



Direitos Fundamentais Trabalhistas: restrições da jurisprudência da crise na pandemia

APRESENTAÇÃO

Guilherme Camargo Massaú

PREFÁCIO

Catarina Santos Botelho

POSFÁCIO

Gilberto Stürmer

Alex Jordan Soares Monteiro Mamede

O livro investiga os limites às restrições a direitos fundamentais trabalhistas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, que levaram à construção de uma jurisprudência da crise nos anos de 2020 e 2021.

Primeiramente, caracteriza-se a jurisprudência da crise brasileira e os riscos decorrentes de uma importação acrítica das suas principais influências. Em seguida, com base na teoria externa das restrições, analisa-se os limites às restrições a esses direitos sociais, afere-se a possível caracterização desses direitos como cláusulas pétreas, e investiga-se a historicidade subjacente à origem desses direitos na constituinte e as condições para a superabilidade das regras. Na sequência, no terceiro capítulo, são analisados os acórdãos das ADIs 6363 e 6342 e o modelo de deliberação do STF, sobretudo, quanto à forma de expressão das decisões da Corte e às dificuldades do modelo *seriatim*.



Editora Fundação Fênix



**Direitos Fundamentais Trabalhistas:
restrições da jurisprudência da crise na pandemia**

Série Direito

Conselho Editorial

Editor

Ingo Wolfgang Sarlet

Conselho Científico – PPG Direito PUCRS

Gilberto Stürmer – Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim – Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro – Ricardo Lupion Garcia

Conselho Editorial Nacional

Adalberto de Souza Pasqualotto – PUCRS

Amanda Costa Thomé Travincas – Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Maria DÁvila Lopes – UNIFOR

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos – UERJ

Angélica Luciá Carlini – UNIP

Augusto Jaeger Júnior – UFRGS

Carlos Bolonha – UFRJ

Claudia Mansani Queda de Toledo – Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru

Cláudia Lima Marques – UFRGS

Clara Iglesias Keller – WZB Berlin Social Sciences Center e Instituto Brasileiro de Ensino

Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmiento – UERJ

Daniel Wunder Hachem – PUCPR e UFPR

Daniel Mitidiero – UFRGS

Denise Pires Fincato – PUCRS

Draiton Gonzaga de Souza – PUCRS

Eugênio Facchini Neto – PUCRS

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer – UniRio

Fabio Siebeneichler de Andrade – PUCRS

Fabiano Menke – UFRGS

Flavia Cristina Piovesan – PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet – PUCRS

Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER

Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor aposentado da UNB

Gisele Cittadino – PUC-Rio

Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR

Giovani Agostini Saavedra – Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP

Guilherme Camargo Massaú – UFPel

Gustavo Osna – PUCRS

Hermes Zaneti Jr

Hermilio Pereira dos Santos Filho – PUCRS
Ivar Alberto Martins Hartmann – FGV Direito Rio
Jane Reis Gonçalves Pereira – UERJ
Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ
Laura Schertel Mendes
Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub
Luís Alberto Reichelt – PUCRS
Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior Fellow na Harvard Kennedy School
Miriam Wimmer - IDP - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC
Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP
Patryck de Araújo Ayala – UFMT
Paulo Ricardo Schier - Unibrasil
Phillip Gil França - UNIVEL – PR
Richard Pae Kim – UNISA
Teresa Arruda Alvim – PUC-SP
Thadeu Weber – PUCRS

Conselho Editorial Internacional

Alexandra dos Santos Aragão – Universidade de Coimbra
Alvaro Avelino Sanchez Bravo – Universidade de Sevilha
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho – Universidade Católica Portuguesa
Carlos Blanco de Moraes – Universidade de Lisboa
Clara Iglesias Keller – WZB Berlin Social Sciences Center e Instituto Brasileiro de Ensino
Desenvolvimento e Pesquisa – IDP
Cristina Maria de Gouveia Caldeira – Universidade Europeia
César Landa Arroyo – PUC de Lima, Peru
Elena Cecilia Alvites Alvites – Pontifícia Universidade Católica do Peru
Elena Alvites Alvites - PUCP
Francisco Pereira Coutinho – Universidade NOVA de Lisboa
Francisco Ballaguer Callejón – Universidade de Granada - Espanha
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca
Jorge Pereira da Silva – Universidade Católica Portuguesa
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa
José Maria Porrás Ramirez – Universidade de Granada – Espanha
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra
Pedro Paulino Grandez Castro – Pontificia Universidad Católica del Peru
Richard Pae Kim – Professor do Curso de Mestrado em Direito Médico da UNSA
Víctor Bazán – Universidade Católica de Cuyo

Alex Jordan Soares Monteiro Mamede

**Direitos Fundamentais Trabalhistas:
restrições da jurisprudência da crise na pandemia**



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2023

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Concepção da Capa: Editora Fundação Fênix

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –
http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Série Direito – 75

Catálogo na Fonte

M264d Mamede, Alex Jordan Soares Monteiro
Direitos fundamentais trabalhistas [recurso eletrônico] : restrições da jurisprudência da crise na pandemia / Alex Jordan Soares Monteiro Mamede. – Porto Alegre : Editora Fundação Fênix, 2023.
171 p. (Série Direito ; 75)

Disponível em: <<http://www.fundarfenix.com.br>>
ISBN 978-65-5460-038-5
DOI <https://doi.org/10.36592/9786554600385>

1. Direitos fundamentais. 2. Direito trabalhista. 3. Crise econômica. 4. Pandemia - Economia. I. Título

CDD: 340

Responsável pela catalogação: Lidiane Corrêa Souza Morschel CRB10/1721

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao meu orientador Prof. Dr. Guilherme Camargo Massaú pelo suporte ininterrupto à minha produção acadêmica durante todo o mestrado, sempre adotando uma postura ética, honesta e intelectualmente generosa. Agradeço pelas suas críticas, estímulos e incentivos quando cursei as suas disciplinas como aluno especial no primeiro ano da pandemia. Nunca havia sido seu aluno, vinha de uma outra região do país, nunca havíamos conversado e, mesmo assim, o professor me oportunizou a chance de competir em igualdade de condições com os outros candidatos, e proporcionou-me a alegria de adentrar no programa como aluno especial e, posteriormente, como aluno regular.

Agradeço à Prof.^a Dr.^a Catarina Santos Botelho, minha coorientadora, pelas suas considerações e críticas e pela direção que conferiu à minha pesquisa por meio da sua vasta produção acadêmica sobre constitucionalismo, jurisdição constitucional e direitos sociais em tempos de crise.

Agradeço ao Prof. Dr. Gilberto Stürmer por todas as contribuições para a publicação da pesquisa.

Agradeço à Prof.^a Dr.^a Maria das Graças Pinto de Britto pela forma como me recebeu no PPGD/UFPel e por todos os debates da disciplina Teoria dos Direitos Fundamentais.

Agradeço à Prof.^a Dr.^a Marcia Rodrigues Bertoldi pelo tanto que me ensinou na disciplina de metodologia, e por avaliar meu anteprojeto de forma respeitosa e pormenorizada. Também agradeço pelo cuidado e interesse nas pesquisas de seus alunos.

Agradeço ao Prof. Dr. Marcelo Apolinário pelas valiosas contribuições na banca de qualificação.

Agradeço aos colegas do PPGD/UFPel pelo companheirismo durante o mestrado, especialmente, ao Victor Ribeiro da Costa e à Tamira Floor, pela leitura crítica do trabalho.

Agradeço à Prof.^a Dr.^a Sandra Alves e ao Núcleo de Revisão de Textos - CLC/UFPEL pela revisão do trabalho.

Por fim, mas não menos importante, agradeço à minha mãe e à minha esposa por suportarem meus momentos de ausência. Sei que a pesquisa lhes custou tantas horas quanto custou a mim.

Lista de Abreviaturas e Siglas

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANC	Assembleia Nacional Constituinte
CAPES	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
COVID 19	Corona Virus Disease 2019
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
EC	Emenda Constitucional
FMI	Fundo Monetário Internacional
LC	Lei Complementar
LFRFA	Lei Fundamental da República Federal da Alemanha
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MPV	Medida Provisória
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OJ	Orientação Jurisprudencial
OMS	Organização Mundial da Saúde
PAEF	Programa de Assistência Econômica Financeira
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PEMER	Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda
PPGD	Programa de Pós-Graduação em Direito
RISTF	Regime Interno do Supremo Tribunal Federal
SBDI-1	Subseção I Especializada em Dissídios Individuais
STF	Supremo Tribunal Federal
TCP	Tribunal Constitucional de Portugal
TST	Tribunal Superior do Trabalho
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
UFPel	Universidade Federal de Pelotas

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Guilherme Camargo Massaú 15

PREFÁCIO

Catarina Santos Botelho 17

1. INTRODUÇÃO..... 19

2. Caracterização da jurisprudência da crise brasileira: as suas principais influências e os seus reflexos no direito brasileiro 27

2.1 De qual crise estamos falando? 27

2.2 A jurisprudência da crise econômica desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Português a partir do controle de constitucionalidade das medidas de austeridade (2010-2014) 32

2.3 A influência do pragmatismo jurídico norte-americano e seus elementos (consequencialismo, contextualismo e antifundacionalismo) 50

2.4 Os riscos de uma importação acrítica: os pontos de aproximação e diferenças em relação ao exercício da jurisdição constitucional no Brasil..... 54

2.5 Conclusão parcial 65

3. Limites e restrições aos direitos fundamentais trabalhistas no âmbito da jurisprudência da crise pandêmica..... 69

3.1 Tipos de restrições aos direitos fundamentais trabalhistas 69

3.2 Os direitos fundamentais (sociais) como cláusulas pétreas..... 76

3.3 A opção por uma prevalência das regras na definição dos direitos fundamentais trabalhistas: a pertinência dos debates da Assembleia Nacional Constituinte 86

3.3.1 Sistematização dos trabalhos relativos aos direitos dos trabalhadores..... 86

3.3.2 A definição das exceções à irredutibilidade salarial durante a Assembleia Nacional Constituinte (art. 7º, VI, da CRFB) 89

3.3.3 Garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável (art. 7º, VII, da CRFB) 93

3.3.4 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 (art. 7º, XIII, da CRFB)	94
3.3.5 Fruição de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal (art. 7º, XVII, da CRFB)	97
3.3.6 Redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII, da CRFB)	98
3.3.7 Reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI, da CRFB)	99
3.4 As predileções por um suporte fático amplo no âmbito da teoria externa e a superabilidade das regras	100
3.5 Conclusão parcial	108
4 Análise qualitativa dos casos paradigmáticos	111
4.1 Padrão decisório adotado pelo STF e os meios de compreensão do entendimento da Corte	111
4.2 A dificuldade de extração de uma ratio decidendi dentro do modelo seriatim adotado pelo STF	120
4.3 ADI 6363 e a possibilidade de redução salarial sem negociação coletiva	129
4.4 ADI 6342 e a (in)constitucionalidade das medidas trabalhistas implementadas durante o estado de calamidade pública	135
4.5 Conclusão parcial	143
5 Considerações Finais	145
REFERÊNCIAS	151
Apêndice	167
Apêndice A – Acórdãos de Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade (ADI, ADPF, ADC, ADO) com teses fixadas (período: até 31.12.2022)	167
POSFÁCIO	
<i>Gilberto Stürmer</i>	169

APRESENTAÇÃO

A obra que tenho a honra de apresentar é o resultado de pesquisa realizada no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPel) - mestrado. Considero que o melhor orientando é aquele que também ensina o orientador. Foi o caso de Alex Jordan Soares Monteiro Mamede, o qual tive a alegria de orientar no período do mestrado. Alex mostrou-se um pesquisador dedicado, sério e humilde de capacidade ímpar de escutar, de analisar e de questionar as orientações. Ao longo de dois anos foram conversas e trocas de conhecimento com respeito, tal qual deve ser o cotidiano das atividades acadêmicas em um Programa de Pós-Graduação.

Esta obra *Direitos Fundamentais Trabalhistas: restrições da jurisprudência da crise na pandemia* é o resultado de criteriosa e séria pesquisa sobre as restrições a direitos fundamentais trabalhistas. Trata-se de um tema que considero complexo de ser abordado e refletido, pois as restrições significam limite aos limites entre a violação e a concretização de um direito, que por ser fundamental possui um status inalienável. Como se não bastasse o grau de dificuldade do tema restrições, o Alex as analisou durante o período de crise produzida pela pandemia de COVID-19, ou seja, outro componente de aumento de complexidade de análise.

Em que pese as dificuldades próprias do objeto de pesquisa, o Alex delimitou sua pesquisa à competência do Supremo Tribunal Federal (STF) e ao período de 2020-2021. Para entender e demarcar o que se denomina "jurisprudência da crise", o autor buscou compreender e delimitar a atuação do Tribunal Constitucional português, cujas decisões influenciaram, em maior ou menor grau, as decisões do STF. Ainda, o modelo *seriatim* da Corte brasileira dificultou encontrar a uniformidade de fundamentação nas decisões, mas a qualidade da pesquisa e do pesquisador o fez superar este obstáculo na compreensão de encontrar, ao menos em um determinado grau, os fundamentos preponderantes das decisões do STF.

Destaca-se, ainda, outra qualidade do trabalho que não se limitou à análise das decisões do STF, mas encarou, enquadrou e aprofundou a análise das decisões com base na teoria do direito (fundamentais) no que tange às regras e aos princípios com base, especialmente, nas lições de Robert Alexy. Alex conciliou a prática com a

teoria. Nota-se, contudo, que a obra apresentada carrega em si contribuição substantiva para o debate sobre restrições aos direitos fundamentais, principalmente os trabalhistas que em tempos de crise ou não são sempre objeto (de tentativas) de restrições em seus âmbitos de direitos e garantias.

Guilherme Camargo Massaú¹

¹ Professor do PPGD e PPGCPol da UFPel. Pós-doutor na PUCRS. Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra.

PREFÁCIO

Numa dissertação de mestrado aprovada com nota máxima e com louvor académico (“voto de louvor”), o agora mestre Alex Jordan Soares Monteiro Mamede abordou a temática das restrições a direitos fundamentais juslaborais no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Em especial, foi analisada a jurisprudência da crise nos anos de 2020 e 2021, num contexto em que a crise económica coincidiu (e assim se exacerbou) com a pandemia.

O mestre Alex Jordan Soares Monteiro Mamede não se limitou a estudar a doutrina e jurisprudência brasileiras, mas procurou olhar em seu redor e além-mar, indagando outras e novas fontes de inspiração. Ao mesmo tempo, não se deixou deslumbrar acriticamente pelas demais experiências constitucionais, mas procurou apreender aquilo que de positivo – e de construtivo – haveria a colher para a realidade política, social e jurídica do Brasil.

O Autor percorreu sobre os limites às restrições de direitos sociais, sobre a sua possível caracterização como “cláusula pétrea” (e os concomitantes problemas desse conceito, na encruzilhada da democracia e do constitucionalismo). Não há dúvidas de que os direitos sociais se encontram numa zona de interseção entre o político e o jurídico. Por um lado, acompanham o inesgotável debate político sobre a melhor forma de alcançar e otimizar uma proteção adequada dos direitos sociais num Estado social. Por outro lado, tal como resultam consagrados na Constituição brasileira – e noutras constituições igualmente aspiracionais, tal como a Constituição portuguesa – são também um “problema jurídico-constitucional” (Jorge Reis Novais). Com arrimo nas reflexões do anterior Presidente do Comité Europeu dos Direitos Sociais, o Professor Giuseppe Palmisano, afigura-se-nos que os direitos sociais, por se encontrarem umbilicalmente ligados à dignidade humana, são uma pedra angular da coexistência humana e da solidariedade. Assim, não somente por razões normativas, mas também por argumentos pragmáticos e até económicos, a aposta na prossecução dos direitos sociais é uma opção

estruturalmente acertada e que tem implicações na maior confiança dos cidadãos, nas instituições democráticas, e no reforço da coesão social.

Na dissertação que agora se publica, Alex Jordan Soares Monteiro Mamede apresentou uma leitura crítica sobre o modelo de deliberação do STF, sugerindo o aperfeiçoamento da formatação da ementa, que atualmente é elaborada após o julgamento pelo ministro-redator do acórdão. Na sua opinião, a introdução da praxe da votação das ementas, além de conferir maior legitimidade ao texto, permitiria igualmente uma representação mais fiel do fundamento maioritário, e contribuiria para mitigar o problema da difícil identificação do fundamento maioritário ou da *ratio decidendi* dentro do modelo *seriatim* adotado pelo STF.

Queria reiterar que foi uma alegria coorientar, juntamente com o Professor Doutor Guilherme Camargo Massáu, esta excelente dissertação, escrita com tanto empenho, brilhantismo e humildade intelectual. A terminar, desejo que este não seja um ponto de chegada, mas um ponto de partida para novas aventuras académicas, na certeza de que o mestre Alex Jordan Soares Monteiro Mamede tem muito para contribuir para o pensamento académico do século XXI.

*Catarina Santos Botelho*¹

¹ Professora na Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Doutora em Direito pela Universidade Católica Portuguesa (UCP/Porto).

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa desenvolvida no PPGD/UFPel tem como tema geral as restrições a direitos sociais durante a construção de uma jurisprudência da crise na pandemia da COVID 19, o que demonstra a aderência da pesquisa à área de concentração em direitos sociais. Atendendo a uma maior **delimitação** em relação à linha de pesquisa Estado e Constituição, a pesquisa investiga as restrições a direitos sociais trabalhistas no âmbito do controle de constitucionalidade exercido pelo STF durante a denominada jurisprudência da crise (pandêmica) entre os anos de 2020 e 2021.

A pandemia do novo coronavírus provocou e agravou vários tipos de crise, tais como a sanitária, a econômica, a federativa e a política. No entanto, a ênfase principal da pesquisa recai sobre os efeitos econômicos da pandemia e a (in)constitucionalidade da legislação de crise elaborada para tentar conter os prejuízos sociais e econômicos sobre as relações de trabalho.

Tal escolha temática se deve a uma preocupação inicial com a efetividade e com as restrições aos direitos sociais no âmbito da jurisdição constitucional. Posteriormente, o interesse se deslocou para o problema colocado pela chamada jurisprudência da crise em tempos de crise econômica e sanitária, o que conduziu a uma série de outras leituras até realizar a delimitação em torno das restrições a direitos fundamentais trabalhistas.

A pretensão de enfrentar esse tema se dá pois o novo cenário que se desenhou com a pandemia é ainda mais desafiador, uma vez que a garantia dos direitos fundamentais trabalhistas perpassa por outras problemáticas relacionadas aos limites da intervenção do Judiciário em políticas de emprego decorrentes de um esforço conjunto de diferentes áreas governamentais, o que atrai um dilema acerca dos limites da interpretação judicial em um contexto de crise. Afinal, os Tribunais devem ser deferentes às decisões dos governantes em razão de seu *deficit* de expertise em políticas macroeconômicas anticrise? Ou, então, devem aplicar as normas constitucionais a qualquer custo? Uma coisa é certa: a imposição de limites às restrições a direitos sociais (trabalhistas), durante e após a pandemia, passa pelo enfrentamento desse panorama.

A partir disso, é importante ressaltar a **relevância acadêmica** da pesquisa. Em consulta ao Catálogo de Dissertações e Teses da CAPES¹, por meio da busca por palavras-chave, encontramos 6 (seis) trabalhos que tratavam da “jurisprudência da crise”. Sendo 1 (uma) Tese de Doutorado (defendida em 2018) e 5 (cinco) Dissertações de Mestrado (defendidas em 2017, 2018, 2019 e 2021). Contudo, nenhum dos trabalhos tratou do tema com o recorte da presente pesquisa, uma vez que não analisaram os limites às restrições aos direitos sociais nas decisões do STF em um contexto de crise sanitária, associada a um agravamento da crise econômica decorrente da paralisação de parte do setor produtivo². De igual modo, não problematizaram as decisões do STF que invocaram expressamente o contexto de crise para justificar a adoção de medidas supostamente transitórias e excepcionais relacionadas aos direitos fundamentais trabalhistas³. Dessa forma, embora a pesquisa não seja a primeira a explorar o tema da jurisprudência da crise, ela possui o atributo da originalidade se considerarmos a abordagem diferenciada na análise da jurisprudência da crise em um contexto pandêmico, e as repercussões desse período para a compreensão dos limites das restrições aos direitos sociais (trabalhistas).

Como não poderia deixar de ser, é fundamental destacar a **relevância social** do tema. Em momentos de crise com repercussões econômicas, a demanda por ações e respostas estatais é ainda maior. Há quem defenda a atuação enérgica do

¹ Disponível em: <https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/> . Acesso em: 15 de fev. 2023

² Como medida necessária para aferição do estado da arte e do diagnóstico da relevância acadêmica da presente pesquisa, fez-se necessária uma análise da tese e de todas as dissertações publicadas anteriormente. Ao fim da análise, constatou-se que Magalhães (2017), Gonçalves (2018, p.7, 14), Ferreira (2018) e Hendges (2018) abordam essencialmente as decisões do Tribunal Constitucional português e algumas decisões do STF no período anterior à pandemia. Sendo que Magalhães (2017, p.14, 16) adota o marco teórico do pragmatismo jurídico e Ferreira (2018, p.13) tem como fio condutor as contribuições de Jeremy Waldron para o tema da supremacia judicial. Em relação a Berndt (2019, p.10), tem-se que há a menção à jurisprudência da crise, mas o foco principal da dissertação é o alcance normativo e os limites da aplicação do princípio da proibição do retrocesso social no direito brasileiro.

³ Em sua dissertação publicada durante a pandemia, Bitencourt (2021, p.111) trabalha pontualmente algumas decisões do STF, em três momentos distintos a partir dos anos 1990, para concluir que há, no Brasil, o que Portugal denominou de jurisprudência da crise, e que o STF já proferia decisões desse caráter muito antes do termo ser cunhado por Portugal. Em quatro páginas, Bittencourt (2021, p.99-102) aborda a ADI 6363 apenas para expor os principais argumentos dos ministros. Não há maiores aprofundamentos em relação à ADI 6363, eis que não se tratava do foco principal da pesquisa, nem sequer há menção à ADI 6342.

Estado como principal motor da retomada econômica, mas há quem pregue que sejam endurecidas as medidas de austeridade e as flexibilizações da legislação trabalhista. Diante desse contexto, a jurisdição constitucional exercida pelas Cortes Constitucionais torna-se ainda mais complexa. Em nome da urgência e da crise, o Poder Executivo adota restrições a direitos sociais sem consulta ao Poder Legislativo. E ao Poder Judiciário é atribuída a difícil missão de reduzir os prejuízos sofridos, bem como estabelecer os limites da atuação das autoridades no enfrentamento da pandemia e da crise econômica.

Em face disso, é essencial que as decisões do STF sejam debatidas e problematizadas, pois as matérias constitucionais com grande repercussão no dia a dia das pessoas não são pontuais, em especial pelos efeitos vinculantes das suas decisões e pela força persuasiva dos seus precedentes (MAGALHÃES, 2017, p.10). Como já anunciado, as decisões durante a pandemia interferiram em muitos aspectos na dinâmica das relações do trabalho, seja pela adoção de medidas restritivas que limitam ou impedem o livre exercício da atividade econômica e das relações de trabalho, seja pelo endosso a uma legislação de crise que extrapola os limites semânticos de regras constitucionais que foram positivadas após um amplo embate no processo constituinte. Assim, é indispensável para a sociedade que medidas restritivas aos direitos sociais, ou maior ingerência do Poder Judiciário nas políticas macroeconômicas anticrise, em decorrência das circunstâncias indicadas, sejam submetidas a uma crítica criteriosa, que amplie o debate, a motivação, a publicidade e a transparência na tomada dessas decisões. Até porque é desejável que medidas restritivas a direitos fundamentais trabalhistas, caso realmente necessárias, permaneçam como uma exceção, e não se tornem uma regra que incida sobre outros casos em que os direitos consagrados na Constituição possam ser afetados. Isso significa dizer que não é admitido fechar os olhos para os riscos de eventuais ativismos, ainda que bem-intencionados⁴, servirem como condição de possibilidade para que o argumento da crise seja utilizado para manter retrocessos supostamente transitórios.

⁴ A respeito dos riscos de um ativismo judicial "do bem" servir como porta de entrada para doutrinas autoritárias e retrógradas, vale conferir as contribuições de Marchioni (2021).

Tendo em conta a delimitação temática realizada, o **problema de pesquisa** é: quais são os limites às restrições aos direitos fundamentais trabalhistas apreciados nas ADIs 6363 e 6342 durante a crise econômica agravada pela pandemia?

Em resposta ao problema de pesquisa, levanta-se a seguinte **hipótese**: se o caráter *prima facie* da regra só se configura com a superação dos princípios materiais e formais que a amparam, então os direitos apreciados nas ADIs 6363 e 6342 são razões definitivas cujos limites e fundamentos de restringibilidade constam na própria Constituição, de modo que não são razões *prima facie* restringíveis durante a crise econômica⁵.

A pesquisa tem como **objetivo geral** investigar os limites às restrições a direitos fundamentais trabalhistas em tempos de crise econômica agravada pela pandemia. Para persegui-lo, optou-se por três objetivos específicos, os quais correspondem, na ordem, ao objeto de cada um dos três capítulos.

O **primeiro objetivo específico** é caracterizar a jurisprudência da crise e os riscos decorrentes de uma importação acrítica da experiência constitucional portuguesa e dos elementos do pragmatismo jurídico norte-americano.

O **segundo objetivo específico** é analisar os limites às restrições aos direitos fundamentais trabalhistas no âmbito da jurisprudência da crise pandêmica a partir da teoria externa das restrições.

O **terceiro e último objetivo específico** é problematizar os limites traçados pelo STF para a interpretação dos direitos fundamentais trabalhistas em tempos de crise: análise qualitativa dos casos paradigmáticos (ADI 6363 e ADI 6342).

Quanto aos aspectos metodológicos, a pesquisa do tipo qualitativa, auxiliada por um levantamento da bibliografia nacional e estrangeira, analisa os acórdãos judiciais em que a crise pandêmica ocupa um lugar central nas discussões em torno da constitucionalidade das medidas anticrise, e que implicam o endosso de

⁵ Embora faça referência aos conceitos de um referencial teórico, a hipótese constitui um ponto de partida, e só se confirmará como ponto de chegada se, após sua submissão à refutação pelos melhores argumentos contrários que puderem ser feitos, ela ainda assim se sustentar (GROSS, 2019, p.103). Para isso, sempre é válido o alerta de Gross (2019, p.102) de que o pesquisador precisa enfrentar o ônus de percorrer esse percurso sem minimizar o valor, descaracterizar ou omitir os argumentos que favorecem posicionamentos contrários.

restrições supostamente excepcionais e temporárias aos direitos sociais trabalhistas.

Partindo de um método de abordagem hipotético-dedutivo, a hipótese desenvolvida parte de uma conjectura construída a partir do estudo prévio do objeto pesquisado, e é submetida às tentativas de refutação e falseamento (POPPER, 2008, p.81)⁶. Durante essas tentativas de refutação leva-se em consideração que o valor da pesquisa e da conclusão alcançada não está na confirmação da hipótese, mas sim “na maneira consistente, atraente, transparente e honesta com que o pesquisador reflete sobre o problema e apresenta o percurso argumentativo que o levou à conclusão” (GROSS, 2019, p.114). Isso implica dizer que a credibilidade das conclusões da pesquisa depende “do enfrentamento dos melhores argumentos que puderem ser feitos tanto a favor como contra a hipótese” (GROSS, 2019, p.112). Embora a pesquisa não tenha um cunho empírico a partir de dados colhidos diretamente da realidade social, é possível a utilização do raciocínio científico baseado na submissão da hipótese a tentativas de refutação, sobretudo, para verificar até que ponto a hipótese foi capaz de resistir aos testes a que foi submetida.

Para além da revisão bibliográfica, nacional e estrangeira, e da análise da jurisprudência constitucional delimitada acima, também se faz uso da técnica documental para análise dos debates da ANC⁷ relacionados aos direitos trabalhistas. Não se pretende, com isso, aderir a uma corrente originalista da interpretação constitucional⁸, até porque não há nos direitos trabalhistas analisados conceitos

⁶ A obra de Karl Popper (2008) não trabalha especificamente a questão da pesquisa científica em direito, mas entendemos que algumas premissas do seu raciocínio científico poderão ser utilizadas no presente projeto, especialmente, os aspectos relacionados à ideia de falibilidade da ciência e da necessidade de submeter as hipóteses a tentativas de refutação a fim de que haja um contínuo aperfeiçoamento das melhores respostas para os problemas propostos (POPPER, 2008, p.82). Porém, não se procura aderir completamente a todas as ideias do pensamento popperiano, seja porque a sua vasta obra não trata especificamente da pesquisa científica em direito, seja porque o presente projeto não tem a pretensão de desenvolver uma pesquisa empírica a partir da coleta direta de dados da realidade social.

⁷ A investigação dos anais da constituinte, pelo seu valor histórico e riqueza de conteúdo, revela elementos que à primeira vista são menos evidentes, mas que levam a uma melhor compreensão do contexto de produção do texto constitucional, dos interesses em disputa, e dos argumentos utilizados para a atual redação dos direitos fundamentais trabalhistas e dos seus fundamentos de restringibilidade.

⁸ A estratégia originalista sugere que o fato de existirem preceitos constitucionais vagos ou ambíguos não implica por si só uma deferência ao Legislativo. Pois os juízes podem esclarecer essas imprecisões por meio da investigação das intenções dos constituintes a fim de assegurar a vontade popular e a supremacia da Constituição. No entanto, caso não haja uma resposta clara, o tribunal deve

vagos ou ambíguos que justifiquem a sua adoção. Na verdade, o objetivo é verificar a pertinência e atualidade das discussões que levaram à positivação dos direitos fundamentais trabalhistas, o que assegura um melhor entendimento da historicidade que subjaz aos institutos jurídicos. A partir disso, incorporou-se tais contribuições ao segundo capítulo, sobretudo, na parte relacionada ao distinto caráter *prima facie* das regras e aos fundamentos de restringibilidade previstos constitucionalmente. Também, há o manejo da técnica documental na elaboração do Apêndice A, no qual há a catalogação dos acórdãos com fixação de tese em ações de controle concentrado de constitucionalidade, julgadas pelo plenário do STF até o dia 31 de dezembro de 2022. Para fins didáticos, o Apêndice A foi resumido nas Tabelas 3 e 4, que compõem o terceiro capítulo⁹.

Importante salientar que as referências específicas acerca de uma jurisprudência da crise surgem em Cortes constitucionais estrangeiras, motivo pelo qual a pesquisa explora algumas decisões do Tribunal Constitucional português, entre 2010 e 2014, que deram ensejo ao florescimento da jurisprudência da crise em Portugal. Essa exploração é importante até mesmo para compreender, no primeiro capítulo, as influências em torno da defesa de uma jurisprudência da crise no Brasil.

Ressalte-se que não se trata de uma análise de direito comparado entre os precedentes da jurisprudência da crise dos dois países. Embora tal abordagem fosse interessante, ampliaria por demais o objetivo da pesquisa. Além disso, o contexto da crise econômica portuguesa, que levou ao surgimento da jurisprudência da crise, difere do contexto de exceção pandêmica responsável pela construção de uma jurisprudência da crise no Brasil.

Embora a ideia de uma jurisprudência da crise e o risco das restrições aos direitos sociais tenham assombrado vários países, a opção pela menção ao contexto

adotar uma postura de autocontenção em respeito às maiores democráticas do presente (LINARES, 2008, p.102). A principal crítica a essa corrente é que há várias intenções difusas que levam à redação de conceitos jurídicos vagos ou ambíguos. Ou seja, é bem provável que o aplicador se depare com intenções não apenas diferentes, mas também contraditórias. Ademais, a perspectiva originalista abre margem para um conflito intergeracional, ou como diz Linares (2008, p.102): "*el gobierno de los muertos sobre los vivos*".

⁹ O levantamento foi precedido de solicitação de pesquisa avançada de jurisprudência à Coordenadoria de Difusão da Informação do STF por meio do porta: | <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisajurisprudenciaexterno.asp>>. Em seguida, analisou-se todos os 89 acórdãos encontrados na base de dados com fixação ou mera sugestão de tese. Dos 89 acórdãos analisados, em 70 houve efetivamente a fixação de tese.

constitucional português se dá pois a experiência portuguesa é frequentemente citada nas discussões em torno de uma jurisprudência da crise no Brasil¹⁰.

Tendo em vista que não se deve importar institutos jurídicos desenvolvidos em contextos estrangeiros sem um prudente estudo das diferenças e pontos de aproximação e, considerando, ainda, as peculiaridades das Cortes constitucionais de cada país, a pesquisa aborda, sempre que possível, as diferenças entre os parâmetros de constitucionalidade dos dois países a fim de afastar eventual exaltação ou recepção acrítica de teorias estrangeiras¹¹.

¹⁰ Essa influência é notada na menção direta à jurisprudência da crise portuguesa e à literatura acerca do tema na fundamentação de alguns votos do STF, relacionados à crise pandêmica ou econômica, Cf. (BRASIL, 2020a, p.144; 2020b, p.96; 2020c, p.399; 2020d, p.71; 2021a, p.14). Além disso, também fica evidenciada nos trabalhos acadêmicos constantes no Catálogo da CAPES, conforme demonstrado nas três primeiras notas de rodapé desta introdução.

¹¹ Durante a abordagem em torno de institutos ou teorias desenvolvidas em contextos estrangeiros, é importante citar o alerta de Gross (2019, p.101) de que não se pode descuidar da possibilidade de que “a comunidade jurídica empregue um mesmo termo ou uma mesma expressão para se referir a um conjunto de situações-problema que, embora semelhantes em alguns aspectos, podem também apresentar diferenças importantes para fins de definição da resposta que o direito lhes dirige”.

2. Caracterização da jurisprudência da crise brasileira: as suas principais influências e os seus reflexos no direito brasileiro

2.1 De qual crise estamos falando?

As discussões no STF sobre uma possível jurisprudência para tempos de crise surgem ainda no ano de 2019, quando o tribunal iniciou a apreciação do mérito da ADI 2238. Durante o julgamento, que tratava da possibilidade de redução dos vencimentos dos servidores públicos, o plenário ficou diante de ao menos duas teses antagônicas em relação às medidas que poderiam ser adotadas em caso de extrapolação dos limites fixados para despesas com pessoal na Administração Pública. Por um lado, havia a defesa de uma interpretação circunstancial da Constituição alinhada aos tempos de crise econômica e ajuste fiscal, nos quais seria necessária uma "flexibilização excepcional, temporária e proporcional da irredutibilidade com a consequente manutenção dos cargos estáveis existentes" (BRASIL, 2020c, p.194). Por outro lado, havia a defesa das regras constitucionais que não preveem a possibilidade de redução salarial do funcionalismo para adequação aos limites orçamentários, muito embora autorizem a exoneração de servidores estáveis. À época, por maioria¹, prevaleceu a segunda corrente, mas os argumentos contrapostos já ilustravam, mesmo antes da pandemia, a influência de argumentos pragmáticos na fundamentação dos votos de parte dos ministros.

Nota-se que o debate de uma jurisprudência da crise precede a pandemia e tudo indica que permanecerá após o seu término, bem como está originalmente relacionado ao contexto de crise econômica, no qual várias Cortes Constitucionais enfrentam algo comparável a um "processo negocial entre a interpretação normativa da Constituição e a necessidade de ceder perante as exigências das circunstâncias" (PINHEIRO, 2014, p.170).

¹ Prevaleceu a segunda corrente por sete votos a quatro. Porém, os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, que compuseram a maioria, se aposentaram nos anos de 2020 e 2021, respectivamente. Em seus lugares, assumiram os ministros Kassio Nunes Marques e André Mendonça, indicados pelo Presidente da República Jair Bolsonaro, o que pode influenciar em uma mudança da postura da Corte em um futuro próximo.

A título ilustrativo, observa-se que há julgados representativos de uma jurisprudência da crise na Corte Constitucional da Colômbia², na Corte Constitucional da Lituânia³, na Suprema Corte Argentina⁴, e no Tribunal Constitucional português, apenas para citar alguns dos casos mais evidentes (MAGALHÃES, 2017, p.21).

Em um sentido amplo, é possível compreender a jurisprudência da crise como um rearranjo jurídico construído por interpretações judiciais supostamente excepcionais e transitórias que visam atender a momentos críticos. Sendo frequente a utilização de institutos próprios da crise como temporariedade e excepcionalidade (MAGALHÃES, 2017, p.25), bem como a priorização da utilização dos princípios em detrimento das regras (COUTINHO, 2018, p.92).

² No ano 2000, durante um momento econômico sensível (com a retração de 4,3% do PIB em 1999), a Corte Constitucional colombiana declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da lei orçamentária 547/99, relativa ao exercício financeiro do ano 2000, que previa que apenas os servidores que ganhassem menos que dois salários mínimos teriam suas remunerações reajustadas. A lei foi confrontada com o art. 53 do texto constitucional que prevê que a lei correspondente ao estatuto do trabalho levará em conta como princípio mínimo fundamental a remuneração mínima vital e móvel. A Corte concluiu que a situação fiscal do país não é argumento suficiente para ignorar os reajustes salariais dos servidores públicos, os quais devem corresponder, pelo menos, ao valor da inflação do ano anterior, tendo em conta a necessidade de assegurar aos trabalhadores rendimentos compatíveis com a natureza e o valor do seu trabalho e que lhes permitam assegurar um mínimo vital de acordo com as exigências de um padrão de vida ajustado à dignidade e à justiça (COLÔMBIA, 2000, p.19).

³ Magalhães (2017, p.29) sublinha que a Corte Constitucional da Lituânia optou por articular "critérios específicos e rigorosos para avaliar quando os direitos sociais podem ser limitados durante a crise econômica" (MAGALHÃES, 2017, p.29). A título exemplificativo, vale conferir a decisão da Corte proferida no dia 20.04.10 relativa à definição de critérios para a redução de pensões e remunerações durante a crise econômica (LITUÂNIA, 2010, p.1-70), bem como a decisão do dia 06.02.12 que tratou do recálculo e pagamento de pensões na ocorrência de uma situação econômica e financeira especialmente difícil no Estado (LITUÂNIA, 2012, p. 94-97).

⁴ Em 2004, no caso Bustos, a Suprema Corte Argentina chancelou a constitucionalidade de normas que postergavam e recalculavam a devolução de depósitos bancários que foram apreendidos durante o plano econômico argentino implementado em 2001 (ARGENTINA, 2009, p.148, 149). Essa apreensão dos depósitos dos poupadores com o estabelecimento de limites para a retirada de fundos visava interromper a retirada desses valores e a sua posterior troca por dólares para a remessa para o exterior. Essa medida fazia parte do conjunto de medidas denominado como *Corralito*, nome informalmente atribuído às medidas econômicas impostas pelo governo de Fernando de la Rúa, em dezembro de 2001, durante a crise econômica Argentina. No caso Bustos, a Corte expôs alguns critérios a serem observados pelas regras de emergência para resistir ao controle de constitucionalidade: "1) Que esteja presente uma situação de emergência - declarada pelo Congresso e com o devido respaldo na realidade - que obrigue o exercício daqueles poderes reservados para proteger os interesses vitais da comunidade; 2º) Que a lei persiga a satisfação do interesse público: isto é, que não foi ditada em benefício de interesses particulares, mas para a proteção dos interesses básicos da sociedade; 3º) Que os recursos justificados na emergência sejam razoavelmente utilizados; 4º) Que a lei sancionada seja limitada no tempo e que o prazo estabelecido seja diretamente relacionado ao requisito pelo qual foi sancionada, que no caso - diante da prova da situação e na falta de prova em contrário - estiveram presentes" (tradução nossa) (ARGENTINA, 2009, p.149).

A problemática se dá quando a solução para o estado de crise econômica é pautada em políticas de governo direcionadas a flexibilizações dos direitos sociais (trabalhistas) previstos constitucionalmente, independente do grau de densidade normativa atribuído pelo constituinte ao texto constitucional. Isso ficou evidenciado, sobretudo, no ano de 2020, quando as autoridades brasileiras enfrentaram uma pandemia sem dispor de uma medicação ou vacina com eficácia científica comprovada. A única saída encontrada foi a adoção de medidas não farmacológicas de distanciamento social, que muitas vezes implicam restrições ao comércio e ao livre desenvolvimento das relações laborais e comerciais.

Nesse cenário, houve a elaboração de uma legislação de crise amparada na emergência de saúde pública de importância internacional⁵ e no reconhecimento do estado de calamidade pública⁶ pelo Congresso Nacional. Em relação aos efeitos econômicos da pandemia para as relações de trabalho, o Poder Executivo Federal editou a MPV nº 927, de 22 de março de 2020, que, em seu art. 18, autorizava a suspensão dos contratos de trabalho por até 4 meses, sem garantia de renda ao trabalhador, e sem nenhuma compensação financeira por parte do poder público. Diante da forte reação social, o governo federal revoga o dispositivo no dia seguinte por meio da MPV nº 928, sem prejuízo da manutenção dos demais dispositivos. Depois de uma semana, após muita pressão social, o governo federal encaminhou ao Congresso Nacional a MPV nº 936, de 1º de abril de 2020, a qual tratava da redução salarial ou suspensão do contrato de trabalho via acordo individual⁷, com

⁵ Com o avanço da doença do novo coronavírus, em 30 de janeiro de 2020, a OMS declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional. Em 06 de fevereiro de 2020, é sancionada a Lei nº 13.979, que dispõe sobre as medidas que poderão ser adotadas pelas autoridades brasileiras para o enfrentamento da emergência de saúde pública. Em 11 de março de 2020, dados os níveis alarmantes de propagação e letalidade, a OMS declarou a doença do novo coronavírus como uma pandemia.

⁶ O Congresso Nacional reconheceu, por meio do Decreto Legislativo 6, de 20 de março de 2020, a ocorrência de estado de calamidade pública em decorrência da emergência de saúde pública de importância internacional. Com a declaração houve o acionamento do art. 65 da LC 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que dispensa o governo de atingir os resultados fiscais estabelecidos e de cumprir as limitações de empenho previstas na LC 101/00, podendo alocar recursos para o combate à pandemia com maior facilidade. Posteriormente, a EC 106, de 7 de maio de 2020, originada na PEC 10/2020 (PEC do Orçamento de Guerra), incluiu novos dispositivos ao ADCT, criando de forma transitória e excepcional um regime fiscal mais flexível e permitindo novos gastos para enfrentar a pandemia.

⁷ A partir da leitura do art. 12 da MPV nº 936/20, identificamos três exceções à negociação coletiva integral: (a) a redução salarial para os empregados que auferem de 1 a 3 salários-mínimos; (b) a redução salarial dos hipersuficientes, aqueles que possuem diploma de ensino superior e auferem R\$

contrapartida da garantia de emprego, e oferecendo aos trabalhadores um benefício que cobre parte da perda de renda durante o período de vinculação ao PEMER. O benefício adota como base de cálculo o valor do seguro-desemprego, sobre o qual é aplicado o mesmo percentual da redução da jornada de trabalho, que reduz proporcionalmente o salário, mas preserva o salário-hora⁸. O Ministério da Economia fez a estimativa que o benefício emergencial com custo estimado em R\$ 51,2 bilhões preservaria 24,5 milhões de empregos (BRASIL, 2020e, p.2). E, segundo as suas estimativas, na ausência dessa política "haveria gasto similar com recursos do seguro-desemprego, mas para atender um grupo muito menor de pessoas desempregadas (cerca de 12 milhões)." (BRASIL, 2020e, p.2).

Além dos efeitos da pandemia para o sistema de saúde, o surto viral também trouxe consequências econômicas que implicaram em novos desafios para o exercício da jurisdição constitucional. Durante o período da pandemia, o STF foi continuamente provocado para deliberar acerca de casos excepcionalmente difíceis ou sensíveis aos direitos fundamentais trabalhistas, tais como a redução dos salários dos trabalhadores via acordo individual; preponderância do acordo individual sobre os demais instrumentos normativos legais e negociais; suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde do trabalho; disponibilidade do empregado via aplicativos de comunicação sem cômputo na jornada de trabalho e sem constituir tempo à disposição; e prorrogação dos acordos e convenções coletivas por decisão unilateral do empregador, apenas para citar alguns dos exemplos mais representativos⁹.

Por força da crise econômica, alguns ministros sopesaram as consequências macroeconômicas decorrentes das alternativas possíveis, bem como verificaram se as alternativas possíveis para a manutenção dos empregos asseguravam a proteção

12.202,12 ou mais, que era o valor correspondente a dois tetos do RGPS; e (c) a redução de 1% a 25% para qualquer trabalhador, de qualquer faixa. (SILVA, 2020, p.168).

