

Acordo individual para utilização dos instrumentos emergenciais da MP 936/20 – Análise constitucional ampla

Iuri Pinheiro¹

Michel Evangelista Luz²

Rafael Lara Martins³

1. INTRODUÇÃO

A pandemia COVID-19 provocou um severo abalo em todo o mundo, colocando em risco o mais sagrado dos direitos, qual seja, a própria vida. Em virtude disso e com vistas à preservação da saúde pública, inúmeras medidas estão sendo tomadas, destacando-se, como recomendação técnica, o isolamento social e a quarentena.

Embora tais medidas sejam necessárias para o combate a esse inimigo invisível, o isolamento social compromete gravemente as relações econômicas e sociais, gerando inquietude nos empregadores quanto à continuidade das atividades empresariais e intranquilidade nos empregados quanto à manutenção de sua fonte de sobrevivência.

Nesse contexto, visando diluir o impacto sobre as relações sociais de trabalho foram – e estão sendo – editadas diversas Medidas Provisórias, merecendo destaque a de número 936/2020, que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispôs sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, além de outras medidas.

2. REQUISITOS E FORMALIZAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DA MP 936/2020

¹ Juiz do Trabalho, Professor de cursos de Pós-Graduação, Coordenador Científico da Pós-Graduação de Compliance Trabalhista e escritor de obras jurídicas, dentre elas o Manual do Compliance Trabalhista.

² Advogado, Mestre em Direito e Professor de Graduação e Pós-Graduação.

³ Advogado, Mestre em Direito, Professor de Cursos de Pós-Graduação e Vice-Presidente da Comissão Nacional de Compliance da OAB.

A MP 936/2020 visa assegurar basicamente a preservação das atividades laborais e empresariais através de duas alternativas básicas:

- i) Redução de jornada e salário;
- ii) Suspensão do contrato de trabalho.

Como forma de socorrer os dois polos da relação de emprego, as duas alternativas acima apontadas são acompanhadas da concessão de um Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e Renda (BEMPER), calculado a partir do valor que seria devido a título de seguro-desemprego em caso de eventual dispensa.

Ambas podem sempre ser operacionalizadas por meio de negociação coletiva, tendo a Medida Provisória permitido a sua pactuação por meio de acordo individual caso os empregados:

- i) percebam salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00 (três mil cento e trinta e cinco reais) ou
- ii) percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (R\$ 12.202,12) e possuam diploma de nível superior⁴.

O somatório entre eventual salário reduzido e benefício emergencial resulta em valores aproximados ao salário que era efetivamente percebido para aqueles que recebem até R\$ 3.135,00, mas pode ocorrer uma perda que oscilará entre 5% e cerca de 30%, a depender do valor do salário.

A título ilustrativo, a professora Vólia Bomfim Cassar⁵ tem demonstrado que a receita final com a redução salarial será nos seguintes termos:

- i) para aqueles que perceberem salário de R\$ 1.045,00, com a redução de 25%, a receita final será de R\$ 992,75, provocando perda total de 5%;
- ii) para aqueles que perceberem salário de R\$ 1.700,00, com redução de 25, 50 ou 70%, a remuneração final será de 5,5; 11 e 15% menor;
- iii) para aqueles que perceberem salário de R\$ 3.000,00, com redução de 25; 50 ou 70%, a remuneração final será de 10, 20 e 27% a menor;

⁴ A MP 936/2020 permite a negociação individual para redução de salário e jornada mesmo que o salário seja superior a R\$ 3.135,00, mas desde que o percentual seja no importe de 25%.

⁵ Dados demonstrados em apresentações virtuais tão frequentes na realidade atual de isolamento social.

Ainda a respeito das faixas salariais para definição da espécie de acordo de redução de jornada e salário, bem como suspensão contratual, a MP 936/2020 faz menção simplesmente ao termo salário⁶, o que gera dúvida a respeito do alcance desta terminologia.

