2020 foi cauteloso e proporcional ao grave momento de crise sanitária e econômica ditada pela pandemia da Covid-19, evitando a destruição das empresas e dos empregos, sendo um esforço para que não haja a eliminação do próprio sistema produtivo (BRASIL, 2020).

De fato, a solução dada pela Suprema Corte pareceu-nos bastante proporcional se contextualizada à luz do sério momento de crise vivido pelo país em que a garantia de um direito naquele momento (participação dos sindicatos nos acordos entre empregados e empregadores) poderia colocar em xeque o próprio sistema produtivo previsto na Constituição.

Em artigo publicado no ano de 2013, o Ministro Gilmar Mendes escreveu texto intitulado *Interpretação constitucional e “pensamento de possibilidades”*, no qual, àquela época, pensando sobre as chamadas lacunas constitucionais, compreendeu que o texto constitucional, enquanto ordenamento jurídico essencial, contém apenas as linhas básicas do estado e da sociedade, estabelecendo caminhos e limites (MENDES, 2013, p. 142-143).

Invocando o pensamento de Konrad Hesse, Gilmar Mendes diz que a Constituição não pode ser confundida com uma regulação precisa e completa, não existindo, portanto, uma pretensão de completude do sistema jurídico constitucional, sendo esse o aspecto principal que permite que a Constituição contenha a flexibilidade necessária ao permanente desenvolvimento e, ainda, que o seu conteúdo “subsista aberto dentro do tempo” (MENDES, 2013, p. 142-143).

Embora em seu artigo o Ministro Gilmar Mendes tenha mencionado alguns casos como bons exemplos de aplicação do *pensamento de possibilidades*, fato é que nenhum deles teve a gravidade do caso

enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363/DF.

Nesse sentido, não se discute que a Medida Provisória nº 936/2020 violou texto expresso do art. 7º, inciso VI, da Constituição, mas é importante que se registre que a pandemia da Covid-19 também impôs restrição obrigatória a outros direitos fundamentais como, por exemplo, o direito de ir e vir no território nacional (art. 5º, inciso XV), assim também o direito de reunião (art. 5º, inciso XVI), sendo que essas restrições, em muitas hipóteses, nem mesmo se deram por lei ou por ato normativo equivalente, mas por decretos editados ora por governadores, ora por prefeitos, com o propósito de preservar bens maiores como a vida e a saúde<sup>4</sup>.

Abordando a ductilidade constitucional, o italiano Gustavo Zagrebelsky disse:

La coexistência de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y ao mesmo tempo no hacerse incompatible com su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma com carácter no absoluto, compatible com aquellos otros com los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa em doble imperativo del pluralismo de los valores (em lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad em su enfrentamento (em lo referente al aspecto procedimental). Éstas son, al final, las supremas exigencias constitucionales de toda sociedade pluralista que quiera ser y preservarse como tal. Únicamente e este punto debe valer la

<sup>4</sup> A título de ilustração, registre-se o julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341/DF, Rel. p/acórdão Min. Edson Fachin, Pleno, *DJe* de 31.11.2020 no qual a Suprema Corte, preservando a ideia de um federalismo cooperativo, entendeu pela necessidade de conferir interpretação conforme ao §9º do art. 3º da Lei nº 13.979/2020 (MP nº 926/2020), no sentido de preservar a competência concorrente dos estados e municípios para definir a essencialidade dos serviços, não podendo essa atribuição ser exercida em caráter privativo pela União. Em sentido semelhante, cite-se o julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Pleno, *DJe* de 29.10.2020, em que se reconheceu a competência concorrente dos estados e suplementar dos municípios para adotarem todas as medidas necessárias para preservação da saúde durante a pandemia, independentemente de ato contrário do Governo Federal.

intransigencia y unicamente e él las antiguas razones de la soberanía aún han de ser plenamente salvaguardadas. (ZAGREBELSKY, 2011, pp. 14-15)

O ponto crucial da aplicação do pensamento de possibilidades (Haberle e Hesse) ou do pensamento de ductilidade constitucional (Zagrebel'sky) é que não se pode fazê-la e admiti-la em toda e qualquer situação, sob pena de enfraquecimento dos direitos fundamentais e, por consequência, de erosão do Estado Democrático de Direito.

No entanto, em cenário de crise aguda, como a que se vivencia no estágio da pandemia do coronavírus, essa teoria é de grande relevância para sustentar a sobrevivência da sociedade, do Estado e das instituições.

Sobre esse aspecto, Zagrebelsky é novamente preciso:

Creo, por tanto, que la condición espiritual del tempo em que vivimos podría describirse como la aspiración no a uno, sino a los muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva; la libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales; la igualdad ante la ley, y por tanto la generalidade de trato jurídico, pero también la igualdad respecto a las situaciones, y por tanto la especialidade de las reglas jurídicas; el reconocimiento de los derechos de los individuos, pero también de los derechos de la sociedad; la valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquéllos; el rigor en la aplicación, pero también la piedad ante sus consecuencias más rígidas; la responsabilidade individual em la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo a los más debiles, etc. Si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos. Es el tema del conflicto de valores, que querríamos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciabilidad. Em el tempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente impible, pero altamente deseable em la práctica: no la prevalencia de um sólo valor y de um sólo principio, sino la salvaguarda de vários simultaneamente. (ZAGREBELSKY, 2011, p. 16)

Insista-se que essa ductilidade constitucional ou pensamento de alternativas não deve ser posta em prática em tempos de normalidade constitucional, mas apenas e tão somente em situações de profunda adversidade constitucional, cuja magnitude possa comprometer a

sobrevivência de valores maiores como dignidade da pessoa humana, vida, saúde, além de pôr em risco a existência de instituições e da própria ideia de convivência em sociedade.