⁸ Ressalvado o salário/hora adotado para fins de cálculo dos reflexos salariais, nota-se que há um aumento do salário/hora em função do pagamento do benefício estatal (ROBORTELLA; PERES, 2020, p.79)

⁹ Esses casos emblemáticos ficaram concentrados em dois grandes julgamentos. O primeiro nos dias 16 e 17 de abril de 2020, nos quais deliberou-se acerca da ADI 6363 em que a constitucionalidade da redução salarial via acordo individual prevista na MPV 936/20 era objeto de questionamento. Cf. (BRASIL, 2020a). Já o segundo ocorreu nos dias 23 e 29 de abril de 2020, e é relativo ao julgamento em bloco de várias ADIs (6342, 6344, 6346, 6348, 6349, 6352 e 6354) que requeriam a declaração de inconstitucionalidade de vários dispositivos da MPV 927/20. Cf. (BRASIL, 2020b).

dos bens jurídicos tutelados pela Constituição¹⁰. No entanto, uma questão que se impõe é se, diante de uma crise sanitária ou econômica severa, a ordem constitucional brasileira admite supressões temporárias de direitos fundamentais trabalhistas. Isso fica ainda mais problemático quando se verifica que muitos dispositivos do art. 7º da CRFB possuem o caráter de regras¹¹. Em outras palavras, isso significa que em muitas hipóteses o constituinte já fez aprioristicamente as ponderações relacionadas à posituação do direito social, de modo que o aplicador não pode superar as regras pela mera substituição da ponderação legislativa pela sua.

Importante destacar que os direitos fundamentais, quando assumem a estrutura de princípios, são mandamentos a serem otimizados¹² (ALEXY, 2022b, p.168). Ou seja, são sempre razões *prima facie*¹³ exigíveis na máxima medida das possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2015, p.106), sendo que as possibilidades jurídicas dependem essencialmente dos princípios colidentes. Porém, no caso das regras, há uma diferença, pois “como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 2015, p.104).

Dessa forma, as controvérsias em torno da jurisprudência da crise desenvolvida pela interpretação de regras constitucionais traduzem essa tensão

¹⁰ Caracterizando esses bens jurídicos do ponto de vista normativo e axiológico, Stürmer (2021, p.38) ressalta que o texto constitucional tem como base a preservação dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), os direitos sociais do trabalho e da saúde (art. 6º), valorizando o trabalho humano e a livre iniciativa na ordem econômica (art. 170) e a primazia do trabalho na ordem social (art. 193).

¹¹ É relevante destacar que o constituinte fez a opção por uma Constituição preponderantemente de regras no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, o que já denota que o caráter preponderantemente principiológico não é algo essencial às Constituições do segundo pós-guerra, bem como compõe o diferencial da Constituição brasileira em relação a outras Constituições, como a estadunidense e a alemã (ÁVILA, 2009, p.4).

¹² Em 2000, Alexy aceita parte das críticas de Aulis Aarnio e Jan-Reinard Sieckmann no sentido de que os princípios não são mandamentos de otimização. Desde então, Alexy (2022a, p.52) considera que os mandamentos de otimização não são princípios, mas regras, já que a obrigação de otimizar tem um caráter real e definitivo. Na atual quadra da teoria dos princípios de Alexy, os princípios são mandamentos a serem otimizados, e expressam um “dever ideal”, isto é, “um dever *prima facie*” (ALEXY, 2022b, p.170). Assim sendo, a lei de colisão alexyana “explica o que significa transformar um ‘dever’ ideal ou *prima facie* em um ‘dever’ real ou definitivo” (ALEXY, 2022b, p.174), sendo que a “Fórmula do Peso estabelece os critérios para essa transformação” (ALEXY, 2022b, p.174).

¹³ Os princípios não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie* (à primeira vista), porque “não trazem a exata definição da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas” (ALEXY, 2015, p.104), portanto, dependem das possibilidades fáticas e de uma relação constitutiva com outros princípios.

existente entre a democracia, a exceção pandêmica, a crise econômica, e os direitos fundamentais.

2.2 A jurisprudência da crise econômica desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Português a partir do controle de constitucionalidade das medidas de austeridade (2010-2014)

Em que pese o avanço que o constitucionalismo do segundo pós-guerra incorporou à força normativa dos direitos sociais, as primeiras décadas do século XXI têm trazido preocupações quanto à flexibilização desses direitos em contextos excepcionais de crise econômica (BOTELHO, 2015, p.488; MAGALHÃES, 2017, p.79). Logo no início do século, a crise do *subprime* de 2007 ressoou em toda a economia globalizada e impulsionou, em diferentes níveis, tentativas de se implantar uma interpretação econômica das Constituições, principalmente, no tocante aos direitos sociais.

A hipertrofia da lógica econômica na interpretação constitucional e os riscos, daí decorrentes, de redução dos direitos sociais sem a modificação do texto normativo, representam uma potencial crise existencial para o próprio constitucionalismo. Não é por menos que Francisco Balaguer Callejón (2013, p.450) alerta para o risco da interpretação econômica do sistema constitucional permitir que a economia usurpe o espaço não só da política, como também o da própria Constituição, reduzindo-a a uma instituição residual no espaço público, sem grande parte de sua força normativa, e perdendo em grande medida a sua função de reguladora da dinâmica social. Desse ponto de vista, a discussão em torno do possível caráter predatório da lógica econômica na interpretação constitucional assume um local de destaque em uma das maiores crises do constitucionalismo, diante da globalização, no século XXI (CALLEJÓN, 2018, p.39).

Com a crise financeira internacional, os níveis de endividamento dos governos europeus aumentaram consideravelmente, ameaçando países como Grécia, Irlanda, Espanha, Itália e Portugal, e trazendo dúvidas quanto à solvência do sistema bancário europeu (BLYTH, 2017, p. 24). Os países europeus foram os primeiros a acusar o golpe e a adotar medidas, muitas vezes dolorosas e impopulares, capazes

de atingir grandes segmentos da população, colocando em risco o consenso nas próprias bases do Estado Social (FERRARI, 2019, p.368).

Em 2011, Portugal firmou um acordo por ajuda financeira internacional e, como contrapartida, comprometeu-se com a redução do *deficit* orçamentário. Ao passo que as medidas de austeridade eram elaboradas, foram surgindo questionamentos perante o TCP acerca da constitucionalidade da legislação de crise, assim qualificada em razão de sua “pretensa excepcionalidade e pelo seu caráter restritivo de direitos fundamentais” (MORAIS, 2014, p.709). São, pois, essas decisões emblemáticas do TCP, durante o período de 2010 a 2014, que deram origem à denominada jurisprudência da crise em Portugal, sendo a experiência portuguesa frequentemente citada nas discussões em torno de uma jurisprudência da crise no Brasil. Essa influência é notada na menção direta à jurisprudência da crise portuguesa e à literatura acerca do tema na fundamentação de alguns votos do STF relacionados à crise pandêmica ou econômica (BRASIL, 2020a, p.144; 2020b, p.96; 2020c, p.399; 2020d, p.71; 2021a, p.14). Além disso, também fica evidenciada nos trabalhos acadêmicos, constantes no Catálogo da CAPES, conforme demonstrado na parte introdutória deste livro. Um dos fatores para essa influência é o notório intercâmbio cultural e acadêmico entre os dois países, que possuem Constituições compromissadas com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 1º, CRP e art. 3º, I, CRFB), e compartilham de princípios constitucionais bastante similares. Importa consignar, ainda, que ambos os países assumem modelos aspiracionais de constitucionalismo, com generosas listas de direitos sociais (BOTELHO, 2017, p. 8, 17).

No entanto, o contexto português exprime particularidades por meio de um regime diferenciado de proteção dos direitos fundamentais que não encontra paralelo na Constituição brasileira¹⁴. Aliás, há em Portugal três correntes com

¹⁴ A Parte II da Constituição da República Portuguesa (CRP) subdivide os direitos e deveres fundamentais em dois títulos: “Título II - *direitos, liberdades e garantias*” e “Título III – direitos e deveres sociais, econômicos e culturais”. Ao tratar da força jurídica dos *direitos, liberdades e garantias* em seu art. 18.º, a CRP define que eles são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas; que a lei só pode restringi-los nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; e que essas leis restritivas têm de revestir caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. Além disso, o art. 19ª traz a previsão de que o exercício dos *direitos*,

posições distintas em relação ao nível de garantia dos direitos sociais, quais sejam, uma bifurcada, outra defensora da unidade dogmática entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, e uma intermediária (BOTELHO, 2015, p.316).

A primeira corrente atribui aos direitos de liberdade e políticos um nível de garantia mais forte, por entenderem que a constitucionalização dos direitos sociais não significa que “reletem da mesma forma que os direitos de liberdade para a dignidade humana” (MORAIS, 2014, p.70), ou “que ocupem idêntico grau de importância nas tarefas constitucionais do Estado de direito democrático” (MORAIS, 2014, p.70). Somado a isso, há a defesa de que o caráter de direitos fundamentais não confere aos direitos sociais “uma equiparação no plano das garantias políticas e contenciosas em relação a outros direitos também qualificados como fundamentais” (MORAIS, 2014, p.70). Nessa linha de análise, o primado dos direitos de liberdade não decorre de uma mera opção do constituinte português, pois, para além da literalidade do texto constitucional, há a consideração de que os direitos de liberdade são um pressuposto existencial do próprio Estado de direito democrático, pois “sem *direitos, liberdades e garantias* constitucionalmente reconhecidos e garantidos não há Estado de Direito nem democracia política” (MORAIS, 2014, p.71).

É certo que, como defendem Holmes e Sunstein (1999, p.15) e Novais (2010b, p.96), todos os direitos dependem de contribuições coletivas, e os direitos associados às liberdades civis também envolvem custos atrelados a atuações positivas do Estado na sua defesa, especialmente, por meio dos sistemas de justiça, segurança e eleitoral. Contudo, Morais (2014, p.72) sustenta que há uma diferença qualitativa entre tais custos, pois, ao contrário dos direitos sociais, o sistema de justiça e o sistema eleitoral não podem ser reduzidos a mínimos existenciais, pois o Estado fragilizado e com *deficit* de funcionamento em seu sistema eleitoral pode abrir margem para convulsões sociais (MORAIS, 2014, p.72). De acordo com esse entendimento, os direitos de liberdade possuem um maior peso axiológico e um caráter de direitos mais fortes por estarem ligados a uma questão existencial do Estado de direito democrático (MORAIS, 2014, p.71).

liberdades e garantias só pode ser suspenso em caso de estado de sítio ou de estado de emergência. Por fim, em seu art. 17^a, a Constituição prevê que o regime de proteção dos *direitos, liberdades e garantias* aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga (PORTUGAL, 2023, p12).

Como contraponto à posição que diferencia materialmente os direitos de liberdade e os direitos sociais, Novais (2010b, p.360) defende que a proteção material devida a direitos de liberdade e a direitos sociais tem de ser exatamente a mesma. Pois o que faz o art. 18 da CRP é apenas elencar alguns princípios estruturantes do Estado de direito em fórmulas aplicáveis a leis restritivas, tais como o princípio da proibição de excesso, o princípio da igualdade, o princípio da proteção da confiança¹⁵ e o princípio da dignidade da pessoa humana (NOVAIS, 2010b, p.361).

Assim, também se aplica indiretamente aos direitos sociais as previsões do art. 18 para os *direitos, liberdades e garantias* de que as leis restritivas não podem ser excessivas ou desproporcionais, e tem de ser gerais e abstratas (NOVAIS, 2010b, p.362). Ademais, a aplicação dos princípios estruturantes aos direitos sociais não ignora o regime especial previsto no art. 18 da CRP, mas apenas reconhece que os direitos sociais, na condição de direitos fundamentais constitucionalmente previstos em um Estado de direito democrático, trazem imposições e limites jurídicos vinculativos à atuação dos poderes públicos (NOVAIS, 2010b, p.362). Por causa disso, a defesa da unidade dogmática está atrelada à tese de que “todo o núcleo do regime material pretensamente específico dos *direitos, liberdades e garantias* se aplica, em toda a sua extensão e com o mesmo alcance, aos direitos sociais” (NOVAIS, 2010b, p.363).

Embora se reconheça diferenças de vinculação e efetividade entre os direitos fundamentais, Novais (2010b, p.360) atribui essas diferenças às “consequências imperativas que o princípio da separação dos poderes projeta sobre a justiciabilidade das pretensões apoiadas nas normas constitucionais”. Ou seja, apesar do art. 18, I, da Constituição portuguesa não tratar da força jurídica de vinculação dos direitos

¹⁵ O princípio da proteção da confiança é bastante mencionado nas decisões do TCP relacionadas à jurisprudência da crise, mas possui um menor destaque na prática constitucional brasileira, embora tenha sido introduzido no art. 927, § 4º, do CPC/15. Didaticamente, o TCP desenvolveu alguns parâmetros que devem estar presentes para que seja possível a tutela decorrente desse princípio: 1) o Estado deve ter incentivado comportamentos capazes de gerar nas pessoas expectativas de continuidade; 2) essas expectativas devem ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; 3) as pessoas devem ter feito plano de vida considerando a perspectiva de continuidade do comportamento do Estado; 4) é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, pela via da ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa; 5) por fim, só poderá utilizar-se a ideia de proteção da confiança como parâmetro constitucional nas situações em que a sua violação contraria a própria ideia de Estado de Direito, de que a tutela da confiança constitui um corolário (PORTUGAL, 2013c, p.36027).

sociais, quando delimitado e bem determinado o conteúdo do direito social pelo legislador infraconstitucional, o direito em questão passaria a ter a mesma intensidade de força (ROCHA, 2018, p.15). De igual modo, nada impede que uma norma constitucional de direito social com caráter de regra, contendo uma prescrição certa e determinada, seja mais diretamente aplicável que uma norma de direito de liberdade com caráter de princípio que esteja eventualmente sujeita à reserva do possível, sobretudo, se estiver relacionada aos atos necessários à proteção e promoção da liberdade individual (NOVAIS, 2010b, p.370).

Dessa forma, em sua adesão à tese da unidade dogmática, Novais (2010b, p.373) sustenta que o único critério operativo para diferenciar os direitos de liberdade e os direitos sociais não é de caráter material relacionado à relevância, mas, sim, de caráter essencialmente estrutural, uma vez que os direitos fundamentais podem se distinguir quanto à determinabilidade do seu conteúdo e à natureza dos deveres estatais da sua correspondente realização.

Por fim, há também uma corrente pautada em uma solução intermediária, na qual o art. 17 da CRP é interpretado no sentido de que, ao permitir a comunicabilidade com os direitos fundamentais de natureza análoga, afastou qualquer dicotomia radical. Por outro lado, não aderem à tese unitária porque isso menosprezaria a opção do poder constituinte originário em distinguir os direitos de liberdade e os direitos sociais (BOTELHO, 2015, p.504). Nessa linha de raciocínio, não é possível ignorar que a deliberada opção do constituinte de não consagrar a aplicabilidade direta *stricto sensu*¹⁶ de todos os direitos fundamentais pode ter ocorrido a partir da compreensão de que “a Constituição não era o ato jurídico-político ideal para concretizar e densificar os direitos sociais” (BOTELHO, 2015, p.502).

Um contraste interessante que se percebe é que, para Novais (2010b, p.366), a aplicabilidade direta prevista no art. 18 da CRP para os direitos de liberdade não representa a instituição de um regime especial, pois isso seria apenas uma decorrência natural da própria natureza e identidade deste tipo de direitos. Em outro sentido, Botelho (2015, p.316) define que é precisamente no princípio da

¹⁶ Botelho (2015, p.497) entende que a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais subdividem-se em duas categorias: a aplicabilidade *stricto sensu* relacionada à sindicabilidade e a aplicabilidade *lato sensu*, que se relaciona com a capacidade de derrogar normas em sentido contrário.

aplicabilidade direta, "como consequência da suficiente determinabilidade normativa" (BOTELHO, 2015, p.316), que reside toda a diferença entre os direitos de liberdade e os direitos sociais.

Aliás, Botelho (2015, p.502) adere à posição de que é a própria determinabilidade das normas constitucionais que parece ser o critério mais adequado para identificar os direitos fundamentais análogos. Em outras palavras, uma norma terá determinabilidade quando for possível identificar "uma suficiente densidade de conteúdo que lhe permita concretizá-la" (BOTELHO, 2015, p.502). E nesse ponto, Botelho (2015, p.496) enfatiza que é preciso reconhecer que boa parte dos direitos fundamentais sociais, embora sejam vinculantes e operantes, carecem de uma determinabilidade do seu conteúdo que permita uma aplicabilidade direta *stricto sensu* "no sentido de atribuir um direito subjetivo acionável judicialmente" (BOTELHO, 2015, p.496).

Dessa maneira, a CRP parte de uma distinção entre *direitos, liberdades e garantias* constantes em seu Título II, e os direitos econômicos, sociais e culturais presentes em seu Título III. A partir do momento que a CRP prevê um regime especial de proteção aos *direitos, liberdades e garantias*, bem como alarga essa proteção aos direitos análogos, ela exige que o intérprete identifique quais os direitos fundamentais que "independente do lugar da sua positivação jurídica, reúnam as características que justifiquem a aplicação do regime orgânico, material e de revisão constitucional próprio daqueles direitos" (NOVAIS, 2010a, p.146).

A CRP atribui a alguns direitos trabalhistas de expressão coletiva o reforço jurídico diferenciado do Título II, especialmente, os direitos relacionados à segurança no emprego (art. 53, CRP), representação e liberdade sindical (arts. 54 e 55, CRP), associação sindical, negociação coletiva e direito à greve (arts. 56 e 57, CRP). Por outro lado, a maioria dos direitos trabalhistas encontram-se fora do título II, ou seja, à primeira vista não gozam do mesmo regime de proteção dos *direitos, liberdades e garantias* cujas restrições legislativas só podem ocorrer nos casos expressamente previstos e limitar-se-ão ao necessário para salvaguardar outros direitos constitucionalmente protegidos, sem, contudo, ter diminuída a extensão e o alcance do seu conteúdo essencial. Contudo, mesmo que não seja possível a aplicação analógica do art. 18 da CRP a um determinado direito social, sempre haverá um grau

de aplicabilidade direta dos direitos sociais por decorrência de uma “interpretação relacional dos direitos fundamentais e do princípio da unidade da Constituição” (BOTELHO, 2015, p.500).

Essa exposição de parte da doutrina portuguesa, ainda que sucintamente exposta, permite uma melhor compreensão da abordagem em torno dos direitos sociais no contexto constitucional português, especialmente, em relação à aplicabilidade, vinculatividade e restrições aplicáveis a esses direitos. Esse panorama também nos situa sobre os desafios enfrentados pelo TCP durante o período das sucessivas restrições aos direitos sociais.

Em maio de 2011, Portugal firmou memorandos de entendimento¹⁷ com o Banco Central Europeu, a Comissão Europeia e o FMI, o que lhe garantiu um empréstimo de 78 bilhões de euros, em desembolsos parciais, na sequência de avaliações trimestrais pelos credores internacionais, que exigiram um rigoroso ajuste macroeconômico durante a vigência do PAEF que durou até 30 de junho de 2014¹⁸ (VIOLANTE, 2021, p.1043). O ajuste baseava-se em três pilares: equilíbrio das contas públicas, solvência do setor financeiro e reformas econômicas destinadas a incentivar a produtividade (BLYTH, 2017, p.113). Desse modo, entre os anos 2011 a 2014, sobretudo, o governo português promoveu sucessivas restrições aos direitos sociais, tais como reduções de salários e pensões, e flexibilização dos vínculos laborais, principalmente, dos trabalhadores da Administração Pública. A

¹⁷ Estes memorandos são reconhecidos pelo TCP como vinculativos para o Estado português, na medida em que se fundamentam em instrumentos jurídicos – os Tratados institutivos das entidades internacionais que neles participaram, e de que Portugal é parte – de Direito Internacional e de Direito da União Europeia, os quais são reconhecidos pelo art. 8º, nº 2, da CRP (PORTUGAL, 2012, p.3851). Importante destacar que durante o período da jurisprudência da crise portuguesa (2010-2014), nunca esteve em causa no âmbito do TCP uma eventual contradição entre uma norma europeia e uma norma da CRP (NOVAIS, 2014, p.158).

¹⁸ O PAEF era composto por três documentos: o Memorando de Políticas Económicas e Financeiras, o Memorando Técnico de Entendimento e o Memorando sobre Condicionalidade Política Específica (ou seja, o Memorando de Entendimento). Enquanto os dois primeiros documentos foram enviados como anexos a uma carta de intenções endereçada ao Conselho Executivo do FMI, o terceiro documento foi assinado entre Portugal e a Comissão Europeia (VIOLANTE, 2021, p.1043). Após o encerramento do PAEF, Portugal recebeu visitas periódicas de monitoramento dos credores internacionais. Ao final da terceira missão de monitoramento pós-programa realizada em 2016, coordenada pelo FMI, Comissão Europeia e Banco Central Europeu, o corpo técnico da missão enfatizou os efeitos positivos do PAEF: “A recuperação económica de Portugal está em curso há três anos e a taxa de desemprego situa-se agora próxima dos níveis anteriores à crise. O país reconquistou a confiança dos investidores estrangeiros e está a conseguir obter empréstimos nos mercados internacionais em condições muito favoráveis e maturidades mais longas (...)” (FMI, 2016, p.1).

problemática assume ainda mais relevância se considerarmos que o direito ao salário é um direito social de natureza análoga aos direitos de liberdade, e que também foram afetados os *direitos, liberdades e garantias* dos trabalhadores no caso do direito ao emprego e à garantia da proibição de despedimentos sem justa causa (MORAIS, 2014, p.711). Daí decorre que houve a afetação de direitos que estão dentro da esfera de proteção do regime de garantia reforçada dos direitos de liberdade (MORAIS, 2014, p.711).

O conjunto de ações legislativas sobre os direitos sociais foi submetido ao controle de constitucionalidade do TCP, que passou por três momentos distintos durante a construção dessa jurisprudência da crise. Em um primeiro momento, entre 2010 e 2011, o tribunal adotou uma postura de autocontenção e deferência às decisões do legislador democraticamente legitimado para a tomada de decisões durante o período de exceção econômica-financeira (MORAIS, 2014, p.712). Esse é um momento em que a admissão do discurso consequencialista de crise ou exceção econômica-financeira favoreceu "um certo *favor legislatoris*" (BOTELHO, 2015, p.488). Em seguida, no ano de 2012, há uma fase intermediária em que o TCP, embora continue adotando uma postura pragmática, inicia uma viragem jurisprudencial ao ressaltar que a progressão das sucessivas restrições não seria facilmente admitida. (MORAIS, 2014, p.716; BOTELHO, 2015, p.488). Por fim, nos anos de 2013 e 2014, os argumentos consequencialistas de crise financeira perderam força frente à fundamentalidade dos direitos sociais, preponderando argumentos de princípio (BOTELHO, 2015, p.488; MORAIS, 2014, p.718).

Embora o aumento da carga fiscal não seja o objeto desta pesquisa, vale ressaltar que, ainda no ano de 2010, no Acórdão nº 399/2010, o TCP julgou ser constitucional a aplicação de uma taxa de imposto mais elevada aos rendimentos auferidos pelos contribuintes em momento anterior ao da entrada em vigor da lei que majorou o imposto. Pois entendeu que o art. 103 da CRP somente vedava a retroatividade autêntica, ou seja, a aplicação de uma majoração sobre fatos tributários que tenham produzido todos os seus efeitos ao abrigo da lei antiga. E, considerando que o aspecto temporal do imposto não era instantâneo, mas sucessivo, compreendeu que o fato tributário do imposto só está completo no último dia do período de tributação. Entendeu, também, que a majoração do imposto

prossegue um fim constitucionalmente legítimo, na medida em que busca receita fiscal em caráter urgente e premente em um contexto de combate ao *deficit* e à dívida pública acumulada, sem que isso afete o princípio da confiança. (PORTUGAL, 2010).

No ano seguinte, no Acórdão nº 396 de 2011, o TCP apreciou a constitucionalidade da redução das remunerações dos trabalhadores da função pública prevista na lei orçamentária de 2011, que estabeleceu reduções sobre o valor total¹⁹ das remunerações em percentuais progressivos diversos, desde que o valor total da remuneração fosse acima de 1.500 euros, partindo a redução de 3,5% até o limite de 10% para os rendimentos que estivessem acima de 4.165 euros. (PORTUGAL, 2011, p.41096).

O TCP admitiu que as reduções remuneratórias eram “significativas, capazes de gerarem ou acentuarem dificuldades de manutenção de práticas vivenciais e de satisfação de compromissos assumidos pelos cidadãos” (PORTUGAL, 2011, p.41102), mas considerou que não se pode dizer “que a irredutibilidade do salário seja uma exigência da dignidade da pessoa humana ou que se imponha como um bem primário ou essencial” (PORTUGAL, 2011, p.41101), ainda mais se considerar que “as medidas de redução remuneratória visam a salvaguarda de um interesse público que deve ser tido por prevacente” (PORTUGAL, 2011, p.41103). Além disso, ao contrário da CRFB, não há na CRP qualquer norma-regra que assegure a irredutibilidade dos salários, uma vez que essa regra consta apenas no direito infraconstitucional. Aliás, uma tendência observada nos julgados é o constante uso de princípios, o que leva Coutinho (2018, p.92) a afirmar que na maioria das medidas declaradas inconstitucionais o tribunal “sucumbiu a uma espécie de ‘Triângulo das Bermudas’ formado pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da proteção da confiança”.

Esse primeiro momento da jurisprudência da crise é indissociável de “uma conjuntura política específica” (MORAIS, 2014, p.715), em que o próprio TCP defende uma deferência à livre conformação política do legislador até por força de

¹⁹ Para efeito de aplicação das reduções, considerou-se como remunerações totais mensais as que resultam do valor agregado de todas as prestações pecuniárias, designadamente, remuneração base, subsídios, suplementos remuneratórios, incluindo emolumentos, gratificações, subvenções, senhas de presença, abonos, despesas de representação e trabalho suplementar, extraordinário ou em dias de descanso e feriados (PORTUGAL, 2011, p.41096).

compromissos com organismos europeus e internacionais que exigiam resultados a curto prazo, o que leva a redução temporária dos rendimentos dos trabalhadores a ser compreendida como uma medida legítima, necessária e dentro dos "limites do sacrifício" (PORTUGAL, 2011, p.41104). Nesse cenário, Urbano (2013, p.25) defende a existência de um novo princípio denominado "*in dubio pro medidas anticrise*", descrevendo-o como um "fundamento jurídico-constitucional sólido, consistente e irrepreensível" (URBANO, 2013, p.25), capaz de evitar que as decisões dos juízes constitucionais sejam vistas como julgamentos políticos. Contrapondo-se a esse fundamento, Novais (2014, p.50) ressalta que esse princípio inviabilizaria as declarações de inconstitucionalidade em momentos de crise, uma vez que é bastante difícil existir uma unanimidade, pois basta um dos treze juízes posicionar-se a favor da não inconstitucionalidade para emergir a situação de dúvida enunciada pelo princípio. No entender de Novais (2014, p.48), não cabe ao TCP "inventar um direito especial para tempos de crise ou questionar a vigência da Constituição". Prossegue dizendo que cabe ao TCP apenas aplicar a Constituição "pura e simplesmente, e verificar a constitucionalidade das leis à luz da supremacia das normas constitucionais" (NOVAIS, 2014, p.48), sobretudo, durante os períodos de anormalidade que os direitos fundamentais estão sob condições patológicas e submetidos a uma extrema vulnerabilidade por força das mudanças radicais de atitude dos poderes públicos (NOVAIS, 2014, p.57).

Adentrando em um segundo momento, a situação começa a se alterar a partir do ano de 2012, quando o TCP alerta o legislador que os argumentos relativos à exceção econômica-financeira não seriam mais suficientes para a manutenção de uma escalada de restrições adicionais sobre os direitos sociais. Isso fica evidenciado no Acórdão nº 353, de 5 julho de 2012, no qual o TCP deparou-se com normas da lei orçamentária para o ano de 2012 que, na esteira das medidas de austeridade visando ao equilíbrio financeiro, suspendia dois componentes da remuneração dos servidores públicos e pensionistas, os denominados subsídio de férias e subsídio de Natal. A suspensão dessas verbas remuneratórias era cumulada com as reduções impostas pela lei orçamentária de 2011, e perduraria durante o tempo de vigência do PAEF previsto nos memorandos de entendimento firmados entre Portugal e os credores internacionais.

Após acatar no Acórdão nº 396/2011 a redução dos salários promovida pela lei orçamentária de 2011, o tribunal lida na execução orçamentária de 2012 não apenas como a redução, mas com a própria suspensão de verbas remuneratórias. Isso implica dizer que, caso tais direitos sejam considerados como direitos análogos aos *direitos, liberdades e garantias*, a sua suspensão só seria admissível diante do estado de sítio ou de emergência, os quais não podem ser declarados com base em uma emergência financeira, pois estar-se-ia admitindo “um estado de exceção financeira à margem da Constituição” (MORAIS, 2013, p.57).

Por entender que o excesso de sacrifícios impostos aos trabalhadores da função pública viola o princípio da igualdade, o TCP declarou a inconstitucionalidade da suspensão dos subsídios de férias e de Natal, correspondentes aos 13º e 14º salários dos trabalhadores ativos e pensionistas, determinada na lei orçamentária como uma forma de redução adicional das remunerações, cuja remuneração base mensal fosse superior a 1.100 euros, além de estatuir uma redução progressiva quando o valor estivesse entre 600 e 1.100 euros (PORTUGAL, 2012, p.3850).

Não há no julgado um rompimento com a posição firmada no Acórdão 396/2011, uma vez que o tribunal permanece com o entendimento de que os trabalhadores da Administração Pública não estão em posição de igualdade com os demais cidadãos, motivo porque o sacrifício adicional que lhes é exigido durante a crise financeira “não consubstancia um tratamento injustificadamente desigual” (PORTUGAL, 2011, p.41104; 2012, p.3855). Por outro lado, o tribunal entende que se extrapolou os limites da proporcionalidade, já que “a igualdade jurídica é sempre uma igualdade proporcional, pelo que a desigualdade justificada pela diferença de situações não está imune a um juízo de proporcionalidade.” (PORTUGAL, 2012, p.3856).

No Acórdão nº 396/2011, o tribunal entendeu que a redução salarial ocorrida a partir do ano de 2011, entre 3,5% e 10% do rendimento anual, estava dentro dos “limites do sacrifício” (PORTUGAL, 2011, p.41104). Porém, o acréscimo da nova redução, durante o ano de 2012, impõe ao funcionalismo público uma redução de 14,3% do rendimento anual. Em média, isso mais do que triplica o valor das reduções iniciais, o que, quando somado com a inflação, deixa evidente que “o diferente tratamento imposto a quem auferir remunerações e pensões por verbas públicas

ultrapassa os limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional" (PORTUGAL, 2012, p.3856).

Todavia, embora o Acórdão nº 353/2012 tenha declarado a inconstitucionalidade dos dispositivos da lei orçamentária de 2012 que suprimiam os subsídios de férias e de Natal dos trabalhadores públicos e pensionistas, o tribunal optou por modular os efeitos da decisão a fim de permitir a aplicação dos dispositivos declarados inconstitucionais durante a execução orçamentária de 2012. Isso porque considerou que as consequências da decisão poderiam inviabilizar o financiamento externo, e os quase seis meses restantes para o término do exercício financeiro talvez fossem insuficientes para "projetar e executar medidas alternativas que produzissem efeitos ainda em 2012, de modo a poder alcançar-se a meta orçamental fixada". (PORTUGAL, 2012, p.3857).

Magalhães (2017, p.221) ressalta que a solução encontrada pelo TCP exemplifica como a aplicação do pragmatismo jurídico não se afasta de alguns instrumentos jurídicos, "embora resultem na adoção da reflexão consequencialista dos resultados possíveis e desejáveis de cada decisão judicial" (MAGALHÃES, 2017, p.221). Fica evidente que, por meio da modulação de efeitos, o TCP adotou "considerações pragmatistas de ordem econômica, sensíveis às consequências econômicas da norma e de sua invalidação" (MAGALHÃES, 2017, p.222). Novais (2012, p.249) destaca que a lógica que subjaz essa modulação *pro futuro* é a do fato consumado inconstitucional, que é utilizada como subterfúgio pelas maiorias governamentais, a fim de que o decurso do tempo de vigência de uma lei - e a consolidação dos seus efeitos - desestimulem uma declaração de inconstitucionalidade. Ressalta, também, que a modulação poderia ter sido evitada caso o Presidente da República tivesse acionado a fiscalização preventiva de constitucionalidade antes da promulgação da lei, o que evitaria a entrada em vigor das inconstitucionalidades e, assim, afastaria a impunidade proporcionada pelo fato consumado²⁰ (NOVAIS, 2012, p.250).

²⁰ A fiscalização preventiva de constitucionalidade, prevista no art. 278 da CRP, permite que o Presidente da República, antes da promulgação e da entrada em vigor dos atos legislativos, provoque o TCP para que se pronuncie sobre a inconstitucionalidade de normas constantes em diploma enviado ao Presidente da República para promulgação. Em caso de inconstitucionalidade pronunciada pelo

Apesar de no Brasil essa modulação não causar perplexidade, dada a literalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99, em Portugal foi a primeira vez que o TCP “proferiu uma sentença manipulativa que fez publicar no mês de Julho e que permite a uma norma declarada inconstitucional com eficácia *erga omnes* vir a produzir efeitos futuros até ao final do ano de 2012” (MORAIS, 2013, p.58). Tendo como plano de fundo o contexto da excepcionalidade financeira e os acordos internacionais assumidos pelo Estado português, o TCP inovou ao ponto de salvaguardar, pela primeira vez, a aplicação da norma inconstitucional para o futuro (MIRANDA, 2013, p.41; MORAIS, 2013, p.58). Saliente-se que a modulação *pro futuro* tem base constitucional no art. 282, 4, da CRP, o qual prevê que “quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem”, poderá o TCP fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restritivo do que o efeito *ex tunc* previsto nos itens 1 e 2 do mesmo art. 282 (PORTUGAL, 2023, p.89).

Dessa forma, a decisão de inconstitucionalidade operou-se como “uma decisão de acolhimento fictício” (MORAIS, 2013, p.58), cujo principal efeito foi a emissão de uma advertência para que no ano seguinte sejam encontradas soluções mais equitativas para o cumprimento das metas orçamentárias.

Tanto foi assim que no ano seguinte, no Acórdão nº 187/2013, o TCP declarou a inconstitucionalidade da suspensão do pagamento do subsídio de férias prevista na lei orçamentária do ano de 2013. Em um claro sinal de endurecimento às restrições aos direitos do funcionalismo público, o tribunal avaliou que a redução remuneratória imposta em 2010, e reiterada nos anos seguintes, não podia ser cumulada com a suspensão do subsídio de férias, sob pena de caracterizar uma violação à igualdade proporcional (PORTUGAL, 2013a, p.2398). Nota-se que o TCP adota um tom ainda mais rígido que o observado no Acórdão 353/2012, pois nem sequer admitiu o corte isolado do subsídio de férias, bem como não fez uso da modulação de efeitos *pro futuro*. Além disso, os argumentos no sentido de que a redução remuneratória do funcionalismo público é o mecanismo mais eficiente a curto prazo para alcançar as metas orçamentárias, ou que é a “única opção”

TCP, prevê o art. 279 da CRP que o diploma deverá ser vetado pelo Presidente da República, sendo devolvido ao órgão que o tiver aprovado.

(PORTUGAL, 2013a, p.2370), não são mais facilmente tolerados, especialmente, pois o país já entrava em seu terceiro exercício orçamental no âmbito do PAEF, e não se comprovou a inefetividade ou a efetiva busca por soluções alternativas. Dessa maneira, o decurso do tempo fez com que os argumentos fossem perdendo "consistência valorativa suficiente para justificar o agravamento dos níveis remuneratórios" (PORTUGAL, 2013a, p.2370).

No mesmo ano, no Acórdão nº 474/2013, após requerimento de fiscalização preventiva de constitucionalidade por parte do Presidente da República, o TCP barrou outra tentativa de redução de despesas promovida pelo legislador português, que objetivava implementar duas medidas de flexibilização do vínculo dos trabalhadores em funções públicas (PORTUGAL, 2013b). A primeira, revogava o dispositivo da Lei nº 12-A/2008, que estabelecia uma garantia aos servidores de nomeação definitiva contra demissões com base em critérios objetivos, e não subjetivos, imputáveis ao servidor ²¹. E a segunda, que consistia no alargamento das hipóteses de despedimento dos trabalhadores públicos, em que se permitia "despedir injustificadamente um amplo número de funcionários públicos aos quais, ao longo dos anos, foram sendo criadas expectativas de segurança no emprego" (BOTELHO, 2015, p.458).

Como se observou no Acórdão nº 396/2011, um dos fundamentos para não declarar a inconstitucionalidade da redução remuneratória no serviço público foi a maior estabilidade dos trabalhadores públicos em relação aos trabalhadores privados, o que tornava tolerável o sacrifício temporário imposto ao funcionalismo público durante os anos de 2011, 2012 e 2013. Frustrar essa expectativa de segurança no emprego vai de encontro aos próprios fundamentos que justificaram os sacrifícios impostos. Aliás, é exatamente a estabilidade no emprego que definiu

²¹ Nos termos do Decreto nº 177/XII da Assembleia da República, o trabalhador em função pública poderia ser colocado em um processo denominado como requalificação por um período de 12 meses, seguidos ou interpolados. Findo tal prazo sem o reinício das funções era permitido o ato de cessação do contrato de trabalho em funções públicas (PORTUGAL, 2013b, p.5867). Concordando inteiramente com a decisão do TCP no Acórdão nº 474/13, Miranda (2014, p.495) afirma que "sob a capa da requalificação (nome enganador)", o decreto permitia despedimentos sem controle jurídico suficiente, sem preocupação com a estabilidade na relação de emprego e com as legítimas expectativas dos trabalhadores. Morais (2014, p.743) destaca que desde a década de 90 a jurisprudência do TCP já era muito clara sobre a exigência de determinabilidade na lei sobre os critérios de despedimento, tendo em vista a proibição de arbítrio e o imperativo da controlabilidade judicial.

os projetos de vida de vários trabalhadores que adentraram no serviço público (PORTUGAL, 2013, p.5886). Desse modo, no Acórdão nº 474/2013, o TCP ressalta que o legislador não se desvencilhou do ônus que lhe cabia de demonstrar a adequação, necessidade e justa medida da intervenção não transitória que buscava empreender. Além disso, o princípio da boa administração não é capaz, por si só, de afastar o princípio da proteção de confiança, ainda mais quando o grau de afetação desse princípio é bastante acentuado, especialmente porque a própria Administração Pública gerou uma alta expectativa em relação à proteção contra o despedimento sem justa causa subjetiva daqueles que ingressaram na função pública por meio de nomeação definitiva (PORTUGAL, 2013b, p.5886).

Ainda em 2013, no Acórdão nº 794/2013, o TCP proferiu a decisão definida por Novais (2014, p.72) como "a exceção de ativismo judicial da jurisprudência constitucional dos anos de crise". No julgado, o TCP não considerou inconstitucional o aumento generalizado da jornada de trabalho na função pública de trinta e cinco para quarenta horas de trabalho semanais (PORTUGAL, 2013c, p.36029). O TCP reconheceu a flagrante diminuição do salário/hora e que o aumento do período normal de trabalho diário poderá originar despesas adicionais para os trabalhadores (PORTUGAL, 2013c, p.36029). Porém, reiterou a sua jurisprudência que "não consta da Constituição qualquer regra que estabeleça, de forma direta e autônoma, uma garantia de irredutibilidade dos salários, inscrevendo-se tal regra no direito infraconstitucional" (PORTUGAL, 2013c, p.36028). De igual forma, o TCP manteve a posição já adotada no Acórdão n.º 187/2013 de que não é possível defender a irredutibilidade salarial como uma "dimensão primária do direito fundamental à justa retribuição consagrado na alínea a) do n.º 1 do art. 59.º, da Constituição" (PORTUGAL, 2013c, 36029). Em termos de repercussão prática, o aumento da jornada semanal implicou na redução direta do salário/hora, redução direta da retribuição dos trabalhadores da função pública em tempo parcial, e a redução indireta da retribuição dos trabalhadores da função pública que costumavam prestar trabalho extraordinário com o recebimento de horas extras (NOVAIS, 2014, p.72).

Em 2014, no último ano de execução do PAEF, no Acórdão nº 413/2014, com base no princípio da igualdade, o TCP rechaçou a progressão da redução das remunerações no serviço público promovida na lei orçamentária de 2014, que previa

a aplicação de uma redução progressiva entre 2,5% a 12% sobre os valores de remunerações superiores a 675 euros e inferiores a 2.000 euros²². Contudo, o tribunal optou por modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a fim de resguardar os efeitos já produzidos pela lei orçamentária até a data da decisão em 30 de maio de 2014 (PORTUGAL, 2014a, p.3483). A decisão foi anunciada há apenas algumas semanas do encerramento do PAEF, e as negociações com os credores internacionais para reparar o impacto financeiro da decisão falharam, o que levou o governo português a recusar o último desembolso do empréstimo a fim de evitar uma prorrogação do programa (VIOLANTE, 2021, p.1046).

Registre-se que, mesmo no fim do PAEF, a lógica pragmática subjaz aos fundamentos das decisões do TCP. Exemplo disso é o julgamento em sede de fiscalização preventiva do Acórdão nº 574/2014, de 14 de agosto de 2014, cuja decisão ocorrera após o término formal do PAEF. No caso, a lei orçamentária para o ano de 2015 trouxe uma redução dos salários dos trabalhadores da função pública, mas em um percentual 20% menor que o praticado no ano de 2014. O intuito era reverter, de acordo com a disponibilidade orçamentária, as reduções salariais impostas no serviço público de 2011 a 2014, sendo prevista a reversão total das reduções salariais no prazo máximo de quatro anos, nos termos do art. 4º, 3, do Decreto nº 264/XII da Assembleia da República. Em outras palavras, a reversão total das reduções salariais deveria ocorrer até o ano de 2018. Tendo em vista que o Decreto não prevê claramente uma redução progressiva a partir do ano 2016, e considerando que esse silêncio normativo abre margem para que se mantenha durante o triênio 2016-2018 uma reversão de apenas 20% em relação aos salários praticados em 2014, o TCP entendeu que há uma inobservância da proporcionalidade e uma ofensa do princípio da igualdade nas disposições do Decreto que previam a reversão total em quatro anos sem fixar percentuais de reversão progressivos, ano a ano, a partir de 2016. (PORTUGAL, 2014b, p.4679). Por outro lado, o TCP aceitou o

²² Em comparação com as reduções promovidas nos anos anteriores (2011, 2012, 2013), nota-se que é uma redução mais acentuada que a introduzida pela lei orçamentária de 2011 (e mantida desde a sua entrada em vigor), que pressupunha uma redução entre 3,5% e 10% sobre rendimentos mensais superiores a 1.500 euros (PORTUGAL, 2014a, p.3444). Diante do acréscimo nos sacrifícios para os que recebem menos, Miranda (2015, p.507) ressalta que mais que uma violação do princípio da igualdade, há no presente caso uma violação da proporcionalidade.

prolongamento das reduções salariais na função pública, especificamente para o ano de 2015, contrariando expectativas dos trabalhadores repetidamente atingidos pelas medidas de austeridade²³. O tribunal considerou que ainda se refletiam no ano de 2015 os efeitos do PAEF, mesmo com o seu término formal, bem como considerou que ainda se fazia necessário sanar os efeitos do *deficit* excessivo das contas públicas. (PORTUGAL, 2014b, p.4675, 4677).

Ao se observar a evolução do papel e da jurisprudência do TCP, Botelho (2018, p.125) ressalta que o período da jurisprudência da crise trouxe maior peso institucional ao tribunal, que soube ponderar os aspectos da crise econômica sem reduzir a Constituição a um "mero espelho da realidade fática de um determinado momento societal" (BOTELHO, 2018, p.125).

Importante sublinhar que o sistema constitucional português possui algumas diferenças em relação ao existente no Brasil. Inicialmente, é importante destacar que o sistema português é exclusivamente normativo. Por definição, ficam subtraídas da tutela exercida pelo TCP todas as inconstitucionalidades decorrentes, não de normas, mas de decisões e atos individuais e concretos, "sejam eles praticados pelos titulares do poder político, pela Administração ou pelo poder judicial" (NOVAIS, 2012, p.260). Ao contrário do Brasil, não há remédios constitucionais individuais ou coletivos destinados à proteção dos direitos fundamentais diretamente junto ao TCP.

A forma de composição e designação dos juízes do TCP também difere da utilizada para o STF. O mandato dos juízes do TCP tem a duração de apenas nove anos e não é renovável. Dos treze juízes que integram o TCP, dez são eleitos pela Assembleia da República por maioria qualificada de dois terços, desde que esteja presente a maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções²⁴. Esses dez

²³ Com base na justificativa da necessidade de saneamento das contas públicas, os trabalhadores pagos por verbas públicas foram alvo de várias medidas de austeridade, dentre elas: reduções salariais, aumento da jornada de trabalho com redução do salário/hora, aumento das contribuições para o sistema previdenciário, congelamento das promoções e da progressão na carreira e, ainda, sofreram os efeitos dos programas de redução de efetivos e dos limites à contratação de novos trabalhadores – ambos potencialmente geradores de aumentos de cargas de trabalho (PORTUGAL, 2014b, p.4678).