Uma primeira perspectiva de entendimento poderia sugerir que se estaria a falar do salário-base, por ser uma parcela que serve de referência para outros direitos. Contudo, com base no efeito expansionista circular, nos dizeres de Maurício Godinho Delgado, entendemos que a norma não fez restrição, razão pela qual toda parcela considerada como salário será considerada para efeito desse enquadramento ⁷.

Assim, imagine que um trabalhador receba salário-base de R\$ 3.000,00 e adicional de periculosidade no importe de R\$ 900,00.

Nesse caso, a faixa salarial global seria R\$ 3.900,00, o que exigiria a necessidade de negociação coletiva para suspensão do contrato de trabalho.

Agora suponha que esse trabalhador tenha sido colocado em regime de teletrabalho antes do advento da suspensão e que a periculosidade fosse relacionada às condições físicas do ambiente de trabalho.

Nessa hipótese, a Presidência do TST já se manifestou pela possibilidade de supressão do adicional de periculosidade se inexistente a causa do salário-condição no teletrabalho (Processo: TST-SLS-1000302-89.2020.5.00.0000), o que transformaria o salário em R\$ 3.000,00.

Desse modo, ficaria o questionamento: caso o empregador resolva acordar essa suspensão contratual, o ajuste poderia se dar pela via da negociação individual?

É possível entender de duas formas:

a) como o trabalhador havia passado ao regime de teletrabalho com reposicionamento do seu salário para R\$ 3.000,00, seria possível a pactuação por acordo individual (com as cautelas da liminar proferida na ADI 6363);

⁶ MP 936/20, Art. 12.

⁷ SILVA, Fabrício Lima; LUCENA JUNIOR, Hamilton N.; PINHEIRO, Iuri. **MEDIDA PROVISÓRIA 936/2020**. Ebook, 2020. Disponível em www.dicastrabalhistas.com.br/ebookmp. Acesso em 09 de abril de 2020.

b) o salário do empregado perfazia o montante de R\$. 3.900,00, tendo sido reduzido apenas em virtude da adoção pontual de um determinado mecanismo de superação de calamidade.

A questão é de fato polêmica e a jurisprudência ainda há de caminhar para solução. A divergência é tamanha que nem os próprios autores do presente texto obtiveram consenso na interpretação de ambas possibilidades.

Já com relação aos que percebem salário igual ou superior a R\$ 12.202,12 e possuam diploma de nível superior, a lógica nos parece ser centrada na inovação da Lei 13.467/2017, que permitiu a esses empregados celebrarem negociações individuais, na forma do art. 444, parágrafo único, da CLT.

Merece ser destacado, ainda, quanto à redução do salário e jornada que:

- a) fica preservado o valor do salário-hora de trabalho;
- b) a pactuação se dará por acordo escrito;
- c) a redução da jornada de trabalho e de salário por acordo individual se dará, exclusivamente, nos seguintes percentuais: 1) vinte e cinco por cento; 2) cinquenta por cento; ou 3) setenta por cento;
- d) fica assegurada garantia no emprego.

3. A LIMINAR MONOCRÁTICA DO STF NA ADI 6363

Apreciando pleito cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6363, o ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal (STF), deferiu, em parte, a pretensão para estabelecer que os acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho previstos na Medida Provisória (MP) 936/2020 somente serão válidos se os sindicatos de trabalhadores forem notificados em até 10 dias e se manifestarem sobre sua validade.

A *ratio decidendi* gravita em torno do mandamento constitucional contido nos arts. 7º, VI, XIII, XXVI e 8º, III e VI:

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;

[...]

Ora, o confronto, ainda que sumário, dos preceitos constitucionais acima listados com os dispositivos contestados da MP 936/2020 desperta forte suspeita de que estes, conforme alega o autor da ação, afrontam direitos e garantias individuais dos trabalhadores, que, como se sabe, configuram cláusulas pétreas.

[...]

A Constituição de 1988 prevê, como garantia inerente à dignidade humana, a irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo (art. 7º, IV). Por isso, a previsão de acordos individuais viola a autonomia negocial coletiva agredindo, primeiro, o sistema normativo que deve vincular todos os Poderes Constituídos e, segundo, a Convenção nº 98 da OIT, que equivale a norma de patamar superior ao das medidas provisórias.