O que torna legítima a decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal é a sua adequação com o princípio da proporcionalidade, pois a medida provisória limitou a possibilidade desses acordos individuais ao prazo determinado de 90 dias, isto é, apenas enquanto durar a epidemia do coronavírus.

Em artigo publicado no *site Jota*, Fernando Leal, professor do curso de Direito da FGV-Rio, pontuou o seguinte:

Nessa conjuntura, adote-se ou não o rótulo de ‘jurisprudência da crise’, a formulação de uma postura para lidar com contextos dessa natureza, antes de negada, deve ser reconhecida como algo inevitável. Isso não significa que ela possa ser usada como pretexto para decidir de qualquer maneira. Reconhecer o cenário especial não liberta os ministros dos ônus elevados de justificação que devem assumir quando decidem. Ao contrário, a crise deve exigir esforços excepcionais para a justificação de decisões complexas, às vezes urgentes, em situações também excepcionais. Tampouco ela deve ser encarada como sinônimo de heterodoxia constitucional. A Constituição continua a mesma, as ferramentas para a sua interpretação seguem disponíveis e a busca pela guarda das suas promessas, sobretudo as mais fundamentais, deve se manter inegociável. (LEAL, 2020)

Assim, a decisão tomada pela Suprema Corte de forma alguma pode ser encarada como uma espécie de retrocesso social em termos de conquistas de direitos sociais, mas um esforço excepcional e inevitável para equacionar um momento crítico.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Não há um acervo de uma jurisprudência de crise no país porque não se enfrentou até o momento um problema sanitário e econômico de tal gravidade, de modo que o Estado, a sociedade e as instituições souberam, até o evento da pandemia da Covid-19, superar suas adversidades sempre em respeito à Constituição da República.

A decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal, afastando um direito fundamental social previsto expressamente no texto constitucional (art. 7º, VI), deve ser vista como uma estratégia excepcional e

assim se espera porque, como bem pontuou o constitucionalista Cláudio Pereira de Souza Neto, “a inobservância contumaz, pelo Judiciário, dos limites interpretativos a que abrem os textos normativos é um dos elementos do atual processo de erosão do Estado Democrático de Direito no Brasil” (SOUZA NETO, 2020, p. 203).

Não obstante, a teoria do *pensamento de possibilidades*, defendida por autores como Peter Haberle, Konrad Hesse e Gustavo Zagrebelsky (*ductilidade constitucional*) e invocada pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363/DF, parece sustentar neste grave momento de crise de proporção mundial, de forma coerente e proporcional, a opção tomada pela suprema corte, que assim constrói um marco teórico para equacionar crises semelhantes no futuro.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Agência Brasil. *Covid-19: Brasil tem 5,35 milhões de casos e 156,4 mil mortes*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-10/covid-19-brasil-tem-535-milhoes-de-casos-e-1564-mil-mortes>. Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 188/2020*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 4 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 428/2020*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-428-de-19-de-marco-de-2020-249027772>. Acesso em: 4 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 454/2020*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-454-de-20-de-marco-de-2020-249091587>. Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Linha do tempo*. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/linha-do-tempo/>. Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 13.979/2020*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm). Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. Presidência da República. *Medida Provisória nº 936/2020*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm). Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363/DF*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Pleno, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341/DF*. Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin. Pleno, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672/DF*. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Pleno, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF mantém possibilidade de redução de salários por acordo individual em decorrência da pandemia*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441651>. Acesso em: 3 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.238/DF*. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Pleno, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Resolução nº 672/2020*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao672.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno – Consulta a sindicato para acordos de redução salarial. *Youtube*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hWVcam3KGdE&list=PL3h0MOujiGgxIkKUnH6NhPnRzBpQLbdqn&index=27>. Acesso em: 4 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno – Redução de salários por acordo individual em decorrência da Covid-19. *Youtube*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LFwWUDURYMQ&list=PL3h0MOujiGgxIkKUnH6NhPnRzBpQLbdqn&index=30>. Acesso em: 8 nov. 2020.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), acesso em 8 de novembro de 2020.

LEAL, Fernando. *O Supremo e a pandemia: é preciso uma jurisprudência de crise?* Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/stf-pandemia-crise-jurisprudencia-01042020>. Acesso em: 15 nov. 2020.

MENDES, Gilmar. Interpretação constitucional e “pensamento de possibilidades” *apud* COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). *Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, 2013.

---

PINHEIRO, Alexandre Sousa. *A jurisprudência da crise*. Tribunal Constitucional Português (2011-2013). Observatório da jurisdição constitucional.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil*. Valores constitucionais. Antagonismo político e dinâmica institucional. Rio de Janeiro e São Paulo: Contracorrente, EdUERJ, 2020. Brasília: IDP, ano 7, nº 1, jan./jun. 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2011.

*Recebido em 29/11/2020*

*Aprovado em 02/12/2020*