²⁴ A Assembleia da República representa o parlamento português, que não é bicameral, mas unicameral, sendo os deputados eleitos segundo o princípio da representação proporcional (MIRANDA, 2019, p.126). Importante destacar, também, que Portugal é um Estado unitário, com duas regiões autónomas – os arquipélagos dos Açores e da Madeira, caracterizando-se como um Estado unitário regional parcial (MIRANDA, 2019, p.126).

juízes eleitos pela Assembleia da República escolhem os outros três, sendo exigido que, pelo menos, seis dos treze membros do TCP sejam necessariamente juízes de carreira²⁵. A exigência de maioria qualificada de dois terços para a designação obriga os parlamentares a buscar nomes que gerem o máximo de consenso. Isso conduz a uma composição equilibrada, que reflete o máximo possível “a cultura e o sentimento políticos da comunidade” (NOVAIS, 2014, p.35), propiciando “um consenso alargado e a escolha de pessoas mais sintonizadas com ideias de Direito situadas no ‘arco constitucional’ ou, dito de outro modo, no centro político” (MIRANDA, 2019, p.126).

Verifica-se, também, que o TCP não tem competência para sancionar os titulares dos órgãos de soberania pela violação da Constituição, e não está integrado à organização judiciária (AVELÃS NUNES, 2013, p.8). Além disso, o TCP nem sempre tem a última palavra em relação às violações dos direitos fundamentais, cabendo-lhe respeitar a última palavra do Supremo Tribunal de Justiça e a última palavra do Supremo Tribunal Administrativo, quando julgarem violações de direitos fundamentais relacionadas a atos não normativos, atos da Administração Pública, e atos ou omissões dos tribunais administrativos (NOVAIS, 2012, p.255). Em tom de crítica, Novais (2012, p.256) exemplifica que como de qualquer destas *últimas palavras* é possível recorrer para o TEDH, é possível assistir a múltiplas condenações ou absolvições do Estado português pelo TEDH, com diferentes diálogos e posicionamentos dos tribunais portugueses em relação ao mesmo direito fundamental²⁶. Resulta que, em face desse controle exclusivamente normativo, a lógica que prepondera no sistema português de tutela dos direitos fundamentais é a seguinte: lesões a direitos fundamentais decorrentes da lei são da responsabilidade de verificação última do TCP; outros tipos de lesões que se refiram a atos não normativos são de responsabilidade dos tribunais comuns, judiciais ou administrativos (NOVAIS, 2012, p.222).

²⁵ Essas regras sobre a forma de composição do Tribunal Constitucional português estão previstas no art. 222 da CRP, cuja regulamentação é feita pelos arts. 12 a 21 da Lei nº 28/82 (alterada pela Lei nº 1/2022, de 4 de janeiro de 2022), responsável por disciplinar a organização, funcionamento e processo do TCP.

²⁶ A Convenção Europeia dos Direitos do Homem consagra direitos que são também considerados fundamentais pela CRP e, no seu sistema de garantias, permite o recurso individual, para o TEDH, das decisões dos Estados vinculados internacionalmente à observância da Convenção e que ofendam esses direitos. (NOVAIS, 2012, p.292).

Dessa forma, mesmo tendo limitada a sua participação no processo político ao controle de constitucionalidade das normas jurídicas, o TCP conseguiu durante o período da jurisprudência da crise assumir o papel de maior relevância de sua história, tendo que lidar com uma forte pressão popular e com acusações do governo de submeter o país ao risco de um segundo resgate financeiro (BOTELHO, 2018, p.125; MORAIS, 2014, p.722).

2.3 A influência do pragmatismo jurídico norte-americano e seus elementos (consequencialismo, contextualismo e antifundacionalismo)

No Brasil, os reflexos da crise econômica nas questões constitucionais levadas ao STF também atraíram embates acerca dos limites da exigibilidade dos direitos sociais em tempos de crise. Enquanto a jurisprudência da crise portuguesa baseia-se no contexto da crise financeira iniciada em 2007, a jurisprudência da crise à brasileira situa-se em um contexto de crise econômica agravada pela pandemia do novo coronavírus. Sendo que as interpretações excepcionais e transitórias forjadas para tempos de crise não se limitam à invocação da excepcionalidade pandêmica, uma vez que recorreram a uma apropriação de elementos da jurisprudência da crise portuguesa e do pragmatismo jurídico norte-americano, além de uma predileção superficial por princípios em detrimento das regras. Isso denota que a jurisprudência da crise desenvolvida no Brasil possui características próprias, mas também promoveu uma redefinição do âmbito de proteção de institutos jurídicos já consagrados.

Convém ressaltar que o manejo da lógica econômica para a tomada de decisão em casos difíceis revela uma estreita ligação entre a ideia de uma jurisprudência para tempos de crise e a compreensão de pragmatismo jurídico trabalhada por Richard Posner, que abrange como elementos essenciais: o consequencialismo, o contextualismo e o antifundacionalismo²⁷ (POSNER, 1990,

²⁷ Ressaltando o antifundacionalismo de seu pensamento, Posner (2010, p.65) afirma que o juiz pragmatista não possui nenhum dever em relação ao passado, desconfia da norma jurídica que não abre exceções, e se pergunta se os juízes não poderiam fazer melhor em casos difíceis do que chegar a resultados razoáveis (em oposição a resultados demonstravelmente corretos).

p.1660). O próprio Posner (1990, p.1660) sustenta que esses são os elementos essenciais às diferentes vertentes do pragmatismo, pois entende que não há nenhum benefício prático em atribuir o rótulo de pragmatista a qualquer filosofia que não tenha todos os três elementos²⁸.

A compreensão de pragmatismo jurídico trabalhada por Richard Posner pode ser entendida "como a disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações" (POSNER, 2012, p.357-358). Dentro de uma perspectiva consequencialista, a correção do ato do gestor público "é aferível por suas consequências em termos gerais" (ARAUJO; FERREIRA JR, MONTENEGRO, 2021, p.2111), sendo que o ato será considerado bem avaliado se, "naquela circunstância, o agente produziu, segundo critérios determinados pelo avaliador, as melhores consequências possíveis" (ARAUJO; FERREIRA JR, MONTENEGRO, 2021, p.2111). Decorre disso que, nessa perspectiva, não se almeja uma situação ideal, mas sim a melhor ação possível dentro do quadro de possibilidades disponíveis ao agente.

Essa perspectiva consequencialista que se realiza dentro do marco pragmatista difere da aplicação da teoria dos princípios alexyana, que opera principalmente na busca de uma resposta ideal a partir de uma ordenação flexível de valores que vincula uma estrutura formal de sopesamento a uma teoria da argumentação jurídica (ALEXY, 2015, p.163, 176; ALEXY, 2001, p.273). Dentro da teoria dos princípios alexyana, as consequências não ocupam um papel de centralidade, mas são levadas em consideração na fundamentação das relações condicionadas de precedência que emergem da colisão entre princípios (ALEXY, 2022b, p.171).

Dessa forma, é possível identificar que os princípios apontariam *ex ante* para uma decisão ideal e, por outro lado, a avaliação consequencialista opera *ex post* (ARAUJO; FERREIRA JR; MONTENEGRO, 2021, p.2112), pois tem como foco as consequências do ato e não cria "parâmetros de conduta ideal a serem seguidos pelo agente tomador de decisão" (ARAUJO; FERREIRA JR; MONTENEGRO, 2021, p.2112).

²⁸ Tradução livre. No original: "To speak in nonpragmatic terms, pragmatism has three "essential" elements. (To speak in pragmatic, nonessentialist terms, there is nothing practical to be gained from attaching the pragmatist label to any philosophy that does not have all three elements." (POSNER, 1990, p.1660).

Sublinhe-se que ambos os modelos precisam lidar com o problema da indeterminação do resultado hermenêutico. No caso dos fundamentos principiológicos, a indeterminação decorre da abstração dos princípios que é limitada pelo seu caráter apriorístico *prima facie* (ALEXY, 2015, p.108, 139, 527). No caso dos fundamentos consequencialistas, "a indeterminação se dá pelo risco da imprevisão sobre o futuro (risco este que é limitado pelo seu caráter concreto)" (GABARDO; SOUZA, 2020, p.102).

Portanto, não há dúvida de que a ideia de pragmatismo de Posner está mais próxima do "consequencialismo do que da deontologia (ética baseada no dever em contraposição à ética baseada nas consequências)" (POSNER, 2010, p.51). Porém, essa corrente de pensamento não pode ser reduzida a sua dimensão consequencialista, pois o próprio Posner (2010, p.50) prefere a "razoabilidade às melhores consequências como padrão para avaliar decisões judiciais de forma pragmática".

Ao reforçar o seu ponto de vista pragmático, Posner (2009, p.11) defende que ele seja prático, instrumental, voltado para a frente, ativista, empírico, cético, antidogmático e experimental. Percebe-se que essa construção teórica confere um caráter preditivo à atividade decisória, eis que demanda uma certa antecipação dos efeitos da decisão antes de adotá-la. Isso explica a atratividade que esse marco teórico exerce sobre as soluções judiciais adotadas em momentos de excepcionalidade, cujas circunstâncias fogem da situação de normalidade e dos precedentes até então adotados, e as consequências práticas da decisão ganham mais protagonismo no processo decisório.

Nesse sentido, ao se considerar o contexto de uma crise econômica envolvendo múltiplas variáveis, Magalhães (2017, p.126) sugere um maior manejo dos institutos econômicos, os quais podem funcionar como contribuições adicionais à atuação do intérprete na análise de restrições a direitos sociais. Nessa linha de raciocínio, isso possibilitaria a formulação de hipóteses a partir de estatísticas "e cálculos dos custos financeiros imediatos, sistêmicos e prolongados das decisões" (MAGALHÃES, 2017, p.130). Magalhães (2017, p.14,16) busca demonstrar as contribuições do contextualismo, consequencialismo e antifundacionalismo, como elementos do pragmatismo, para o exercício da jurisdição constitucional em tempos

de crise. Partindo de uma das correntes do pragmatismo de Posner (2010, p.47), a autora defende que a interpretação judicial deve ser capaz de incorporar os referenciais teóricos da análise econômica do direito a fim de absorver instrumentos e indicadores econômicos, políticos, antropológicos e tecnológicos (MAGALHÃES, 2017, p.20).

Entretanto, é importante enfatizar que o uso desses referenciais técnicos depende de um cenário ideal em que haja disponibilidade técnica, temporal e financeira para a realização ou revisão de estudos científicos, pois decisões baseadas em argumentos consequentialistas sem o correspondente estudo científico reduz a previsão das consequências ao mero senso intuitivo dos julgadores (GABARDO; SOUZA, 2020, p.119-120). Ademais, uma variável que não se pode ignorar é que, mesmo em um cenário ideal, no qual haja relatórios técnicos que demonstrem a probabilidade da ocorrência das consequências indicadas, ainda assim, há uma limitação da capacidade científica de prever o futuro, eis que prepondera no método científico juízos de probabilidade (aproximação da verdade) em vez de juízos determinísticos (verdades absolutas) (GABARDO; SOUZA, 2020, p.119).

Convém destacar que o *caput* do art. 20 da LINDB, com redação dada pela Lei nº 13.655/18, inaugurou no direito brasileiro o “postulado hermenêutico do pragmatismo” (DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p.150). Vê-se que a influência desse marco teórico no direito brasileiro não veio apenas com as decisões judiciais relativas à crise econômica agravada pela pandemia.

O dispositivo traz o comando de que não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, e tem como âmbito de aplicação os casos em que a decisão se baseia em uma norma-princípio menos densificada (DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p.148). Já o parágrafo único do art. 20 da LINDB determina que “a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” (BRASIL, 1942, p.1). Dessa forma, em um primeiro momento, o julgador deve esclarecer “quais sentidos podem ser extraídos do texto normativo e quais são as consequências práticas a que cada um desses sentidos pode levar” (DIDIER;

OLIVEIRA, 2019, p.151). Em seguida, o julgador deve se desvencilhar do ônus de justificar a solução adotada à luz de dois elementos da proporcionalidade (necessidade e adequação) e das possíveis alternativas decisórias (DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p.151).

Ciente dos riscos de importações irrefletidas de modelos estrangeiros para o direito brasileiro, Mendonça (2017, p.4) alerta para o risco do consequencialismo ser utilizado como subterfúgio pelo julgador para afastar os precedentes ou a legislação apenas com o uso retórico das consequências práticas de determinada decisão tomada. Assim também entende Brandão e Farah (2020, p.836-837), para quem o uso pouco metódico de investigações empíricas pode nos levar a soluções mais subjetivas do que objetivas, daí que o mau emprego do consequencialismo pode gerar uma espécie de consequenciachismo, cujo lastro não são estudos empíricos debatidos e consolidados, mas sim uma reprodução da preferência pessoal do julgador com a roupagem ornamental do empirismo.

Em que pese os riscos de uma má recepção do pragmatismo jurídico - tal qual ocorrera com a teoria dos princípios de Alexy²⁹ - o art. 20 da LINDB é importante, pois pode servir como mecanismo para uma mudança paulatina de cultura, que afaste o uso retórico do consequencialismo como amparo para decisionismos.

2.4 Os riscos de uma importação acrítica: os pontos de aproximação e diferenças em relação ao exercício da jurisdição constitucional no Brasil

Os riscos decorrentes da falta de critério no uso excessivo de princípios vagos para fundamentar decisões judiciais é um problema já mapeado, e dele decorrem

²⁹ Em pesquisa realizada por Moraes (2018), baseada na análise de 189 decisões do STF durante dez anos, concluiu-se que: "que a proposta de Robert Alexy sobre a teoria dos direitos fundamentais e a possibilidade de justificação (argumentação) racional das decisões judiciais não encontra correspondência nas decisões do STF. O que se pode ver, entretanto, é a incorporação no discurso do STF de fragmentos da teoria de Robert Alexy, principalmente no que diz respeito à aplicação das submáximas da adequação e necessidade ou sopesamento. Apesar disso, não foi possível constatar a preocupação nas decisões com a proposta de legitimar argumentativamente a aplicação das submáximas da proporcionalidade. Portanto, o que se vê no STF é apenas um simulacro da teoria de Robert Alexy. Assim, o princípio da proporcionalidade visto nas decisões do STF assume uma concepção *sui generis*, envolvendo, em parte, elementos da teoria proposta por Robert Alexy e o desenvolvimento de uma lógica própria incomensurável" (MORAIS, 2018, p.261). Em relação à má recepção da teoria de Alexy em julgados a respeito dos *lockdowns* adotados durante a pandemia da COVID 19, vale conferir: (MAMEDE, 2022).

várias problemáticas. Há pesquisas anteriores demonstrando a má recepção da teoria dos princípios no âmbito do STF (MORAIS, 2018, p.259-261), bem como a geleia geral do que se convencionou chamar como neoconstitucionalismo ou neoconstitucionalismos (SUNDFELD, 2012, p.60; GALVÃO, 2014, p.307-314). Além disso, também são dignas de atenção as discussões relacionadas ao ativismo judicial e à ideia de supremacia da Constituição, paradigma constitucionalista apresentado pelo emblemático caso *Marbury x Madison*, em 1803, e fortalecido com uma nova roupagem no segundo pós-guerra, e em torno do qual há uma apreensão para que não se converta em sinônimo de supremacia judicial (WALDRON, 2006, p.1406). Ou seja, para que não seja interpretado no sentido de esvaziar as competências do Poder Legislativo por meio da transferência do polo de tensão dos desacordos relevantes da coletividade para a jurisdição constitucional (APOLINÁRIO; COSTA, 2022, p.205, 207), o que pode levar, em última instância, ao denominado governo dos juízes (WALDRON, 2018, p.127).

No âmbito do pragmatismo jurídico posneriano, o próprio Posner (2009, p.5) afirma que o juiz pragmatista não é necessariamente um adepto do ativismo judicial, pois “um pragmatista poderia ter boas razões pragmáticas para pensar que os juízes não deveriam atrair muita atenção para si mesmos”³⁰ (POSNER, 2009, p.5). E apesar de considerar o formalismo com suas regras e princípios como algo similar a uma distorção, Posner (2010, p.14) entende que um juiz pragmático pode, em determinadas circunstâncias, decidir adotar uma retórica formalista ou até mesmo incorporar o formalismo como uma estratégia pragmática para suas decisões judiciais, particularmente, quando essa postura trouxer as melhores consequências sistêmicas para o sistema judicial no longo prazo (ARGUELHES; LEAL, 2009, p.187).

A esse respeito, Magalhães (2017, p.140) sugere que o pragmatismo pode ser adotado como uma estratégia de segunda ordem, ou seja, “um juiz pragmatista poderia ser formalista nos casos em que o formalismo se mostrasse a estratégia

³⁰ Tendo em vista os múltiplos sentidos atribuídos ao ativismo judicial, importante esclarecer que Posner compreende que esse termo pode ter três significados: (i) uma inclinação para ampliar o poder dos tribunais às custas de outros poderes; (ii) uma expressão usada pejorativamente para se referir à mera agressividade judicial para contestar escolhas democráticas; e (iii) por fim, o termo pode apenas denotar um reconhecimento de que os juízes, especialmente, os da Corte Constitucional, possuem uma grande margem de discricionariedade e necessariamente são participantes ativos da política. (POSNER, 2010, p.163).

decisória preferível em termos de custos e benefícios". No mesmo sentido, Arguelhes e Leal (2009, p.203) sustentam que, "embora pareça *prima facie* estranho, estratégias de primeira ordem formalistas, em termos de suas consequências, podem ser preferíveis a posturas consequencialistas", sobretudo quando se está diante de casos com informações limitadas e o julgador lida com um grande número de processos que demandam uma resposta satisfatória e célere.

Contudo, merecem atenção os riscos de uma visão denominada por Schuartz (2008, p.148) como "romantizada" do pragmatismo jurídico, na qual o julgador não aceita os limites do texto normativo e das teorias e estratégias gerais de aplicação do direito, "convertendo-os em fontes de informação e em ferramentas cujo emprego apenas deverá justificar-se instrumentalmente" (SCHUARTZ, 2008, p.149), subordinando-os à sua visão sobre o que é socialmente relevante. É por força dessas características que Schuartz (2008, p.152) ressalta que no âmbito do direito brasileiro há o risco de se desenvolver uma espécie de "consequencialismo festivo", caracterizado pela importação de fragmentos de teorias estrangeiras combinadas com o uso ornamental de argumentos econômicos compatíveis com as preferências do intérprete³¹.

Também merece cautela a adoção da postura pragmática sugerida por Posner que encara os precedentes judiciais "como uma diretriz e não como um dever" (POSNER, 2009, p.5). Pois é do dever argumentativo dentro de um sistema de precedentes que depende "a validação *erga omnes* dos juízos de fato que relacionam causalmente decisões e consequências." (SCHUARTZ, 2008, p.131), em que o julgador deve buscar não apenas uma consistência articulada com as decisões passadas, mas também ser capaz de justificar a sua decisão enquanto precedente para decisões futuras (SCHUARTZ, 2008, p.142; DWORKIN, 2002, p.137).

É nesse sentido a crítica que Dworkin (1999, p.185-212) faz ao pragmatismo jurídico ao considerá-lo uma contramão lógica, na qual o sentido do texto normativo é construído a partir da consequência considerada ótima pelo julgador em uma suposta tentativa de libertar o futuro da comunidade da "mão morta do passado e do

³¹ Schuartz (2008, p.158) considera que há três tipos de consequencialismo bem delimitados no direito brasileiro: o militante, o festivo, e o malandro. Embora cada tipo tenha os seus méritos, o autor sugere que essas formas de justificação das decisões judiciais devem ficar restritas a hipóteses excepcionálíssimas.

fetiche da coerência pela coerência" (DWORKIN, 1999, p.185). Contrapondo-se ao pragmatismo, Dworkin afirma que o pragmatismo pode estimular decisões judiciais incompatíveis com a integridade e coerência do direito, pois há um incentivo a uma dissociação das leis e dos precedentes a fim de priorizar uma utilidade contemporânea à própria decisão, sendo rejeitada a "própria ideia de coerência de princípio como algo importante em si mesmo" (DWORKIN, 1999, p.197), sobretudo, "quando é incerto e polêmico qual é, de fato, a exigência da coerência" (DWORKIN, 1999, p.199)³².

Em uma tentativa de arrefecer as críticas que Dworkin faz ao pragmatismo jurídico, Didier e Oliveira (2019, p.153) ponderam que o postulado hermenêutico do pragmatismo não pode desconsiderar as concepções dworkinianas do direito como integridade e coerência incorporadas ao art. 926 do CPC, as quais também são construções doutrinárias que obtiveram *status* normativo. Dessa maneira, os postulados do pragmatismo, da coerência e da integridade precisam buscar harmonia entre si e conviver de maneira igualmente harmônica com os demais postulados relevantes para a interpretação e aplicação das normas, que são a razoabilidade e a proporcionalidade (art. 8º), e a ponderação e a boa-fé (art. 489, §§ 2º e 3º). (DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p.150).

Ademais, uma crise econômica de caráter excepcional não afasta a problemática de que a adoção de uma postura consequencialista³³ na interpretação de uma Constituição permeada por normas-regra atrai um maior ônus argumentativo para o julgador, que não pode manejar argumentos consequencialistas pautados em "palpites, intuições e argumentos com baixo teor empírico" (BRANDÃO; FARAH, 2020, p.836-837). Isso porque, ao se pretender fundamentar uma decisão a partir da ponderação das consequências produzidas por ela, há a abertura de um canal para "requerimentos de prestação de contas cujo

³² A crítica de Dworkin vai de encontro à própria noção de Direito trabalhada por Posner, que enxerga o Direito como uma prática social ou uma instituição não mercadológica "que regulamenta tanto o comportamento mercadológico quanto o não mercadológico" (POSNER, 2011, p.37).

³³ Aqui empregada em seu sentido amplo, no sentido definido por Schuartz (2008, p.131) como "qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas."

atendimento estará sujeito a critérios científicos (extrajurídicos) de adequação" (SCHUARTZ, 2008, p.131).

Inclusive, Brandão e Farah (2020, p.833) destacam que "o valor constitucional da não surpresa não recomenda o uso pelos ministros do STF, no momento decisório, de dados empíricos antes desconhecidos no processo". Porém, pelo menos em relação aos casos analisados, o que se observa é que os ministros têm feito uso de investigações empíricas para embasar seus argumentos consequencialistas, sem que tais dados constem anteriormente nos autos. Embora citem as fontes dos estudos, o ponto problemático é a apresentação de investigações empíricas no último momento processual, o decisório, normalmente durante a deliberação, sem que os envolvidos antes pudessem debater sobre as informações desses estudos.

Apenas para exemplificar o diagnóstico traçado acima, observe-se o julgamento da ADI 6342, em especial, o voto da ministra Rosa Weber. Inicialmente, nos votos dos ministros Marco Aurélio (BRASIL, 2020b, p.22), Moraes (BRASIL, 2020b, p.55), Mendes (BRASIL, 2020b, p.81) e Barroso (BRASIL, 2020b, p.157), confirma-se a manifestação do pragmatismo por meio de duas características: o contextualismo e o consequencialismo. Não há menção direta à ideia de antifundacionalismo no sentido de enfrentamento das escolhas aprioristicamente realizadas pelo constituinte originário, sendo a discussão redirecionada para o contexto pandêmico excepcional e para as consequências advindas da ausência de flexibilização ou suspensão dos direitos trabalhistas. Aliás, embora a MPV 927/20 contraponha-se literalmente a alguns dispositivos constantes no art. 7º da CRFB, a ideia de supressão desses direitos é afastada na fundamentação dos votos dos ministros. Nessa linha de raciocínio, vale mencionar o voto do min. Gilmar Mendes, segundo o qual a MPV trouxe "mera regulação excepcional e temporária, em resposta ao cenário caótico de enfrentamento social e econômico da pandemia" (BRASIL, 2020b, p.42). Prossegue dizendo que não vê qualquer inconstitucionalidade, "na mesma linha da jurisprudência de crise de Portugal, em permitir que, temporariamente, visando à manutenção do emprego, os atores da relação trabalhista possam pactuar livremente a adoção das medidas explicitadas na própria medida provisória" (BRASIL, 2020b, p.56).

À vista dos votos citados, percebe-se que a fundamentação se aproxima daquilo que Dworkin (1999, p.189) denomina como a postura de um pragmático "sofisticado", que simula a aplicação do texto normativo, enquanto o ignora por algum fator que julgar mais relevante.

Rosa Weber, por sua vez, faz menção expressa a alguns estudos, os referencia com a devida indicação de autoria e local de publicação, bem como os qualifica como "balizas" que conduzem a sua compreensão acerca da matéria (BRASIL, 2020b, p.165, 169). Nota-se que um dos estudos citados foi realizado por um Grupo de Trabalho da CESIT/IE/Unicamp, que conclui que a MPV 927/20 radicaliza a reforma trabalhista, não atende às reais necessidades dos trabalhadores formalizados e terceirizados, "minimiza os efeitos da pandemia deletérios à saúde, às relações de trabalho e à própria economia" (CESIT, 2020, p.10), e não atende aos objetivos anunciados de garantia do emprego e renda, "podendo estimular as despedidas ao contrário de impedi-las" (CESIT, 2020, p.12). Embora os estudos trazidos estejam referenciados, a metodologia do estudo não é abordada e, ao que tudo indica, as partes só tiveram acesso aos dados no momento do julgamento. Desse modo, não foi oportunizado aos envolvidos no processo apontar equívocos nos estudos ou demonstrar que o diagnóstico ou soluções apresentadas desconsideraram variáveis importantes, o que poderia afastar algum desses estudos do rol de "balizas" que conduziram a compreensão da ministra. (BRASIL, 2020b, p.169)

Outro ponto a destacar é que a forma de manifestação do pragmatismo na jurisprudência da crise construída pelo STF - durante os anos 2020 e 2021 - possui uma diferença em relação à que se manifestava na Corte até então. Anteriormente, como no julgamento da ADI 2238 já mencionada no início do tópico 3.1., a Corte adotava uma estratégia baseada no "criptopragmatismo" (MAGALHÃES, 2017, p.73), na qual a postura do tribunal está assentada "na dissimulação de um objetivo contextualmente pretendido" (MAGALHÃES, 2017, p.272), isto é, "a Corte não confessa a utilização estratégica do Direito para legitimar um resultado predeterminado, nem mesmo a influência do contexto econômico" (MAGALHÃES, 2017, p.272). Em outras palavras, essa estratégia reflete o comportamento não verbalizado de que muitos juízes primeiro definem a resposta que acreditam ser a mais justa, para então buscar uma roupagem jurídica que legitime e fundamente a

sua escolha. Em uma mudança de postura, verifica-se nos casos analisados que a malandragem³⁴ - para usar uma expressão proposta por Schuartz (2008, p.150) - cede espaço à transparência e à sinceridade na atribuição verbalizada de maior relevância ao contexto excepcional e às consequências sociais e econômicas da decisão em detrimento dos limites semânticos do texto normativo.

Com efeito, o maior ônus argumentativo decorrente dos argumentos consequencialistas extrajurídicos também recai sobre o próprio órgão julgador colegiado, exercendo influência na própria deliberação. Daí decorre a necessidade de criação de mecanismos para que esses argumentos extrajurídicos sejam sindicados pelas partes e pelos próprios membros do colegiado, para permitir minimamente a controlabilidade do consequencialismo. Pois a confiabilidade dos argumentos consequencialistas depende necessariamente do teste de falseabilidade das prognoses feitas sobre o que acontecerá em caso de adoção de determinado curso de ação (LEAL, 2017, p.28). Na mesma linha de raciocínio, Didier e Oliveira (2019, p.155) destacam que “não há espaço para que o julgador cogite consequências que não estejam minimamente demonstradas nos autos como possíveis a partir daquele estado de fato”, sendo admissíveis “meios atípicos de prova por amostragem ou de prova de probabilidade como forma de inferir que uma dada consequência é plausível” (DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p.155).

Aliás, o acesso prévio das partes e da sociedade aos estudos empíricos que servirão de lastro aos votos permite que os estudos sejam falseados ou que seja demonstrado que a metodologia ou o público-alvo do estudo impedem a sua replicação no caso sob julgamento. De igual modo, evita que os demais ministros acompanhem de forma acrítica a conclusão apresentada por algum estudo empírico, uma vez que terão mais tempo para conferir se as pesquisas mencionadas “qualificam-se como adequadas ao caso em análise” (BRANDÃO; FARAH, 2020, p.851). Inclusive, não são raras as situações em que há a apresentação de estudos

³⁴ Schuartz (2008, p.156) define como consequencialismo malandro quando o julgador faz uso de truques retóricos para não explicitar os seus reais objetivos, redesenhando e eventualmente aperfeiçoando a dogmática jurídica para colocar a seus serviços. Schuartz (2008, p.156) deixa claro que a expressão não tem cunho pejorativo, sendo eventual carga valorativa negativa atribuída de maneira circunstancial. Ressalta, ainda, que o termo não se confunde com táticas de clientelismo ou corrupção (SCHUARTZ, 2008, p.156).

em sentidos contrários pelos ministros. Nessas situações, o acesso prévio possibilita até mesmo que os estudos mencionados pelos próprios ministros possam falsear um ou outro, prestigiando o contraditório por meio de uma participação efetiva e dialógica sobre tais dados (BRANDÃO; FARAH, 2020, p.849).

Ademais, cabe fazer uma distinção relevante em relação aos tipos de ação julgadas pelo STF. Diferente das ações de controle abstrato e dos remédios constitucionais de competência originária, o recurso extraordinário adentra em tema já debatido em outras instâncias, o que demanda uma atenção especial ao fenômeno da preclusão e ao ônus da prova. Para que as características desse tipo de demanda constitucional não sejam corrompidas é preciso uma maior cautela na inserção de estudos empíricos pelos ministros. A esse respeito, Brandão e Farah (2020, p.852) ressaltam que o dado empírico "não pode, em regra, importar em elemento probatório dos fatos constitutivos do direito alegado". Em relação às ações de controle abstrato de constitucionalidade, embora o interesse prevalente seja a tutela da ordem jurídica constitucional, não se pode ignorar que a inserção de novos dados empíricos afeta concretamente os interesses que orbitam no julgamento, motivo porque deve ser franqueado aos atores processuais e aos *amici curiae* os estudos empíricos que serão referenciados no julgamento³⁵. Nesse particular, Brandão e Farah (2020, p.854) propõem que os ministros, com as cautelas necessárias para não anteciparem seus entendimentos, apontem antecipadamente a existência de eventual dado empírico relevante.

Outro aspecto a ser considerado nesse cenário de ponderação das consequências, em que o julgador pode se deparar com soluções econômicas que podem ser mutuamente excludentes e cientificamente plausíveis, é que o Judiciário

³⁵ Ressalte-se que a Lei nº 9.868/99, que disciplina o processo e julgamento da ADI e da ADC no STF, prevê a investigação de fatos e valoração de provas documentais, testemunhais e periciais no controle concentrado (MARINONI, 2021, p.697). Nesse sentido, o art. 9º, § 1º, e o art. 20 § 1º, da referida lei, preveem que "em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria" (BRASIL, 1999b, p.1). O art. 6º, § 1º, d Lei nº 9.882/99, que disciplina o processo e julgamento da ADPF, possui disposição similar: "Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria." (BRASIL, 1999c, p.1).

não dispõe da mesma estrutura técnica e de pessoal do Executivo para a tomada de decisão³⁶. Isso pode levantar dúvidas sobre a "capacidade do decisor de prestar contas acerca das razões que justificam a parte consequencialista da decisão" (SCHUARTZ, 2008, p.135).

Com efeito, durante a pandemia da COVID 19, a pretensão do Judiciário de corrigir supostos excessos das medidas governamentais anticrise pode implicar na substituição de toda uma política pública, interferindo na própria legitimidade democrática, técnica e operacional daqueles que precisam tomar as difíceis decisões políticas de enfrentamento à pandemia. Isso dentro de um contexto de crise pandêmica global em que os sentimentos de medo, tensão e urgência se retroalimentam e exigem do gestor público respostas imediatas em um cenário de imprevisibilidade, ambiguidade, complexidade e incertezas (RODRIGUES, 2020, p.3).

Dessa maneira, a indicação antecipada de investigações empíricas que serão referenciadas no julgamento minora as desconfianças e o sentimento de imprevisibilidade em torno da posição do STF, bem como favorece o diálogo institucional. Assim, há um dever sobre os ministros do STF de possibilitar uma discussão prévia sobre os estudos empíricos referenciados por eles, adequando-se o uso do consequencialismo, como um dos elementos do pragmatismo jurídico, aos princípios constitucionais da segurança jurídica e do contraditório. (BRANDÃO, FARAH, 2020, p.850, 854).

Outro aspecto não menos relevante é que o pragmatismo e as suas características precisam ser apropriadas e debatidas com as devidas ressalvas, eis que é uma teorização decorrente da prática jurídica do sistema de *common law*, e tem potencial para influenciar negativamente a hermenêutica jurídica brasileira, "fomentando a legitimação de fenômenos deturpantes, como o populismo judicial, o

³⁶ Embora reconheça que o Judiciário não conta com as mesmas ferramentas dos outros Poderes, Magalhães (2017, p.135) defende que, quando o tribunal atuar como Corte constitucional e, mais ainda, quando estiver diante de um caso difícil, pode-se utilizar a análise econômica e os institutos econômicos como instrumentos adicionais na atuação do intérprete – adicionais, não substitutivos, podendo até mesmo determinar diligências periciais combinadas com a determinação para que as partes produzam provas sobre os impactos econômicos das medidas em questão (MAGALHÃES, 2017, p.133). Pois, ao tratar as informações de forma crítica e relativizada, "os benefícios dos dados econômicos superam os custos de sua ausência" (MAGALHÃES, 2017, p.186).

Lawfare e o moralismo político como critérios de decisão". (GABARDO; SOUZA, 2020, p.119).

No sistema *common law* há a prevalência do direito jurisprudencial, sendo natural que as razões de decidir dos julgados, que servirão de base para julgamentos futuros, leve mais em consideração os efeitos supervenientes das decisões e acolha melhor o consequencialismo, dado o menor espaço que a lei ocupa nesse sistema (CARREIRO, 2021, p.230). No sistema *civil law*, embora essa divisão seja cada mais contestada, ainda é possível afirmar que há a prevalência do direito legislado produzido democraticamente pelo Legislativo, o que exige uma maior autocontenção do julgador em respeito às ponderações previamente realizadas pelo legislador (CARREIRO, 2021, p.230).

Desse modo, a adoção do consequencialismo como teoria da decisão judicial, isto é, "a utilização de consequências do caso concreto com um grau de normatividade apto a determinar qual seria a interpretação adequada para o caso analisado" (GABARDO; SOUZA, 2020, p.101), não pode ser importada acriticamente, visto que precisa se adequar às particularidades do sistema *civil law* brasileiro, que deriva do modelo europeu continental, baseado em uma "dogmática apriorística" (GABARDO; SOUZA, 2020, p.101).

A despeito do raciocínio econômico e dos argumentos consequencialistas serem recorrentes em matérias que envolvam restrições a direitos sociais em tempos de crise, a adoção do pragmatismo posneriano também é passível de críticas se considerarmos que ele surge a partir da fusão do pragmatismo, da economia e do liberalismo em torno de um texto constitucional sintético (POSNER, 2009, p.31), e a CRFB tem como principais características o seu caráter analítico, dirigente, compromissório e extensivo em direitos fundamentais sociais (SARLET, 2021, p.65), sendo a quinta Constituição brasileira a trazer o direito social ao trabalho, e a primeira a arrolar os direitos sociais no âmbito dos direitos e garantias fundamentais (STÜRMER, 2017, p.8)

Em se tratando dos direitos sociais trabalhistas, a CRFB consagrou não apenas a jusfundamentalidade dos 34 incisos do art. 7º, mas também das liberdades sociais relacionadas às relações de trabalho constantes no art. 8º, sem proceder nenhum regime jurídico diferenciado dentro do amplo catálogo de direitos

fundamentais do Título II da CRFB (SARLET, 2021, p.442). Isso revela uma diferença em relação ao tratamento dispensado pela CRP aos direitos sociais, em que há a previsão de um regime jurídico diferenciado entre os *direitos, liberdades e garantias* e os demais direitos fundamentais, incluindo os direitos trabalhistas propriamente ditos similares aos consagrados no art. 7º da CRFB (BOTELHO, 2015, p. 314).

Para uma adequada compreensão das restrições a direitos sociais trabalhistas em tempos de crise, é preciso considerar, ainda, que, ao contrário do que ocorreu em Portugal e na Alemanha, a CRFB não traz “um regime constitucional expresso e específico em matéria de limites e limites aos limites dos direitos fundamentais” (SARLET, 2021, p.406).

Todavia, há que se destacar que os direitos sociais trabalhistas trazem em seus dispositivos a fundamentação para que sejam realizadas restrições por meio das denominadas reservas legais, que não são restrições, mas fundamentam a possibilidade jurídica das restrições, seja por meio de expressa autorização constitucional, seja por meio de lei infraconstitucional com fundamento na Constituição (ALEXY, 2015, p.282). Ademais, a depender da situação concreta, ainda é possível considerar uma restrição não expressamente autorizada com a forma de uma “reserva geral imanente de ponderação” (NOVAIS, 2010a, p.570), desde que ela seja encarada com cautela, sobretudo, quando estamos a tratar de algum dispositivo constitucional com a natureza jurídica de regra – e não princípio. Pois o aplicador do direito não pode afastar uma regra simplesmente por considerar que algum princípio prepondera sobre o princípio que ampara a regra (SILVA, 2010, p.52). Em se tratando das regras, mesmo que consideremos a possibilidade de inserção de uma cláusula de exceção em uma regra que seja válida³⁷, mas inaplicável a uma situação concreta, ainda assim é preciso enfrentar a problemática do papel dos princípios formais que demanda “que a autoridade de normas expedidas devidamente (em conformidade com o ordenamento jurídico) e socialmente eficazes seja otimizada.” (ALEXY, 2018, p.10).

³⁷ Para Alexy (2015, p.104) as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis, de modo que serão identificadas por meio das relações condicionadas de precedência. Por outro lado, há que se destacar que Dworkin (2002, p.40) compreende, pelo menos em teoria, que todas as exceções à regra podem ser arroladas, e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra.

Dessa forma, a influência do contexto econômico na jurisdição constitucional exercida pelo STF – ainda mais durante a pandemia – criou uma jurisprudência da crise, isto é “um comportamento institucional de tomada de decisão adaptado à crise” (MAGALHÃES, 2017, p.123). Isso não significa, contudo, que é admissível prescindir dos aspectos ligados às restrições e aos limites das restrições aos direitos fundamentais trabalhistas.

2.5 Conclusão parcial

Considerando a exposição de parte dos múltiplos pontos de vista em torno do fenômeno da jurisprudência da crise, chega-se, ao menos por ora, a algumas conclusões provisórias e parciais acerca da caracterização da jurisprudência da crise brasileira e as principais influências e riscos que a circundam.

Os pontos levantados são importantes, pois permitem contextualizar o plano de fundo normativo e teórico em que adentra o STF ao analisar as restrições a direitos fundamentais levadas a cabo no enfrentamento às consequências da pandemia da COVID 19.

Inicialmente, pelo menos em relação aos países mencionados no tópico 3.1., verifica-se que a ideia de uma jurisprudência moldada para tempos de crise está inclusa em um fenômeno pelo qual passam as Cortes Constitucionais. De pronto, reconhece-se que as menções à jurisprudência da crise portuguesa pelo STF brasileiro se justificam. Afinal, o TCP também enfrentou a problemática das restrições a direitos sociais durante um contexto econômico crítico para o país. Apesar do panorama normativo e contextual ser similar ao enfrentado pelo STF brasileiro, algumas ressalvas são necessárias:

(i) Embora, a rigor, a CRP qualifique os direitos sociais trabalhistas como direitos fundamentais, a CRFB traz um rol de normas-regra relativas a direitos fundamentais trabalhistas bem mais específico e amplo que a CRP. O constituinte brasileiro fez a opção por uma Constituição preponderantemente de regras no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, o que já denota que a prevalência dos princípios não é algo essencial às Constituições do segundo pós-guerra, bem como

compõe o diferencial da Constituição brasileira em relação a outras Constituições, como a portuguesa, a estadunidense e a alemã.

(ii) Diferente da CRP, a CRFB não explicita nenhum regime jurídico de proteção diferenciada em relação aos direitos de liberdade e aos direitos sociais propriamente ditos, o que caracteriza uma diferença relevante em relação à aplicabilidade, vinculatividade e restrições aplicáveis a esses direitos.

(iii) O STF, ao contrário do TCP durante a construção de sua jurisprudência da crise, não está submetido aos condicionamentos que decorrem do direito europeu, da integração europeia e da adesão ao euro, bem como não sofre pressões explícitas por parte de credores internacionais. No entanto, é forçoso reconhecer que o STF também foi constrangido por severas críticas por parte do governo federal durante os anos de 2020 e 2021, sendo acusado de interferir demasiadamente na conduta do governo federal em relação à pandemia da COVID 19.

De antemão, isso não significa que o conteúdo de proteção dos direitos fundamentais trabalhistas é impenetrável, intangível e alheio a momentos críticos como o da pandemia da COVID 19. Significa, contudo, que as opções políticas do governo brasileiro em momentos de crise, em caso de ingerência sobre esses direitos, sofrem mais limitações e estão submetidas a um ônus de fundamentação e justificação ainda maior, seja por força da jusfundamentalidade desses direitos, seja por força da natureza estrutural das normas. Assim, a CRFB oferece critérios jurídicos mais objetivos, o que torna ainda mais complicada a recorrência a princípios jurídicos sem conteúdo preciso durante a apreciação da constitucionalidade das medidas governamentais ou legislativas que restringem direitos fundamentais trabalhistas. Soma-se a isso que é dever do julgador observar a constelação de postulados hermenêuticos existentes no ordenamento jurídico brasileiro que visam assegurar o dever de fundamentação das decisões judiciais. São eles: coerência e integridade (art. 926, CPC), razoabilidade e proporcionalidade (art. 8º, CPC), ponderação e boa-fé (art. 489, §§ 2º e 3º, CPC). E, mais recentemente, o postulado hermenêutico do pragmatismo (art. 20, LINDB) (DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p.150).

Apesar do marco teórico do pragmatismo jurídico negar dogmas morais ou filosóficos, e dar ênfase ao caráter instrumental do Direito para dar respostas ótimas

ou satisfatórias à sociedade, alguns parâmetros inspiram a atuação do intérprete pragmatista durante a apreciação de medidas anticrise. São eles: o consequencialismo, o contextualismo e o antifundacionalismo. Por meio desses elementos, tidos por Posner (1990, p.1660) como essenciais a qualquer vertente do pragmatismo, ocorre a interface do pragmatismo jurídico com a jurisprudência da crise, na qual se busca o equilíbrio instável entre a proteção da força normativa dos direitos fundamentais e a resiliência imposta pelas circunstâncias excepcionais. Não é por outra razão que esses três elementos são calibrados, a depender do caso concreto, mediante a adoção de uma postura pragmática prática, instrumental, voltada para a frente, ativista, empírica, cética, antidogmática e experimental (POSNER, 2009, p.11).

Como se percebeu, o consequencialismo significa que as repercussões econômicas e sociais das decisões ocupam a centralidade das preocupações do intérprete. Isso implica um caráter preditivo à atividade decisória, eis que demanda uma antecipação dos efeitos da decisão pelas Cortes Constitucionais e Supremas Cortes.

Por sua vez, a incorporação de dados empíricos ao processo decisório para mensurar as consequências advindas da decisão é uma questão complexa. É preciso lembrar que os argumentos extrajurídicos baseados em investigações empíricas não são um antídoto à falibilidade ou incerteza, eis que a ciência está baseada em juízos de probabilidade (aproximação da verdade) em vez de dogmas absolutos. Em face dessa característica do método científico, os valores constitucionais do contraditório e da não surpresa precisam ser observados para que todos os partícipes do processo possam interferir, antes do momento decisório, na análise de eventuais estudos, relatórios técnico-científicos, ou dados empíricos que possam ser relevantes para a formação do convencimento do julgador. Franquear o acesso prévio a essas informações permite que os participantes do processo possam apontar equívocos nas conclusões dos estudos, falhas metodológicas que impeçam a sua replicação, ou até mesmo demonstrar que a metodologia ou o público-alvo do estudo o torna inaplicável ao caso pendente de julgamento.