[...]

[...] o reiterado afastamento da negociação coletiva na implementação das aludidas medidas emergenciais, relativamente a considerável parcela dos vínculos de trabalho, sobretudo quando referentes à redução de salários e suspensão de contratos de trabalho, pois a Constituição da República garante como direito do trabalhador brasileiro a irredutibilidade salarial, só sendo possível a diminuição dos salários a partir de negociação coletiva (art. 7º, VI). Prever a redução salarial sem a participação dos sindicatos de trabalhadores, mesmo em tempos de crise acentuada, é medida de natureza inconstitucional.

É certo que nossa Constituição Federal homenageia e protege a irredutibilidade salarial e a autonomia privada coletiva como direitos sociais, mas o relativismo constitucional nos orienta que, sempre que houverem valores em tensão, é preciso se levar em consideração todos os elementos que sejam capazes de harmonizar uma solução justa para o momento em questão, o que nos propomos a desenvolver adiante.

Antes, contudo, não podemos deixar de externar a preocupação com a mudança de procedimento criado através da liminar, a partir da qual os acordos individuais passariam a ficar em estado de inércia, dependendo de omissão do ente sindical ou de sua concordância, sob pena de não produzirem efeitos, o que atrai extrema insegurança jurídica porque, ao pactuar acordos individuais, não se tem qualquer perspectiva concreta de sua validade, findando-se por estimular dispensas em detrimento das alternativas da MP 936/2020.

4. PONDERAÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS

As regras, assim como os princípios, são normas porque ambos orientam o que deve ser, ou seja, podem ser formulados por expressão deônticas do dever, da permissão e da proibição, sofrendo alternâncias em termos de abstração ou concretude.

Segundo Robert Alexy⁸, os princípios são mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em graus variados. As regras, por sua vez, representam normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Isto é, se uma regra é válida, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige, pois elas contêm determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível.

Porém, na busca por uma solução harmônica e prática, no que diz respeito às relações sociais de trabalho no momento atual, é preciso levar em consideração que não se está em risco apenas a irredutibilidade salarial e a autonomia privada coletiva como forma de concretização do princípio do valor social do trabalho, mas também a saúde pública como dever do estado e direito de todos, que exige medidas de restrição que acabam comprometendo a viabilidade de manutenção de muitos postos de trabalho – preocupação principal das Medidas Provisórias que estão sendo publicadas.

A conjugação harmônica dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa⁹ também estão sendo fortemente atingidos, o que demanda do Estado uma postura que seja capaz de atender a busca do pleno emprego¹⁰ por meio da ponderação de todos os valores que estão envolvidos.

⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90 - 91.

⁹ CRFB, Art. 1º, IV.

¹⁰ CRFB, Art.170, VIII,

Assim, apesar de a Constituição República Federativa do Brasil prever em seu art. 7º, VI que “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social a irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo” a teoria consequencialista¹¹ do direito demanda uma análise das consequências das decisões, não se podendo deixar de considerar que a ausência de mecanismos hábeis a superar o abalo vivenciado poderá provocar dispensas desenfreadas.

Outrossim, a finalidade do art. 7º, VI da CF/88 é garantir soluções equilibradas, evitando prejuízos arbitrários ao trabalhador.

Nesse contexto, com o BEMPER, assegurar-se-ia uma receita muito aproximada para aqueles que percebem salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00 efetivando o mínimo existencial pelo princípio da liberdade fática, pois o homem não pode ser privado do mínimo necessário à preservação de sua vida e liberdade.

Logo, a interpretação precisa ser sistemática, ponderando todos os bens constitucionais, e finalística, percebendo que não se está a tratar de uma redução arbitrária. A interpretação também deve levar em consideração que, mesmo com a redução de jornada, preserva-se o valor do salário-hora.

A jurisprudência do TST apesar de ser no sentido de proteger o valor nominal do salário e não o valor do salário-hora já admitiu, excepcionalmente, diante do caso em concreto, a possibilidade de redução da jornada de trabalho e diminuição proporcional do salário sem a necessidade de negociação coletiva.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DIFERENÇA SALARIAL. REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO A PEDIDO DO EMPREGADO. O Tribunal a quo, analisando o conjunto fático-probatório existente nos autos, entendeu que ficou comprovado que a redução da jornada e a diminuição proporcional do salário aconteceram por interesse pessoal da empregada em virtude de seu marido ficar enfermo e não por uma suposta necessidade de redução de custos do Réu, como alegado no recurso de revista denegado. Incidência da Súmula 126 do TST. Agravo de instrumento não provido. (TST - AIRR: 5072020115040751 507-20.2011.5.04.0751, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 25/09/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/09/2013).

Frise-se que as decisões do TST relacionadas as exigências de negociação coletiva para a redução proporcional da jornada e do salário do empregado ocorreram em situações

¹¹ LINDB, Art. 20.

de normalidade e não em um contexto de estado de calamidade pública decretado em razão da pandemia do COVID-19, que provocou um estado de absoluta anormalidade em todo o mundo.

Lado outro, é preciso examinar se a hipótese de suspensão contratual representaria tecnicamente uma redução salarial para definir se haveria confronto com o art. 7º, VI da CF/88.

Uma primeira perspectiva de entendimento poderia sinalizar que a suspensão malferiria o art. 7º, VI porque não apenas reduziria, mas suprimiria integralmente o salário. É possível sustentar que, mesmo diante do benefício governamental, haveria perda de receita, ainda que mínima, o que exigiria negociação coletiva e, assim, atrairia a inconstitucionalidade da MP 936/2020.

Contudo, compreendemos que a suspensão é figura jurídica diversa e excepcionalmente justificada pelo interesse público e, nesses casos, nem sempre é garantido ao trabalhador o equivalente monetário integral como, por exemplo, ocorre na hipótese de suspensão do contrato por auxílio doença, o qual é equivalente a 91% do salário de benefício¹² e nunca se cogitou falar em inconstitucionalidade ou necessidade do empregador arcar com essa diferença.

Por essas razões, os arts. 7º, VI, XIII, XXVI e 8º, III e VI da CF/88 não podem ser lidos isoladamente sem levar em consideração todos os outros valores que estão envolvidos, pois o direito tem uma função social a realizar de tal modo que não pode mais ser concebido sem levar em conta a sociedade que deve reger.

5. A REALIDADE FÁTICA INESPERADA E A TEORIA DA DERROTABILIDADE

O estado de calamidade pública decretado em razão da pandemia do COVID-19 deságua em uma verdadeira situação de anormalidade. Ninguém esperava ter que se sujeitar a uma pandemia desenfreada, ocasionando a suspensão de atividades empresariais diversas a nível global.

Assim, apesar de a Constituição da República Federativa do Brasil prever em seu art. 7º, VI a necessidade de acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho quando a

¹² Lei, 8.213/91, Art. 61.

questão envolver a redução salarial, estamos presenciando uma situação de anormalidade, sendo necessário enfrentar se a exigência da participação obrigatória dos sindicatos se apresenta como uma solução viável.

Nesse contexto, é preciso delinear que há tempos vivemos uma crise de representatividade sindical no Brasil que foi agravada com a eliminação abrupta do financiamento sindical até então existente, sem uma regra de transição e outros incentivos e estímulos necessários para se caminhar a uma liberdade sindical preconizada pelo Organização Internacional do Trabalho. O tripé do sistema sindical brasileiro foi abalado.

Não se pode negar, ainda, que o enfraquecimento e a disponibilidade de força sindical se baseia também em outros aspectos, tais como a eliminação da assistência sindical para a rescisão do contrato de trabalho¹³, salvo nos casos de estabilidade no emprego, o afastamento da intervenção sindical nas dispensas coletivas¹⁴, a extinção do contrato de trabalho por acordo entre empregado e empregador¹⁵, a comissão de representação dos empregados¹⁶, o litisconsórcio necessário para os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho nas ações individuais ou coletivas que visem a anulação de cláusulas constantes desses instrumentos, que por sua vez pode levar a uma discussão relacionada a obrigatoriedade da assistencial sindical em virtude do fim da contribuição sindical¹⁷.