Embora não se desmereça a importância dos dados empíricos e das contribuições adicionais de relatórios técnicos, é inegável que a lei e os precedentes

não podem ser encarados como dispensáveis. Nessa linha, em decisões sistêmicas ou casuísticas, em momentos de normalidade ou de crise, é digna de cautela a adoção de uma matriz teórica que enquadra os precedentes judiciais como uma mera "diretriz" (POSNER, 2009, p.5). Importante destacar que o dever de observância da tradição imposto pelo sistema de precedentes resgata as concepções dworkianas do direito como integridade e coerência, as quais também foram incorporadas ao sistema jurídico brasileiro. Foi visto, então, que, embora se originem de marcos teóricos diferentes ou até mesmo antagônicos, os postulados hermenêuticos derivados das contribuições de Posner e Dworkin precisam ajustar-se à convivência harmônica dentro do sistema jurídico a fim de prestigiar o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Cabe aludir, também, que sempre é necessária uma filtragem de teorias estrangeiras a fim de que se evite uma má recepção dos seus institutos. Na realidade, as contribuições teóricas construídas no sistema *common law* precisam observar a maior deferência que o sistema *civil law* presta ao direito produzido democraticamente pelo Legislativo. De igual modo, também é preciso considerar que o pragmatismo posneriano surge a partir da fusão do pragmatismo, da economia e do liberalismo em torno de um texto constitucional sintético (POSNER, 2009, p.31), e a CRFB tem como principais características o seu caráter analítico, dirigente, compromissório e extensivo em direitos fundamentais sociais (SARLET, 2021, p.65).

Tratadas essas informações de forma crítica e adequada, as alternativas e estratégias proporcionadas pela jurisprudência da crise portuguesa e pelos elementos do pragmatismo jurídico trazem aprendizados e colaborações para um melhor entendimento da jurisprudência da crise brasileira e dos limites das restrições a direitos sociais.

Como se verá a seguir, os direitos sociais trabalhistas positivados na CRFB trazem um amplo regime de restrições fundamentadas em reservas legais, que são produto de um complexo embate ocorrido durante o processo nacional constituinte, o que conduz o debate sobre os limites da exigibilidade dos direitos sociais em tempos de crise para o terreno dos limites às restrições a esses direitos.

3. Limites e restrições aos direitos fundamentais trabalhistas no âmbito da jurisprudência da crise pandêmica

3.1 Tipos de restrições aos direitos fundamentais trabalhistas

Como mencionado no capítulo anterior, a CRFB adotou um modelo que não diferencia o regime aplicável aos diferentes tipos de direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, privilegia as regras em vez dos princípios na normatização desses direitos. Também foi mencionado que, no âmbito das restrições aos direitos fundamentais, o texto constitucional brasileiro difere das Constituições alemã e portuguesa que lhe serviram de inspiração, nas quais o regramento dos direitos trabalhistas não é tão desenvolvido no texto constitucional, sendo a matéria reservada ao direito infraconstitucional.

A LFRFA prevê, já em seu art. 1º, 3, que os direitos fundamentais discriminados em seu texto são direitos aplicáveis e vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (ALEMANHA, 2022, p.16). Dentre esses direitos, preponderam os direitos de liberdade, mas há a previsão de um direito social relativo ao direito de toda mãe à proteção e à assistência da comunidade, nos termos do art. 6º, 4, da LFRFA (ALEMANHA, 2022, p.17).

No âmbito das restrições a direitos fundamentais, caso haja autorização constitucional para que o direito fundamental possa ser restringido por lei, a LFRFA traz um regramento específico para essas restrições em seu art. 19. Em um primeiro momento, havendo a previsão no texto normativo de que o direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, o art. 19 da LFRFA exige que a lei seja genérica e faça menção ao direito fundamental em questão com a indicação do artigo correspondente. Além disso, o art. 19, 2, não autoriza, em nenhuma hipótese, que o direito fundamental possa ser violado em sua essência (ALEMANHA, 2022, p.26-27)¹.

¹ LFRFA: (...) Art. 19. [Restrição dos direitos fundamentais – Via judicial]: (1) Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente. (2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência. (3) Os direitos fundamentais também são válidos

Inspirada pelo texto constitucional germânico (BOTELHO, 2010, p.6; 2019, p.359), a CRP traz disposições semelhantes em seu art. 18 ao prever que os *direitos, liberdades e garantias* e os direitos fundamentais análogos são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas; que a lei só pode restringi-los nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitarem-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; e que essas leis restritivas têm de revestir caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (PORTUGAL, 2023, p.12).

Situação diversa ocorre, entretanto, na ordem constitucional brasileira, que não traz uma regulamentação expressa e direta sobre a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Nesse caso, a ideia de um núcleo essencial “decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte” (MENDES, 2012, p.61). Inclusive, há vedação expressa de qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV, CRFB). Outro aspecto a ser destacado é que a CRFB não proíbe de forma direta e expressa a formulação de leis restritivas casuísticas. Em outras palavras, não impõe expressamente que as leis atendam aos requisitos da generalidade e da abstração (MENDES, 2012, p.83). O que se observa é que, na ordem constitucional brasileira, a proibição de leis casuísticas deriva do próprio princípio da igualdade material, que não se compatibiliza com a edição de leis individuais e concretas com fins discriminatórios ou arbitrários (MENDES, 2012, p.82).

Tomando como ponto de partida as particularidades da LFRFA, Alexy (2015, p.122) assinala que a defesa de um modelo puro de princípios ignoraria a regulação diferenciada da Constituição sobre as restrições a direitos fundamentais. Prossegue dizendo que do art. 19 da LFRFA é possível extrair que “o constituinte rejeitou expressamente uma cláusula geral de restrição e dotou cada garantia de direito fundamental com regras muito distintas acerca de possíveis restrições” (ALEXY, 2015, p.122). Após análise dos arts. 1 a 17 da LFRFA, Alexy destaca que é possível

para as pessoas jurídicas sediadas no país, conquanto, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas. (4) Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial. Se não se justificar outra jurisdição, a via judicial será a dos tribunais ordinários. Mantém-se inalterado o artigo 10 § 2º, segunda frase. (ALEMANHA, 2022, p.26-27).

identificar três importantes tipos de normatização dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais sem reserva, os direitos fundamentais com reserva simples e os direitos fundamentais com reserva qualificada (ALEXY, 2015, p.124).

As normas de direitos fundamentais sem reservas são aquelas que não trazem uma autorização expressa para que seja realizada uma restrição pela via da legislação infraconstitucional. No texto constitucional brasileiro esse tipo de normatização fica evidenciada nos incisos XXX, XXXI e XXXII do art. 7º da CRFB. Apesar dessa ausência de reservas, diante de casos mais complexos já fica evidente que “nem tudo aquilo que puder, de alguma forma, ser incluído no suporte fático de uma norma garantida sem reservas será, ao final, protegido pelo direito fundamental em questão” (ALEXY, 2015, p.124).

As normas de direitos fundamentais com reservas simples, por sua vez, autorizam o legislador a promover restrições no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Como exemplo, cita-se o art. 7º, XIX, da CRFB, que remete para a lei a fixação dos termos do direito fundamental à licença-paternidade. Embora, a rigor, o dispositivo não fale em restrição, e remeta para a legislação infraconstitucional algo que, à primeira vista, aproxime-se mais de uma densificação, concretização ou regulamentação da norma de direito fundamental, adere-se à posição de Silva (2010, p.101) de que a tênue linha que separa a regulamentação e a restrição implica que a regulamentação da forma de exercício de um direito também pode ensejar restrições à sua esfera de proteção. Não é por outra razão que Silva (2010, p.101) defende “a impossibilidade de distinção entre regulamentação e restrição”, pois a regulamentação configura uma restrição ao direito, o que não implica, por si só, em uma inconstitucionalidade. Pois “há restrições menores, consideradas, talvez, como meras regulamentações, que podem ser inconstitucionais, enquanto é possível que restrições mais intensas possam ser consideradas constitucionais”² (SILVA, 2010, p.106). Essa compreensão ampla em torno da noção de regulamentação está interligada a outras premissas para a controlabilidade das restrições dentro de um

² Inclinando-se a uma posição diferente, Sarlet (2021, p.410) enfatiza que “nem toda a disciplina normativa dos direitos fundamentais pode ser caracterizada como constituindo uma limitação. Muitas vezes as normas legais se limitam a detalhar tais direitos a fim de possibilitar o seu exercício, situações que correspondem aos termos configurar, conformar, completar, regular, densificar ou concretizar, habitualmente utilizados para caracterizar este fenômeno.”

suporte fático amplo, no marco da teoria externa, o que será desenvolvido no tópico 4.4.

Há, ainda, as reservas legais qualificadas, que autorizam o legislador a intervir na esfera de proteção dos direitos fundamentais desde que haja a observância de alguns pressupostos ou objetivos, do que dá conta o exemplo do inciso IV do art. 7º, da CRFB, que prevê o direito ao salário mínimo, que será fixado em lei, e que está vinculado aos seguintes fins: ser capaz de atender necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

As normas de direitos fundamentais com reservas simples ou qualificadas são objeto de uma preocupação especial de Alexy, e proporcionam reflexões centrais para o desenvolvimento da sua teoria dos princípios como uma das bases da sua dogmática geral dos direitos fundamentais da LFRFA (ALEXY, 2015, p.29, 133).

Por um lado, a compreensão literal das normas de direitos fundamentais sem reservas projeta um horizonte para ampliar o âmbito de proteção desses direitos, por outro lado - se interpretadas literalmente – as normas de direitos fundamentais com reservas simples deixam à disposição do legislador o conteúdo do direito fundamental para além do seu conteúdo essencial, o que implica dizer que os direitos fundamentais garantidos com reserva simples podem ficar completamente esvaziados na parte que está “além de seu conteúdo essencial” (ALEXY, 2015, p.130).

Embora preveja as condições especiais, os meios a serem utilizados, ou fins a serem perseguidos pela restrição legal autorizada constitucionalmente, as normas de direitos fundamentais com reserva qualificada também atraem a mesma preocupação em relação à margem de atuação do legislador ordinário na parte além do conteúdo essencial do direito fundamental.

Devido a isso, Alexy (2015, p.135) enfatiza que o modelo puro de regras, representado pelas três formas de regulação dos direitos fundamentais expostas acima, demonstra-se insuficiente. De igual modo, o modelo puro de princípios também merece ser rechaçado, pois ignora as formas de regulação e as reservas legais previstas constitucionalmente (ALEXY, 2015, p.135). Assim, constatada as lacunas desses dois modelos puros e antagônicos, Alexy propõe um modelo

combinado “que surge da ligação entre um nível de princípios e um nível de regras” (ALEXY, 2015, p.135), sendo assegurada a primazia do nível das regras em face do nível dos princípios (ALEXY, 2015, p.140-141).

Registre-se que as reservas legais apenas fundamentam a possibilidade jurídica das restrições, contendo o fundamento da restringibilidade. Contudo, não são, por si sós, restrições. Aliás, é possível haver uma competência para estabelecer restrições sem que dela se faça uso (ALEXY, 2015, p.282).

Novais (2010a, p.259) observa que nem sempre esses fundamentos de restringibilidade apresentam-se com a moldura de cláusulas de reserva que fundamentam competências infraconstitucionais para a colocação de restrições. Em alguns casos, esses fundamentos integram o próprio enunciado normativo do direito fundamental, o que pode suscitar a seguinte dúvida: essas previsões diretas e restritivas no enunciado normativo são elementos integrantes da previsão normativa do direito fundamental que delimitam desde o início o que é ou não permitido, ou “são verdadeiros limites que excluem, num segundo momento lógico, possibilidades inicialmente garantidas *prima facie* pela previsão normativa” (NOVAIS, 2010a, p.259). Esse questionamento revela a dificuldade em diferenciar os limites constitucionais imanentes, que fixam o âmbito de proteção do direito fundamental, das restrições constitucionais diretas (NOVAIS, 2010a, p.266).

Essa problemática é capaz de ser observada nos incisos VI e XIII do art. 7º da CRFB, nos quais o constituinte garante a irredutibilidade salarial e a jornada de trabalho não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, mas, posteriormente, traz nos mesmos enunciados normativos as condições de possibilidade para a incidência de restrições sobre esses direitos nos casos de “convenção ou acordo coletivo” ou “acordo ou convenção coletiva de trabalho”, respectivamente.

Embora tenha suscitado a controvérsia entre limites imanentes ou restrições constitucionais diretas inseridas no mesmo enunciado normativo, Novais (2010a, p.268) destaca que “as vantagens metodológicas de elaboração de uma tipologia de limites não devem fazer esquecer o caráter relativo e meramente instrumental da classificação que venha a ser adotada”, ressaltando, ainda, o critério meramente formal dessa classificação. Por derradeiro, Novais (2010a, p.269) considera como

“constituindo mera delimitação do conteúdo constitucional do direito fundamental qualquer limite que resulte diretamente da Constituição em sentido formal, independentemente da inserção sistemática do enunciado normativo que o acolha”. Assinala, também, que “quaisquer limitações que resultem diretamente da Constituição não são verdadeiros limites ou restrições, mas sim meras descrições do seu conteúdo” (NOVAIS, 2010a, p.269).

Em sentido diverso, Alexy (2015, p.140) sustenta que a concepção ampliativa dos direitos fundamentais implica que essas cláusulas previstas diretamente no enunciado normativo são restrições constitucionais diretas, que caracterizam regras instituídas pelo legislador constituinte que restringem direitos garantidos *prima facie* a fim de prestigiar um ou mais princípios colidentes.

Outro ponto que merece atenção é que os enunciados normativos que contêm direitos sociais podem trazer consigo uma exigência de regulamentação ou ação estatal. Isso significa que, em relação a esses direitos, o conceito de intervenção estatal precisa ser remodelado ou invertido, visto que costumeiramente “o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito” (SILVA, 2010, p.77). Essa remodelação implica que a intervenção se configura pelo “não agir ou agir de forma insuficiente.” (SILVA, 2010, p.77). A distinção ora referida fica demonstrada pelo inciso XXII do art. 7º da CRFB, o qual coloca como direito fundamental dos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Constata-se, assim, que a garantia da redução dos riscos inerentes ao trabalho impõe uma ação correspondente por meio da edição de normas que assegurem esse direito. Nesse aspecto, o constituinte conferiu ao legislador ordinário uma ampla margem de atuação, de forma que as fronteiras entre as ações restritivas e as ações legislativas ou regulamentares de materialização desse direito fundamental ao meio ambiente de trabalho sadio serão submetidas a um controle mais fluido. Em outros termos, a delimitação desse direito fundamental não é tão precisa a ponto de permitir que a mera aplicação subsuntiva exclua determinada atividade, comportamento ou objeto do âmbito de proteção garantido constitucionalmente (NOVAIS, 2010a, p.273).

Em termos práticos, pelo menos em relação à ordem constitucional brasileira, a distinção formal entre limites imanentes e restrições constitucionais diretas não é suficiente para pacificar e regular as hipóteses de colisões entre direitos fundamentais, ainda mais se considerarmos um momento excepcional de crise econômica como o da pandemia, o catálogo analítico de direitos fundamentais e a ausência de uma regulamentação direta e expressa no texto constitucional sobre os limites dos limites das restrições. Em que pese a pertinência da classificação envolvendo restrições constitucionais diretas ou limites imanentes integrantes da previsão normativa, identifica-se que apenas para uma ordem constitucional que admita a existência de normas constitucionais originárias inconstitucionais é que a distinção entre limites imanentes e restrições constitucionais diretas poderia ter repercussão prática. Nesse caso, incidir-se-ia sobre as restrições constitucionais um controle de constitucionalidade semelhante ao que incide sobre as restrições realizadas pelos poderes constituídos (NOVAIS, 2010a, p.268). De outra parte, os limites imanentes ficariam excluídos desse controle por supostamente constituírem meras descrições do conteúdo do direito fundamental (NOVAIS, 2010a, p.268).

Apesar das limitações da classificação de uma tipologia de limites ou restrições, é pertinente exemplificar abaixo o enquadramento dos direitos fundamentais que serviram de parâmetro para as ADIs 6342, 6344, 6346, 6348, 6349, 6352, 6354 e 6363, e que são o objeto principal desta pesquisa.

Tabela 1 – tipologia dos direitos fundamentais trabalhistas discriminados na Tabela 1 que serviram de parâmetro de constitucionalidade nas ADIs 6342, 6344, 6346, 6348, 6349, 6352, 6354 e 6363	
Direitos fundamentais (art.7º, CRFB)	Classificação das restrições ou limites
VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;	<i>restrições constitucionais diretas ou limites imanentes integrantes da previsão normativa, a depender da corrente adotada</i>
VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;	<i>sem reservas</i>
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;	<i>restrições constitucionais diretas ou limites imanentes integrantes da previsão normativa, a depender da corrente adotada</i>
XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;	<i>sem reservas</i>
XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;	<i>direito fundamental sob reserva de regulamentação</i>
XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;	<i>sem reservas</i>
Fonte: elaboração própria.	

3.2 Os direitos fundamentais (sociais) como cláusulas pétreas

Como exposto acima, os direitos fundamentais previstos nos incisos VI, VII, XIII, XVII e XXVI, todos do art. 7º da CRFB, trazem um suporte fático bem delimitado, e nos incisos VI e XIII há mandamentos estritos das hipóteses de restrição. Convém rememorar, também, que durante o julgamento da ADI 6363, o ministro-relator Ricardo Lewandowski ressaltou o seu entendimento de que os direitos e garantias individuais dos trabalhadores “configuram cláusulas pétreas” (BRASIL, 2020a, p.7).

Dessa forma, considerando a redação do art. 60, § 4º, IV, da CRFB, cabe indagar se os direitos especificados acima, bem como o previsto no art. 7º, inciso XXII, constituem limites materiais à reforma constitucional. Deve-se observar que uma resposta positiva a essa indagação serve, no mínimo, como um reforço à defesa da aplicação dessas normas e de seus consequentes jurídicos mesmo em momentos de crise econômica severa. Vale frisar, também, que esse questionamento passa pelo enfrentamento do tema dos direitos sociais como cláusulas pétreas e, indo mais além, adentra no emblemático tema da possibilidade de superação das cláusulas pétreas em momentos de crise econômica.

Dentre as Constituições brasileiras, a Constituição de 1988 tem o rol mais extenso de limites materiais expressos à reforma constitucional (PEDRA, 2006, p.138). A Constituição de 1824 não tinha nenhuma limitação material expressa. A Constituição seguinte de 1891, em seu art. 90, § 4º, proibia como objetos de deliberação no Congresso projetos tendentes a abolir a República, a Federação, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado. A Constituição de 1934 previa que as propostas de emenda à Constituição não poderiam modificar a estrutura política do Estado (arts. 1 a 14, 17 a 21), a organização ou a competência dos poderes da soberania (Capítulos II, III, IV e V do Título I; o Título II; o Título III; e os arts. 175, 177, 178, 181), bem como manteve como limite material expresso a forma republicana federativa (art. 178, § 5º). A Constituição de 1937 não apresentou nenhuma limitação material expressa, e a Constituição de 1946 (art. 217, § 6º) trouxe como limites materiais expressos, mais uma vez, a forma republicana e federativa, limites que foram mantidos pela Constituição de 1967-69. (PEDRA, 2006, p.138).

Adicionalmente, Pedra (2006, p.139) ressalta que é possível identificar limites implícitos à reforma constitucional na CRFB, tais como: reforma constitucional que tenda a abolir a Federação por meio da diminuição da competência dos Estados-membros; reforma no sentido de permitir a perpetuidade de mandatos; normas constitucionais relativas aos titulares do poder constituinte e do poder reformador, e as que visem tornar mais flexível o processo legislativo das emendas constitucionais (PEDRA, 2006, p.139; MENDES, 2012, p.790). Igualmente, também podem ser considerados limitações materiais implícitas o sistema de governo presidencialista e a forma de governo republicana, "uma vez que correspondem à vontade expressa

e diretamente manifestada do titular do poder constituinte, com base na consulta popular efetuada em 21 de abril de 1993" (PEDRA, 2006, p.139), autorizada pelo art. 2º do ADCT³. Também constitui um limite implícito a supressão do próprio art. 60, § 4º, da CRFB (PEDRA, 2006, p.139). Assim sendo, a própria previsão sobre as cláusulas pétreas deve ser considerada intangível, o que leva à impossibilidade do legislador realizar uma "dupla revisão, eliminando a cláusula pétrea e, posteriormente, os princípios por ela protegidos" (MENDES, 2012, p.787).

Com relação à interpretação das cláusulas pétreas, a jurisdição constitucional precisa exercer um papel de equilíbrio a fim de "não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão" (MENDES, 2012, p.786). Vale destacar que a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais "protege a Constituição contra os casuísmos da política e o absolutismo das maiorias (mesmo qualificadas) parlamentares" (SARLET, 2021, p.432), pois, se a Constituição for dilapidada pela manipulação e caprichos de uma época, ela não terá a capacidade de servir como um barômetro do tecido jurídico, político e social (BOTELHO, 2019, p.352). Em contrapartida, esse papel demanda cautela para que uma interpretação ortodoxa não coloque "a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo" (MENDES, 2012, p.786). Esse cenário está propenso a ocorrer, sobretudo, nas ordens constitucionais que sofrem do que Botelho (2019, p.345) define como narcisismo constitucional, expressado pela ânsia de perpetuar o momento constitucional fundador. Na busca desse ponto de equilíbrio, é preciso reconhecer que a imutabilidade da Constituição pode aumentar o risco de uma ruptura da ordem constitucional em virtude de um aumento do descompasso entre a realidade social, política, econômica e cultural e o texto constitucional (SARLET, 2021, p.432; BOTELHO, 2017, p.19). Como destaca Botelho (2019, p.347), o texto constitucional deve abster-se de um enclausuramento em monólogos e deve estar aberto para o

³ Mendes (2012, p.791) destaca que, mesmo realizado o plebiscito, remanesce a indagação sobre a possibilidade de uma eventual alteração do sistema e da forma de governo via EC. A essa indagação, assinala que poder-se-ia afirmar que "tendo essas questões sido confiadas à decisão do efetivo titular do Poder Constituinte, não mais poderia o constituinte derivado sobre elas dispor (petrificação da forma e do sistema de governo), salvo se, uma vez mais, se devolvesse a decisão final ao próprio povo" (MENDES, 2012, p.791).

diálogo entre os pais fundadores e as gerações futuras, unindo o passado e o presente. É preciso, pois, buscar esse equilíbrio diante da tensão entre a permanência e a adaptabilidade.

Desde logo, é importante frisar que a identificação dos direitos fundamentais qualificados como cláusulas pétreas não é de fácil assimilação. Isso porque o constituinte traz o mandamento de que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Ocorre que o termo *direitos e garantias individuais* não encontra paralelo no texto constitucional, pois a única vez que aparece é no próprio art. 60, § 4º, IV, da CRFB. Vê-se que o Título II da CRFB faz referência aos direitos e garantias fundamentais, e dentro do referido título constam o Capítulo I - dos direitos e deveres individuais e coletivos, o Capítulo II - dos direitos sociais, o Capítulo III - da nacionalidade, o Capítulo IV - dos direitos políticos, e o Capítulo V - dos partidos políticos.

Ao analisar o art. 60, § 4º, IV, da CRFB, Mendes (2012, p.795) destaca que a utilização dessa terminologia diferenciada demonstra que "o constituinte não obrou com o melhor apuro técnico quando disciplinou os direitos e garantias nas suas diversas dimensões" (MENDES, 2012, p.795). Dando sequência ao seu raciocínio, defende que o termo *direitos e garantias individuais* constante no art. 60, § 4º, IV, da CRFB, não parece abranger os direitos sociais, pois "os direitos individuais são apanágio do Estado de Direito, revelando-se, na sua essência, duradouros ou permanentes" (MENDES, 2012, p.796). Em decorrência disso, os direitos individuais propriamente ditos (direitos de liberdade e de igualdade) possuem um elo de "uniformidade e coerência ao longo da história constitucional dos diversos países e são, por isso, considerados núcleo essencial e indispensável do Estado de Direito" (MENDES, 2012, p.796). Por outro lado, Mendes (2012, p.796) defende que "os direitos sociais são dotados de conformação variada ou diversa, de acordo com o estágio de desenvolvimento de uma dada sociedade e podem (devem) sofrer adaptação ou atualização no decorrer do tempo". Ainda a respeito do assunto, ressalta que as pretensões relacionadas aos direitos sociais estão mais voltadas para a conformação do futuro, o que impõe decisões submetidos a variados riscos, do que dão conta os exemplos do direito ao trabalho (art. 6º, CRFB) que "exige uma política estatal adequada de criação de empregos" (MENDES, 2012, p. 796), e o direito

à assistência social (arts.6º e 203, CRFB) e à previdência social (arts. 6º e 201) que “dependem da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica” (MENDES, 2012, p.796). Como consequência, Mendes (2012, p.796) arremata que parece “inquestionável” que os direitos e garantias individuais a que se refere o art. 60, § 4º, IV, da CRFB, são “aqueles analiticamente elencados no art. 5º” (MENDES, 2012, p.796).

Além disso, Mendes (2012, p.796) interpreta que alguns incisos do art. 5º da CRFB contém disposições que, sendo pleonásticas ou repetitivas, não estabelecem direitos e garantias individuais, e “poderiam ser suprimidas sem qualquer lesão fundamental à ordem constitucional” (MENDES, 2012, p.796), do que dão conta os seus exemplos constantes nos incisos XLI, XLII, XLIII e XLIV do art. 5º (MENDES, 2012, p.797). A propósito, Mendes (2012, p.798) interpreta que há um forte conteúdo metafórico na afirmação sobre a imutabilidade das cláusulas pétreas e dos chamados limites implícitos, que podem comportar mudanças que não alterem o seu significado, eis que “para os fins da verificação de eventual lesão a esses limites, a análise há de ser de índole jurídica e não física” (MENDES, 2012, p.798).

À primeira vista, uma interpretação restritiva do art. 60, § 4º, IV, da CRFB, diminui os riscos de uma petrificação das normas constitucionais, as quais precisam atender às exigências de um mundo que constantemente enfrenta momentos de crise. Entretanto, mesmo a partir dessa interpretação, essas normas não podem ter os seus elementos essenciais suprimidos ou esvaziados pela atuação do poder de reforma constitucional (SARLET, 2021, p.446), eis que é vedada uma abolição (efetiva ou tendencial) do direito qualificado como uma cláusula pétrea (SARLET, 2021, p.447).

Nota-se que, caso se adote uma interpretação literal do art. 60, § 4º, IV, da CRFB, poder-se-ia afirmar que apenas os direitos e garantias individuais do art. 5º da CRFB estão resguardados, o que acarretaria a exclusão dos direitos sociais (arts. 6º a 11), dos direitos de nacionalidade (arts. 12 e 13), e dos direitos políticos (arts. 14 a 17) do âmbito de proteção contido no art. 60, § 4º, IV, da CRFB. E ainda, caso esse raciocínio seja levado ao extremo, poder-se-ia afirmar até mesmo que o mandado de segurança individual é protegido como cláusula pétrea, mas o mandado de segurança coletivo é excluído dessa proteção, mesmo estando previsto no mesmo

art. 5º (SARLET, 2021, p.441). A principal dificuldade para a prevalência dessa interpretação é que ela excluiria direitos inerentes ao Estado Democrático de Direito como os direitos relacionados à participação política (art. 14), bem como excluiria desse regime jurídico reforçado a liberdade sindical⁴ (art. 8º) e o direito de greve (art. 9º), que são liberdades sociais e direitos individuais de expressão coletiva. Ademais, mesmo com base em uma interpretação literal, não há como negar que a expressão *direitos e garantias individuais* não consta em outro trecho da CRFB, de modo que não se pode simplesmente dizer que a cláusula pétreia do art. 60, § 4º, IV, da CRFB, diz respeito apenas aos direitos individuais do art. 5º da CRFB (SARLET, 2021, p.442).

Outra possibilidade seria sustentar que os direitos e garantias individuais mencionados no art. 60, § 4º, da CRFB, são os direitos individuais do art. 5º da CRFB acrescidos dos direitos fundamentais análogos. Como ressalta Sarlet (2021, p.442), essa concepção “esbarra na difícil tarefa de traçar as distinções entre os direitos individuais e os não individuais” e na falta de amparo jurídico expresso para considerar que o critério a ser adotado para equiparação deve ser apenas a função defensiva do direito fundamental que esteja relacionada às obrigações de não fazer (*non facere*). Como se pôde constatar, uma solução semelhante foi adotada pela CRP, que conferiu aos direitos análogos o mesmo regime jurídico aplicável aos *direitos, liberdades e garantias*, os quais são limites materiais ao poder de revisão da Constituição (art. 288 da CRP). Isso permite, inclusive, que esse regime jurídico diferenciado previsto da CRP seja aplicado às denominadas “liberdades sociais (na condição de direitos análogos), ainda que constantes no capítulo dos direitos econômicos, sociais e culturais” (SARLET, 2021, p.442). Contudo, a inexistência de um regime jurídico diferenciado expresso na CRFB impede que os direitos sociais e os demais direitos fundamentais não constantes no art. 5º sejam excluídos *a priori* do âmbito de proteção do art. 60, § 4º, IV, da CRFB (SARLET, 2021, p.442).

⁴ Registre-se que o art. 8º, *caput*, da CRFB, prevê que é livre a associação profissional ou sindical. Porém, o inciso II do mesmo artigo traz a unicidade sindical. A esse respeito, Stürmer e Oliveira (2005, p.80) ressaltam que “não se pode falar em liberdade sindical absoluta sem se admitir que exista, em determinado sistema jurídico, sindicalização livre, autonomia sindical e pluralidade sindical”. Por conseguinte, “a liberdade sindical pressupõe a sindicalização livre, contra a sindicalização obrigatória; a autonomia sindical, contra o dirigismo sindical; a pluralidade sindical, contra a unicidade sindical”. (STÜRMEER; OLIVEIRA, 2005, p.80).

Dessa maneira, as interpretações que excluem os direitos sociais da cláusula de intangibilidade prevista no art. 60, § 4º, IV, da CRFB, esbarram em três argumentos principais. Em primeiro lugar, a CRFB não reproduz nenhum regime jurídico diferenciado em relação aos direitos de liberdade e aos direitos sociais, nem sequer estabelece uma relação de primazia. Na verdade, nem mesmo quando prevê a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais no parágrafo primeiro do próprio art. 5º o constituinte fez qualquer distinção. Em segundo lugar, os direitos sociais não podem ser reduzidos a prestações materiais estatais. Vale lembrar que há direitos sociais que possuem uma estrutura jurídica semelhante aos direitos de defesa por representarem liberdades sociais, tais como os incisos XXX, XXXI, XXXII, XXXIII do art. 7º, e art. 8º, V, e art. 9º, *caput*, todos da CRFB. Em terceiro lugar, uma interpretação restritiva que acabe por limitar a cláusula pétrea aos direitos fundamentais do art. 5º acaba por excluir também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, que não foram expressamente previstos no art. 60, § 4º, IV, mas constituem um corolário do Estado Democrático de Direito (SARLET, 2021, p. 443).

Diante dessa problemática, Sarlet (2021, p.445) enfatiza que a principal função das cláusulas pétreas é "impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, encontrando-se, nesse sentido, a serviço da preservação da identidade constitucional, formada justamente pelas decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte". Após identificar a principal função das cláusulas pétreas, Sarlet (2021, p.443) interpreta que os fundamentos (art. 1º, CRFB) e os objetivos fundamentais (art. 3º, CRFB) que integram a concepção de Estado trazida pela CRFB convergem para uma íntima vinculação dos direitos sociais com essa concepção de Estado. Por conseguinte, o princípio do Estado Social e os direitos fundamentais sociais constituem os elementos essenciais ou a identidade da CRFB (SARLET, 2021, p.443). Partindo dessa definição, a abolição (efetiva ou tendencial) dos direitos sociais e políticos implicaria na própria destruição da identidade da ordem constitucional brasileira, o que caracterizaria uma "flagrante contradição com a finalidade precípua das cláusulas pétreas" (SARLET, 2021, p.447).

Registre-se que mesmo considerando que os direitos sociais - por integrarem a identidade constitucional - são passíveis de proteção pelo âmbito de incidência do art. 60, § 4º, IV, da CRFB, ainda remanescem aspectos carentes de elucidação.

Constata-se que a incidência do art. 60, § 4º, IV, da CRFB, sobre um direito fundamental precisa ser analisada à luz das peculiaridades de cada direito fundamental, e dos seus respectivos conteúdos essenciais e consequentes jurídicos. Desse modo, “não há como determinar em abstrato, para todos os direitos fundamentais, a amplitude de sua proteção contra reformas constitucionais” (SARLET, 2021, p.447).

Nesse aspecto, cumpre registrar que o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CRFB), dentre as suas múltiplas funções⁵, também pode servir como principal parâmetro de identificação de direitos fundamentais merecedores do regime constitucional das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, CRFB) (SARMENTO, 2016, p.84). Nesse sentido, Sarmento (2016, p.84) defende que o princípio da dignidade humana pode servir até mesmo para o reconhecimento da fundamentalidade de direitos fundamentais que estejam fora do catálogo do Título II da CRFB, conforme autoriza o art. 5º, § 2º, da CRFB⁶.

Acrescente-se a isso que a topologia constitucional também pode funcionar como um critério adicional, mas não essencial, para a caracterização da fundamentalidade do direito, pois da localização do direito no texto constitucional pode decorrer “a distribuição do ônus argumentativo sobre a questão” (SARMENTO, 2016, p.86). Em outras palavras, se o direito estiver arrolado no Título II presumir-se-á que se trata de um direito fundamental resguardado pelo âmbito de proteção do art. 60, § 4º, IV da CRFB, e o ônus argumentativo caberá àquele que sustentar o contrário. Por outro lado, se o direito estiver em outras partes da própria Constituição ou, até mesmo, em outros documentos normativos, deve-se presumir que não é um direito fundamental resguardado pelo art. 60, § 4º, IV da CRFB, “competindo a quem

⁵ O princípio da dignidade da pessoa humana tem múltiplas funções na ordem jurídica brasileira: fator de legitimação do Estado e do Direito, norte para a hermenêutica jurídica, diretriz para ponderação entre interesses colidentes, fator de limitação de direitos fundamentais, parâmetro para o controle de validade de atos estatais e particulares, critério para identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados (SARMENTO, 2016, p.77).

⁶ Referindo-se à ordem constitucional portuguesa, Novais (2018, p.78) acentua que é a dignidade humana que “confere unidade de sentido explicativo ao chamado sistema constitucional de direitos fundamentais e, por isso mesmo, orienta as margens de abertura e atualização do respectivo catálogo”. Sublinha, também, que nas Constituições com *cláusula aberta* de direitos fundamentais, como é a brasileira (art. 5º, § 2º, CRFB) e a portuguesa (art. 16, n. 1, CRP), a dignidade humana “possui a potencialidade de funcionar como critério material para o acolhimento/criação, designadamente jurisprudencial, de novos direitos fundamentais não expressamente enumerados no texto constitucional” (NOVAIS, 2018, p.79).

sustenta a sua fundamentalidade o ônus de demonstrar que se trata de concretização importante do princípio da dignidade da pessoa humana" (SARMENTO, 2016, p.86).

Em relação aos incisos VI, VII, XIII, XVII, XXII e XXVI, do art. 7º da CRFB, não há manifestação expressa e direta do STF a respeito do enquadramento desses dispositivos como cláusulas pétreas, eis que o exato conteúdo da expressão *direitos e garantias individuais* prevista no art. 60, § 4º, IV, da CRFB, nunca se configurou como o ponto central de uma controvérsia levada a julgamento. Decorre daí que esse argumento é exposto em caráter *obiter dictum* nos votos dos ministros, sem que seja levado para a parte dispositiva do acórdão. Adicionalmente, o modo de expressão das decisões colegiadas do STF torna difícil a identificação dos elementos que compõem a *ratio decidendi*.

Exemplo dessa abordagem tangencial dos direitos fundamentais trabalhistas no âmbito do STF pode ser extraído da ADI 1946/DF, julgada em 2003 com decisão unânime do plenário e com relatoria do ministro Sydney Sanches. Na deliberação o plenário deu interpretação conforme à Constituição ao art. 14 da EC 20/98 a fim de excluir o salário-maternidade da limitação do valor do teto dos benefícios previdenciários, respondendo a Previdência Social pela integralidade do pagamento da licença maternidade. Entendeu-se que a inclusão da licença no teto dos benefícios previdenciários implicaria discriminação da mulher no mercado de trabalho (em violação ao art. 7º, XXX, da CRFB) (BRASIL, 1999a, p.4). Pois o empregador dificilmente contrataria mulheres para funções cuja remuneração superasse o teto caso precisasse pagar - no período de gozo da licença maternidade - a diferença entre os valores da remuneração integral e o teto (BRASIL, 1999a, p.3). O STF realizou a interpretação conforme considerando o direito inserto no art. 7º, XXX, da CRFB, mas também adotou como parâmetro o princípio da igualdade do qual é corolário a proibição de discriminação constante no *caput* e no inciso I do art. 5º da Constituição. Do exposto, não é possível afirmar que o plenário do STF reconheceu expressamente que os direitos sociais constantes no art. 7º são cláusulas pétreas, mas em relação ao inciso XXX do art. 7º da CRFB resta configurada uma inclinação ao seu reconhecimento como cláusula pétrea,

especialmente, pela sua íntima vinculação com o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, I, CRFB).

Com efeito, o objetivo das cláusulas pétreas é impedir que as maiorias de ocasião promovam a abolição de elementos essenciais à identidade constitucional. Embora não se despreze os riscos de medidas de exceção que afetem os direitos fundamentais⁷, constata-se que esse movimento de tentativa de abolição dos direitos fundamentais trabalhistas não era a finalidade da MPV 927/20 e da MPV 936/20. Por isso, a discussão em torno da caracterização dos direitos fundamentais trabalhistas como cláusulas pétreas, embora relevante, não é capaz de responder isoladamente ao cenário de complexidade excepcional e temporário imposto pela pandemia, que exigiu a suspensão das atividades econômicas e laborativas por partes dos empregadores e empregados.

Por outro lado, mesmo reconhecido o caráter excepcional e temporário da pandemia, não se pode desprezar a estrutura jurídica atribuída aos direitos fundamentais trabalhistas durante o processo nacional constituinte. De igual modo, seria precipitado ignorar a historicidade que subjaz a formatação concretamente encontrada desses direitos no texto constitucional. O diagnóstico dos debates que levaram à construção dos dispositivos constitucionais pode ser útil para que não haja generalizações que os considerem como frutos de discussões que só refletem as circunstâncias do momento da elaboração da Constituição, o que pode levar à conclusão de que não seriam capazes de acompanhar a complexidade das questões subjacentes às transformações do mundo do trabalho. Dessa forma, faz-se necessário compreender o processo histórico da elaboração do texto constitucional (1987-1988) que presidiu a estrutura dos incisos VI, VII, XIII, XVII, XXII e XXVI, do art. 7º da CRFB, bem como definir a relevância das deliberações para um melhor entendimento do plano de fundo histórico que justificou o caráter analítico do Capítulo II do Título II da CRFB.

⁷ A título ilustrativo, vale citar o exemplo da Hungria, onde o primeiro-ministro Victor Órban declarou Estado de emergência em 11 de março de 2020, e em 30 de março, o Parlamento aprovou uma lei que permite a Órban governar indefinidamente por decreto e suspender as leis existentes. Além disso, a supervisão parlamentar foi suspensa durante a crise pandêmica (SANTOS, 2021, p.159). Nas Filipinas, após desistir de uma postura negacionista em relação à pandemia, o Presidente Rodrigo Duterte chegou a incitar as forças militares a matar aqueles que descumprem as regras de isolamento (SANTOS, 2021, p.162).

3.3 A opção por uma prevalência das regras na definição dos direitos fundamentais trabalhistas: a pertinência dos debates da Assembleia Nacional Constituinte

3.3.1 Sistematização dos trabalhos relativos aos direitos dos trabalhadores

A ANC da Constituição de 1988 foi convocada pela EC nº 26, de 27 de novembro de 1985, pelo então Presidente da República José Sarney. Em 01 de fevereiro de 1987 houve a instalação da ANC, que foi organizada e dividida inicialmente em Comissões Temáticas, as quais foram subdivididas em subcomissões. Em 01 de abril de 1987 instalou-se a Comissão da Ordem Social, e em 07 de abril do mesmo ano instalou-se a Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos. Dessa forma, a construção da redação dos direitos sociais trabalhistas que deram origem à atual configuração do Capítulo II do Título II da CRFB passou pelas seguintes etapas do percurso legislativo da ANC:



Aspecto interessante é que, inicialmente, as discussões relativas aos direitos sociais dos trabalhadores ficou alojada na Comissão Temática da Ordem Social, e não na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, na qual estavam as subcomissões relativas aos direitos fundamentais individuais, coletivos, políticos e de nacionalidade. Essa sistematização inicial das comissões reflete a posição que os direitos sociais trabalhistas normalmente ocupavam na topologia constitucional das Constituições anteriores e que também estava presente no Anteprojeto Constitucional elaborado pela Comissão Afonso Arinos⁸.

⁸ Comissão Afonso Arinos é o nome informalmente atribuído à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985, que apresentou um

Somente em 26 de junho de 1987, na apresentação do anteprojeto da Comissão de Sistematização, que os direitos sociais deixaram a Ordem Social para figurar - de forma inédita em nossa história constitucional - entre os demais direitos fundamentais⁹. Vê-se, pois, que foi apenas na apresentação do anteprojeto da Comissão de Sistematização, responsável por compatibilizar e unificar as matérias aprovadas nas Comissões Temáticas, dentre elas a Comissão da Ordem Social, que os direitos sociais trabalhistas foram remetidos para a parte inicial do texto constitucional junto aos direitos individuais, políticos e de nacionalidade (BRASIL, 1987g, p.6). A esse respeito, o constituinte Bernardo Cabral (PMDB-AM), relator da Comissão de Sistematização, afirmou nos fundamentos do anteprojeto da Constituição que esse intenso rol de direitos individuais, sociais e políticos, precedendo a estruturação estatal e os sistemas garantidores dos direitos fundamentais, amolda-se à tendência das Constituições ocidentais (BRASIL, 1987g, p.2). Ademais, também reconhece que o texto constitucional ficou mais extenso que o desejável, mas atribui esse detalhamento à complexidade das reivindicações e ao grau de desmoronamento institucional após anos de autoritarismo que a nova Constituição tinha a tarefa de corrigir¹⁰ (BRASIL, 1987a, p.4).

anteprojeto constitucional em 24 de setembro de 1986, mas que acabou não sendo enviado oficialmente ao Congresso pelo Executivo.

⁹ Os direitos sociais, sobretudo, os de natureza trabalhista, não constavam nas Constituições de 1824 e 1891, e nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967 estavam alocados no âmbito da Ordem Econômica e Social. (STÜRMER, 2014, p.24).

¹⁰ Convém destacar que em seu primeiro substitutivo do projeto de Constituição apresentado à Comissão de Sistematização, o constituinte e relator Bernardo Cabral (PMDB-AM), ao justificar o caráter analítico do texto, ponderou que a boa técnica de elaboração constitucional determina que a Constituição deva ser formalmente sintética. Porém, ressaltou que é preciso observar a tendência das Constituições brasileiras no sentido de procurar regular, com bastante minúcia, aquilo que se deseja implantar como norma de conduta dos negócios públicos e privados. Enfatizou, ainda, que a herança brasileira em matéria constitucional é a do direito romano e continental, exacerbado talvez pelo formalismo da influência portuguesa em nossa história. Além disso, justificou que a Constituição brasileira deve definir relações sociais numa quantidade de situações social e espacialmente diversas, para cujas situações específicas devem incidir as regras constitucionais, após mais de vinte anos de ruptura da ordem constitucional por um regime de exceção (BRASIL, 1987f, p.3). Outro aspecto digno de destaque é que a estrutura de trabalho prevista no regimento interno da ANC foi montada a partir do trabalho inicial das subcomissões e comissões temáticas, que elaboraram nos títulos e capítulos relativos aos seus temas um ordenamento pormenorizado que refletia as reivindicações de vários setores. Assim, quando foi concluída a etapa das comissões temáticas e foram enviados os anteprojetos aprovados em cada comissão temática para a Comissão de Sistematização houve um trabalho hercúleo que tentou conciliar diversos anteprojetos que refletiam posicionamentos ideológicos divergentes e de difícil articulação em um projeto unificado (BRASIL, 1987f, p.3)

A Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos reuniu-se por vinte e cinco oportunidades entre os dias 07 de abril e 25 de maio de 1987. Em nove reuniões, debateram os temas propostos, e, nas demais, foram ouvidas 28 entidades representativas dos trabalhadores, dos empregadores e dos servidores públicos. No dia 25 de maio de 1987, após 1.400 sugestões, cerca de 500 emendas e pouco mais de 100 destaques (BRASIL, 1987b, p.9), foi aprovada a redação final do anteprojeto da subcomissão, o qual foi encaminhado à Comissão da Ordem Social para posterior envio à Comissão de Sistematização e, por fim, chegar ao Plenário da ANC, após as deliberações e modificações durante o seu percurso. O anteprojeto da subcomissão já espelhava o espírito analítico que permearia os trabalhos constituintes, sendo elaborado dez artigos, com mais de três dezenas de incisos, para disciplinar os direitos trabalhistas na Constituição (BRASIL, 1987c, p.3-11). O constituinte Mário Lima (PMDB-BA), relator da subcomissão, resumiu que o espírito que moveu os membros da subcomissão foi orientado pelo entendimento de que “a nova Constituição deve dispor concretamente sobre o direito dos trabalhadores” (BRASIL, 1987d, p.3), “não permitindo que restem princípios que sejam letra morta na nova Carta Constitucional” (BRASIL, 1987d, p.3), e isso levou os constituintes a apresentarem, como regra, “sugestões de norma de forma concreta, definindo com clareza o alcance do dispositivo constituinte proposto” (BRASIL, 1987d, p.3). Prossegue dizendo na fundamentação do anteprojeto que “o povo se sentiria traído e frustrado com a apresentação de uma nova Carta Magna com princípios, meramente programáticos” (BRASIL, 1987d, p.3), daí que “tecnicamente, não há porque se deixar para a lei ordinária, princípios que devem ficar claramente definidos na Constituição” (BRASIL, 1987d, p.3).