Outro aspecto a se reforçar é que a reforma trabalhista, além de tornar facultativa a contribuição sindical obrigatória¹⁸, não regulamentou outras formas de custeio, como a contribuição assistencial¹⁹ e a contribuição negocial²⁰. Ambas as contribuições, por serem previstas em instrumentos coletivos, somente podem ser descontadas dos trabalhadores

¹³ CLT, Art. 477.

¹⁴ CLT, Art. 477-A.

¹⁵ CLT, Art.484-A.

¹⁶ CLT, Art. 510-A ao Art.510-D.

¹⁷ CLT, Art. 611-A, §5º da CLT introduzido pela reforma trabalhista.

¹⁸ É importante ressaltar que no dia 29 de junho de 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF), por 6 (seis) votos a 3 (três), declarou a constitucionalidade do ponto da Reforma Trabalhista que extinguiu a obrigatoriedade da contribuição sindical. O dispositivo foi questionado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5794, em outras 18 ADIs e na Ação Declaratória de constitucionalidade (ADC) 55, que buscava o reconhecimento da validade da mudança na legislação. Como as ações tramitaram de forma conjunta, a decisão de hoje aplica-se a todos os processos (STF, 2018).

¹⁹ CLT, Art. 513.

²⁰ Lei 11.648/2008, Art. 7º.

sindicalizados²¹, embora, para a OIT, o sistema de deduzir automaticamente dos salários uma cotização para fins de solidariedade a cargo dos trabalhadores não sindicalizados não fere a liberdade sindical estipulada na Convenção n° 87²².

Conquanto entendamos que o tratamento sindical brasileiro mereça uma reforma abrangente que restaure a efetividade deste valor constitucional, é necessário enfatizar que a realidade atual não conta com sindicatos, em regra, adequados com estrutura física, humana e de logística para entabular negociação com uma gama acentuada de milhares de empregadores.

²¹ **PN 119 da SDC do TST. CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS - INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS.** A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoração ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados. No mesmo sentido dispõe a Súmula 666 do STF: “A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo”. Cf. também a CLT, art. 611-B, XXVI.

²² MEIRELLES, Davi Furtado. **Liberdade sindical: o modelo ideal**, Revista da Faculdade de Direitos de São Bernardo do Campo, v. 15, 2009. Disponível em: <<https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/178/128>>. O Tribunal Superior do Trabalho (TST) em recente decisão (Processo n° 1000376-17.2018.5.00.0000) declarou ilegal e abusiva a greve dos petroleiros sob o fundamento de que o movimento paredista estava centrado em razões políticas e de mero oportunismo. A mencionada decisão corrobora com a relativização do exercício do direito fundamental a greve visto que cerceou a liberdade dos particulares em pleno Estado Democrático de Direito. Por esse motivo, só existem duas saídas possíveis para se combater a relativização do exercício do direito fundamental de greve. A primeira no âmbito judicial frente a uma possível mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de permitir a contribuição assistencial e/ou negocial dos trabalhadores não sindicalizados pelo fato de que a própria OIT não considera o mencionado desconto como ato atentatório a liberdade sindical, isto é, por meio um interpretação que leve em consideração o bloco de constitucionalidade e a abertura material da Constituição, o desconto na folha salarial dos trabalhadores não sindicalizados passaria a ser considerado constitucional o que por sua vez levaria ao fortalecimento dos sindicatos e conseqüentemente a sua capacidade de organização e de celebração de bons acordos coletivos. A segunda no âmbito político por meio da realização de uma reforma sindical regulamentando as mencionadas contribuições, pondo fim a unicidade sindical (PEC n° 314/2004, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018a) e estabelecendo a lei de greve e a negociação coletiva para os servidores da Administração pública (Projeto de Lei n° 6.032/2002, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018b). **2ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho - Enunciado Aglutinado n° 12 da Comissão 3.** I - É lícita a autorização coletiva prévia e expressa para o desconto das contribuições sindical e assistencial, mediante assembleia geral, nos termos do estatuto, se obtida mediante convocação de toda a categoria representada especificamente para esse fim, independentemente de associação e sindicalização. II - A decisão da Assembleia Geral será obrigatória para toda a categoria, no caso das convenções coletivas, ou para todos os empregados das empresas signatárias do acordo coletivo de trabalho. III - O poder de controle do empregador sobre o desconto da contribuição sindical é incompatível com o caput do art. 8º da Constituição Federal e com o art. 1º da Convenção 98 da OIT, por violar os princípios da liberdade e da autonomia sindical e da coibição aos atos antissindicais.