O anteprojeto da subcomissão sofreu várias modificações durante o processo constituinte, mas essa primeira etapa de efetiva elaboração legislativa já traçou as características que assumiriam os direitos fundamentais trabalhistas no novo texto constitucional.

O catálogo analítico de direitos sociais e o intuito de proteger esses direitos do devir contraditório das maiorias parlamentares revelam a opção dos constituintes pelo modelo do constitucionalismo aspiracional. Didaticamente, pode-se afirmar que esse modelo é marcado por um texto constitucional prolixo e repleto de esperança e

normas politicamente comprometidas (BOTELHO, 2017, p.8, 22), sendo a Constituição compreendida como "um instrumento normativo de mudança, de reconstrução social e política da sociedade" (BOTELHO, 2017, p.8). Nesse sentido, o texto constitucional se converte em um instrumento ativo de construção de uma realidade mais justa. Esse fenômeno constitucional "assume uma expressão superlativa em Estados que experienciaram regimes autoritários ou ditatoriais" (BOTELHO, 2017, p.8), nos quais houve a erosão da independência dos poderes e a suspensão de direitos fundamentais. Não é por menos que Botelho (2017, p.8) ressalta que esse fenômeno esteve presente não apenas na elaboração do texto constitucional brasileiro, mas também na atual Constituição portuguesa, na Constituição italiana e na Constituição espanhola¹¹.

3.3.2 A definição das exceções à irredutibilidade salarial durante a Assembleia Nacional Constituinte (art. 7º, VI, da CRFB)

A ideia de uma irredutibilidade salarial surge ainda na Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos, na primeira etapa de efetiva elaboração legislativa. O anteprojeto da subcomissão, que foi aprovado e remetido para a Comissão da Ordem Social, optou por uma norma constitucional sem reservas e sem restrições constitucionais diretas em seu enunciado normativo, assegurando aos trabalhadores a "irredutibilidade do salário independentemente do vínculo empregatício ou do regime jurídico do trabalho;" (BRASIL, 1987c, p.6).

Na etapa seguinte, na Comissão da Ordem Social, o texto teve a redação reformulada para fazer constar como direito do trabalhador a "irredutibilidade de salário ou vencimento" (BRASIL, 1987e, p.6). Na etapa seguinte, na Comissão de Sistematização, foram inseridas autorizações constitucionais para restrições sobre o direito fundamental à irredutibilidade salarial, e a redação assumiu os contornos de uma norma de direito fundamental com reserva simples, pois concedia liberdade

¹¹ Botelho (2017, p.8) elenca alguns resultados à vista desse modelo aspiracional de constitucionalismo: (i) textos constitucionais longos e exaustivos; (ii) sinais de saturação dogmática do texto constitucional; (iii) consagração de generosos catálogos de direitos econômicos, sociais e culturais, tantas vezes muito para além das capacidades prestacionais dos Estados; (iv) dificuldades de definição de fronteiras nítidas entre o poder judicial e o poder legislativo.

de conformação ao legislador ordinário para estipular restrições. No primeiro substitutivo da Comissão de Sistematização consta como sendo um direito do trabalhador a "irredutibilidade de salário ou vencimento, salvo o disposto em lei, em convenção ou em acordo coletivo" (BRASIL, 1987f, p.19).

A inserção dessa liberdade de conformação ao legislador ordinário para promover restrições legais à irredutibilidade salarial foi alvo de debates na Comissão de Sistematização, eis que a inserção da expressão *em lei* na redação do enunciado normativo suscitou fortes questionamentos sobre a possibilidade do conteúdo da norma ficar esvaziado por uma atuação infraconstitucional posterior. Por tal razão, vários destaques e emendas foram apresentadas na Comissão de Sistematização requerendo a supressão da expressão "em lei" da redação do enunciado normativo. A esse respeito, merecem destaques as discussões e votações dos destaques nº 0127/87 e nº 414/87 realizadas no dia 09 de outubro de 1987, que praticamente deu os contornos decisivos da atual redação do art. 7º, VI, da CRFB, ainda no âmbito da Comissão de Sistematização.

Inicialmente, foi discutido e votado o destaque nº 0127/87 do constituinte Paulo Paim (PT-RS), referente à emenda nº 34310, de autoria do constituinte Augusto Carvalho (PCB/DF), que pretendia restabelecer a redação que garantia, sem reservas, a "irredutibilidade de salário ou vencimento", excluindo, portanto, a expressão "salvo o disposto em lei, em convenção ou em acordo coletivo" (BRASIL, 1987f, p.19). De acordo com o autor da emenda, a nova redação que autorizava as restrições proporcionava, em termos práticos, a inutilidade da previsão que assegurava a irredutibilidade salarial (BRASIL, 2018a, p. 48). A emenda recebeu parecer contrário na Comissão de Sistematização com a fundamentação de que ignorava que "motivos de força maior, independentes da vontade do empregador, podem exigir que temporariamente, haja a redução do salário, até como forma de garantia do emprego" (BRASIL, 2018a, p.48). Iniciados os debates, o constituinte Augusto Carvalho (PCB/DF) defendeu a emenda de sua autoria argumentando que a irredutibilidade salarial deveria ser assegurada ao trabalhador sem que haja qualquer "brecha" para uma eventual redução (BRASIL, 1987h, p.1189). Ademais, o constituinte faz um paralelo entre a irredutibilidade salarial e o instituto do direito adquirido, compreendendo que uma norma constitucional sem reservas seria a melhor forma

de "assegurar aos trabalhadores a manutenção de benefícios alcançados através das lutas salariais e das convenções coletivas, direitos adquiridos que vão sendo conquistados ao longo das sucessivas campanhas salariais" (BRASIL, 1987h, p.1189). Também apoiou a emenda o constituinte Luiz Inácio Lula da Silva (PT-SP), declarando que era preciso acabar com qualquer possibilidade de se reduzir o salário no país (BRASIL, 1987h, p.1189). Em sentido contrário à aprovação da emenda, o constituinte Egídio Ferreira Lima (PMDB-PE) declarou que a manutenção da possibilidade de exceções por meio de lei, convenção ou acordo coletivo não significa necessariamente que as medidas serão prejudiciais ao trabalhador, motivo porque as exceções devem estar previstas, bem como serem interpretadas no sentido de que a lei nunca poderá limitar a irredutibilidade para prejudicar o trabalhador. O constituinte José Serra (PMDB-SP), por sua vez, ponderou que podem ocorrer situações indesejáveis na economia (quedas de venda, contração econômica, alterações no funcionamento de uma empresa ou algum setor), "que levem os sindicatos e os próprios trabalhadores a se interessarem por acordos transitórios para garantir o nível de emprego, com a diminuição da remuneração em determinadas situações." (BRASIL, 1987h, p.1190). Embora seja contrário à emenda em votação, ressaltou que a posição do seu partido era no sentido da manutenção das exceções relativas à convenção e ao acordo coletivo, mas favorável à supressão da expressão *em lei* que autorizava a redução salarial via legislação ordinária, pois compreendeu que as situações de crise econômica "serão localizadas e relacionadas com setores singulares para determinados momentos" (BRASIL, 1987h, p.1190), e não vislumbrava como o "legislador ou o Poder Executivo, a nível nacional, poderá determinar essa redutibilidade em certas circunstâncias" (BRASIL, 1987h, p.1190). Após os debates, o destaque nº 0127/87 foi submetido à votação e não foi aprovado.

Na mesma reunião foi submetido à votação o destaque nº 414/87, de autoria do constituinte Luiz Inácio Lula da Silva (PT-SP), que propõe a supressão da expressão *em lei*, "deixando para os sindicatos a responsabilidade de fazerem os acordos que julgarem convenientes" (BRASIL, 1987h, p.1192). Encaminhando posicionamento favorável ao destaque, o constituinte Antônio Britto (PMDB-RS) comunica aos demais constituintes que nos entendimentos mantidos com o relator Bernardo Cabral (PMDB-AM) e com o constituinte Luiz Inácio Lula da Silva (PT-SP)

chegou-se à compreensão de que a fórmula proposta no destaque “estabelece exatamente o equilíbrio, a flexibilidade que permite a realização de convenções coletivas e acordos sobre a matéria e a manutenção do princípio de irredutibilidade” (BRASIL, 1987h, p.1192). Sustenta que a manutenção da expressão *nos termos da lei* poderia trazer prejuízos aos trabalhadores, e o destaque proposto traz a flexibilidade condicionada à participação dos trabalhadores por meio das negociações coletivas. Por tais motivos, defende que a aprovação do destaque trará “uma fórmula equilibrada que permite a manutenção da participação geral, sem a inflexibilidade que oportunamente, poderia voltar-se até contra os trabalhadores” (BRASIL, 1987h, p.1192). O destaque recebeu a adesão de todos os constituintes presentes na Comissão de Sistematização, e foi aprovado por unanimidade com 66 votos. Após a aprovação do destaque, o dispositivo que consagra a irredutibilidade salarial ficou com a seguinte redação “irredutibilidade de salário ou vencimento, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo” (BRASIL, 2018a, p.5). Posteriormente, na etapa seguinte no Plenário da ANC, foi dada nova redação, pelo relator, para o art. 7º, VI, com a transposição da expressão “vencimento” para o Capítulo da Administração Pública que disciplina a irredutibilidade dos servidores públicos, o que sacramentou a redação final e atual do art. 7º, VI, da CRFB (BRASIL, 2018a, p.6).

De fato, nada obstante não serem capazes de antever uma pandemia que impôs o distanciamento social e o fechamento temporário dos locais de trabalho, os constituintes pressentiam as crises econômicas em setores localizados, e pactuaram que a negociação coletiva seria o caminho mais apto para esses momentos excepcionais. É de se destacar que essas crises já eram uma realidade nacional durante a ANC. Os anos anteriores à Constituição, sobretudo, de 1984 a 1987, foram marcados por uma conjuntura econômica desfavorável, marcada pelo aumento da dívida externa, “inflação galopante, desvalorização da moeda, e, conseqüentemente a recessão e o aumento da desigualdade social” (CARNEIRO, 2017, p.146).

Os debates da ANC revelam que os constituintes buscaram garantir a proteção do trabalhador por meio do direito fundamental à irredutibilidade salarial, mas não ignoraram um possível cenário de conjunturas econômicas desfavoráveis no país ou

em um setor específico da economia. Por isso, estão previstas autorizações constitucionais para reduções salariais excepcionais e justificadas pela proteção do trabalhador, que devem ser construídas apenas pela via da negociação coletiva com a participação sindical¹².

3.3.3 Garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável (art. 7º, VII, da CRFB)

A ideia de garantir um piso salarial mínimo ao trabalhador que recebe remuneração variável é algo que está presente desde a Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos, na primeira etapa de efetiva elaboração legislativa. No anteprojeto do relator Mário Lima (PMDB-BA), ainda no âmbito da subcomissão, já constava a previsão de que a Constituição assegura aos trabalhadores "a proibição de remuneração integralmente variável dependente da produção do empregado, garantindo-se sempre um salário fixo como parte dela" (BRASIL, 1987d, p.15). O enunciado sofreu algumas alterações durante as etapas legislativas, sendo a mais importante na Fase S da etapa do Plenário, quando o dispositivo assumiu a redação atual após a aprovação parcial da emenda nº 2038 do Centrão¹³, de autoria do constituinte Afif Domingos (PL/SP) (BRASIL, 2018b, p.57-58). A emenda foi apresentada com a justificativa de substituir o texto do Título II, aprovado pela Comissão de Sistematização, para "aprimorá-lo, escoimando-o de alguns excessos indesejáveis, normas pragmáticas utópicas, e detalhamentos

¹² Após análise dos textos constitucionais anteriores, não se localizou nenhuma previsão de irredutibilidade salarial na forma prevista na CRFB, visto que a previsão de irredutibilidade era limitada a categorias específicas. São os casos dos juízes (art. 57, § 1º, Constituição de 1891; art. 64, c, Constituição de 1934; art. 95, III, Constituição de 1946; art. 108, III, Constituição de 1967; art. 113, III, EC 01/1969), e dos professores dos institutos oficiais de ensino superior, destituídos dos seus cargos desde outubro de 1930, conforme previsão do art. 20, da Constituição de 1934, sem paralelo nas demais Constituições.

¹³ O Centrão foi o agrupamento parlamentar suprapartidário formado durante os trabalhos constituintes que conseguiu modificar várias propostas aprovadas na Comissão de Sistematização (MARCELINO; BRAGA; DOMINGOS, 2009, p.240). O grupo surge como reação às deliberações de um segmento da elite parlamentar super representado na Comissão de Sistematização (MARCELINO; BRAGA; DOMINGOS, 2009, p.249). Em pesquisa realizada por Marcelino, Braga e Domingos (2009, p.275) apurou-se que o Centrão era um grupo ideologicamente mais à direita, em grande parte de regiões com menor IDH do país, "sendo integrado basicamente por parlamentares mais estritamente vinculados ao regime autoritário anterior, assim como a segmentos empresariais, tanto urbanos como rurais" (MARCELINO; BRAGA; DOMINGOS, 2009, p.275).

desnecessários ou que melhor figurariam em leis hierarquicamente inferiores” (BRASIL, 2018b, p.59). Até aquele momento a redação desse direito do trabalhador era a seguinte: “salário fixo, nunca inferior ao mínimo, sem prejuízo da remuneração variável, quando houver” (BRASIL, 2018b, p.5). Após, o dispositivo ganhou a redação atual: “garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável” (BRASIL, 2018b, p.5). O efeito imediato dessa alteração foi viabilizar, sem maiores controvérsias, a contratação do comissionista puro, sendo assegurado a esse trabalhador pelo menos o recebimento do salário-mínimo.

Após análise dos textos constitucionais anteriores, constata-se que a Constituição de 1988 foi a primeira a conter a previsão de garantia de salário mínimo aos trabalhadores com remuneração variável.

3.3.4 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 (art. 7º, XIII, da CRFB)

A duração do trabalho foi um tema bastante debatido na ANC, suscitando várias discussões acaloradas, divergências, e tentativas de acordos (BRASIL, 1988a, p.1206, 1210, 1219, 1223). Como consequência, o dispositivo que regula a duração (diária e semanal) do trabalho sofreu oito modificações durante a tramitação legislativa (BRASIL, 2018c, p.7-10). Desde 1934 essa matéria esteve presente nas Constituições brasileiras. A Constituição de 1934, por meio do art. 121, § 1º, c, foi a primeira a prever o limite de 8 horas diárias de trabalho, mas facultava ao legislador infraconstitucional dispor sobre as hipóteses de prorrogação¹⁴.

Nas duas primeiras etapas de elaboração legislativa da ANC o enunciado garantia o módulo normal do trabalho de 8 horas diárias e 40 horas semanais (BRASIL, 2018c, p.8). Na Comissão de Sistematização, na apresentação do primeiro substitutivo do relator Bernardo Cabral (PMDB-AM), o limite de 40 horas semanais foi suprimido, sendo mantida apenas a “duração diária do trabalho não superior a

¹⁴ Nas demais Constituições a matéria estava disciplinada nos seguintes dispositivos: art. 137, i, da Constituição de 1937; art. 157, V, da Constituição de 1946; art. 158, VI, da Constituição de 1967, e no art. 165, VI, da EC 1/69.

oito horas”¹⁵ (BRASIL, 2018c, p.9). Após a retirada do limite de 40 horas semanais, sucedeu-se várias discussões no âmbito da Comissão de Sistematização acerca do módulo normal do trabalho semanal (40, 42, 44 ou 48), eis que maioria dos constituintes queriam atribuir estatura constitucional à matéria.

No dia 9 de outubro de 1987 houve a votação na Comissão de Sistematização dos destaques relativos aos limites de 40 e 44 horas semanais (BRASIL, 1988a, p.1218). Sendo rejeitada a inserção do limite de 40 horas, e aprovada a introdução do limite de 44 horas semanais com 66 votos favoráveis, 23 votos contrários, e uma abstenção (BRASIL, 1988a, p.1208, 1220). Vale destacar que o mérito do módulo semanal de 42 horas não foi submetido à votação em decorrência de uma interpretação regimental do Presidente da Comissão, que julgou a matéria prejudicada após a aprovação do módulo semanal de 44 horas, mesmo sob protestos dos constituintes (BRASIL, 1988a, p.1223). Na sequência, o enunciado ultrapassou a etapa da Comissão de Sistematização e iniciou a etapa do Plenário com a seguinte redação: “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais” (BRASIL, 2018c, p.9).

No Plenário, o enunciado recebeu um acréscimo final que consolidou a atual redação do art. 7º, XIII, da CRFB. Com a aprovação da emenda nº 01242, de autoria do constituinte Paulo Paim (PT/RS), acrescentou-se o trecho final “facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho” (BRASIL, 2018c, p.165; 1988b, p.7578). O objetivo apresentado na justificativa da emenda é bem claro: “permitir o desencadeamento de negociações coletivas de trabalho, visando adequar a jornada a novas realidades que certamente surgirão” (BRASIL, 2018c, p.165). A emenda recebeu parecer favorável do relator, o qual considerou que “a pretensão do autor é criar um mecanismo que permite o desencadeamento de negociações coletivas de trabalho, visando adequar a jornada liberal aos interesses das partes interessadas, patrões e empregados” (BRASIL,

¹⁵ O limite de 40 horas semanais foi suprimido na Fase M, na etapa legislativa da Comissão de Sistematização, por decorrência da aprovação parcial da emenda supressiva do constituinte José Santana De Vasconcellos (PFL/MG). A emenda foi aprovada com o parecer favorável no sentido de que o módulo semanal de trabalho é matéria mais adequada à legislação infraconstitucional, pois diz respeito a uma situação conjuntural (BRASIL, 2018c, p. 9, 47).

2018c, p.166), e concluiu que a proposta aperfeiçoa o texto e deve ser acolhida (BRASIL, 2018c, p.166).

Nota-se que a exceção inserida na parte final do art. 7º, XIII, da CRFB, difere da autorização constitucional contida no art. 7º, VI, pois o inciso VI faz menção à *convenção ou acordo coletivo* e o inciso XIII faz menção a *acordo ou convenção coletiva*. À primeira vista, poder-se-ia argumentar que a inversão na ordem das palavras foi uma ação deliberada do constituinte para autorizar o acordo individual no art. 7º, XIII, da CRFB. Todavia, após análise do projeto da emenda nº 01242, justificativa, parecer e atas relativas à sua votação, constata-se que a expressão *acordo* no art. 7º, XIII, da CRFB, contempla apenas o acordo coletivo de trabalho, e não o acordo individual. Essa possibilidade não é suscitada em nenhum momento durante a tramitação, bem como é refutada pelo próprio autor da emenda nº 01242¹⁶.

Apesar da intenção manifestada nos anais da ANC, a compreensão da jurisprudência do TST é a de que a expressão *acordo*, também presente na antiga redação do art.59, § 2º, da CLT¹⁷, contempla o acordo individual. Essa interpretação já era adotada antes mesmo da Lei nº 13.467/17, conforme evidencia a redação da Súmula nº 85 do TST, anterior à Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista)¹⁸.

Embora não se ignore o caráter alográfico da produção da norma jurídica¹⁹, é preciso reconhecer o ônus argumentativo decorrente da confrontação de uma

¹⁶ Na tramitação da Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista), o autor da emenda, constituinte e atual senador Paulo Paim (PT-RS), manifestou a sua contrariedade à interpretação que tem sido dada ao art.7º, XIII, da CRFB. O autor enfatiza que "a expressão 'acordo' no art. 7º, XIII, contempla somente o acordo coletivo de trabalho, e não o acordo individual, e qualquer interpretação diversa revela má-fé e fraude à Constituição" (BRASIL, 2017, p.1). Por tais razões, votou - à época da tramitação da referida lei - pela supressão da expressão *acordo individual escrito* contida na atual redação do art.59-A, da CLT, pois sustenta que "a capacidade negocial do empregado inexistente, servindo apenas como mecanismo de burla ao direito ao pagamento do adicional de serviço extraordinário" (BRASIL, 2017, p.1).

¹⁷ Redação anterior à aprovação da Lei nº 13.467/17: art. 59 (...) § 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou contrato coletivo, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda o horário normal da semana nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

¹⁸ Cabe a ressalva que, antes da Lei nº 13.467/17, o TST admitia que apenas a compensação simples fosse realizada por meio de acordo individual. Ou seja, admitia-se a semana inglesa, cujo módulo semanal de 44 horas é dividido em 5 dias da semana. Por outro lado, a semana espanhola demandava a negociação coletiva, conforme interpretação do tribunal acerca da OJ nº 323 da SBDI-1 do TST (BRASIL, 2022c, p. 5236).

¹⁹ Considerando a distinção entre texto e norma, Eros Grau (2006, p.82-83) afirma que o texto normativo é alográfico. Ou seja, não se completa com o sentido nele impresso pelo legislador, pois "a 'completude' do texto somente é realizada quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma da expressão, pelo intérprete" (GRAU, 2006, p.83).

decisão inculpada no dispositivo constitucional, que é resultante de debates e da aprovação no âmbito da ANC, cujos membros interpretavam a expressão *acordo* como acordo coletivo de trabalho, e não como acordo individual.

Sublinhe-se que, com a aprovação da Lei nº 13.467/17, acentuou-se as possibilidades de flexibilização da duração normal do trabalho sem negociação coletiva. É o caso, por exemplo, do art. 59-A da CLT, que prevê a possibilidade de instituir horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso mediante acordo individual escrito. Atualmente, a inconstitucionalidade do art. 59-A está sendo apreciada na ADI 5994, cujo julgamento via plenário virtual foi paralisado no dia 23.04.21, após pedido de vista do ministro Gilmar Mendes. Até o momento há apenas o voto do ministro-relator Marco Aurélio, que entendeu ser inconstitucional a instituição desse regime de trabalho via acordo individual.

3.3.5 Fruição de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal (art. 7º, XVII, da CRFB)

A previsão de fruição das férias de forma remunerada também estava presente nos textos constitucionais anteriores²⁰. Entretanto, a Constituição de 1988 foi a primeira a prever o pagamento de um acréscimo de, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal²¹ (STÜRMER, 2014, p.59)

No dia 11 de maio de 1987, na apresentação do anteprojeto do relator da Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos, já havia a previsão da fruição das “férias anuais de pelo menos 30 (trinta) dias, com pagamento igual ao dobro da remuneração mensal” (BRASIL, 2018d, p.5). Os debates da ANC se circunscreveram principalmente ao trecho final do enunciado, que dispunha sobre o

²⁰ Há previsão de férias remuneradas nos seguintes dispositivos constitucionais anteriores: art. 121, § 1º, f, da Constituição de 1934; art. 156, h, da Constituição de 1937; art. 157, VII, da Constituição de 1946; art. 158, VIII, da Constituição de 1967; art. 165, VIII, da EC 1/69.

²¹ Importa destacar que “a origem do direito a férias no Brasil remonta ao primeiro quarto do século XX” (STÜRMER, 2014, p.58), quando houve a publicação da Lei nº 4.982/25, que instituiu 15 dias de férias para os empregados de estabelecimentos comerciais, industriais e bancários, bem como para os empregados de instituições de caridade e beneficência do Distrito Federal e dos Estados (STÜRMER, 2014, p.58).

montante do acréscimo que seria pago. Durante a etapa da Comissão de Sistematização, o acréscimo foi retirado do texto, o qual ficou restrito à garantia do “gozo de férias anuais, na forma da lei, com remuneração integral” (BRASIL, 2018d, p.7). Na etapa seguinte e final da ANC, no Plenário, o acréscimo foi reintroduzido em valor menor no montante de pelo menos um terço a mais do que o salário normal (BRASIL, 2018d, p.7).

Tendo em vista o caráter excepcional da pandemia e o decreto de calamidade pública, o art.8º da MPV 927/20 traz o adiamento do pagamento do adicional de um terço, o qual deverá ser pago até a data em que é devida a gratificação natalina. Adicionalmente, o art. 9º da MPV 927/20 não afasta o pagamento da remuneração de férias, mas também adia o pagamento até o quinto dia útil do mês subsequente ao início da fruição das férias. Em comparação com os demais dispositivos constitucionais diretamente afetados pelas MPVs 927 e 936, de 2020, essa mitigação, temporária e excepcional, da regra inscrita no art. 145 da CLT, que prevê o pagamento antecipado da remuneração das férias, não traz um grau de afetação tão acentuado, eis que é assegurado o direito ao pagamento, ainda que diferido. Porém, em face da previsão constitucional, o ônus argumentativo decorrente dessa restrição precisa estar bem fundamentado pelo Executivo (já que se trata de uma MPV), pelo Legislativo, e pelo Judiciário, os quais devem delimitar e justificar o contexto excepcional subjacente à restrição do direito fundamental.

3.3.6 Redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII, da CRFB)

Durante as fases e etapas da ANC, a redação do dispositivo foi submetida a reformulações para evitar redundância em seus termos, não sendo motivo de controvérsias quanto ao seu efetivo conteúdo, mesmo porque o enunciado normativo remete para a legislação infraconstitucional e dispositivos regulamentares os seus desdobramentos (BRASIL, 2018e, p.4-7). Contudo, verifica-se que, durante os debates da Comissão de Sistematização, ficou manifestada a intenção de manter o dispositivo no rol do atual art. 7º, porque isso atenderia à reivindicação dos técnicos em higiene e segurança do trabalho e manteria as ações

de prevenção aos acidentes de trabalho no âmbito do Ministério do Trabalho – e não do Ministério da Saúde (BRASIL, 1988a, p.1254-1255).

É importante realçar que a busca pela redução de riscos para a saúde e segurança no ambiente de trabalho é algo que precede a Constituição de 1988²² (STÜRMER, 2014, p.65). A CLT, em seu Título II, Capítulo V, já tratava da segurança e medicina do trabalho. Desse modo, já havia enunciados normativos sobre saúde, higiene e segurança do trabalho dispostos nos arts. 154 a 201 da CLT, nos quais constam as disposições gerais sobre a segurança e medicina do trabalho, bem como regras sobre inspeção prévia, embargo e interdição, órgãos de segurança e de medicina do trabalho nas empresas, equipamento de proteção individual, medidas preventivas de medicina do trabalho, edificações, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais, máquinas e equipamentos, caldeiras, fornos e recipientes sob pressão, atividades insalubres ou perigosas, prevenção da fadiga, e outras medidas especiais de proteção e penalidades (STÜRMER, 2014, p.66). Além das disposições da CLT, também já havia as normas regulamentadoras previstas pela Portaria nº 3.214/78, do Ministério do Trabalho e Emprego (STÜRMER, 2014, p.66).

3.3.7 Reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI, da CRFB)

O enunciado normativo do art. 7º, XXVI, da CRFB, conjugado com o art. 8º, VI, e com o art. 114, §§ 1º e 2º, da CRFB, reflete a importância central dos sindicatos e das negociações coletivas nas resoluções dos conflitos e na pacificação social²³. Após análise da tramitação legislativa durante a ANC, apura-se que não houve controvérsias substanciais ao seu conteúdo. Na primeira fase de efetiva elaboração

²² No âmbito constitucional, a matéria era tratada com termos menos abrangentes: "higiene e segurança do trabalho" (art.157, VIII, Constituição de 1946; art. 158, IX, Constituição de 1967) ou "higiene e segurança no trabalho" (art. 165, IX, EC 1/69).

²³ Nas Constituições anteriores havia previsões similares reconhecendo as convenções coletivas de trabalho: art. 121, § 1º, j, Constituição de 1934; art. 157, XIII, Constituição de 1946; art. 158, XIV, Constituição de 1967; art. 165, XIV, EC 1/69. A Constituição de 1937 não trata da convenções coletivas de trabalho, mas reconhece os contratos coletivos de trabalho, na forma do art. 137, a e b, sendo o artigo suspenso por decorrência da decretação do estado de guerra (Decreto nº 10.358, de 31 de agosto de 1942).

legislativa, na apresentação do anteprojeto do constituinte Mário Lima (PMDB-BA), relator da subcomissão, já constava a previsão do "reconhecimento das convenções coletivas de trabalho e obrigatoriedade da negociação coletiva" (BRASIL, 2018f, p.3). Posteriormente, durante a etapa da Comissão de Sistematização, foi suprimido o trecho final com a justificativa de que ninguém pode ser coercitivamente obrigado a negociar, e que "expressão obrigatoriedade da negociação coletiva é redundante, uma vez que a convenção é, necessariamente decorrência de uma negociação coletiva" (BRASIL, 2018f, p.38). Na sequência, na etapa do Plenário, é incluída a expressão *acordos coletivos de trabalho* como forma de estimular "a negociação coletiva, como fator importante para aperfeiçoar continuamente as relações trabalhistas, e moldá-las à realidade econômica e tecnológica, em constante mutação" (BRASIL, 2018f, p.55).

3.4 As predileções por um suporte fático amplo no âmbito da teoria externa e a superabilidade das regras

A pandemia da COVID 19 trouxe um cenário que impôs restrições incontornáveis a direitos sociais. Não obstante, em vários incisos do art. 7º, o texto constitucional propositalmente não trouxe autorizações para restrições por meio da legislação infraconstitucional.

No plano teórico, essas restrições ou limites aos/dos direitos fundamentais são trabalhadas didaticamente em dois grandes modelos explicativos: teoria interna dos limites dos direitos fundamentais ou teoria dos limites imanentes; e a teoria externa (NOVAIS, 2021, p.11; ALEXY, 2015, p.277; SILVA, 2010, p.127; SARLET, 2021, p.407).

Na teoria interna, o direito fundamental já nasce com o seu conteúdo determinado, e com os seus respectivos limites, motivo porque no marco dessa teoria há - do ponto de vista lógico formal - "limites imanentes" (SARLET, 2021, p.407). Ou seja, o direito fundamental possui "fronteiras implícitas, de natureza apriorística" (SARLET, 2021, p.407), que residem "*ab initio* no interior do direito fundamental" (NOVAIS, 2021, p.20). Assim sendo, quando se está diante de uma hipótese de afetação de um direito fundamental, apurar-se-á se há um verdadeiro

exercício de direito fundamental ou apenas uma manifestação aparente (NOVAIS, 2021, p.19). Como consequência disso, a estratégia metodológica da teoria interna consiste em revelar as fronteiras que permitem “distinguir a aparência da realidade de um direito fundamental” (NOVAIS, 2021, p.19). O risco inerente a essa teoria é que a premissa dos limites imanentes pode ser instrumentalizada para camuflar a existência de um conflito e, a partir disso, negar ou disfarçar uma restrição que precisaria passar pelo crivo da conformidade constitucional (NOVAIS, 2021, p.25). Logo, uma restrição imposta a um direito fundamental que precisaria ser justificada e fundamentada poderia não passar adequadamente pelo controle típico de constitucionalidade, pois, do ponto de vista da lógica formal, não haveria restrição, mas “mera concretização ou revelação dos limites imanentes já inscritos no direito em causa” (NOVAIS, 2021, p.25).

Na teoria externa, por sua vez, há inicialmente um direito ilimitado que ocupa tal condição em um caráter *prima facie*, que, posteriormente, após a imposição de eventuais restrições, assume uma posição definitiva como um direito limitado (SARLET, 2021, p.408). Se na teoria interna há apenas um objeto (o direito e seus limites imanentes), na teoria externa faz-se a divisão desse objeto em dois: “há, em primeiro lugar, o direito em si, e, destacadas dele, as suas restrições” (SILVA, 2010, p.138).

A teoria de princípios de Alexy, consistente em um modelo combinado de regras e princípios com primazia do nível das regras²⁴ (ALEXY, 2015, p.135, 141), aproxima-se da teoria externa (ALEXY, 2015, p.280), com a qual possui uma íntima vinculação (SILVA, 2010, p.139). Em contraste, Novais (2021, p.63) diverge

²⁴ Em sentido contrário, Novais (2021, p.43) assinala que o modelo combinado anunciado por Alexy não reflete a realidade por três motivos principais: (i) nem sempre é fácil distinguir uma *regra* de um *princípio*, pois, muitas vezes, as regras incorporam conceitos indeterminados que obrigam a ponderações no momento da aplicação (NOVAIS, 2021, p.46); (ii) a ideia de otimização neutraliza a ideia de distinção entre os dois tipos de normas, porque aquilo que deve ser otimizado não é propriamente a norma de direito fundamental, mas o seu objeto, o *comando a ser otimizado*, isto é, “supõe-se, o direito fundamental ou o bem protegido pelo direito fundamental” (NOVAIS, 2021, p.46); (iii) as *regras*, dentro da própria teoria dos princípios, também podem falhar no caráter absoluto da sua determinação, e podem ter de ceder no caso concreto em função das condições fáticas e jurídicas existentes (NOVAIS, 2021, p.47). Por tais razões, Novais (2021, p.43) afirma que o modelo proposto por Alexy seria mais adequadamente descrito como “teoria dos direitos fundamentais como princípios” (NOVAIS, 2021, p.43). Poscher (2022, p.204), por sua vez, defende que não há sequer princípios no sentido definido pela teoria dos princípios, motivo pelo qual entende que a teoria deveria ser renomeada para “uma teoria dos mandamentos de otimização” (POSCHER, 2022, p.204).

parcialmente do enquadramento da teoria dos princípios na teoria externa, pois atribui a Alexy a construção de uma teoria própria, alternativa e inovatória na forma que conjugou a ponderação com a ideia de otimização (NOVAIS, 2021, p.63). Conclui argumentando que, para não iniciar um combate simultâneo contra as duas teorias consolidadas (teorias externa e interna), Alexy optou por um "alinhamento estratégico ao lado da teoria externa" (NOVAIS, 2021, p.63).

A exposição, ainda que sumária, das relações entre os direitos fundamentais e os seus limites ou restrições é crucial para o entendimento da forma adotada para o controle do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, eis que a opção por uma dessas teorias "acaba por repercutir no próprio modo de compreender a maior ou menor amplitude do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, com reflexos diretos na esfera das suas limitações" (SARLET, 2021, p.407).

Apesar de não ser uma relação necessária (SILVA, 2010, p.158-159) verifica-se que há uma íntima relação entre a teoria externa e a adoção de um suporte fático amplo²⁵ quando se busca compatibilizar ao máximo a otimização dos direitos fundamentais com a adequada fundamentação de eventuais restrições. Nesse sentido, atesta-se que há uma predileção de Alexy (2015, p.328) e Silva (2010, p.139) por um suporte fático amplo no âmbito da fundamentação dos direitos fundamentais, dada a existência de um maior ônus argumentativo nas etapas da argumentação e uma maior explicitação dos argumentos que levaram a eventuais restrições de direitos fundamentais, o que permite um maior controle social e jurídico das decisões judiciais.

Essa proteção amplíssima (em caráter *prima facie*) dos direitos fundamentais tem como conseqüente lógico o aumento das colisões entre direitos fundamentais, bem como dos casos em que há restrições externas incidindo sobre o âmbito de proteção do direito. Em um primeiro momento, poder-se-ia pensar que o aumento do

²⁵ A adoção de um suporte fático amplo implica que o âmbito de proteção do direito fundamental abarca inicialmente, em caráter *prima facie*, toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do âmbito temático do direito fundamental, independentemente da consideração de outras variáveis (SILVA, 2010, p.109). Por consequência, "não se deve excluir de antemão, da proteção dos direitos fundamentais, condutas, estados e posições jurídicas que tenham algum elemento, por mais ínfimo que seja, que justificaria tal proteção" (SILVA, 2010, p.252). Esse âmbito de proteção é alargado em caráter *prima facie* para, posteriormente, ter o seu conteúdo delimitado após a análise fundamentada das eventuais restrições (SILVA, 2010, p.110).

número de restrições, decorrente de um suporte fático amplo, propiciaria a diminuição do grau de proteção dos direitos fundamentais. Entretanto, a diminuição da proteção não está na abertura das possibilidades de restrição, pois a explicitação das restrições traz consigo a imposição do ônus argumentativo ao legislador e ao juiz, que deverão atender à "exigência de fundamentação constitucional, para qualquer caso de restrição" (SILVA, 2010, p.253). Importa assinalar, ainda, que o art. 489, § 2º, do CPC/15, impõe que na hipótese de "colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão" (BRASIL, 2023c, p.1).

Silva (2010, p.253) defende que a diminuição do âmbito de proteção se dá justamente quando as restrições são submetidas a algo comparável a uma camuflagem, que apenas é possível porque houve "uma exclusão *a priori* de condutas, estados e posições jurídicas de qualquer proteção" (SILVA, 2010, p.253). Nesses casos, a restrição é apenas acobertada, e o legislador e o juiz, por meio de um subterfúgio, são liberados de qualquer ônus argumentativo (SILVA, 2010, p.253). Ressalte-se que o objetivo do modelo proposto não é incentivar que o juiz substitua "os juízos de conveniência e oportunidade dos poderes políticos pelos seus próprios" (SILVA, 2010, p.256), mas sim "criar condições de diálogo intersubjetivo e de controle social do Legislativo e do Judiciário" (SILVA, 2010, p.254), na medida em que "impõe, a todo tempo, exigências de fundamentação" (SILVA, 2010, p.254).

Como se pôde verificar, os dispositivos constitucionais afetados pelas MPVs 927 e 936, de 2020, em sua maioria, possuem um suporte fático bem delimitado, ordenam algo determinado e expressam um dever real²⁶, por isso, possuem a natureza jurídica de regras, conforme distinção qualitativa apresentada por Alexy entre princípios e regras (2022b, p.167, 170).

Em um primeiro momento, é preciso sublinhar que "a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte" (ALEXY, 2015, p.140), sendo necessário "levar a sério o texto constitucional" (ALEXY, 2015, p.140). Esse é o motivo principal para que as

²⁶ Constata-se que essas três características estão presentes nas regras contidas nos incisos IV, VII, XIII, XVII, do art. 7º, da CRFB.

determinações estabelecidas no nível das regras tenham primazia em relação a “determinadas alternativas baseadas em princípios” (ALEXY, 2015, p.140). Entretanto, essa primazia não impede o afastamento excepcional das regras, quando “as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado” (ALEXY, 2015, p.141). Nesse caso, uma das possibilidades da resolução de um conflito de regras é por meio da inserção excepcional de uma cláusula de exceção que elimine o conflito²⁷ (ALEXY, 2022b, p.170). Frise-se que para que ocorra essa inserção é necessária a superação dos princípios materiais que amparam a regra, bem como levar em consideração os princípios formais²⁸ (ALEXY, 2018, p.13; 2022b, p.176).

Vale lembrar que a diferença entre os princípios materiais e formais é em relação ao seu conteúdo. A título ilustrativo, os objetos de otimização dos princípios materiais podem ser, por exemplo, “a vida, a liberdade de expressão, o mínimo existencial e a proteção do meio ambiente” (ALEXY, 2018, p.10). De outra parte, os princípios formais expressam a exigência que a autoridade de normas expedidas em conformidade com o ordenamento jurídico “e socialmente eficazes seja otimizada” (ALEXY, 2018, p.10). Assim sendo, os objetos de otimização dos princípios formais “são decisões jurídicas, independente dos seus conteúdos” (ALEXY, 2018, p.10). É o caso, por exemplo, do princípio da democracia, que também é um princípio formal, dado que institucionaliza as decisões tomadas pelo Parlamento, conforme as regras da maioria. Por isso, o princípio da democracia “atribui um peso especial às decisões do Parlamento” (ALEXY, 2018, p.10), bem como exige “que o legislador democraticamente legitimado tome tantas decisões importantes para a sociedade

²⁷ Em sentido contrário, Ávila (2019, p.75) defende que é plenamente possível que regras instituem comportamentos contraditórios, uma determinando o que a outra proíbe, e elas ultrapassem o conflito abstrato mantendo sua validade, sem que seja necessário “declarar a nulidade de uma das regras, nem abrir uma exceção a uma delas” (ÁVILA, 2019, p.75-76). Ávila (2019, p.75) entende que as regras também são ponderáveis, pois, internamente, sofrem uma ponderação “porque a reconstrução do conteúdo semântico da sua hipótese e da finalidade que lhe é subjacente depende de um confronto entre várias razões em favor de alternativas interpretativas” (ÁVILA, 2019, p.115). E externamente submetem-se a uma ponderação “nos casos em que duas regras, abstratamente harmoniosas, entram em conflito diante do caso concreto sem que a solução para o conflito envolva a decretação da invalidade de uma das regras” (ÁVILA, 2019, p.115).

²⁸ A superabilidade da regra consiste em inserir exceções na norma jurídica, excluindo certos fatos ou condutas de sua hipótese de incidência (BUSTAMANTE, 2010, p.153).

quanto possível" (ALEXY, 2018, p.10). Por tal razão, também é possível falar nos princípios formais da competência decisória do legislador e da separação de Poderes²⁹, os quais, por si sós, não são suficientes para superar um princípio material de direito fundamental, mas exercem um importante papel na tensão entre direitos fundamentais e democracia (ALEXY, 2015, p.512, 624; 2018, p.10). Apesar de sua importância, Alexy (2018, p. 21-23) não inclui os princípios formais em seu modelo epistêmico de ponderação de primeira ordem, que se expressa por meio da sua fórmula de peso. Entretanto, os princípios formais são incluídos em uma ponderação de segunda ordem, em um meta-nível, quando se procura justificar a inclusão e o preenchimento do fator de certeza epistêmica em sua versão refinada da fórmula de peso (ALEXY, 2018, p.18).

Consigne-se que Alexy (2018, p.17) reformula o modelo de ponderação constante em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, publicada originalmente em 1985, com posfácio escrito em 2002, afastando-se de um aparente modelo material-formal misto para formular um modelo epistêmico, com maior destaque para a discricionariedade epistêmica, especialmente, quanto às certezas empíricas³⁰ (ALEXY, 2018, p.16-23). Dessa forma, após essa reformulação, não há a possibilidade do princípio formal participar diretamente da fórmula de peso e servir de apoio a um princípio material contra outro princípio material, pois segundo Alexy (2018, p.15) isso proporcionaria interferências desproporcionais em direitos fundamentais, já que desequilibraria a balança em favor das decisões do Parlamento. Sendo assim, o princípio formal participa apenas de uma relação de segunda ordem, que é conexa à relação de primeira ordem em que se opera a fórmula de peso relativa à ponderação dos princípios materiais colidentes. A função dessa ponderação de segunda ordem é permitir que participem da relação de ponderação de primeira ordem premissas empíricas que sejam pelo menos "plausíveis" ou "não evidentemente falsas" (ALEXY, 2018, p.19-20).

²⁹ Outro exemplo de princípio formal é trazido por Martins (2018, p.153) e Silva (2012, p.922), quando mencionam o princípio formal de respeito aos precedentes.

³⁰ Quanto à essa reformulação, vale conferir a crítica de Novais (2021, p. 115-119). Já em relação à formatação em si da fórmula de peso alexyana e da sua compreensão sobre comandos de otimização, vale conferir a crítica de Poscher (2022, p.204-206).

Na apreciação das medidas emergenciais adotadas durante a pandemia, o sopesamento é possível entre os princípios constitucionais em questão (arts. 1º, IV, 6º, *caput*; 170, *caput*; 193, *caput*, da CRFB) e os princípios constitucionais que sustentam a regra que com eles colide³¹ (SILVA, 2010, p.58). Sendo assim, a introdução de uma cláusula de exceção implica que a regra perderá - apenas para aquele contexto específico e bem delimitado - o seu caráter definitivo (ALEXY, 2015, p.104).

Registre-se, ainda, que, no plano dogmático-jurídico, a Constituição brasileira traz duas possibilidades de regimes de exceção constitucional: estado de sítio e estado de defesa. Porém, a rigor, essas duas modalidades silenciam sobre a possibilidade de suspensão dos direitos sociais. Diante desse silêncio, isso não significa que a Constituição deixa de ser "a fita métrica da excepcionalidade" (VENTURA, 2009, p.161), mas também não significa que um estado de exceção pandêmica, que dê guarida a medidas como a MPV 936/20, esteja previsto na Constituição. Apesar desse desencaixe normativo inicial, afigura-se possível elencar alguns argumentos favoráveis à compatibilidade da MPV 936/20 com a Constituição, e que militam a favor de uma reformulação da regra original para inserção de uma exceção na hipótese de incidência da regra constitucional afetada:

(1) a MPV 936/20 foi aprovada com a participação do Executivo e contou com amplo apoio do Legislativo. A medida que permitia em caráter excepcional e temporário a redução salarial sem negociação coletiva contou com o apoio unânime dos deputados da base governista e da bancada de oposição, e foi aprovada em

³¹ Na teoria dos princípios de Alexy, o sopesamento dos princípios faz parte apenas da terceira máxima parcial da proporcionalidade denominada como proporcionalidade em sentido estrito. Dessa maneira, o sopesamento não se restringe à mera definição do princípio prevalente, porque precisa considerar as demais variáveis empíricas e normativas, em especial, a lei material e a lei epistêmica do sopesamento (ALEXY, 2015, 593, 618). A propósito, considerando que o sopesamento envolve princípios constitucionais, cabe mencionar o conceito de concordância prática de Hesse (1998, p.66) segundo o qual os "bens jurídicos protegidos jurídico-constitucionais devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade". E havendo colisões não se deve, "através de uma precipitada 'ponderação de bens' ou, inclusive, de uma abstração 'ponderação de valores', realizar um dos bens com o sacrifício do outro. Pelo contrário, o princípio da unidade da Constituição exige um trabalho de 'otimização': faz-se necessário estabelecer os limites de ambos os bens a fim de que os dois alcancem uma efetividade ótima". (HESSE, 2009, p.37).

votação simbólica³² na Câmara dos Deputados com o apoio de todos os partidos, os quais orientaram as suas bancadas no sentido da aprovação da matéria (PT, PSL, PL, PP, PSD, MDB, REPUBLICANOS, PSDB, PSB, PDT, DEM, SOLIDARIEDADE, PTB, PODE, PSOL, PROS, PSC, CIDADANIA, PCdoB, NOVO, AVANTE, PV, REDE). No Senado Federal, 76 senadores presentes votaram a favor do projeto que trazia a medida, que também foi aprovada sem nenhum voto contrário. Ou seja, nenhum deputado ou senador - seja da base aliada ao governo, seja da oposição - votou contra a aprovação da MPV;

(2) as medidas trazidas pela MPV 936/2020 têm a finalidade de proteger direitos dotados de máxima fundamentalidade – a saúde e o trabalho (art. 6º, *caput*, CRFB) - que estavam sob ameaça concreta e imediata. Além disso, o texto constitucional tem como base a preservação dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art.1º, IV, CRFB), valorizando o trabalho humano e a livre iniciativa na ordem econômica (art. 170, *caput*, CRFB) e a primazia do trabalho na ordem social (art. 193, *caput*, CRFB) (STÜRMEYER, 2021, p.38);

(3) no caso da redução proporcional da jornada e do salário há a preservação do salário/hora, sendo esse valor majorado quando é considerado o pagamento do benefício emergencial de preservação do emprego e da renda;

(4) as medidas emergenciais estão circunscritas no tempo, submetendo-se, nesse aspecto, ao período de duração do estado de calamidade pública reconhecido pelo Congresso Nacional;

(5) o grau de certeza empírica é alto em relação à gravidade da pandemia e dos seus danos à economia e à empregabilidade, do que dão conta a classificação como pandemia pela OMS e os dados técnicos da OIT (2021, p.7-11)³³.

³² Na votação simbólica não há registro nominal de votos. O Presidente da sessão pede aos parlamentares favoráveis à matéria que permaneçam como se encontram, cabendo aos contrários manifestarem-se. Geralmente, a votação simbólica ocorre quando já há um acordo para a votação e aprovação da matéria.

³³ Esse grau de certeza empírica é um fator decisivo na operação da máxima da proporcionalidade alexyana, já que nos termos da lei da ponderação epistêmica: "Quanto mais pesada for uma interferência em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que a justificam" (ALEXY, 2018, p.7). Registre-se que os dados estatísticos da OIT revelam que, resultante da COVID 19 e das medidas adotadas para a conter, "se verificou um decréscimo do total mundial de horas de trabalho efetivo durante o ano, de quase 9 %, em comparação com o último trimestre de 2019, o que equivale à perda de 255 milhões de empregos a tempo completo" (OIT, 2021, p.7). Ou seja, "no que se refere ao emprego, o impacto foi quatro vezes superior ao da crise financeira de 2008" (OIT, 2021, p.7).

Os itens 2, 4 e 5 também são aplicáveis à MPV 927/20. O item 1 não é aplicável porque a MPV 927/20 perdeu a eficácia em decorrência do término do prazo para sua votação no Congresso Nacional, e o item 3 não é aplicável pois diz respeito a uma particularidade decorrente do PEMER.

Importa registrar que a inserção de uma cláusula de exceção em uma norma-regra está interligada à explicitação da restringibilidade e à exigência de fundamentação, as quais também precisam estar associadas a um terceiro aspecto, de caráter institucional, para que tragam objetividade e previsibilidade, bem como diminuam as incertezas normativas e empíricas. Esse terceiro aspecto é o respeito a precedentes (SILVA, 2011, p.376; ALEXY, 2001, p.299), segundo o qual “quanto mais aplicações de uma determinada norma ao longo da história de um tribunal, maior é o ônus argumentativo para se chegar a uma decisão que se desvie das decisões anteriores” (SILVA, 2011, p.376). Inference-se, assim, que, por um lado, o respeito a precedentes aumenta o grau de previsibilidade e, por outro lado, diminui a proporção de “decisões irracionais e exclusivamente subjetivas” (SILVA, 2011, p.377).

Outro aspecto institucional a ser considerado é o controle social (SILVA, 2011, p.377). Nesse aspecto, a criação de mecanismos de deliberação nos tribunais que favoreçam a construção e o respeito a precedentes assegura uma maior coerência e consistência das decisões, o que gera mais previsibilidade. Afinal, o claro diagnóstico do que foi efetivamente decidido pela Corte permite um controle exercido por todos, incluindo a comunidade acadêmica e jurídica, e a imprensa.

3.5 Conclusão parcial

Verifica-se que, com base na distinção qualitativa entre princípios e regras proposta por Alexy (2022b, p.167-168), os incisos VI, VII, XIII, XVII, do art. 7º, da CRFB, diretamente afetados pelas MPVs 927/20 e 936/20, possuem uma estrutura de regra. Devido a isso, são razões definitivas que impõem algo determinado no âmbito do fático e juridicamente possível. Assim, as regras só perdem esse caráter definitivo quando é introduzida, excepcionalmente, uma cláusula de exceção. Nesse caso, a regra perde seu caráter definitivo naquele contexto fático específico devido à prevalência dos princípios materiais contrários ao princípio que sustenta a regra,

conforme a fórmula de peso reformulada e refinada por Alexy (2018, p.21; 2022, p.175-176). No caso das medidas emergenciais introduzidas pela MPV 936/20, identifica-se que os princípios do valor social do trabalho (art.1º, IV, CRFB) e da primazia do trabalho na ordem social (art. 193, caput, CRFB) também amparam a regra do art. 7º, VI, CRFB. O ponto controverso se dá principalmente no âmbito das (in)certezas empíricas e normativas, especialmente, as empíricas, pois, como ficou demonstrado, a intenção do constituinte é clara no sentido da atuação imprescindível do sindicato laboral nos momentos de crise que exijam uma maior flexibilidade. O ponto cego das deliberações da ANC foi o contexto excepcional e imprevisível de uma pandemia como a da COVID 19, que impôs o imediato distanciamento social e o fechamento temporário dos comércios e locais de trabalho, bem como provocou uma rápida progressão da curva de contágio e da taxa de ocupação dos leitos hospitalares, sobretudo, os de terapia intensiva.

Como se pôde constatar, o resgate histórico das deliberações da ANC revela a pertinência do conhecimento dos interesses em disputa, especialmente, quanto aos incisos VI e XIII do art. 7º, da CRFB. A exposição dos anais da constituinte é útil não apenas para os casos apreciados na presente pesquisa, mas também para as ações que questionam a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista) e que estão pendentes de julgamento no STF.

Ressalte-se que, devido ao caráter alográfico da produção da norma jurídica, não é possível afirmar que a interpretação deve guiar-se necessariamente pela intenção do legislador constituinte. Porém, isso não significa que a intenção manifestada pelo constituinte seja algo irrelevante, porque a clara intenção do constituinte manifestada em uma regra constitucional impõe ao intérprete um elevado ônus argumentativo, caso queira excluir algum fato ou conduta da hipótese de incidência da norma. Esse ônus argumentativo é potencializado pelo caráter fundamental dos direitos afetados, os quais são presumidamente protegidos pelo âmbito de incidência do limite material à reforma constitucional constante no art. 60, § 4º, IV, da CRFB.

Adicionalmente, mesmo em um contexto excepcional como o da pandemia, o respeito ao sistema de precedentes deve prevalecer, pois "quando se introduz uma exceção em uma norma jurídica, esta exceção deverá constituir a hipótese de

incidência de uma nova norma introduzida pelo julgador no caso concreto" (BUSTAMANTE, 2010, p. 157). Consequentemente, "essa norma deverá ser enunciada em termos universais e aplicada a todos os casos semelhantes, a menos que haja fortes razões em sentido contrário" (BUSTAMANTE, 2010, p.157).

Vale registrar que nenhum mecanismo de proteção dos direitos fundamentais poderá ser introduzido sem que suscite, em algum grau, dúvidas e incertezas. Dessa forma, as categorias trabalhadas no âmbito da teoria externa dependem necessariamente das condições institucionais do tribunal de produzir por meio de um processo deliberativo as suas razões de decidir, as exceções às hipóteses de incidência das regras constitucionais, e os seus precedentes. Dessa forma, o debate dos limites às restrições aos direitos sociais trabalhistas perpassa necessariamente pelo modelo de deliberação do STF. Assim sendo, o ponto fundamental não é saber como um determinado ministro decide dentro do marco de determinada teoria do direito, mas, sim, como a Corte – enquanto ente coletivo – decidiu e se desvencilhou do ônus argumentativo decorrente da análise das medidas excepcionais, julgadas durante a pandemia.

4 Análise qualitativa dos casos paradigmáticos

4.1 Padrão decisório adotado pelo STF e os meios de compreensão do entendimento da Corte

Os modelos colegiados de decisão de uma Corte suprema ou constitucional podem ser classificados de diversas formas. Em relação à forma de alcançar a decisão, mencionam-se os modelos deliberativo e agregativo (MELLO, 2020, p.98). No que toca à possibilidade de acompanhamento do julgamento pelo público, há os modelos interno e externo de decisão (VALE, 2015, p.98). No que se refere à forma de apresentação institucional dos resultados da deliberação, tem-se o modelo de texto único ou *per curiam* (pela Corte), e o modelo de texto composto ou de decisão *seriatim* (em série) (VALE, 2015, p.109). Por fim, também é possível apresentar uma classificação quanto ao meio de julgamento (presencial ou virtual), eis que, pelo menos em relação ao STF, o meio de julgamento exerce influência decisiva no modo de deliberação da Corte.

É preciso enfatizar que esses modelos não existem necessariamente de uma forma pura. Uma Corte pode adotar uma combinação de elementos de vários modelos. Isso não invalida as classificações acima pois normalmente ocorre a predominância de um dos modelos, bem assim as classificações cumprem o seu objetivo didático de propiciar uma melhor compreensão “dos processos reais de decisão e das implicações da adoção de determinados desenhos institucionais sobre as decisões proferidas pelas Cortes” (MELLO, 2020, p.237).

Feitos tais esclarecimentos, retome-se o que foi dito anteriormente sobre a classificação segundo a qual a Corte pode decidir os casos levados ao seu conhecimento mediante um processo predominantemente deliberativo ou agregativo. Em um modelo deliberativo, os membros do colegiado constroem conjuntamente a decisão, e apresentam disposição não apenas para defender o seu entendimento, “mas também para ouvir entendimentos divergentes, para enfrentá-los e para eventualmente se deixar convencer a adotar entendimentos diversos dos seus” (MELLO, 2020, p.237). No âmbito do STF, em especial, nas ações mais

relevantes, nas quais a maioria dos ministros apresentam seus longos e detalhados votos, não é raro ocorrer uma dispersão de múltiplos fundamentos, sem que haja um efetivo diálogo entre os votos dos ministros¹. Um exemplo disso ocorreu no próprio julgamento ADI da 6342. Ao final do julgamento, quando foi indagado pelo Presidente Luiz Fux sobre o que estava sendo referendado pela maioria, o ministro-relator Marco Aurélio sinceramente respondeu: “A maioria, não sei! Confesso a Vossa Excelência que, ante a dispersão dos longos votos, não os acompanhei” (BRASIL, 2020b, p.205). Como relatado anteriormente, os modelos expostos acima não existem de uma forma pura, motivo porque não é possível sacramentar a completa falta de deliberação no processo decisório no STF. Por outro lado, é possível afirmar que o STF se aproxima mais de um modelo predominantemente agregativo. Isto é, “há uma menor interação e acomodação de entendimentos entre os membros do colegiado” (MELLO, 2020, p.237), no qual não há uma construção conjunta da decisão e “o desfecho do caso é decidido pelo somatório dos votos dos julgadores em um ou em outro sentido” (MELLO, 2020, p.237).

Quanto à possibilidade de acompanhamento do julgamento pelo público, o modelo de decisão pode ser interno ou externo. No modelo interno, os debates e o julgamento serão realizados apenas com a presença dos membros do colegiado². À primeira vista, esse modelo apresenta os benefícios dos membros ficarem mais abertos ao diálogo, sem pressões externas, focados em convencer apenas os colegas, o que contribui para um ambiente mais propício para a mudança ou refinamento dos entendimentos (MELLO, 2020, p.238). No modelo externo, a

¹ O fenômeno da dispersão de fundamentos é possibilitado, especialmente, pela regra que permite que no controle concentrado uma ação pode ser decidida pela mera convergência em torno do seu resultado fixado na conclusão (procedência ou improcedência, constitucionalidade ou inconstitucionalidade), não importando que haja total dissonância entre os fundamentos que lhe dão suporte, conforme art. 173 do RISTF: “Efetuado o julgamento, com o quórum do art. 143, parágrafo único, proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros” (BRASIL, 2023a, p.101). É possível indicar, ainda, outras causas que operam de forma contingencial em face do fenômeno, tais como o princípio da causa de pedir aberta nas ações de controle concentrado e a parcial indeterminação do texto constitucional (LEITE; BRANDO, 2016, p.161).

² Após levantamento realizado em 2015, Vale (2015, p.99) ressaltou que o modelo de deliberação fechada ou secreta corresponde à prática de vários órgãos judiciais colegiados europeus (França, Alemanha, Itália, Espanha, Portugal), onde os juízes analisam, refletem e discutem em conjunto os casos que lhes são submetidos em ambientes internos fechados, sem a presença tanto do público em geral como das partes e de seus respectivos advogados.

deliberação é aberta ao público. Em regra, essa abertura assegura uma maior transparência e prestigia a ideia de *accountability* e controle social. Por outro lado, não se pode ignorar que a audiência do colegiado é ampliada para além dos seus próprios membros, o que pode acarretar uma maior preocupação do magistrado com o seu desempenho, e com a sua imagem perante toda a potencial audiência que o assiste (VALE, 2015, p.246-247). Em um primeiro momento, isso pode dificultar acomodações de entendimento durante as manifestações dos demais colegas, dado o receio de eventuais modificações de entendimento serem mal compreendidas pelo público e pela imprensa (MELLO, 2020, p.241)³. No Brasil, como regra, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário são públicos (art. 93, IX, CRFB)⁴. Ademais, desde o início do exercício da jurisdição constitucional pela Corte suprema - em 1891 - as sessões são abertas ao público (VALE, 2015, p.107-108). A publicidade das deliberações foi acentuada em 2002, quando as sessões também passaram a ser transmitidas em canal exclusivo pela televisão e pelo rádio e, depois, pela internet. Embora reconheça que o televisionamento é uma medida importante que precisa ser preservada, Mello (2020, p.241) ressalta que esse tipo extremado de modelo externo adotado pelo STF pode ser um forte "limitador da efetiva troca de pontos de vista entre os julgadores ou da viabilização de uma Corte deliberativa".

Passa-se, agora, a analisar a terceira linha de abordagem quanto à prática deliberativa dos tribunais. Ela considera os diferentes formatos de redação, formatação e publicação das decisões para classificar os formatos de apresentação institucional dos resultados da deliberação em dois modelos básicos e distintos: o

³ Em pesquisa realizada por Silva (2015, p.212), vários ministros entrevistados apontaram como um problema a ampla publicidade dos julgamentos, pois aumenta o número de divergências e torna mais difícil aparar as arestas durante o julgamento aberto e transmitido ao vivo em várias plataformas. Vale destacar, contudo, que em pesquisa diversa realizada por Vale (2015, p.257-258) os ministros entrevistados declararam que o televisionamento e o alto grau de exposição da Corte não fazem diferença no modo como se comportam, bem como no momento em que estão deliberando (votando ou debatendo) não percebem o fato de estarem sendo filmados. Apesar das declarações, o pesquisador pondera que é difícil partir apenas dessas declarações para se retirar qualquer conclusão no sentido de que o televisionamento não causa impacto no comportamento dos magistrados (VALE, 2015, p.258).

⁴ As sessões do STF apenas não serão públicas quando algum dos ministros pedir que o plenário ou a turma se reúna em conselho; quando forem convocadas sessões secretas pelo Presidente para assunto administrativo ou da economia do tribunal; ou quando assim o deliberar o plenário ou a turma (arts. 124 e 151, do RISTF) (BRASIL, 2023a, p.85, 94).

modelo de texto único ou de decisão *per curiam* (pela Corte); e o modelo de texto composto ou de decisão *seriatim* (seriado ou em série)⁵.

O primeiro modelo representa um formato de apresentação do resultado da deliberação que traz - independentemente do fato da decisão ter sido tomada por unanimidade ou por maioria - uma publicação em formato de texto único, que reflete "a posição oficial do tribunal considerado em sua unidade institucional" (VALE, 2015, p.110). A instituição é representada por uma voz única, propiciando uma melhor identificação dos entendimentos adotados como fundamento, uma vez que as decisões são publicadas com uma única fundamentação jurídica capaz de delimitar e condensar as razões de decidir do tribunal, e uma parte dispositiva que apresenta "o resultado da deliberação e, portanto, a decisão do órgão colegiado"⁶ (VALE, 2015, p.109).

Nos modelos de decisão em série (*seriatim*), em contraste com o modelo de decisão *per curiam*, as decisões são produzidas por um agregado das posições individuais dos membros do colegiado, cujos votos são expostos "em série" em um texto composto, que reúne os vários votos e suas respectivas *ratios* (VALE, 2015, p.115). Nesse modelo, a dificuldade de compreensão dos fundamentos comuns à maioria pode frustrar o desempenho de um sistema de precedentes, pois "as instâncias inferiores só podem aplicar um entendimento se compreenderem, com precisão, seu alcance" (MELLO, 2020, p.239). Esses obstáculos à identificação do fundamento determinante incidem sobre os próprios membros da Corte, os quais

⁵ Importante reiterar o que foi dito no início deste capítulo que os modelos não existem de uma forma necessariamente pura. A título exemplificativo, a forma da Suprema Corte dos Estados Unidos alcançar a decisão colegiada é predominante agregativo e de votação em série, mas a forma de expressar a decisão adota um formato próximo ao *per curiam*, em vez de *seriatim*, uma vez que a maioria se expressa em uma única voz. Apesar de ser admitida a produção de votos em série, na prática, há uma tendência à votação em blocos em torno do entendimento majoritário e do entendimento vencido. Assim, a elaboração de um voto majoritário faz com que, a despeito dos votos individuais e em série, haja um texto representativo do entendimento da maioria (MELLO, 2020, p.239-240).

⁶ Exemplos desse modelo são encontrados nos tribunais constitucionais da Alemanha e da Espanha. Em ambos, o resultado da deliberação é publicado em formato de texto único, que é assinado por todos os magistrados que participaram da sessão deliberativa, mesmo por aqueles que eventualmente não tenham compartilhado da decisão majoritária. Detalhe importante é que em ambos os sistemas é assegurado aos juízes o direito de formular voto dissidente – *Sondervotum* na Alemanha e voto particular na Espanha –, os quais são publicados junto com a decisão *per curiam*. (VALE, 2015, p.111-112).

também enfrentam dificuldades para extrair esse “mínimo comum” entre o conglomerado de votos individuais (VALE, 2015, p.115).

O STF é a representação por excelência do modelo *seriatim*. Durante as suas sessões presenciais síncronas, o Presidente segue rigorosamente a ordem predeterminada pelo RISTF tomando os votos do relator, do revisor, se houver, e de todos os outros Ministros, na ordem inversa de antiguidade, isto é, a ordem vai do ministro mais novo até o ministro mais antigo (decano)⁷ (art. 135, RISTF). Após, no prazo regimental de 60 dias, contados da proclamação do resultado do julgamento, há a publicação dos resultados da deliberação em texto composto (acórdão), contendo o relatório, a transcrição dos debates⁸, a íntegra de todos os votos, a conclusão, bem como a ementa formulada pelo ministro-redator do acórdão (art. 96, § 4º, RISTF).

A partir das considerações acima, verifica-se que o STF adota um modelo predominantemente agregativo, externo e em série (*seriatim*). Ademais, quanto ao meio de julgamento, não é exagero dizer que o STF é uma Corte predominantemente virtual. Essa característica não pode ser desconsiderada em nenhuma análise acerca do seu modo de deliberação, pois os julgamentos em sessões virtuais assíncronas alteram profundamente a dinâmica deliberativa do colegiado⁹.

Conforme detalhado na Tabela 2 a seguir, desde o ano de 2017, o número de decisões proferidas no plenário virtual supera o número de decisões em sessões presenciais síncronas. No ano de 2022, por exemplo, foram proferidas pelo plenário

⁷ Nos julgamentos realizados no plenário virtual em sessões virtuais assíncronas há uma mitigação completa da sequência predefinida para a manifestação dos ministros, uma vez que o relator inserirá ementa, relatório e voto no ambiente virtual e, iniciado o julgamento, os demais ministros terão até seis dias úteis para se manifestar, sendo os votos computados na ordem cronológica das manifestações, nos termos do art. 2º, § 1º e § 8º, da Resolução nº 642/2019 do STF (BRASIL, 2019b, p.3,4).

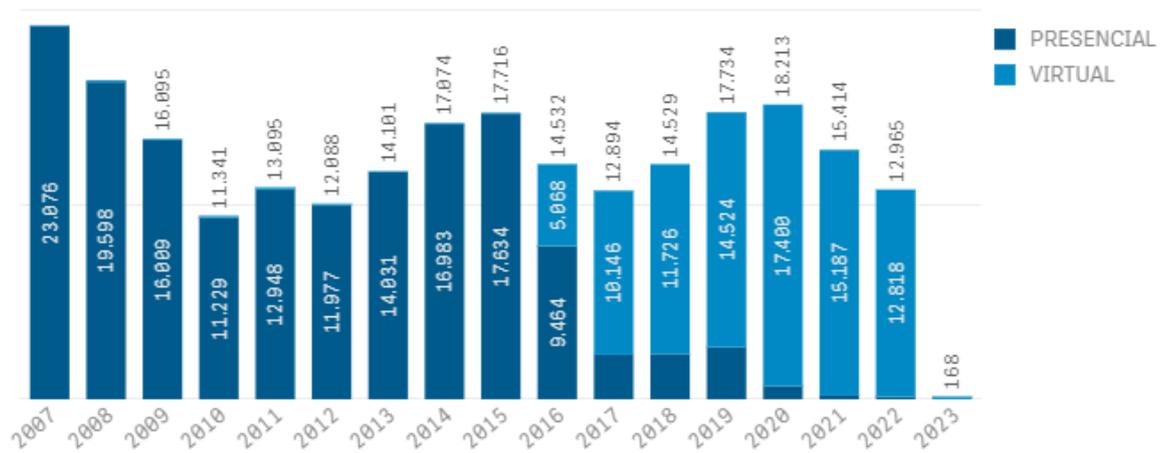
⁸ Os debates, cujas transcrições dos áudios constam no acórdão, são o conjunto dos diversos pronunciamentos – convergentes ou divergentes ao voto do Relator – e das eventuais discussões que podem ser desencadeadas durante a votação (arts. 93 e 96, RISTF), quando algum ministro se pronuncia ou faz um aparte - solicitado e concedido - ao voto de outro ministro (art. 133, RISTF), levantando questionamentos, dúvidas, controvérsias ou pedidos de esclarecimento.

⁹ No STF, as sessões de julgamento virtuais assíncronas são regulamentadas pela Resolução nº 642/2019. Além disso, com o advento da pandemia, a Resolução nº 672/2020 trouxe a possibilidade de as sessões síncronas de julgamento do plenário e das turmas, a critério da respectiva Presidência, serem realizadas inteiramente por videoconferência, e foi dessa forma que foram julgadas a ADI 6363, e as ADIs 6342, 6344, 6346, 6348, 6349, 6352 e 6354. Acrescente-se a isso que, nas sessões de julgamento presenciais do plenário e das turmas, também ficou permitido o uso de videoconferência pelos ministros, que participam da sessão remotamente.

e pelas turmas 12.818 decisões em ambiente virtual e 147 decisões em sessões presenciais síncronas (BRASIL, 2023b). Se considerarmos apenas o plenário, tem-se que foram julgados 3.926 processos, sendo 56 no sistema presencial e 3.870 no sistema virtual (BRASIL, 2022b, p.1).

Tabela 2 – quantidade anual de decisões do STF por ambiente de julgamento

Quantidade de decisões por ambiente de julgamento por ano



Fonte: STF (informações atualizadas em 09/02/2023) (BRASIL, 2023b)

O plenário virtual foi implementado com a Emenda Regimental nº 21/2007. Inicialmente, o seu uso se dava de forma pontual, apenas para a análise da existência ou não de repercussão geral, nos recursos extraordinários levados à apreciação da Corte. Posteriormente, a Emenda Regimental nº 42/2010 permitiu o julgamento por meio eletrônico do mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante. No ano de 2016, a Emenda Regimental nº 51/2016 ampliou mais uma vez a competência do plenário virtual para incluir o julgamento de agravos internos e embargos de declaração. Por fim, a Emenda Regimental nº 53/2020 conferiu competência plena ao plenário virtual, permitindo que qualquer processo de competência do tribunal possa ser submetido a julgamento em uma sessão virtual assíncrona.

As sessões virtuais assíncronas são realizadas semanalmente e têm início às sextas-feiras, respeitado o prazo de 5 (cinco) dias úteis exigido no art. 935 do CPC/15

entre a data da publicação da pauta no DJe, com a divulgação das listas no sítio eletrônico do tribunal, e o início do julgamento. Normalmente, as sessões começam à 0h de sexta-feira e terminam às 23h59min da sexta-feira seguinte. O relator insere a ementa, relatório e voto no ambiente virtual, e, uma vez iniciado o julgamento, os demais ministros terão até seis dias úteis para se manifestarem com quatro opções de voto: (a) acompanhar o relator, (b) acompanhar com ressalva de entendimento, (c) divergir do relator, ou (d) acompanhar a divergência. Caso o ministro selecione a opção (b) ou (c), deverá declarar seu voto no próprio sistema. Caso algum ministro não se manifeste durante esse prazo, terá sua não participação registrada na ata do julgamento. Durante esse período da sessão de julgamento virtual, o relatório e os votos inseridos no ambiente virtual serão disponibilizados no sítio eletrônico do tribunal, sendo os votos computados na ordem cronológica das manifestações (BRASIL, 2019b, p.3,4,7).

Como fica evidenciado, as possibilidades deliberativas das sessões presenciais síncronas são bastante distintas das sessões virtuais assíncronas. Ressalte-se, também, que a Tabela 2 demonstra que a predominância dos julgamentos em sessões virtuais assíncronas não é uma mera situação conjuntural ligada à pandemia. Logo, essa nova modalidade de julgamento está consolidada na Corte. Infere-se, assim, que o impacto da consolidação das sessões virtuais assíncronas “será muito provavelmente a maior transformação na prática deliberativa do STF em tempos recentes” (SILVA, 2021, p.52). Como bem destaca Silva (2021, p.52), a interação entre ministros, que já não era intensa nas sessões presenciais síncronas, é quase inexistente no plenário virtual, o que favorece o individualismo e a fragmentação argumentativa e decisória da Corte (SILVA, 2021, p.52).

O esquema classificatório apresentado acima, embora detenha um cunho meramente descritivo, propicia um entendimento básico das práticas e normas regulamentares que regem a construção dos fundamentos determinantes das decisões do STF, algo que é crucial para o desenvolvimento deste capítulo. De igual modo, também serviu para lançar luz sobre o tópico de pesquisa das sessões virtuais assíncronas, que preponderam no exercício da jurisdição constitucional pelo STF, mas que até o momento ainda são pouco pesquisadas.

Em que pese as dificuldades inerentes ao modelo *seriatim* adotado pelo STF, não se pode desviar do fato de que a efetividade de um sistema de precedentes demanda a identificação de um mínimo denominador comum capaz de representar os fundamentos determinantes da decisão do colegiado¹⁰. Atualmente, o que está disponível para essa identificação é a análise das informações documentadas nos acórdãos. Essas informações são o material disponível na quadra atual, e é a partir delas que precisamos encontrar soluções para que possamos nos desvencilhar do ônus interpretativo de demarcar a porção da fundamentação que representa a posição prevalente do colegiado.

Por essa razão, Almeida e Bogossian (2016, p.293) tentam contribuir com a exposição da hipótese de que a Corte delega ao relator a fundamentação de suas decisões colegiadas. Essa hipótese foi construída mediante pesquisa prévia de acórdãos do STF no período de 1980 a 2015. Após análise dos dados colhidos nesse período, Almeida e Bogossian (2016, p.287) identificaram que a partir de 2005 praticamente todos os acórdãos continham a expressão “nos termos do voto do relator” (ou do redator¹¹) em suas ementas. Concluem, por meio dessa análise, que a melhor interpretação para o uso dessa fórmula é a de que o acórdão remete para o voto do relator as razões de decidir da Corte (ALMEIDA; BOGOSSIAN, 2016, p.292), o que reflete, mesmo que indiretamente, em aspectos interessantes da construção do entendimento coletivo.

¹⁰ Em pesquisa realizada por Vale (2015, p.299), na qual ministros do STF foram entrevistados e questionados sobre a adequação do acórdão como modelo de apresentação pública do resultado da deliberação do tribunal, obteve-se a informação de que a maioria dos entrevistados reconhece que o modelo atual precisaria ser reformado e alguns, inclusive, demonstram ter posições firmes no sentido da maior racionalidade dos modelos de texto único, apesar das opiniões daqueles que sempre consideraram uma vantagem o acórdão poder transmitir a diversidade de opiniões presentes na deliberação. O principal impedimento apontado pelos ministros para uma reforma do formato atual foi a quantidade exacerbada de trabalho existente no tribunal, cuja quantidade de processos e julgamentos não ofereceria condições para a implementação de um novo sistema que exigisse a redação e formatação de texto único (VALE, 2015, 300-301).

¹¹ O redator do acórdão nem sempre é o ministro que relatou o caso originalmente. Caso o relator seja vencido, ficará designado o revisor para redigir o acórdão. Se não houver revisor, ou se este também ficar vencido, designar-se-á para redigir o acórdão o ministro que houver proferido o primeiro voto prevalecente, nos termos do art. 135, §§ 3º e 4º, do RISTF (BRASIL, 2023a, p.89). Para Almeida e Bogossian (2016, p.287), o fato de ocorrer a troca de relator (do relator original para o chamado “relator para acórdão”), quando o relator original faz parte da minoria votante, parece corroborar que a fundamentação da opinião da Corte deva ser encontrada no voto do ministro-relator ou do ministro-redator que integra a posição prevalecente.

Constatada a presença da expressão em quase todos os acórdãos do plenário (quase 95%), Almeida e Bogossian (2016, p.282) afirmam que “independentemente das motivações pessoais dos ministros e das diferenças processuais entre os casos, a presença da fórmula é uma marca do processo decisório do STF”. As implicações disso é que o uso da fórmula de modo recorrente - por todos os membros - pode significar que os ministros conjuntamente aceitam os fundamentos do voto do relator como sendo o fundamento coletivo da Corte (ALMEIDA; BOGOSSIAN, 2016, p.280).

O voto do relator, a partir dessa interpretação, seria responsável por dar voz à Corte, e transformar a decisão coletiva em algo coerente e racional ao invés de um mero agregado de posições conflitantes (ALMEIDA; BOGOSSIAN, 2016, p.266). Essa característica de delegar os fundamentos coletivos aos fundamentos apresentados pelo ministro-relator é denominada por Almeida e Bogossian (2016, p.267) como delegacionista¹², segundo a qual, ao usarem a fórmula e “ao não criticarem a prática de remeter os fundamentos coletivos ao voto do relator, os ministros tacitamente afirmam a delegação na quase totalidade dos acórdãos”. Em outras palavras, os ministros delegam a fundamentação da Corte à fundamentação do voto do redator do acórdão, que normalmente é o relator, se não for voto vencido. Se essa característica for considerada válida, ter-se-á um cenário que continua sem uma formação propriamente coletiva dos fundamentos da Corte, mas haveria a identificação das razões de decidir quando o plenário se manifestar “nos termos do voto do relator”, ratificando o voto previamente elaborado pelo ministro-relator (ALMEIDA; BOGOSSIAN, 2016, p.294).

Como decorrência da adoção da tese de que o STF adota uma postura delegacionista em seu processo decisório, Almeida e Bogossian (2016, p.293) classificam a forma de expressão da decisão como um modelo “*seriatim sui generis*”. Esse componente *sui generis* é conferido por decorrência de algumas ressalvas.

¹² As outras duas possibilidades diferentes refutadas por Almeida e Bogossian (2016, p.289) quanto à busca dos fundamentos coletivos no acórdão são as correntes agregativista e negacionista. A corrente agregativista baseia-se na ideia de que as atitudes do colegiado são formadas pela agregação das atitudes individuais relevantes de seus membros. Segundo essa corrente, a identificação da *ratio decidendi* da Corte demanda a investigação de todos os votos que compuseram a maioria a fim de extrair os fundamentos comuns. Já a corrente denominada como negacionista simplesmente sugere que não há fundamentação coletiva nas decisões da Corte.

Como se demonstrou, a ausência de uma fundamentação coletiva em um texto único é um traço do modelo *seriatim*, de modo que pode parecer um equívoco rotular o processo decisório do STF com a característica delegacionista. No entanto, Almeida e Bogossian (2016, p.293) entendem que o modelo não deixa de ser predominante *seriatim*, porque dá amplo destaque aos votos individuais. Além disso, no modelo *per curiam* a fundamentação coletiva é atribuível à Corte por autoria, o que não é propriamente o caso da postura delegacionista, pois, no delegacionismo, “os fundamentos das decisões são atribuíveis à Corte não por autoria, mas por delegação ao relator ou redator do acórdão, caso o relator não integre a corrente prevalente” (ALMEIDA; BOGOSSIAN, 2016, p.293). Dessa forma, mesmo se for considerada válida a hipótese delegacionista, não é tão precisa a afirmação de que os fundamentos do voto do relator são os fundamentos da decisão coletiva prevalente do colegiado. Por tais razões, Almeida e Bogossian (2016, p.293) preferem tratar o modelo de expressão da decisão adotado pelo STF como um caso especial de *seriatim*.

4.2 A dificuldade de extração de uma ratio decidendi dentro do modelo seriatim adotado pelo STF

A instigante hipótese apresentada por Almeida e Bogossian (2016, p.293) coopera para a difícil tarefa de capturar as razões de decidir do colegiado dentro do modelo de votação seriado, mas não é incólume a críticas. Contrapondo-se à hipótese delegacionista atribuída ao STF, Silva (2016, p.662) afirma que o uso recorrente da expressão “nos termos do voto do relator” não se dá de forma regular na ementa, mas sim na parte dispositiva do acórdão. E tal uso pode ser atribuído ao fato de que “o dispositivo das decisões do STF, dado o seu caráter extremamente sintético, usa fórmulas prontas e, por isso, repetidas à exaustão” (SILVA, 2016, p.663). Por outro lado, Silva (2016, p.663) reconhece que a expressão “nos termos do voto do relator” pode representar algo relevante na deliberação do tribunal, sobretudo, pois costuma ocupar um local tão privilegiado como o dispositivo do acórdão.

Dessa forma, Silva (2016, p.663) defende que a fórmula "nos termos do voto do relator" precisa ser analisada sem desconsiderar a variável do tipo de casos em que ela é empregada. Pois nos casos nos quais o relator é o único que apresenta um voto escrito "pode ser natural que, na decisão final, caso o relator vença, seja possível dizer (ainda que com riscos de imprecisão em alguns casos) 'nos termos do voto do relator'" (SILVA, 2016, p.668), visto que esse único voto apresentado é capaz de pautar o debate e fornecer as razões de decidir. Porém, nos casos mais importantes a dinâmica da deliberação é distinta, pois os ministros costumam levar os seus longos e detalhados votos que são apresentados ou lidos sem um diálogo com os votos dos demais ministros, o que torna problemática a adoção de um entendimento indistinto em relação à fórmula "nos termos do voto do relator".

Silva (2016, p.666) admite que – metodologicamente – a definição do que é um caso mais ou menos importante enfrenta algumas dificuldades, sobretudo, pois é uma variável fundamentada mais na base da intuição que em critérios objetivos, e "não coincide com nenhuma outra distinção objetivamente definível, como aquelas entre controle abstrato e controle concreto, decisões unânimes e decisões não unânimes, decisões do plenário e decisões das turmas" (SILVA, 2016, p.666).

Apesar das dificuldades metodológicas reconhecidas pelo próprio autor, a variável introduzida por Silva (2016, p.667) é útil e instrumentalizável para analisarmos os consequentes do uso da fórmula identificada por Almeida e Bogossian (2016, p.263).

Exemplo disso é que é possível afirmar, sem maiores controvérsias, que o julgamento da ADI 5766 (que afastou o pagamento dos honorários periciais e advocatícios por beneficiários da justiça gratuita na Justiça do Trabalho) foi mais importante e emblemático que o julgamento da ADPF 988 (que determinou a suspensão das decisões judiciais proferidas pela Justiça do Trabalho do Estado de Santa Catarina que, para satisfazer créditos trabalhistas, determinaram o bloqueio sobre verbas repassadas pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento do Ensino às Associações de Pais e Professores no Estado de Santa Catarina).

Na ADI 5766, embora o dispositivo do acórdão incorpore a fórmula "nos termos do" voto do ministro que abriu a divergência prevalente, observamos que os ministros, com fundamentos diversos, levaram à deliberação vários votos

detalhados, com exposições e interpretações de tabelas e dados econômicos e sociais. A importância do debate e as repercussões do julgamento em milhares de processos também suscitou muitos questionamentos entre os ministros, o que levou à suspensão de algumas sessões e pedido de vista, bem como atraiu a atenção da comunidade jurídica (BRASIL, 2021c, p.2, 250-251).

Por outro lado, na ADPF 988, cujo julgamento ocorreu em ambiente virtual, o único voto apresentado foi o da ministra-relatora, sem apresentação de votos pelos demais ministros, sendo a ADPF julgada procedente por unanimidade, “nos termos do voto da relatora” (BRASIL, 2022a, p.30). Nesse caso, é possível afirmar que o voto da relatora não apenas pautou o julgamento como forneceu as razões de decidir do tribunal, pois é a única peça escrita articulada no julgamento.

Outro aspecto apresentado por Almeida e Bogossian (2016, p.282) foi que o aumento do uso da fórmula “nos termos do voto do relator”, a partir de 2005, coincide com um aumento da proporção de decisões unânimes e de um aumento de casos em que todos os ministros apresentam seus votos na sessão de julgamento. A partir desse dado estatístico, apresentam duas hipóteses. A primeira hipótese é a de que “o aumento no volume de processos julgados tenha forçado a Corte a fixar parâmetros para a interpretação futura de suas decisões” (ALMEIDA; BOGOSSIAN, 2016, p.284). Dessa forma, por meio do uso da fórmula, “o STF poderia orientar mais facilmente a interpretação de seus precedentes, indicando com mais clareza quais razões deveriam ser aceitas como as razões da Corte” (ALMEIDA; BOGOSSIAN, 2016, p.284).

Embora não se tenha uma resposta definitiva para o uso da fórmula - e nem é essa a pretensão de Almeida e Bogossian (2016, p.267) - é uma hipótese plausível atribuir o aumento do uso da fórmula a uma estratégia adotada pelos membros da Corte para conciliar o volume de processos e a necessidade de externar o entendimento que prevaleceu no colegiado. O congestionamento da pauta do plenário e a carga de trabalho são fatores que precisam ser considerados porque comumente são apontados como responsáveis pela cultura de individualismo e de atuação monocrática em detrimento da colegialidade (VALE, 2015, p.300, 304). Por consequência, esses fatores exercem influência não apenas no grau de delegação da Corte das funções colegiadas aos membros individuais, como também no grau de

abertura processual e procedimental para a atuação jurisdicional individual por meio de decisões monocráticas¹³ (VALE, 2015, p.378).

A segunda hipótese levantada por Almeida e Bogossian (2016, p.283) para tentar explicar o coincidente aumento do uso da fórmula “nos termos do voto do relator”, de decisões unânimes, e de casos em que todos os ministros apresentam seus votos é a de que a Corte, embora preserve a independência de seus membros, pode ter adotado um movimento coordenado para garantir a unidade em suas manifestações públicas, com decisões unânimes “e com a fundamentação coletiva claramente fixada pelo uso da fórmula” (ALMEIDA; BOGOSSIAN, 2016, p.283).

Por ora, não há elementos suficientes para corroborar essa segunda hipótese. Contudo, pelo menos em relação às sessões síncronas, verifica-se que foram potencializadas no tribunal práticas deliberativas ao final do julgamento direcionadas à formulação de um entendimento mínimo do que foi decidido pelo colegiado. Nesse sentido, cumpre salientar que, entre 2013 e 2014, o tribunal começou a realizar com maior frequência a votação das teses de julgamento das decisões¹⁴ (MELLO, 2020, p.241). A tese é um “enunciado que, em princípio, descreve as razões que teriam levado à decisão” (MARINONI, 2021, p.962). Esse enunciado opera como um resumo que tenta descrever as razões de decidir do colegiado¹⁵ (MARINONI, 2021, p.963).

¹³ Recentemente, por meio da Emenda Regimental nº 58, de 19 de dezembro de 2022, o RISTF sofreu várias alterações a fim de tentar corrigir o problema da monocratização das decisões da Corte sem apreciação do celeridade do colegiado, sendo instituídas regras para a imediata submissão das decisões individuais ao colegiado, evitando que questões sensíveis sejam decididas individualmente. As alterações trouxeram a determinação de que as medidas cautelares julgadas pelo relator serão submetidas imediatamente ao plenário ou à respectiva turma para referendo, preferencialmente em ambiente virtual. Dessa forma, a medida cautelar concedida produzirá efeitos imediatos e será automaticamente inserida na pauta da sessão virtual subsequente, para julgamento do referendo pelo colegiado competente. O ministro-relator poderá optar por apresentar o feito em mesa na primeira sessão presencial subsequente à concessão da decisão, sem prejuízo de sua manutenção na sessão virtual, se não for analisado. Em caso de excepcional urgência, o relator poderá solicitar ao Presidente a convocação de sessão virtual extraordinária, com prazo mínimo de 24 horas, para referendo da medida cautelar concedida (art. 21, IV, V, § 5º, § 6º, § 7º, RISTF) (BRASIL, 2023a, p.38,41,42).

¹⁴ Conforme pesquisa realizada por Mello (2020, p.243), os primeiros julgados em que o Supremo Tribunal Federal formulou teses explicitamente datam de 2013: STF, Pleno, RE 627.815, rel. min. Rosa Weber, j. 23.05.2013; ARE 728.188, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 18.12.2013. No final de 2014, a definição da tese e a sua inclusão em ata foram regularmente incorporadas como etapas finais do julgamento dos recursos extraordinários com repercussão geral, pelo então Presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski (MELLO, 2020, p.243).