Repise-se, não se trata de negociar pontualmente com um ou outro empregador, mas sim um arsenal infindável de empregadores que estão com suas atividades suspensas pela necessidade estatal de isolar momentaneamente as pessoas para protegê-las do vírus.

A bem da verdade, muitos sindicatos estão de portas fechadas, com restrição de canais de comunicação, suporte de pessoal e, alguns, em estado de penúria absoluta.

Logo, tendo em vista que a pandemia atinge um número gigantesco de empregadores, na prática se torna extremamente improvável ou até impossível que os sindicatos consigam negociar coletivamente com todos os empregadores, restando inviável a mencionada opção.

Isso sem mencionar que a impossibilidade de se realizar assembleias de trabalhadores faria com que essas negociações sindicais refletissem eventual opinião ou vontade isolada dos dirigentes dos sindicatos – os quais, em muitos casos, encontram-se em dissonância da realidade individualizada dos trabalhadores.

Outrossim, os requisitos e procedimentos exigidos pela MP 936/2020 apesar de possuírem um prazo reduzido para serem cumpridos ainda não são capazes de impedir que o procedimento seja solene e burocratizado – em absoluta desconexão fática com a urgência das medidas a serem tomadas.

Corroborando com o mencionado raciocínio, é preciso reafirmar que o art. 7º, VI, da CF/88 tem a função de proteger o trabalhador para que não ocorra a redução salarial de modo abusivo em momentos de normalidade.

Entretanto, o momento é de estado de calamidade pública e existe tutela estatal assegurando a manutenção de um mínimo existencial e que, para aqueles que percebem salário de até R\$ 3.135,00 (o equivalente a três salários mínimos), representa uma receita bem aproximada do rendimento anteriormente percebido, razão pela qual, em ponderação de valores, nos parece razoável a celebração de acordos individuais, assegurada a possibilidade de fiscalização do sindicato para casos de eventuais vícios de manifestação de vontade.

A CF/88 não projeta o seu foco apenas para uma ótica e nem se baseia em uma diretriz fixa para cada tema. O que está em jogo vai bem além da avaliação isolada da

intangibilidade salarial, que tem sua inegável nobreza. Mas também estão em xeque a saúde pública, que provoca desfalque inesperado do erário e traz graves riscos para a sobrevivência massiva de empresas, além de uma trágica incerteza científica quanto ao tempo de duração do estado de calamidade pública.

Nesse ponto, rememora-se, com preocupação, a célebre frase atribuída ao jurista francês, Georges Ripert²³: “quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga ignorando o direito”.

Diante de tudo isso, é necessário levar em consideração o fenômeno da derrotabilidade das normas cuja origem remonta aos pensamentos de Hart no artigo intitulado “The Ascription of Responsibility and Rights. Proceedings of the Aristotelian Society²⁴.”

Nesse sentido, a questão da derrotabilidade das normas, no Brasil, foi abordada por Juliano Tavares Bernardes ainda no ano de 2005. Porém, o tema só ganhou maior profundidade de debates a partir do ano de 2009 com Fernando Andreoni Vasconcellos, André Rufino do Vale, bem como pelo posterior apontamento realizado sobre a temática por Humberto Ávila e Thomas Bustamante, que preferem tratar o mencionado fenômeno como superabilidade das normas²⁵.