¹⁵ As limitações da tese em descrever a *ratio decidendi* são objeto de críticas por Marinoni (2021, p.977), segundo o qual a tese tenta, mas não consegue, descrever a totalidade da *ratio decidendi*, pois normalmente a tese se resume a uma máxima com três ou mais linhas que tenta apenas resumir o

Após uma resistência inicial, a fixação e a inclusão da tese de julgamento em ata foram incorporadas às etapas finais do julgamento dos recursos extraordinários com repercussão geral. Inclusive, em 09 de dezembro de 2015, durante a 12ª sessão administrativa do STF, após estudo realizado pela Presidência do tribunal, aprovou-se a fixação retroativa de teses de repercussões gerais que ainda não haviam sido formuladas “a fim de que o tribunal cumpra o preceito do disposto no § 7º do art. 543-A do Código de Processo Civil”¹⁶ (BRASIL, 2015a, p.1). Consta-se que o principal argumento jurídico para a introdução da votação em teses foi a literalidade do art. 543-A, § 7º, do antigo CPC/1973, que previa que a súmula da decisão sobre a repercussão geral constaria em ata, que deveria ser publicada no Diário Oficial e valer como acórdão.

Vê-se, pois, que essa remodelação na etapa final do julgamento dos recursos extraordinários com repercussão geral ocorreu antes do Código de Processo de Civil de 2015, que só entrou em vigor em 18 de março de 2016. Após a entrada em vigor do CPC/15, tem-se o reforço da necessidade de que sejam fixadas teses para afastar percepções distorcidas do que foi efetivamente decidido, e com isso garantir uma jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 926, CPC/15). Por conseguinte, o CPC/15 traz a previsão de teses no julgamento de recursos repetitivos (art. 927, §§ 2º e 4º), bem como nas Súmulas Vinculantes, decisões de controle concentrado de constitucionalidade, incidente de resolução de demandas repetitivas ou incidente de assunção de competência (art. 988, incisos III e IV, e § 4º). Assim sendo, “a efetividade do sistema de precedentes vinculantes idealizado pelo CPC/2015

que foi decidido. Afirma, também, que a formulação da tese nos moldes em que é realizada atualmente não se vale de qualquer critério que permita a identificação racional do que realmente foi sustentado pelos julgadores (MARINONI, 2021, p.963). Arremata, por fim, que a ideia de tese é inconcebível na perspectiva da teoria dos precedentes e jamais poderá render algo de frutífero para uma Corte suprema ou constitucional, pois o direito comparado demonstra que a elaboração de teses ou de máximas, enquanto sínteses da decisão ou da interpretação de uma Corte, fracassou até mesmo perante as Cortes de correção, em especial diante das Cortes de cassação, como sucedeu no direito italiano (MARINONI, 2021, p.978).

¹⁶ O Presidente Ricardo Lewandowski submeteu à consideração dos demais ministros estudo elaborado pela Presidência, no qual constam todas as teses de repercussão geral firmadas pelo plenário e as propostas de teses que ainda não foram expressamente fixadas, a fim de que o tribunal cumprisse o preceito do disposto no § 7º do art. 543-A do Código de Processo Civil. Cada ministro ficou responsável por examinar os textos sugeridos para os processos de sua relatoria e, no caso de teses de relatoria de ministros já aposentados, a atribuição ficou a cargo dos seus sucessores (BRASIL, 2015a, p.1).

depende de e pressupõe uma clara definição das teses firmadas pelos tribunais” (MELLO, 2020, p.244).

Atualmente, a definição da tese por todos os membros do colegiado (incluindo os vencidos), é a praxe adotada pelo STF nos julgamentos de recursos com repercussão geral. Ao final do julgamento, após a colheita de todos os votos, o colegiado passa a deliberar, em conjunto, a tese que serve de base à posição prevalecente. A formulação dessa síntese dos fundamentos comuns à maioria favorece uma melhor compreensão dos limites do que foi realmente apreciado e decidido, bem como “favorece uma cultura de atenção aos precedentes produzidos pelo Supremo” (MELLO, 2020, p.244). Embora o desfecho do caso já tenha sido decidido, a necessidade de fixar uma tese representa um benefício ao impor uma necessária interação entre os membros do colegiado (MELLO, 2020, p.243).

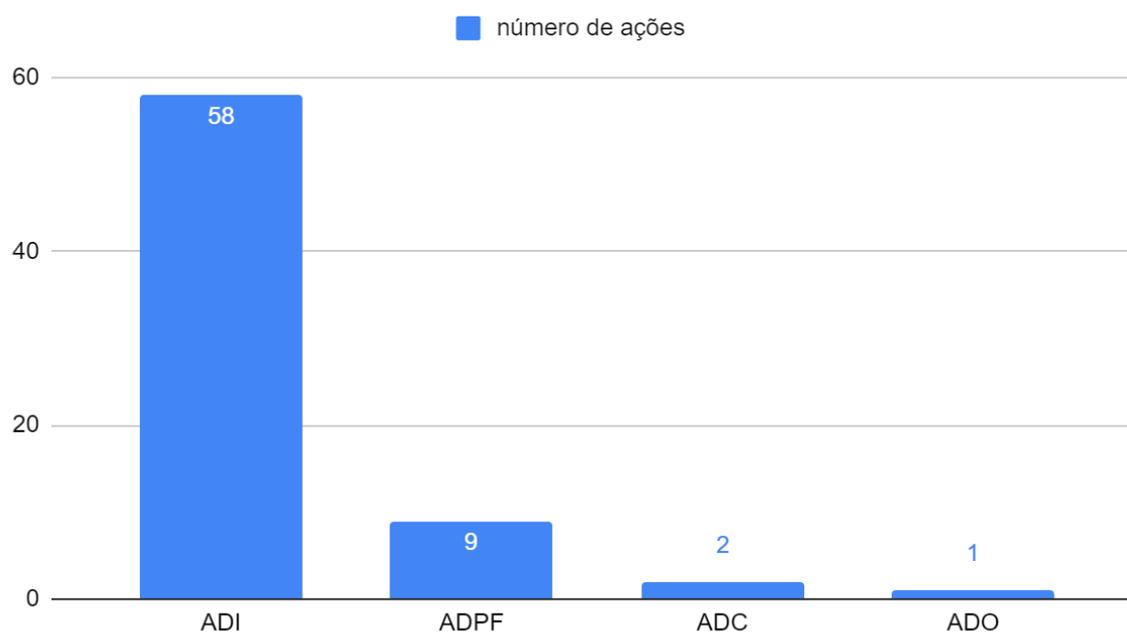
No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, o inciso III e o § 4º do art. 988 do CPC/15 enuncia que cabe reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para garantir a observância de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, sendo cabível a reclamação quando houver aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam. Apesar do CPC/15 mencionar expressamente a tese jurídica em julgamentos do controle concentrado, a incorporação da praxe de votação de tais teses, especialmente, em relação às ADIs, ainda é motivo de controvérsias. Isso ficou evidente no julgamento da ADI 2167/RO, no dia 03 de junho de 2020, quando alguns ministros manifestaram contrariedade ou dúvidas sobre a fixação de teses no controle concentrado¹⁷ (BRASIL, 2020f, p.86-99). Dessa forma, é importante saber

¹⁷ Durante os debates do julgamento da ADI 2167, o ministro Lewandowski e o ministro Marco Aurélio manifestaram contrariedade à fixação de teses em ações diretas de inconstitucionalidade (BRASIL, 2020f, p.87, 95). O ministro Lewandowski argumenta que nas ações de caráter objetivo, especialmente, nas ações diretas de inconstitucionalidade, cada caso é um caso, sendo que a ementa no seu entender é autoexplicativa. Ressalta que há um risco da fixação de teses em controle concentrado invadir a competência do Legislativo, já que o tribunal extrapolaria o papel de mero legislador negativo (BRASIL, 2020f, p.88, 97). Em sua manifestação, o ministro Alexandre de Moraes pondera que sempre seria bom retirar um extrato do que foi decidido, uma tese, mas reconhece que a praxe que vem sendo feita pelo STF é que a ementa teria os efeitos *erga omnes* e vinculantes, sem que haja a fixação de uma tese para cada decisão de ADI ou ADPF (BRASIL, 2020f, p.89). Contrapondo-se à posição dos ministros Lewandowski e Aurélio, o ministro Luís Roberto Barroso defende que o dispositivo no acórdão resolve o caso concreto, mas além de resolver o caso concreto, a decisão deve produzir efeitos *erga omnes*, porque se trata de um processo objetivo, motivo porque entende que sempre que exista efeito vinculante é preciso que haja a pronúncia de uma tese. Afirma, também, que

em que medida a prática da fixação da tese – embora controvertida – já está incorporada à dinâmica de julgamento da Corte nas ações de controle concentrado.

Após solicitação de informações para a presente pesquisa, a Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do STF, por meio de sua Coordenadoria de Difusão da Informação, realizou levantamento em que foram localizadas 89 decisões de ações de controle concentrado (ADI, ADC, ADPF, ADO), contendo sugestão, proposta ou definição de tese, conforme indexação da base de dados do STF. Após análise dos dados fornecidos, constatou-se que em 70 acórdãos houve efetivamente a fixação da tese jurídica do julgamento, conforme detalhamento do Apêndice A resumido na Tabela 3 a seguir.

Tabela 3 - Ações de controle concentrado com teses fixadas (período: até 31.12.2022)



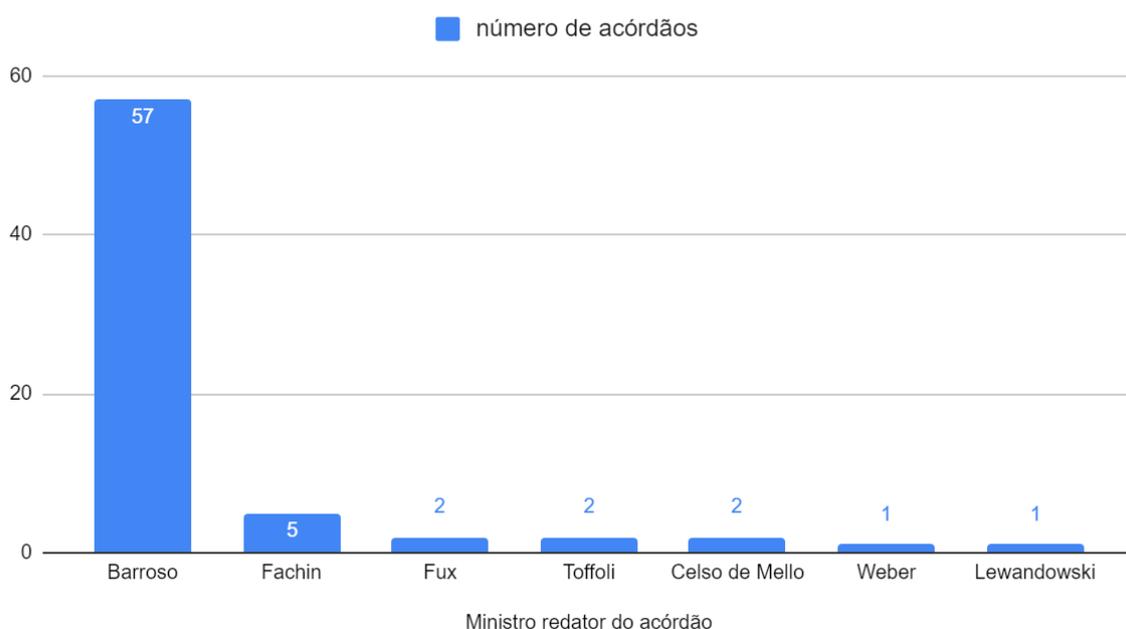
Fonte: elaboração própria com base nos dados detalhados no Apêndice A.

Vê-se que, embora esse procedimento não esteja consolidado no âmbito do controle concentrado, há setenta acórdãos com a fixação de teses de julgamento.

a ementa não é capaz de cumprir esse papel em um modelo agregativo e em série como o adotado pelo STF, pois muitas vezes não espelha o ponto de consenso (BRASIL, 2020f, p.89-91). Desse modo, a tese seria necessária para que os próprios membros da Corte, os demais órgãos do Poder Judiciário e o Poder Executivo possam saber quais os fundamentos determinantes compartilhados pela maioria absoluta da Corte a que eles estão vinculados.

Ademais, após levantamento sintetizado na Tabela 4 a seguir, identificou-se que o ministro Luís Roberto Barroso é o principal expoente da formulação de teses nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. Há por parte do ministro um forte estímulo à implementação de uma cultura “tesista” na Corte (BRASIL, 2019a, p.71), o que fica evidente não apenas nos processos em que é relator ou redator do acórdão, mas também durante as deliberações quando propõe teses ao plenário e ao ministro responsável pela redação do acórdão (BRASIL, 2015b, p.18; 2019a, p.70-71; 2020f, p.89-91).

Tabela 4 - Acórdãos com tese de julgamento fixada em ações de controle concentrado



Fonte: elaboração própria com base nos dados detalhados no Apêndice A¹⁸.

Um dado interessante é que dos 70 acórdãos localizados com teses fixadas no controle concentrado, 68 contêm a fórmula “nos termos do voto do relator” ou do

¹⁸ Em relação ao acórdão redigido pelo ministro Lewandowski, cabe a ressalva de que a tese fixada está contida no dispositivo do acórdão da ADI 6362, julgada em 02 de setembro 2020, e diz respeito apenas à solução de uma questão de ordem decidida preliminarmente ao julgamento, cujo mérito não resultou na formulação de nenhuma tese. (BRASIL, 2020g, p.3). Como exposto anteriormente, no dia 03 de junho de 2020, nos debates do julgamento da ADI 2167, o ministro Lewandowski manifestou a sua contrariedade à fixação de teses no controle concentrado de constitucionalidade, especialmente, nos casos das ADIs (BRASIL, 2020f, p.87).

redator do acórdão¹⁹. Nesses 68 acórdãos, a fórmula é encontrada apenas no dispositivo do acórdão, não constando na ementa. Esse dado é importante pois, na amostragem analisada por Almeida e Bogossian (2016, p.263, 282, 286), a fórmula era regularmente encontrada na ementa, e foi a partir desse dado que eles concluíram preliminarmente que a opção pelo uso da fórmula na ementa “sugere uma delegação de uma pessoa coletiva, a Corte, para um indivíduo, o relator” (ALMEIDA; BOGOSSIAN, 2016, p.280).

Em relação aos casos analisados no Apêndice A, constatou-se que as teses de julgamento são propostas ao final do voto de um ministro ou ao final do julgamento por proposta de algum dos ministros. Dessa forma, mesmo que um ministro não costume propor teses em seus votos, ou não concorde com a fixação de uma tese de julgamento no controle concentrado, ele poderá participar da votação da tese. Logo, a inclusão da tese aprovada pelo colegiado na ementa ou no dispositivo do acórdão não é produto de um ato inesperado e unilateral do relator ou redator do acórdão, já que o texto da tese passa pelo crivo dos demais ministros durante o julgamento²⁰.

Para efeito de interpretação do que foi decidido pelo STF, a introdução da praxe da votação da tese do julgamento é bem-vinda, pois exige um exercício minimamente deliberativo entre os ministros a fim de tentarem extrair um mínimo denominador comum à maioria, o que propicia um melhor entendimento da sociedade sobre o que os ministros realmente concordaram. Porém, fica evidente que a tese, formulada como um mero resumo ou máxima, não é capaz de traduzir em toda a extensão as razões prevaletentes.

Em relação às ADIs 6363 e 6342, não houve a fixação das teses de julgamento, mas em ambos os julgados é fundamental sabermos identificar qual entendimento e expressões são propriamente da Corte enquanto ente coletivo, e quais os

¹⁹ As duas exceções são a ADI 6696 e a ADI 5606. Na ADI 6696, utilizou-se a expressão “nos termos dos votos proferidos” em vez de “nos termos do voto do relator” (BRASIL, 2021b, p.4). Na ADI 5606 simplesmente não houve menção à fórmula na ementa, dispositivo, atas de julgamento, ou nos votos proferidos.

²⁰ Nos setenta acórdãos de ações de controle concentrado em que há a fixação de teses, as teses estão localizadas, especialmente, na ementa e no dispositivo. Em 51 acórdãos as teses estão localizadas na ementa e no dispositivo, concomitantemente. Em 16 acórdãos estão localizadas apenas na ementa, e em 3 acórdãos estão localizadas apenas no dispositivo do acórdão.

empecilhos para a identificação do fundamento majoritário ou da *ratio decidendi*, que servirá de parâmetro para a própria Corte em eventuais julgamentos futuros relacionados a momentos de excepcionalidade (art. 927, V, CPC/15). Pelo menos em relação a esses dois casos, a figura do redator do acórdão pode ser uma figura-chave, especialmente, pois a parte dispositiva dos dois acórdãos fazem uso da expressão “nos termos do voto do ministro Alexandre de Moraes, redator para o acórdão”.

Tendo em vista a importância desses julgados para o futuro dos direitos fundamentais trabalhistas, e considerando a ausência de fácil identificação das razões de decidir da Corte, dá-se início à análise dos seus principais fundamentos e contributos para o debate sobre os limites às restrições aos direitos trabalhistas em tempos excepcionais de crise.

4.3 ADI 6363 e a possibilidade de redução salarial sem negociação coletiva

Nos dias 16 e 17 de abril de 2020, houve o julgamento do referendo da medida cautelar concedida, em parte, pelo ministro-relator Ricardo Lewandowski, na ADI 6363/DF ajuizada pelo partido Rede Sustentabilidade. O julgamento ocorreu sem a conversão em julgamento de mérito. A ADI foi ajuizada em face dos art. 1º; art. 7º, I e II; art. 8º, § 1º; § 2º, I e II; § 3º, I, II, III; art. 9º, § 1º, I; art.11, § 4º; art.12, I e II, §º único, da MPV 936/20. O pedido da ação consistia na declaração de inconstitucionalidade dos mencionados dispositivos a fim de afastar o uso de acordo individual para dispor sobre as medidas de redução de salário e suspensão de contrato de trabalho (BRASIL, 2020a, p.5).

O acórdão foi publicado no dia 24 de novembro de 2020 sem revisão, nos termos do art. 95 do RISTF²¹. Em sua ementa, o texto apenas reproduziu a parte

²¹ RISTF: art. 95. A publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, far-se-á, para todos os efeitos, no Diário da Justiça. § 1º Salvo manifestação expressa de ministro em sentido contrário, a publicação do acórdão no Diário da Justiça far-se-á automaticamente quando transcorrido o prazo de sessenta dias desde a proclamação do resultado do julgamento. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020) § 2º Nos casos em que não tenham sido liberados pelos respectivos Ministros o relatório, os votos escritos e a revisão de apartes de julgamento, no prazo previsto no § 1º, a Secretaria Judiciária fará constar do texto transcrito do julgamento a ressalva de que ele não foi revisto pelo respectivo ministro. (Incluído pela Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020) § 3º Na hipótese prevista no § 2º, a ementa do acórdão consistirá no dispositivo do voto

dispositiva do acórdão, negando referendo à medida cautelar, indeferindo-a, nos termos do voto do ministro-redator Alexandre de Moraes. A mera reprodução da parte dispositiva torna ainda mais difícil a identificação dos fundamentos que representam o entendimento da maioria da Corte sobre a matéria levada ao seu conhecimento. Ficaram vencidos o ministro Ricardo Lewandowski (relator), que deferia em parte a cautelar, e os ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que a deferiam integralmente.

O ministro-relator Ricardo Lewandowski tentou conciliar a possibilidade de reduções salariais via acordo individual com os dispositivos constitucionais que exigem a participação sindical e a negociação coletiva, e tentou encontrar uma solução pautada em considerar a manifestação sindical como uma condição resolutive capaz de incidir sobre os contratos individuais celebrados. Por isso, decidiu que os acordos individuais (que reduzem o salário e a jornada ou que suspendem os contratos de trabalho) produzem efeitos imediatos, mas “deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração, para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva” (BRASIL, 2020a, p.23). Ressalvou, ainda, a possibilidade de adesão do empregado à convenção ou acordo coletivo posteriormente firmados, os quais prevaleceriam sobre os acordos individuais, em caso de norma mais favorável. Dessa forma, apenas se o sindicato permanecesse silente que subsistiriam integralmente os acordos individuais celebrados entre empregado e empregador (BRASIL, 2020a, p.24).

A solução intermediária proposta pelo ministro-relator - que tentava conciliar a constitucionalidade dos acordos individuais com a exigência constitucional de participação sindical e negociação coletiva – adicionou um outro elemento ao julgamento, a saber: a definição da natureza jurídica da comunicação do acordo individual pelo empregador ao sindicato laboral, no prazo de até 10 (dez) dias corridos, contados da data da celebração do acordo²².

vencedor. (BRASIL, 2023a, p.73). No acórdão também consta a informação no final das respectivas páginas que os votos dos ministros Alexandre de Moraes (BRASIL, 2020a, p.37) e Carmen Lúcia (BRASIL, 2020a, p.122) foram publicados sem revisão.

²² MPV 936/20: (...) art. 11. As medidas de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho de que trata esta Medida Provisória poderão ser

Em outras palavras, o acordo escrito individual, celebrado durante o estado de calamidade, é um ato jurídico perfeito? Ou há a possibilidade do sindicato, posteriormente, impor uma condição resolutiva e afastar o acordo individual ou alterá-lo por meio de uma negociação coletiva?

O ministro Alexandre de Moraes abriu divergência para votar no sentido de negar a medida cautelar, e usou dois argumentos: um de ordem teleológica (a partir dos valores constitucionais), e outro de ordem pragmática.

A partir de uma interpretação teleológica, o ministro defende que a MPV 936/20 e a norma-regra do art. 7º, VI, da CRFB, devem ser interpretadas em conjunto com as normas-princípio (denominadas como valores) presentes nos incisos III (dignidade da pessoa humana) e IV (valores sociais do trabalho e a livre iniciativa) do art. 1º da CRFB, e nos incisos II e III do art. 3º da CRFB, os quais definem como objetivos fundamentais da República: garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (BRASIL, 2020a, p.39).

De uma perspectiva pragmática, o ministro Alexandre de Moraes enfatiza que os direitos trabalhistas do art. 7º da CRFB pressupõem a existência do trabalho em si, sendo o direito ao trabalho tutelado anteriormente no *caput* do art. 6º, da CRFB. Retomando as categorias trabalhadas no primeiro capítulo, corrobora-se que os elementos do pragmatismo (consequencialismo, contextualismo e antifundacionalismo) estão presentes no voto condutor do ministro-redator do acórdão.

A partir de uma premissa consequencialista, o ministro Alexandre de Moraes considera que permitir a redução salarial, a despeito da literalidade do art. 7º, VI, da CRFB, é uma saída com consequências menos danosas ao trabalhador, pois, no seu entendimento, a única alternativa possível além dessa seria o desemprego (BRASIL, 2020a, p.43). O silogismo é realizado a partir de alguns elementos fáticos mencionadas pelo ministro: (1) anúncio da "Secretaria da Fazenda do Estado de São

celebradas por meio de negociação coletiva, observado o disposto no art. 7º, no art. 8º e no § 1º deste artigo. (...) § 4º Os acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho, pactuados nos termos desta Medida Provisória, deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até 10 (dez) dias corridos, contado da data de sua celebração (BRASIL, 2020i, p.1).

Paulo que, calculada as notas fiscais emitidas no mês de março em relação ao mês de março do ano passado, já houve um decréscimo de atividade comercial de 25%", o que resultaria em demissões (BRASIL, 2020a, p.40); (2) anúncio do Ministério da Economia de que os acordos individuais nos moldes da MPV 936/20 preservariam 24,5 milhões de empregos (BRASIL, 2020a, p.41; BRASIL, 2020e, p.2).

O contextualismo, como uma das facetas do pragmatismo, também fica evidente na ênfase dada pelo ministro ao contexto econômico da pandemia. Prossegue dizendo que a norma-regra do art. 7º, VI, da CRFB, "prevê a normalidade" (BRASIL, 2020a, p.43), na qual há uma divergência entre os interesses do empregado e dos empregadores, o que justificaria a necessidade e obrigatoriedade da participação dos sindicatos (BRASIL, 2020a, p.43). Ressalta, ainda, que a previsão dos acordos individuais é excepcional e temporária, pois só pode ser aplicada pelo período de 90 dias, durante o estado de calamidade pública (BRASIL, 2020a, p.41).

A ideia de um antifundacionalismo aparece de uma forma mitigada quando o ministro entende que a norma-regra do art. 7º, VI, da CRFB, não incide especificamente no contexto econômico da pandemia. Pois, segundo o ministro, o objetivo da MPV 936/20 "não foi prever hipóteses de redução salarial", mas sim "estabelecer mecanismos de preservação do emprego e da renda do trabalhador" (BRASIL, 2020a, p.42).

Em relação à solução intermediária apresentada pelo ministro-relator Ricardo Lewandowski, o ministro Alexandre de Moraes diverge com base nos princípios da segurança jurídica e da boa-fé. Pois considera que admitir a participação do sindicato como condição resolutive permitiria um cenário no qual o sindicato (a qualquer momento), após oficiado no prazo de 10 dias, poderia discordar do acordo individual celebrado e gerar várias situações de insegurança jurídica, tais como atribuir ao empregador o encargo de complementar os salários até o valor total, mesmo em caso de jornadas reduzidas em até 70% por até três meses, dúvidas quanto à devolução do benefício que o empregado recebeu de boa-fé do Estado, dúvidas quanto ao prazo para manifestação do sindicato como condição resolutive (BRASIL, 2020a, p.44).

A divergência aberta pelo ministro Alexandre de Moraes possui três argumentos centrais, que são compartilhados pelos demais ministros que

compuseram a maioria. Esses argumentos podem ser resumidos pela interpretação de que a norma-regra do inciso VI do art. 7º da CRFB foi moldada para tempos de normalidade, e admite flexibilização em face da MPV 936/20 pelos seguintes motivos: situação de anormalidade social, decorrente da gravidade da crise enfrentada; temporariedade das medidas de redução salarial (90 dias) e suspensão do contrato de trabalho (60 dias); contrapartida financeira do Estado a fim de mitigar os prejuízos da redução salarial. Esses argumentos estão presentes (de forma direta ou remissiva) nos votos dos ministros que aderiram à maioria: Barroso (BRASIL, 2020a, p.67-69), Luiz Fux (BRASIL, 2020a, p.115), Carmen Lúcia (BRASIL, 2020a, p.126, 133), Gilmar Mendes (BRASIL, 2020a, p.153), Marco Aurélio (BRASIL, 2020a, p.156), Toffoli (BRASIL, 2020a, p.158), os quais não fizeram ressalvas aos fundamentos apresentados pelo ministro Alexandre de Moraes²³.

Dessa forma, à vista do que foi analisado, verifica-se (mesmo com o risco de eventuais imprecisões) que os fundamentos da maioria foram delegados ao ministro-redator, de modo que a fundamentação da maioria é contemplada pelo uso da fórmula “nos termos do voto” do ministro-redator, cujos argumentos foram subscritos pela maioria sem a apresentação de ressalvas.

No entanto, detecta-se que a ausência da ementa constitui um obstáculo à assimilação dos fundamentos determinantes da Corte. Essa assimilação seria facilitada pela formulação da ementa e da tese do julgamento, o que propiciaria uma melhor compreensão dos limites fáticos e jurídicos que amparam a cláusula de exceção que se operou em face da norma-regra do art. 7º, VI., da CRFB.

É bem verdade que, na ADI 6363, o STF apreciou apenas uma MPV, cujo conteúdo ainda não havia sido debatido de modo pleno e adequado pelo Congresso Nacional. Também não se perde de vista que a apreciação se dá em sede de cognição sumária. Entretanto, em que pese a importância desses dois fatores, eles não impedem, por si sós, a formulação da tese do julgamento. Primeiramente, a MPV é um ato precário e efêmero, mas tem força de lei e, portanto, já produz os seus efeitos sobre os direitos fundamentais. Em segundo lugar, ainda que a tese não se configure

²³ Entre os ministros que compuseram a corrente majoritária houve a apresentação de quatro votos escritos, além do voto condutor do ministro-redator.

como um precedente²⁴, nota-se que a sua definição fornece à sociedade um melhor entendimento do que foi decidido, algo que é ainda mais fundamental em tempos de excepcionalidade e imprevisibilidade como o da pandemia. A propósito, não seria a primeira vez que a Corte fixaria uma tese de julgamento na apreciação do referendo de uma decisão monocrática a respeito de uma medida cautelar, do que dá conta o exemplo do julgamento da ADI 5374 MC-AgR no dia 22 de junho de 2020, no qual houve a definição de uma tese sem que houvesse a conversão do referendo em julgamento de mérito. A definição de uma tese de julgamento, mesmo que em termos provisórios até o julgamento do mérito, possibilitaria um esforço deliberativo para estabelecer nitidamente a cláusula de exceção que - no contexto econômico pandêmico - afastou a incidência dos consequentes jurídicos de uma norma-regra fruto de uma opção construída democraticamente pelo pacto constituinte, que conformou e pacificou vários interesses da sociedade após vários meses de deliberação.

Nesse sentido, é importante mencionar a iniciativa do ministro Luís Roberto Barroso, que sugeriu a seguinte tese de julgamento:

é possível, extraordinariamente, afastar a exigência de negociação coletiva, em situação emergencial e transitória, nas hipóteses previstas no artigo 12 da MP nº 936/2020, tendo em vista que a rigorosa regulação pelo Poder Público minimiza a vulnerabilidade do empregado e que a negociação coletiva poderia frustrar a proteção ao emprego. (BRASIL, 2020a, p.69-70).

²⁴ Marinoni (2021, p.678) ressalta que o precedente não se confunde com decisão, com justificativa, com a *ratio decidendi* ou o fundamento determinante, e muito menos com a tese do julgamento. A *ratio decidendi* é uma parte do precedente que regulará os casos futuros, mas o precedente, além de conter necessariamente a *ratio decidendi*, também abarca outros pontos: descrição do contexto fático e dos fundamentos objetos da discussão, proclamação do resultado, e apresentação das justificativas dos fundamentos concorrente e dissidente (MARINONI, 2021, p.679). Marinoni (2021, p.978) justifica que a identificação da posição minoritária esclarece a população sobre os motivos não admitidos pela maioria. Ademais, abre a oportunidade para uma futura revogação do precedente, e para evidenciar a sua maior ou menor força ou estabilidade (MARINONI, 2021, p.978; GAROUPA; BOTELHO, 2022, p.3). Dessa forma, a tese não se confunde com o precedente, mas é capaz de contribuir para a compreensão do precedente, na medida em que identifica, de forma minimalista, o fundamento adotado pela maioria (MARINONI, 2021, p.981).

A mera menção à “situação emergencial e transitória” é problemática pelo seu alto grau de abstração, bem como pelo fato de que (como se apurou no segundo capítulo) o art. 7º, VI, da CRFB, foi formulado pelos constituintes exatamente para permitir uma flexibilidade em momentos emergenciais e transitórios. Desse modo, para que não usurpe competência própria ao Parlamento, a tese não pode ser tão abrangente ao ponto de se desvincular do contexto e da situação subjacente à sua origem.

Dessa forma, contemplando o contexto fático e a maioria prevalente, caberia a fixação de uma tese com a seguinte redação alternativa: *é possível, de forma extraordinária e temporária, por força de uma pandemia que demanda o imediato distanciamento social e o fechamento temporário de locais de trabalho em todo o país, afastar a exigência de negociação coletiva nas hipóteses previstas no artigo 12 da MP nº 936/2020, tendo em vista que a rigorosa regulação e a contrapartida financeira pelo Poder Público minimizam a vulnerabilidade do empregado e que a negociação poderia frustrar a proteção ao emprego.*

Com essa redação alternativa limitar-se-ia a tese às particularidades da pandemia da COVID 19, bem como deixaria claro que, na pandemia da COVID 19, a necessidade de fechamento temporário dos locais de trabalho não era limitada a uma crise em setores específicos da economia (como pressentiam os constituintes ao construir o art. 7º, VI), mas, sim, algo que disseminou-se por várias atividades econômicas, as quais, salvo as essenciais, tiveram que fechar os locais de trabalho ou diminuir drasticamente a capacidade de funcionários e clientes em um mesmo local a fim de mitigar o contágio viral.

4.4 ADI 6342 e a (in)constitucionalidade das medidas trabalhistas implementadas durante o estado de calamidade pública

Seis dias após o julgamento da ADI 6363, o plenário do STF reuniu-se para iniciar o julgamento em bloco do referendo do indeferimento das medidas cautelares pleiteadas nas ADIs 6342, 6344, 6346, 6348, 6.349, 6352 e 6354²⁵, nas quais o pedido

²⁵ As ações foram ajuizadas pelo Partido Democrático Trabalhista (ADI 6342), pela Rede Sustentabilidade (ADI 6344), pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (ADI 6346),

principal era a declaração de inconstitucionalidade de vários dispositivos da MPV 927/20, que previam a preponderância do acordo individual sobre os demais instrumentos normativos, legais e negociais; suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde do trabalho; disponibilidade do empregado via aplicativos de comunicação sem cômputo na jornada de trabalho e sem constituir tempo à disposição; formação de banco de horas, mediante acordo individual, para a compensação no prazo de até 18 meses, contado da data de encerramento do estado de calamidade pública²⁶; pagamento do terço de férias após sua concessão até a data em que é devida a gratificação natalina; prorrogação dos acordos e convenções coletivas por decisão unilateral do empregador; previsão de que os casos de contaminação pelo coronavírus não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal (BRASIL, 2020h, p.1).

No acórdão de 212 páginas, há vários votos escritos apresentados por oito dos dez ministros presentes. Há votos concorrentes com argumentos diversos, e há votos vencidos nas mais variadas extensões, sendo vencidos, em maior extensão, os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, e os ministros Marco Aurélio (relator), Toffoli e Gilmar Mendes, que referendavam integralmente o indeferimento da medida cautelar (BRASIL, 2020b, p.3).

Dessa forma, no julgamento em tela, a mera utilização na parte dispositiva do acórdão da expressão “nos termos do voto do ministro Alexandre de Moraes, redator

pelo Partido Socialista Brasileiro (ADI 6348), pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e pelo Partido dos Trabalhadores (PT) conjuntamente (ADI 6349), pelo partido Solidariedade (ADI 6352) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (ADI 6354). O pedido da ADI 6342 contemplava quase a totalidade dos artigos da MPV impugnados nas outras ações, eis que requeria a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 2º, 3º, inciso VI, 8, 14, 15, 16, 18, 26, 27, 28, 29, 31 e 36, dentre outros por arrastamento, todos da MPV nº 927/20.

²⁶ Como ressalta Silva (2020, p.60), trata-se de regime inédito na legislação brasileira, sendo o prazo três vezes maior do que o prazo regular previsto no art. 59, § 5º, da CLT, para compensação decorrente de banco de horas criado via acordo individual escrito. Detalhe importante é que quando a MPV 927/20 foi publicada em 22.03.20, o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, definia o estado de calamidade pública como sendo de 20.03.20 a 31.12.20. Isso implica dizer que, considerando o prazo de 18 meses após o término do estado de calamidade pública (art. 14, MPV 927/20), os empregadores poderiam exigir prorrogações de jornada aos empregados até 30 de junho de 2022 (SILVA, 2020, p.60). Ressalte-se, ainda, que esse prazo é aplicável também aos profissionais de saúde, o que significa que todas as horas extras laboradas – à base de 14h por dia ou em plantões de 24h - não precisariam ser pagas caso fossem compensadas em saídas antecipadas ou em folgas adicionais no prazo de 18 meses (SILVA, 2020, p.94-95).

para o acórdão" (BRASIL, 2020b, p.3) não nos permite sacramentar que as razões de decidir, por delegação, são apenas as expostas no voto do ministro-redator.

De pronto, verifica-se que a ementa do acórdão foi construída a partir de excertos do voto do redator do acórdão, o que reproduz uma prática já identificada em pesquisas anteriores (ALMEIDA; BOGOSSIAN, 2016, p.280; VALE, 2015, p.304). A importância dessa constatação reside no fato de que, em um primeiro momento, o voto do redator assume grande relevância já que a ementa tem um especial destaque no sistema de indexação e publicação das decisões, o que repercute em sua constante utilização para fazer referência à decisão citada²⁷. No entanto, a importância atribuída à ementa demanda cautela pois nem sempre ela reproduz o que foi decidido pela maioria²⁸, bem como não pode passar despercebido o risco dela tornar-se perniciosa "quando espelha algo que o STF não apenas não discutiu e decidiu, como sequer podia ter decidido" (MARINONI, 2021, p.656).

Diante da multiplicidade de fundamentos diversos, o ministro-redator optou por elaborar uma ementa sucinta. Relativamente à justificativa do indeferimento da maioria das medidas cautelares, o item 1 da ementa limita-se a explicitar o objetivo anunciado da MPV, qual seja: "atenuar os trágicos efeitos sociais e econômicos decorrentes da pandemia do coronavírus (COVID-19), de modo a permitir a conciliação do binômio manutenção de empregos e atividade empresarial durante o período de pandemia" (BRASIL, 2020b, p.2).

O ministro-redator Alexandre de Moraes, que inaugurou a divergência ao voto do ministro-relator Marco Aurélio, retomou parte dos argumentos apresentados alguns dias antes na ADI 6363, e fundamentou sucintamente que quase a totalidade das medidas emergenciais não são inconstitucionais porque "pretendem

²⁷ Além da importância da ementa no sistema de indexação das decisões da Corte, e para a consulta dessas decisões na internet, vale lembrar que nos termos do regimento a publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, far-se-á, para todos os efeitos, no Diário da Justiça (art. 95, RISTF).

²⁸ Exemplo disso foi o acórdão da ADPF 130, julgada em 30.04.09, que apreciou a inconstitucionalidade da antiga Lei de Imprensa (declaração de não recepção pela Constituição de 1988), e cuja ementa de onze páginas continha trechos inteiros dos argumentos contidos apenas no voto do ministro-relator, o qual havia obtido o apoio da maioria vencedora quanto à sua parte dispositiva, mas não em relação aos fundamentos determinantes (VALE, 2015, p.303). Por não representar de forma fidedigna a *ratio decidendi* do órgão colegiado integralmente considerado, a ementa foi objeto de contestação na reclamação 9.428/DF, julgada em 10.12.09, quando o plenário do STF (por maioria) confirmou que essa ementa não traduzia uma posição unívoca do colegiado (VALE, 2015, p.303).

compatibilizar os valores sociais do trabalho, perpetuando o vínculo trabalhista, e a livre iniciativa, permitindo a manutenção da atividade empresarial" (BRASIL, 2020b, p.55). Em contrapartida, os únicos artigos que considerou em conflito com a Constituição foram os seguintes: (i) o art. 29 da MP 927/2020 que prevê que os casos de contaminação pelo coronavírus não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal (BRASIL, 2020b, p.55); (ii) o art. 31 da MPV 927/20 que suspendeu, durante o período de 180 dias, contados da data de entrada em vigor da MPV, a atuação completa dos Auditores Fiscais do Trabalho, afrouxando a fiscalização do cumprimento da legislação trabalhista²⁹.

Primeiramente, o ministro-redator considerou que transferir aprioristicamente ao trabalhador o ônus da prova do nexo causal destoa da proteção jusfundamental contra acidentes de trabalho contida no art. 7º, XXVIII, da CRFB (BRASIL, 2020b, p.56). Em segundo lugar, o ministro considerou que não possui razoabilidade a suspensão de parcela significativa das atividades fiscalizatórias (BRASIL, 2020b, p.57).

Considerando a dispersão dos fundamentos dos votos, dá-se início à análise dos votos apresentados em ordem de alinhamento à conclusão adotada pelo ministro-redator Alexandre de Moraes.

A ministra Carmen Lúcia acompanhou a divergência aberta pelo ministro-redator e votou para suspender os efeitos dos arts. 29 e 31 da MPV 927/20, "exatamente como também votado pelo Ministro Alexandre de Moraes" (BRASIL, 2020b, p.192).

O ministro Ricardo Lewandowski votou para suspender parcialmente a eficácia do art. 2º no trecho que permite que o acordo individual escrito celebrado empregador e empregado tenha preponderância sobre os demais instrumentos

²⁹ MPV 927/20: (...) art. 31. Durante o período de cento e oitenta dias, contado da data de entrada em vigor desta Medida Provisória, os Auditores Fiscais do Trabalho do Ministério da Economia atuarão de maneira **orientadora**, exceto quanto às seguintes irregularidades: I - falta de registro de empregado, **a partir de denúncias**; II - situações de grave e iminente risco, **somente para as irregularidades imediatamente relacionadas à configuração da situação**; III - ocorrência de acidente de trabalho fatal apurado por meio de procedimento fiscal de análise de acidente, **somente para as irregularidades imediatamente relacionadas às causas do acidente**; e IV - trabalho em condições análogas às de escravo ou trabalho infantil (BRASIL, 2020h, p.1)

normativos, legais e negociais³⁰; bem como para suspender o art. 3º, VI; o art. 29 e o art. 31 da MPV 927/20 (BRASIL, 2020b, p.196).

O ministro Barroso acompanhou o ministro-relator em todos os itens do seu voto, salvo três ressalvas quanto ao: inciso VI do art. 3º³¹, art. 29 e art. 31 (BRASIL, 2020b, p.163). Em relação ao art. 29, votou pela sua inconstitucionalidade, pois também considerou irrazoável exigir uma prova diabólica do trabalhador, que, na maior parte dos casos, não é capaz de dizer com precisão onde, e em que circunstância, adquiriu a doença da COVID 19 (BRASIL, 2020b, p.161). Quanto ao art. 31, fez uso da técnica da interpretação conforme para, mantida a redação "atuarão de maneira orientadora", interpretar que, somente em caso de recalcitrância, o auditor do trabalho fica investido da totalidade dos seus poderes e da sua competência (BRASIL, 2020b, p.162). E no que toca ao inciso VI do art. 3º, constata-se que, a rigor, também fez uso da interpretação conforme quando votou no sentido de que ele somente se aplica aos arts. 15, 16 e 17 da própria MPV, de modo que "tudo o mais de exigência de segurança e saúde do trabalhador previsto na legislação continua valendo" (BRASIL, 2020b, p.161).

O ministro Edson Fachin acompanhou a divergência aberta pelo ministro-redator quanto à suspensão da eficácia integral dos art. 29 e 31 da MPV 927/20. Porém, vai além para suspender ou conferir interpretação conforme a vários outros dispositivos, nos seguintes termos: suspender parcialmente o artigo 2º da MPV 927/20, suprimindo a eficácia da expressão "que terá preponderância sobre os demais instrumento normativos, legais e negociais" (BRASIL, 2020b, p.154-155); suspender a eficácia do artigo 4º, § 5º, da MPV 927/20, por violação do art. 7º, XIII, da CRFB; dar interpretação conforme aos arts. 14, *caput* e § 2º, e 26, *caput*, e 27 da MPV 927/20, "para explicitar que se for o caso de celebração de acordos individuais, estes deverão submeterem-se ao disposto no artigo 11, § 4º, da MPV 936/20"

³⁰ O ministro Lewandowski enfatiza os riscos de permitir que uma MPV, ato precário e efêmero, possa revogar - inclusive, em termos retroativos - toda a legislação trabalhista e todos os instrumentos negociais já celebrados (BRASIL, 2020b, p.196). De outro lado, em respeito à colegialidade, o seu voto respeita os limites traçados para a redução salarial via acordo individual, conforme decidiu o plenário dias antes na ADI 6363/DF, na qual o ministro Lewandowski foi voto vencido.

³¹ MPV 927/20 (...) art. 3º. Para enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e para preservação do emprego e da renda, poderão ser adotadas pelos empregadores, dentre outras, as seguintes medidas: (...) VI - a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho (BRASIL, 2020h, p.1).

(BRASIL, 2020b, p.155); suspender a eficácia dos arts. 15, §§ 1º a 3º, e 16, § 1º, da MPV 927/20, por violação do art. 7º, XXII, da CRFB; suspender a eficácia do art. 36 da MPV 927/20, "por incompatibilidade frontal e direta com os artigos 5º, XXXV e XXXVI, da CRFB" (BRASIL, 2020b, p.155).

A ministra Rosa Weber, além de votar para suspender os arts. 29 e 31 da MPV 927/20, também votou no sentido de conceder as medidas cautelares de forma mais ampla, nos seguintes termos: suspensão parcial do art. 2º da MPV 927/20, para retirar a eficácia da expressão "que terá preponderância sobre os demais instrumentos normativos, legais e negociais", respeitado o decidido na ADI 6363 (BRASIL, 2020b, p.172); suspender a eficácia do artigo 4º, § 5º, da MPV 927/20 (BRASIL, 2020b, p.175); conferir interpretação conforme aos arts. 14, *caput* e § 2º, e 26, *caput*, e 27 da MPV 927/20, "para explicitar que se for o caso de celebração de acordos individuais, estes deverão submeterem-se ao disposto no artigo 11, § 4º, da MPV 936/20" (BRASIL, 2020b, p.155, 181); "suspender os arts. 15, §§ 1º a 3º, 16, § 1º e 17 da MPV 927/2020" (BRASIL, 2020b, p.184); "suspender o art. 36 da MPV 927/2020" (BRASIL, 2020b, p.189).