E o que pode ser compreendido como derrotabilidade normativa e qual a sua relação com a decisão proferida em sede de medida cautelar pelo ministro Ricardo Lewandowski?

De forma extremamente pertinente para o caso em análise, Juliano Tavares Bernardes e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira lecionam que:

(...) a teoria da derrotabilidade normativa parte da premissa segundo a qual as normas jurídicas se baseiam em raciocínios cujas justificativas podem ser “derrotadas” diante da exteriorização de circunstâncias anormais e que não forem consideradas na formulação normativa. Como os órgãos que editam atos normativos são incapazes de prever as infinitas circunstâncias que futuramente

²³ A celebre e clássica frase é apontada pela literatura como tendo sido pronunciada em 1940 quando o professor era o então reitor da Faculdade de Direito de Paris.

²⁴ HART, L. A. **The Ascription of Responsibility and Rights. Proceedings of the Aristotelian Society.** New Series, Vol. 49 (1948 - 1949), p. 171 - 194. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/4544455>>. Acesso em 08 de abr. 2020.

²⁵ TAVEIRA, Juliano Bernardes e FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional – TOMO I – Teoria da Constituição.** 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2019, p. 269 - 273.

aparecerão o momento em que uma norma deva ser aplicada, as previsões normativas estão sempre abertas a uma lista de exceções (**cláusulas “a menos que...”**) que podem “derrotar” os comandos inicialmente propostos pela autoridade normativa²⁶.

Conforme expusemos linhas atrás, a finalidade de se exigir negociação coletiva era proteger o trabalhador de alterações abusivas e que provocassem prejuízos relevantes, não se imaginando o contexto de tão elevada excepcionalidade e nem considerando que o poder público traria aporte financeiro para compensar essa relativa perda nominal.

Estamos, portanto, diante de *post factum* jamais imaginado pelo constituinte e que autoriza o afastamento episódico da obrigatoriedade da norma que exige participação dos sindicatos nos acordos e negociações coletivas apenas nesse contexto pontual, temporário e excepcional.

É inafastável a aplicação – além do sopesamento das normas e princípios constitucionais, como já dito – da teoria da derrotabilidade para o contexto fático específico desse momento histórico, ao art. 7º, VI da Constituição Federal.

6. CONCLUSÃO

A proteção ao trabalhador buscada pelos arts. 7º, VI, XIII, XXVI e 8º, III e VI da CF/88 se centram em: a) vedar prejuízos abusivos; b) assegurar um mínimo existencial e mecanismos compensatórios para eventuais perdas.

E isso está sendo atendido pelo Estado através: a) do benefício pecuniário instituído; b) da garantia de emprego estabelecida; c) da manutenção do salário-hora.

Tudo isso em um cenário excepcional, inimaginável e que demanda solução emergencial a bem da saúde pública de todos, sem que se ignore a realidade brasileira, na qual os sindicatos enfrentam sérias dificuldades de manter o seu funcionamento e que dificilmente conseguiriam dar vazão à necessidade de pactuações de uma gama infindável de empregadores e trabalhadores, mesmo com redução de prazos da negociação e utilização de meios telemáticos.

Da mesma maneira que a irredutibilidade salarial é um valor constitucional, a saúde pública, a plenitude do emprego, a harmonização dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa também o são.

²⁶ Op. Cit., p. 270.

Por isso é que defendemos uma interpretação finalística, sistemática e atenta ao estado real de coisas, para, com base na ponderação de valores e na teoria da derrotabilidade, compreender como razoável e equânime a possibilidade da pactuação individual no contexto atual.

Em arremate, frisa-se, respeitosamente, que a concessão da liminar na ADI 6363, ao condicionar a validade do acordo individual a uma condição futura e incerta (aval do sindicato) descortina um cenário de grande insegurança jurídica e intranquilidade social, que pode findar por provocar indesejadas dispensas massivas, sendo relevante, assim, reforçar que a teoria consequencialista do direito é também um elemento a ser considerado, nos termos do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.