O ministro Toffoli limitou-se à manifestação, sem maiores digressões, de que acompanharia o ministro-relator Marco Aurélio no sentido de referendar a negativa de concessão da medida cautelar em todas as ações diretas de inconstitucionalidade apregoadas (BRASIL, 2020b, p.40).

Os ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio (relator) apresentaram votos com fundamentos diversos, negando as medidas cautelares (BRASIL, 2020b, p.23-38, 118).

Por fim, o ministro Luiz Fux acompanhou a divergência aberta pelo ministro Alexandre de Moraes para suspender os arts. 29 e 31 da MPV 927/20, sem apresentar voto escrito (BRASIL, 2020b, p.203-204).

Feitas as principais distinções quanto às conclusões dos votos, inicia-se o exame dos principais fundamentos apresentados em relação à suspensão da eficácia dos arts. 29 e 31 da MPV 927/20.

Em relação ao art. 29 da MPV 927/20, foram apresentados três fundamentos para a suspensão de sua eficácia, sendo que nenhum foi adotado explicitamente pela maioria absoluta dos ministros. O primeiro foi que o artigo afronta o art. 7º, XXVIII,

da CRFB, sendo esse fundamento apresentado apenas pelo ministro Alexandre de Moraes (BRASIL, 2020b, p.56). O segundo foi que a norma do art. 29 da MPV 927/20 carece de razoabilidade, conforme votos de dois ministros: Alexandre de Moraes (BRASIL, 2020b, p.56) e Barroso (BRASIL, 2020b, p.161). O terceiro e último fundamento foi que o art. 29 afronta o direito fundamental à redução de riscos inerentes ao trabalho contido no art. 7º, XXII, da CRFB, sendo esse fundamento compartilhado por três ministros: Fachin (BRASIL, 2020b, p.148), Rosa Weber (BRASIL, 2020b, p.187), e Lewandowski (BRASIL, 2020b, p.201).

Quanto à suspensão da eficácia do art. 31 da MPV 927/20, foram apresentados dois fundamentos. O primeiro baseado na carência de razoabilidade contido no voto do ministro Alexandre de Moraes (BRASIL, 2020b, p.56); o segundo baseia-se na violação do art. 7º, XXII, da CRFB, e está contido nos votos de Fachin (BRASIL, 2020b, p.152), Rosa Weber (BRASIL, 2020b, p.188), e Lewandowski (BRASIL, 2020b, p.201).

A dispersão dos fundamentos fez com que o julgamento formasse maioria absoluta quanto ao resultado para suspender os arts. 29 e 31 da MPV 927/20, sem que houvesse a formação de uma maioria absoluta explícita quanto aos fundamentos que determinaram o resultado³². Atesta-se a ausência de um fundamento respaldado explicitamente pela maioria absoluta da Corte, o que configura uma "decisão plural" (MARINONI, 2021, p.648). Ou seja, a maioria absoluta que sustentou o resultado do julgamento se dividiu quanto aos fundamentos adotados para decidir (MARINONI, 2021, p.648).

Registre-se que dentro de uma decisão majoritária pode existir: i) fundamento(s) compartilhado(s) pela maioria absoluta da Corte que constituem a *ratio decidendi*; ii) fundamento(s) compartilhado(s) apenas por uma minoria dos membros da Corte, sendo que um desses fundamentos pode contar com mais votos entre os membros que concorreram para a decisão prevalente quanto ao resultado

³² Após o julgamento do referendo pelo plenário, o resultado ficou da seguinte forma: nas ADIs 6342, 6344 e 6346, houve liminar para suspender os arts. 29 e 31 da MPV 927/20. Na ADI 6348, só houve liminar no art. 31, pois não houve impugnação do art. 29. Na ADI 6349, houve referendo integral da negativa de liminar, porque na ADI 6349 não houve impugnação desses dois artigos. Por fim, nas ADIs 6352 e 6354 houve igualmente a concessão de liminar para suspender a eficácia integral dos arts. 29 e 31 da MPV 927/20 (BRASIL, 2020b, p.208).

(MARINONI, 2021, p.648). O acórdão das ADIs ora analisadas contém uma decisão plural que possui duas ou mais *rationes* ou fundamentos, sem que nenhum deles esteja amparado pela maioria absoluta do colegiado.

Logo, a decisão da ADI 6342 (e das demais ADIs indicadas no início deste subtópico) é uma decisão plural composta por fundamentos concorrentes, que divergem quanto aos fundamentos, mas convergem para o mesmo resultado³³. Essa distinção é importante em um tribunal preocupado com a elaboração de precedentes, já que a decisão plural não forma uma *ratio decidendi*, muito menos um precedente³⁴ (MARINONI, 2021, p. 648).

Pelo menos em relação aos julgamentos analisados, verificou-se que o *deficit* de deliberação e a ausência de diálogo prévio entre os votos dos ministros, dentro do atual modelo de votação em série, favoreceu a dispersão de fundamentos e a proliferação de fundamentos concorrentes, os quais têm o potencial efeito de obstar a formação da *ratio decidendi* (MARINONI, 2021, p.649). No julgamento da ADI 6363 e nos julgamentos ora analisados, ficou evidente que a clara definição das cláusulas de exceção às normas-regra instituídas no art. 7º da CRFB ficou prejudicada pelo modelo de deliberação da Corte, em especial, o formato de apresentação institucional dos resultados da deliberação que agrega os votos apresentados em série em um texto composto (acórdão).

Mesmo considerando que o ônus argumentativo do colegiado é relativamente reduzido pelo fato do julgamento dizer respeito ao referendo de uma medida cautelar, na qual não é necessária uma cognição exauriente, não é possível afirmar que a Corte - enquanto ente coletivo - desvencilhou-se do pesado ônus argumentativo decorrente da decisão de dar respaldo aos dispositivos da MPV, cujos suportes fáticos já configuram hipóteses de incidência das regras de direitos fundamentais inscritas no art. 7º, da CRFB.

³³ Frise-se que o voto concorrente impede a formação da *ratio decidendi*, mas o seu objetivo não é dissentir. Pontue-se que o voto dissidente não se confunde com o voto divergente que diverge apenas quanto à parte dispositiva. O voto dissidente se opõe à própria *ratio decidendi* a fim de tentar demonstrar que ela está equivocada e não pode servir de parâmetro para a resolução de casos futuros (MARINONI, 2021, p.650).

³⁴ A esse respeito, Marinoni (2021, p.651) adverte que é possível até mesmo que haja uma decisão unânime do STF quanto ao resultado sem que haja a formação de *ratio decidendi*, porque podem concorrer três fundamentos sem que nenhum deles seja compartilhado pela maioria absoluta.

4.5 Conclusão parcial

Com base em tudo que foi exposto neste capítulo, verifica-se que o STF manejou argumentos pragmáticos a fim de adotar uma postura de autocontenção em relação à apreciação da constitucionalidade dos dispositivos das medidas provisórias 927/20 e 936/20. Quanto aos limites às restrições aos direitos fundamentais trabalhistas contidos no art. 7º, da CRFB, a Corte não traçou nitidamente o âmbito de proteção dos direitos fundamentais trabalhistas nos julgamentos da ADI 6363 e das ADIs 6342, 6344, 6346, 6348, 6.349, 6352 e 6354.

Em ambos os julgamentos, que ocorreram em sessões virtuais síncronas, ficou evidente que a clara definição das cláusulas de exceção das normas-regra instituídas no art. 7º da CRFB ficou prejudicada pelo modelo de deliberação da Corte. Com efeito, a votação em série com a apresentação dos votos no momento do julgamento, sem compartilhamento prévio e diálogo entre os votos, resultou na apresentação institucional dos resultados da deliberação em um texto composto, que compilou vários votos concorrentes e divergentes, sem uma nítida delimitação dos seus limites e sentidos para a fundamental construção dos fundamentos da Corte – enquanto ente coletivo – em um sistema de precedentes.

Em face desse diagnóstico, uma singela melhoria do sistema poderia ser implementada por meio do aperfeiçoamento da formatação da ementa, que atualmente é elaborada após o julgamento pelo ministro-redator do acórdão. Embora nem sempre os fundamentos da decisão majoritária se revertam em maioria absoluta para formar a *ratio decidendi*, a publicação de uma ementa aprovada formalmente pelos ministros propiciaria uma melhor assimilação da *ratio decidendi* nos casos em que ela existe. Ou seja, nos casos em que a maioria absoluta concorda não apenas quanto ao resultado, mas também quanto aos fundamentos determinantes desse resultado.

Apesar do entrave do problema da carga de trabalho relatado pelos ministros em pesquisas anteriores (VALE, 2015, p.304; SILVA, 2015, p.212) - e que não pode ser ignorado (KLAFKE, 2019, p.321) - a introdução da praxe da votação posterior da ementa, após a sua elaboração pelo ministro-redator, pode ser implementada regimentalmente e traria bons efeitos deliberativos a médio ou curto prazo, bem

como poderia ser um passo seguinte à consolidação da praxe da fixação de teses no âmbito do controle concentrado.

Considerando o congestionamento da pauta das sessões presenciais ou virtuais síncronas, a votação da ementa poderia ser introduzida por meio do plenário virtual, em sessões assíncronas, o que permitiria que a ementa – e não apenas a tese de julgamento – passasse pela aprovação dos demais ministros. A introdução da praxe da votação das ementas, além de conferir maior legitimidade ao seu texto, permitiria uma representação mais fiel do fundamento majoritário. Além disso, também mitigaria o problema da difícil identificação do fundamento majoritário ou da *ratio decidendi* dentro do modelo *seriatim* adotado pelo STF.

5 Considerações Finais

Como anunciado na introdução, a ênfase principal da pesquisa recaiu sobre os efeitos econômicos da pandemia e a (in)constitucionalidade da legislação de crise, elaborada para tentar conter os prejuízos sociais e econômicos sobre as relações de trabalho.

Após a exposição e desenvolvimento dos objetivos perseguidos pela pesquisa, igualmente anunciados na introdução, retome-se o problema de pesquisa: quais são os limites às restrições aos direitos fundamentais trabalhistas apreciados nas ADIs 6363 e 6342 durante a crise econômica agravada pela pandemia?

Preliminarmente, a hipótese levantada foi a seguinte: **se** o caráter *prima facie* da regra só se configura com a superação dos princípios materiais e formais que a amparam, **então** os direitos apreciados nas ADIs 6363 e 6342 são razões definitivas cujos limites e fundamentos de restringibilidade constam na própria Constituição, de modo que não são razões *prima facie* restringíveis durante a crise econômica.

Conforme explicitado na introdução, a hipótese, embora perseguida, constituiu apenas um ponto de partida, e só se confirmaria como ponto de chegada se, após sua submissão à refutação pelos melhores argumentos contrários que puderem ser feitos, ela ainda assim se sustentasse (GROSS, 2019, p.103). Dessa forma, enfrentou-se o ônus de percorrer o percurso da pesquisa sem minimizar, descaracterizar ou omitir os argumentos que favorecem posicionamentos contrários (GROSS, 2019, p.102).

Após análise dos resultados da pesquisa, conclui-se que a **hipótese foi refutada**.

Apura-se que a hipótese está estruturada em dois módulos representados por um antecedente e um conseqüente, como é característico do método de abordagem hipotético-dedutivo.

Inicialmente, há o antecedente: **se** o caráter *prima facie* da regra só se configura com a superação dos princípios materiais e formais que a amparam.

Na sequência, há o conseqüente: **então** os direitos apreciados nas ADIs 6363 e 6342 são razões definitivas cujos limites e fundamentos de restringibilidade

constam na própria Constituição, de modo que não são razões prima facie restringíveis durante a crise econômica.

Didaticamente, opta-se por subdividir a análise da refutação da hipótese.

Inicialmente, quanto ao antecedente "*se o caráter prima facie da regra só se configura com a superação dos princípios materiais e formais que a amparam*", cumpre salientar que a caracterização do caráter *prima facie* da regra, ou seja, quando ela perde o seu caráter definitivo em razão da exclusão de algum fato ou conduta de sua hipótese de incidência, não se dá com a necessidade de superação dos princípios formais. Conforme reformulação teórica promovida por Alexy no ano de 2014, os princípios formais não participam diretamente da ponderação de primeira ordem, na qual opera a fórmula de peso alexyana, sendo reservada aos princípios formais uma participação apenas em uma ponderação de segunda ordem, em um meta-nível conexo à ponderação de primeira ordem (ALEXY, 2018, p.18).

Nessa ponderação de primeira ordem, apenas os princípios materiais, na condição de comandos a serem otimizados (e não mais como comandos de otimização), são ponderados, não sendo possível que um princípio formal reforce diretamente o princípio material nessa relação de primeira ordem para afastar o outro princípio material colidente (ALEXY, 2022b, p.168; 2018, p.15). Logo, o papel principal dos princípios formais nessa relação de segunda ordem é permitir que as premissas empíricas, que sejam pelo menos "plausíveis" ou "não evidentemente falsas", participem da relação de ponderação de primeira ordem que envolve apenas os princípios materiais (ALEXY, 2018, p.19-20). Conclui-se, portanto, que o antecedente da hipótese foi refutado pois as premissas nas quais ele se baseia não mais se sustentam.

Realizada a análise do antecedente da hipótese, passa-se agora à apuração do consequente da hipótese: *então os direitos apreciados nas ADIs 6363 e 6342 são razões definitivas cujos limites e fundamentos de restringibilidade constam na própria Constituição, de modo que não são razões prima facie restringíveis durante a crise econômica.*

Novamente, para fins didáticos, realiza-se uma nova subdivisão, desta vez no consequente da hipótese, dividindo-o em trecho inicial e trecho final.

No trecho inicial há a seguinte asserção: *então os direitos apreciados nas ADIs 6363 e 6342 são razões definitivas cujos limites e fundamentos de restringibilidade constam na própria Constituição*. Em relação aos direitos apreciados nas ADIs 6363 e 6342, que serviram de parâmetro de constitucionalidade, constatou-se que há quatro estruturados como regras (art. 7º, VI, VII, XIII, XVII, da CRFB) e dois como princípios (art. 7º, XXII, XXVI, da CRFB). Desses quatro incisos estruturados na forma de regras, dois possuem os seus fundamentos de restringibilidade constantes no próprio enunciado normativo: incisos VI e XIII do art. 7º, da CRFB. O inciso VI já traz uma restrição constitucional direta, possibilitando que seja afastada a regra da irredutibilidade salarial por meio de convenção ou acordo coletivo. De igual modo, o inciso XIII permite exceções ao módulo de duração diária e semanal do trabalho, facultando a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, conforme demonstrado na Tabela 1 do tópico 3.1.

Conclui-se, portanto, que esse trecho inicial do consequente da hipótese está apenas parcialmente falseado ou refutado. Contudo, o que se observa é que o trecho final conduz à refutação completa do consequente da hipótese, pois, ao contrário do que consta nesta asserção final, as regras mencionadas, diante do contexto excepcional da pandemia, assumem um caráter *prima facie* restringível durante a crise econômica que ocorre especificamente no contexto da pandemia, ou seja, com fechamento temporário dos comércios e locais de trabalho, com a imposição de distanciamento social e, eventualmente, com a decretação de *lockdown*, restringindo o direito de ir, vir e ficar em vias públicas. Alguns fatores militam em favor da inserção de cláusulas de exceção nessas regras constitucionais, os quais foram elencados no tópico 3.4.

Superada a fase da apuração dos testes de falseamento da hipótese, que foi refutada, cabe expor os principais desdobramentos dos resultados da pesquisa.

Apesar da possibilidade de inserção de uma cláusula de exceção em uma regra constitucional, excluindo determinado fato ou conduta inerente à pandemia da COVID 19 da hipótese de incidência da norma, constatou-se que é primordial apurar os fundamentos que o STF explicitou – enquanto ente coletivo – para afastar a incidência das regras constitucionais trabalhistas durante o julgamento das MPVs 927/20 e 936/20. Pois em um contexto excepcional como o da pandemia é preciso

ainda mais respeitar o sistema de precedentes. Isto é, a Corte deve ser capaz de expressar os fundamentos determinantes que amparam a sua decisão da forma mais clara possível para que seja possível delimitar que as exceções às hipóteses de incidência estão devidamente adstritas ao cenário econômico específico da pandemia da COVID 19, bem como permitir um controle social por parte da comunidade jurídica e acadêmica, da imprensa e da sociedade em geral.

Após análise dos resultados do terceiro capítulo, apurou-se que o STF não traçou nitidamente o âmbito de proteção dos direitos fundamentais trabalhistas nos julgamentos da ADI 6363 e da ADI 6342 (que foi julgada em bloco com as ADIs 6344, 6346, 6348, 6.349, 6352 e 6354). Em ambos os julgamentos, não houve clara definição das cláusulas de exceção ou dos fundamentos determinantes que ampararam a exclusão dos fatos e condutas da hipótese de incidência das normas. Conclui-se que essa dificuldade de capturar os fundamentos determinantes decorre, principalmente, do modelo de deliberação da Corte, mais especificamente da forma de expressão das suas decisões.

Em face desse diagnóstico, constatou-se que uma singela melhoria do sistema poderia ser implementada por meio do aperfeiçoamento da formatação da ementa, que atualmente é elaborada após o julgamento pelo ministro-redator do acórdão. Apesar do entrave do problema da carga de trabalho relatado pelos ministros em pesquisas anteriores (VALE, 2015, p.304; SILVA, 2015, p.212) - e que não pode ser ignorado (KLAFKE, 2019, p.321) - a introdução da praxe da votação posterior da ementa, após a sua elaboração pelo ministro-redator, pode ser implementada regimentalmente e traria bons efeitos deliberativos a médio ou curto prazo, bem como poderia ser um passo seguinte à consolidação da praxe da fixação de teses no âmbito do controle concentrado.

Considerando o congestionamento da pauta das sessões presenciais ou virtuais síncronas, conclui-se que a votação da ementa poderia ser introduzida por meio do plenário virtual, em sessões assíncronas, o que permitiria que a ementa – e não apenas a tese de julgamento – passasse pela aprovação dos demais ministros. A introdução da praxe da votação das ementas, além de conferir maior legitimidade ao seu texto, permitiria uma representação mais fiel do fundamento majoritário. Além

disso, também mitigaria o problema da difícil identificação do fundamento majoritário ou da *ratio decidendi* dentro do modelo *seriatim* adotado pelo STF.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949 – edição de junho/2022**. Berlim: Deutscher Bundestag (Parlamento Federal Alemão), 2022.

Disponível em: [https://www.btg-](https://www.btg-bestellservice.de/informationmaterial/55/64/anr80208000)

[bestellservice.de/informationmaterial/55/64/anr80208000](https://www.btg-bestellservice.de/informationmaterial/55/64/anr80208000) . Acesso em: 20 ago. 2022.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução: Zilda Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradutor Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert (2014). Princípios formais. Tradução: Alexandre Trivisonno. In: TRIVISONNO, Alexandre; SALIBA, Aziz; LOPES, Mônica (Orgs.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ALEXY, Robert (2000). Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. Tradução: Rafael Giorgio Dalla-Barba. In: DALLA-BARBA, Rafael (Org.). **Princípios jurídicos: o debate metodológico entre Robert Alexy e Ralf Poscher**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022a.

ALEXY, Robert (2017). "Dever" ideal e otimização. Tradução: Rafael da Silva Glatzl. In: DALLA-BARBA, Rafael (Org.). **Princípios jurídicos: o debate metodológico entre Robert Alexy e Ralf Poscher**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022b.

ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, Andre Martins. "Nos termos do voto do relator": considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF. **Revista Estudos Institucionais**, Vol. 2, 1, 2016.

APOLINÁRIO, Marcelo; COSTA, Victor. Entre o 'faça o que digo' e o 'faça o que eu faço': uma análise da coerência entre o ensinado e o decidido pelos ministros do STF. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 9, p. 201-227, 2022.

ARAUJO, Thiago; FERREIRA JR, Fernando; MONTENEGRO, Lucas. Consequencialismo, Pragmatismo e Análise Econômica do Direito: semelhanças, diferenças e alguns equívocos. **Quaestio Iuris**, v. 14, n.4, Rio de Janeiro, p.1001-1038, 2021.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. **Emergencia económica II: Secretaría de Jurisprudencia**. 1ª ed. Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2009. Disponível em: https://sjservicios.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=em_econom2 . Acesso em: 18 fev. 2023.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como meta teoria normativa da decisão judicial. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AVELÃS NUNES, Antonio José. O Poder Judiciário, a Constituição e os Direitos Fundamentais. **Revista Eletrônica do IBPI**, n.7, p.7-60, 2013.

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, p.1-19, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BERNDT, Rafael Espindola. **Princípio da Proibição do Retrocesso Social e Constitucionalismo Dirigente**: diálogo entre o Brasil e a União Europeia. 2019. 127 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2019.

BITENCOURT, Najara. **As respostas da jurisdição constitucional brasileira em momentos de crise**: jurisprudência da crise no Brasil (?). 2021. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

BLYTH, Mark. **Austeridade**: a história de uma ideia perigosa. Trad. Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

BOTELHO, Catarina Santos. Haja Uma Nova Jurisdição Constitucional - Pela Introdução De Um Mecanismo De Acesso Directo Dos Particulares Ao Tribunal Constitucional (2010). **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 70, vol. I-IV, p.1-12, 2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2913544 . Acesso em: 29 nov. 2022.

BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise**: ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015.

BOTELHO, Catarina Santos. Aspirações constitucionais e força normativa da Constituição – requiem pelo «conceito ocidental de Constituição»? (constitutional aspirations and normative force of the Constitution - requiem for the 'western concept of Constitution'?) **Jornadas nos 40 Anos da Constituição da República Portuguesa** – Impacto e Evolução, Universidade Católica Editora, Porto, pp. 19-52, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2913580> . Acesso em: 19 fev. 2023.

BOTELHO, Catarina Santos. O Lugar do Tribunal Constitucional no Século XXI: os limites funcionais da justiça constitucional na relação com os demais tribunais e com o legislador. **Julgar**, n.34, p.111-126, 2018.

BOTELHO, Catarina Santos. Constitutional Narcissism on the Couch of Psychoanalysis: Constitutional Unamendability in Portugal and Spain (2018). **European. Journal of Law Reform**, 21 (3), p. 346-376., 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3242023 . Acesso em: 25 fev. 2023.

BRANDÃO, Rodrigo. FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 831-858, set./dez. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**, com alterações promovidas pela Lei nº 13.655, de 2018. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm . Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição – Segundo Substitutivo do Relator Bernardo Cabral. Setembro/1987. Brasília: Centro Gráfico do Senador Federal, 1987a. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissao-de-sistematizacao/segundo-substitutivo-do-relator . Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Atas da Comissão da Ordem Social. Brasília: Centro Gráfico do Senador Federal, 1987b. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/7_Comissao_De_Ordem_Social.pdf . Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Anteprojeto da Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos – aprovado na reunião de 25.05.87. Brasília: Centro Gráfico do Senador Federal, 1987c. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-191.pdf> . Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Anteprojeto do Relator da Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos – apresentado em 11.05.87. Brasília: Centro Gráfico do Senador Federal, 1987d. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-188.pdf> . Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Anteprojeto da Comissão da Ordem Social – junho/1987 Brasília: Centro Gráfico do Senador Federal, 1987e. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-187.pdf> . Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição – Primeiro Substitutivo do Relator Bernardo Cabral. Agosto/1987. Brasília: Centro Gráfico do Senador Federal, 1987f. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-235.pdf> . Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Comissão de Sistematização. Anteprojeto da Constituição. Relator Bernardo Cabral, 26 jun. 1987. Brasília: Centro Gráfico do Senador Federal, 1987g. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-219.pdf> . Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Atas da Comissão de Sistematização. Brasília: Centro Gráfico do Senador Federal, 1987h. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup171Canc27jan1988Volumel-II.pdf> . Acesso em: 22 dez. 2022.

BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento "C" ao nº 171), ano II, 27.01.88. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988a. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup171Canc27jan1988Volumel-II.pdf> . Acesso em: 23 dez. 2022.

BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte**. Ata da 207ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 24.02.88. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988b. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/190anc25fev1988.pdf> . Acesso em: 26 dez. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 1946/DF. Acórdão. Plenário. Relator Min. Sydney Sanches. J. 29.04.1999. 1999a.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. 1999b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm . Acesso em: 13 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. 1999c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm . Acesso em: 13 fev. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ata da 12ª sessão administrativa realizada em 09.12.2015. Brasília: Gabinete do Diretor-Geral, 2015a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=legislacaoAtasSessoesAdministrativas&pagina=atasSessoesAdministrativas> . Acesso em: 02 jan. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 2699/PE. Acórdão. Plenário. Relator Min. Celso de Mello. J. 20.05.2015. 2015b.

BRASIL. **Senado Federal**. Requerimento da Comissão de Assuntos Sociais nº 52, de 2017. Autoria: Senador Paulo Paim (PT-RS). Local: Comissão de Assuntos Sociais. Data: 19.06.17. 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129642> . Acesso em: 26 dez. 2022.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Quadro histórico artigo 7º, inciso VI da Constituição Federal de 1988. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2018a. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/30739> . Acesso em: 21 dez. 2022.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Quadro histórico artigo 7º, inciso VII da Constituição Federal de 1988. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2018b. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/35460> . Acesso em: 23 dez. 2022.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Quadro histórico artigo 7º, inciso XIII da Constituição Federal de 1988. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2018c. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/35468> . Acesso em: 23 dez. 2022.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Quadro histórico artigo 7º, inciso XVII da Constituição Federal de 1988. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2018d. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/35459> . Acesso em: 23 dez. 2022.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Quadro histórico artigo 7º, inciso XXII da Constituição Federal de 1988. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2018e. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/35475> . Acesso em: 25 dez. 2022.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Quadro histórico artigo 7º, inciso XXVI da Constituição Federal de 1988. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2018f. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/35492> . Acesso em: 25 dez. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 5709/DF. Acórdão. Plenário. Relatora Min. Rosa Weber. J. 27.03.2019. 2019a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resolução nº 642/2019 do STF (com as alterações até a Resolução nº 690, de 01 de julho de 2020)**. 2019b. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO-C-642.PDF> . Acesso em: 07 jan. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 6363/DF. Acórdão Medida Cautelar. Plenário. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Redator Min. Alexandre de Moraes. J. 17.04.2020. 2020a.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 6342/DF. Acórdão Medida Cautelar. Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. Red. Min. Alexandre de Moraes. J. 29.04.2020. 2020b.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 2238/DF. Acórdão. Plenário. Relator e Redator Min. Alexandre de Moraes. J. 24.06.2020. 2020c.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 6357/DF. Acórdão Medida Cautelar. Plenário. Relator Min. Alexandre de Moraes. J. 13.05.2020. 2020d.

BRASIL. **Ministério da Economia**. Exposição de Motivos nº 00104/2020 ME de 1 de abril de 2020 – MPV 936/2020, 2020e. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-936-20.pdf . Acesso em: 03 de fev. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 2167/RR. Acórdão. Plenário. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Redator Min. Alexandre de Moraes. J. 03.06.2020. 2020f.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 6362/DF. Acórdão. Plenário. Relator Min. Ricardo Lewandowski. J. 02.09.2020. 2020g.

BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020**. 2020h. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927impressao.htm . Acesso em: 16 fev. 2023.

BRASIL. **Medida Provisória nº 936, de 01 de abril de 2020**. 2020i. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936impressao.htm . Acesso em: 16 fev. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 811/DF. Acórdão *referendum* da Medida Cautelar convertido em julgamento de mérito. Plenário. Relator Min. Gilmar Mendes. J. 08.04.2021. 2021a.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 6696/DF. Acórdão. Plenário. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Redator Min. Luís Roberto Barroso. J. 26.08.2021. 2021b.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 5766/DF. Acórdão. Plenário. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Redator: Min. Alexandre de Moraes. J. 20.10.2021. 2021c.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 988/SC. Acórdão. Plenário. Relatora Min. Carmen Lúcia. J. 18.10.2022. 2022a.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Encerramento do Ano Judiciário de 2022. Primeira Parte – Dados Estatísticos. Discurso da presidente ministra Rosa Weber em 19.12.22. 2022b. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EncerramentoAno2022.pdf> . Acesso em: 26 dez. 2022.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. RR 1001342-65.2016.5.02.0041. Quinta Turma. Rel. Min. Breno Medeiros, DEJT 25.11.2022, p. 5236, 2022c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno do STF** (atualizado até a Emenda Regimental n. 58/2022). Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023a.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Corte Aberta: Quantidade de decisões por ambiente de julgamento por ano. 2023b. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/plenario_virtual/plenario_virtual.html . Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015** (Código de Processo Civil de 2015). 2023c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art1045 . Acesso em: 24 fev. 2023.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. **Direito, Estado e Sociedade**, n.37, p.152 a 180, jul/dez, 2010.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Una interpretación constitucional de la crisis económica. **Rev. De Derecho Constitucional Europeo**, año 10, n. 19, p. 449-454, 2013.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI. **Rev. De Derecho Constitucional Europeo**, año 15, n. 30, p. 37-62, 2018.

CARNEIRO, Claudio. **Neoconstitucionalismo e austeridade fiscal**: confronto constitucional-hermenêutico das cortes constitucionais do Brasil e de Portugal. Salvador: Juspodium, 2017.

CARREIRO, Genilson Rodrigues. **Os Novos Mecanismos de Controle da Discricionariedade Judicial da Lei de Introdução Às Normas do Direito Brasileiro**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

CESIT. **Emprego, trabalho e renda para garantir o direito à vida**. Nota GT – Mundo do Trabalho: Reformas do CESIT. Cesit./IE/Unicamp, 2020. Disponível em: <https://www.cesit.net.br/emprego-trabalho-e-renda-para-garantir-o-direito-a-vida/> . Acesso em: 20 ago. 2022.

COLÔMBIA. **Corte Constitucional da Colômbia**. Sentença C-1433/00. Referência: arquivos D-2780 e 2804, Correção da Sentença C-1433/2000. Ações de inconstitucionalidade acumuladas contra a Lei 547/99. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonel. J.23.10.00. 2000. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1433-00.htm> . Acesso em: 18 fev. 2023.

COUTINHO, Pedro. "Crise, Disse Ela": a jurisprudência da crise do tribunal constitucional português – uma visão panorâmica. **Julgár**, nº 34, jan./abr. 2018, p. 87-99, 2018.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARI, Giuseppe Franco. Los derechos sociales en el constitucionalismo de la crisis: una perspectiva comparada. **Teoría y Realidad Constitucional**. UNED, n. 43, p.349-370, 2019.

FERREIRA, Kelvia Faria. **A atuação do Tribunal Constitucional Português no contexto de crise**: a supremacia judicial em foco. 2018. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Inovação) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2018.

FMI. Fundo Monetário Internacional. **Portugal – Declaração final sobre a terceira visita de monitorização pós-programa**. Conclusões preliminares do corpo técnico. Washington: FMI, 2016. Disponível em: <https://www.imf.org/external/lang/portuguese/np/ms/2016/020416p.pdf> . Acesso em: 15 jul. 2022.

GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul./set. 2020.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAROUPA, Nuno; BOTELHO, Catarina Santos. Judicial Dissent in Collegial Courts: Theory and Evidence. **Oxford Research Encyclopedia of Politics**. Published 19 October 2022, 2022. Disponível em:

<https://oxfordre.com/politics/view/10.1093/acrefore/9780190228637.001.0001/acrefore-9780190228637-e-1990> . Acesso em: 25 fev. 2023.

GONÇALVES, Allan. **O Poder Constituinte Derivado e os Direitos Fundamentais**: uma análise acerca da constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 95/16. 2018. 87 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GROSS, Clarissa. Como respondo cientificamente a uma questão jurídica controvertida? In: QUEIROZ, Rafael; FEFERBAUM, Marina (Orgs.). **Metodologia da pesquisa em direito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

HENDGES, Carla. **Os direitos sociais em tempos de crise**: a jurisprudência da crise no Brasil e em Portugal. 2018. 315 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª ed. alemã. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos Almeida, Gilmar Mendes e Inocêncio Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes**. Nova York: W.W. Norton, 1999.

KLAFKE, Guilherme Forma. **Continuidade e mudanças no atual modelo de acórdãos do STF**: a prática, as razões para sua manutenção e caminhos para aperfeiçoamento. 2019. 349 p. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (Coord.). **Transformações do Direito Administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017.

LEITE, Fábio; BRANDO, Marcelo. Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 48, p.139-166, jan/jun, 2016.

LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

LITUÂNIA. **The Constitutional Court of the Republic of Lithuania**. Decision on the construction of the provisions of the Constitutional Court Rulings de 25 november 2002, 3 december 2003, 16 january 2006, 26 september 2007, 22 october 2007, 22 november 2007, 24 december 2008, and of the decision of 15 january 2009. J. 20.04.2010. 2010. Disponível em: <https://lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta932/content> . Acesso em: 16 fev. 2023.

LITUÂNIA. **The Constitutional Court of the Republic of Lithuania**. Ruling On The Compliance Of The Provisions Of The Legal Acts Of The Republic Of Lithuania Regulating The Recalculation And Payment Of Pensions In An Extremely Difficult Economic And Financial Situation In The State With The Constitution Of The Republic Of Lithuania. J. 06.02.2012. 2012. Disponível em: <https://lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1073/content> . Acesso em: 18 fev. 2023.

MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da crise**: uma perspectiva pragmática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MAMEDE, Alex Jordan. Teoria dos princípios de Robert Alexy, pandemia e a (in)constitucionalidade do lockdown: análise dos julgados dos municípios de Pelotas-RS e da Ilha de São Luís-MA. **RJLB - Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 8, p. 63-97, 2022.

MARCELINO, Daniel; BRAGA, Sérgio; DOMINGOS, Luiz. Parlamentares na Constituinte de 1987/88: uma contribuição à solução do “enigma do Centrão”. **Revista Política Hoje**, v. 18, n. 2, p.239-279, 2009.

MARCHIONI, Guilherme. Crítica ao ativismo judicial do bem no Estado de direito. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca; FRANÇA, Nathalia Penha Cardoso de; SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto (Coord.). **Autoritarismo Líquido e Crise Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 135-164, mai./ago. 2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal em movimento: a introdução da votação de teses e o encontro com a teoria dos precedentes. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da; FONSECA, Reynaldo Soares da; BANHOS, Sérgio Silveira; CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de (Coord.). **Tomo 2 - democracia, justiça e cidadania**: desafios e perspectivas – homenagem ao ministro Luís Roberto Barroso. Belo Horizonte: Fórum, p.233-250, 2020.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. “Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari”. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (Coord.).

Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:** estudos de direito constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. O tribunal constitucional em 2012. **JURISMAT**, Portimão, n.º 3, p. 17-54, 2013.

MIRANDA, Jorge. O tribunal constitucional em 2013. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n.18, p. 473-532, 2014.

MIRANDA, Jorge. O tribunal constitucional em 2014. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n.19, p.471-529, 2015.

MIRANDA, Jorge. Juízes constitucionais e Parlamentos: a experiência de Portugal. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 74, out./dez. 2019.

MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso. **JURISMAT**, Portimão, n.º 3, p. 55-90, 2013.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional**. Tomo II, Vol. 2. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade:** a inadequada recepção de Alexy pelo STF. 2ª ed. Salvador: Juspodium, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010a.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais:** teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010b.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do tribunal constitucional:** resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana – volume I:** dignidade e direitos fundamentais. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Limites dos direitos fundamentais:** fundamento, justificação e controlo. Coimbra: Almedina, 2021.

OIT. **Organização Internacional do Trabalho**. Trabalho em tempos de COVID - Relatório do diretor-geral ILC.109/Relatório I (B). Genebra: OIT, 2021. Disponível em: https://www.ilo.org/lisbon/publica%C3%A7%C3%B5es/WCMS_795276/lang--pt/index.htm . Acesso em: 20 fev. 2023.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas**. Revista de Informação Legislativa, v. 43, p. 135-148, 2006.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 7, n.1, p.170, 2014.

POPPER, Karl. **Conjecturas e refutações**. 5ª ed. Brasília: Editora UNB, 2008.

PORTUGAL. **Tribunal Constitucional**. Acórdão nº 399/2010. Diário da República, Lisboa, 26 de nov. 2010, n. 230, p. 57854 – 57865, 2010. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao/399-2010-2007422> . Acesso em: 27 mar. 2022.

PORTUGAL. **Tribunal Constitucional**. Acórdão nº 396/2011. Diário da República, Lisboa, 17 out. 2011, n. 199, p. 41096-41106, 2011. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/3036937/details/normal?q=396%2F2011> . Acesso em: 10 out. 2021.

PORTUGAL. **Tribunal Constitucional**. Acórdão nº 353/2012. Diário da República, Lisboa, 20 jul. 2012, n. 140, p. 3846-3863, 2012. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/179500/details/normal?q=353%2F2012> . Acesso em: 10 out. 2021

PORTUGAL. **Tribunal Constitucional**. Acórdão nº 187/2013. Diário da República, Lisboa, 22 abr. 2013, n. 78, p. 2328 – 2423, 2013a. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao-tribunal-constitucional/187-2013-260391> . Acesso em: 20 dez. 2021.

PORTUGAL. **Tribunal Constitucional**. Acórdão nº 474/2013. Diário da República, Lisboa, 17 set. 2013, n. 179, p. 5864 – 5890, 2013b. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/actconst/474/2013/09/17/p/dre/pt/html> . Acesso em: 05 fev. 2022.

PORTUGAL. **Tribunal Constitucional**. Acórdão nº 794/2013. Diário da República, Lisboa, 18 dez. 2013, n. 245, p. 36019 – 36036, 2013c. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao/794-2013-1009515>. Acesso em: 09 jul. 2022.

PORTUGAL. **Tribunal Constitucional**. Acórdão nº 413/2014. Diário da República, Lisboa, 26 jun. 2014, n.121, p. 3420 – 3512, 2014a. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/actconst/413/2014/06/26/p/dre/pt/html> . Acesso em: 12 mar. 2022.

PORTUGAL. **Tribunal Constitucional**. Acórdão nº 574/2014. Diário da República, Lisboa, 03 set. 2014, n.169, p. 4671 – 4691, 2014b. Disponível em: <https://dre.pt/dre/pesquisa> . Acesso em: 12 mai. 2022.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Diário da República, n.º 155 – I Série - A, de 12 de agosto de 2005, Assembleia da República, Lisboa, 2023. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775> . Acesso em: 19 fev. 2023.

POSCHER, Ralf (2020). Ressurreição de um fantasma? a última tentativa de Robert Alexy salvar seu conceito de princípio. Tradução: Rafael Giorgio Dalla-Barba. In: DALLA-BARBA, Rafael (Org.). **Princípios jurídicos: o debate metodológico entre Robert Alexy e Ralf Poscher**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022.

POSNER, Richard. What Has Pragmatism to Offer Law?. **63 Southern California Law Review**, p.1653-1670, 1990. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2823&context=journal_articles . Acesso em: 15 set. 2021.

POSNER, Richard. **Para além do direito**. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

ROBORTELLA, Luiz; PERES, Antonio. Interpretação jurídica em tempos de pandemia. In: BELMONTE, Alexandre; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (Coord.). **O Direito do Trabalho na crise da COVID-19**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

ROCHA, Eduardo Morais da. **O papel da jurisdição constitucional no controle das políticas restritivas de direitos sociais em tempos de crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

RODRIGUES, Carlos Coutinho. COVID 19 e a gestão de crises em Portugal. In: CARREIRAS, Helena. **COVID 19 e gestão de crises: um novo paradigma?**. National Defense Institute of Portugal, IDN brief especial pandemia, 13.05.2020, p.2-3, 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O futuro começa agora: da pandemia à utopia**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2021.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, p. 130–158, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto Macedo; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições, São Paulo: Direito GV/Saraiva, p.363-380, 2011.

SILVA, Virgilio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In: CORREIA, Fernando Alves *et al* (Orgs.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho - volume III**. Coimbra: Coimbra Editora, , p.915-937, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 47, p. 205-225, jul/dez 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian. **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, 2, p.648-669, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22-56, jan./jun. 2021.

SILVA, Homero Batista. **Legislação trabalhista em tempos de pandemia**: comentários às Medidas Provisórias 927 e 936. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

STÜRMER, Gilberto; OLIVEIRA, Olga. As concepções do direito de Ronald Dworkin e a liberdade sindical no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, nº 25, p. 75-84, 2005.

STÜRMER, Gilberto. **Direito constitucional do trabalho no Brasil**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

STÜRMER, Gilberto. Collective bargaining as a fundamental right. **Revista Direito Econômico Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 3-26, set./dez. 2017.

STÜRMER, Gilberto. Suspension and Interruption of the Effects of the Employment Agreement: Is There Anything new in the Pandemic?. **Revista Justiça do Direito**, v. 35, n. 1, p. 36-56, 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça?. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Para Céticos**. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2012.

URBANO, Maria Benedita. Estado de necessidade econômica e financeira e papel do Tribunal Constitucional. In: GONÇALVES, Pedro; GOMES, Carla; MELO, Helena; CALVÃO, Filipa. (Coords.). **A crise e o direito público**. Lisboa: ICJP, 2013.

VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. 2015. 416 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

VENTURA, Deisy. Pandemias e Estado de exceção. In: CATONI, Marcelo; MACHADO, Felipe (Orgs.). **Constituição e processo**: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Belo Horizonte, MG: Del Rey/IHJ, 2009.

VIOLANTE, Teresa. O papel dos tribunais constitucionais nacionais na democracia constitucional europeia. In: GOMES, Ana Cláudia Nascimento; ALBERGARIA, Bruno; CANOTILHO, Mariana Rodrigues (Coord.). **Direito Constitucional**: diálogos em homenagem ao 80º aniversário de J. J. Gomes Canotilho. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 115, p. 1346-1406, 2006.

WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo XXI,

Apêndice

Apêndice A – Acórdãos de Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade (ADI, ADPF, ADC, ADO) com teses fixadas (período: até 31.12.2022)

Ação	Data do julgamento	Localização da tese: ementa, dispositivo, ou ementa e dispositivo (E/D)	Redator do Acórdão	Presença da fórmula “nos termos do voto” do relator/redator e localização da fórmula: ementa: (E) ou dispositivo (D)
ADI 2699	20.05.15	Ementa	Celso de Mello	SIM (D)
ADI 5287	18.05.16	Ementa	Fux	SIM (D)
ADI 5135	09.11.16	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 5540	03.05.17	E/D	Fachin	SIM (D)
ADI 4764	04.05.17	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 5619	08.03.18	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 5525	08.03.18	Ementa	Barroso	SIM (D)
ADI 2332	17.05.18	Ementa	Barroso	SIM (D)
ADI 3141	13.12.18	Ementa	Barroso	SIM (D)
ADI 3150	13.12.18	Ementa	Barroso	SIM (D)
ADI 3995	13.12.18	Ementa	Barroso	SIM (D)
ADI 5709	27.03.19	Ementa	Weber	SIM (D)
ADI 5215	28.03.19	Ementa	Barroso	SIM (D)
ADI 1629	23.08.19	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 1147	23.08.19	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 4745	20.09.19	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 4705	03.10.19	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 4845	13.02.20	Ementa	Barroso	SIM (D)
ADI 3948	15.04.20	Ementa	Barroso	SIM (D)
ADI 3981	15.04.20	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 5374 MC AgR	22.06.20	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 6159	24.08.20	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 6362	02.09.20	Ementa	Lewandowski	SIM (D)
ADI 6166	08.09.20	E/D	Fachin	SIM (D)
ADI 6484	05.10.20	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 5358	30.11.20	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 5609	07.12.20	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 6312	21.12.20	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 4565	24.02.21	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 5374	24.02.21	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 5489	24.02.21	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 4848	01.03.21	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 5729	08.03.21	E/D	Barroso	SIM (D)

168 | Direitos Fundamentais Trabalhistas: restrições da jurisprudência da crise na pandemia

ADI 5583	17.05.21	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 5751	21.06.21	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 5576	03.08.21	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 6515	23.08.21	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 6502	23.08.21	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 6696	26.08.21	Ementa	Barroso	NÃO
ADI 4711	08.09.21	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 6476	08.09.21	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 6592	08.09.21	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 6284	15.09.21	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 6721 MC Ref CJM	27.09.21	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 6713	18.12.21	Dispositivo	Fachin	SIM (D)
ADI 5606	21.02.22	Ementa	Barroso	NÃO
ADI 6950	21.02.22	Dispositivo	Barroso	SIM (D)
ADI 6822	21.02.22	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 5371	02.03.22	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 6034	09.03.22	E/D	Toffoli	SIM (D)
ADI 6303	14.03.22	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 5331	06.06.22	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 6191	09.06.22	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 400	21.06.22	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 2142	27.06.22	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 6974	08.08.22	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 4299	28.11.22	E/D	Barroso	SIM (D)
ADI 6981	13.12.22	E/D	Barroso	SIM (D)
ADPF 339	18.05.16	Ementa	Fux	SIM (D)
ADPF 190	29.09.16	Ementa	Fachin	SIM (D)
ADPF 77	16.05.19	E/D	Toffoli	SIM (D)
ADPF 496	22.06.20	E/D	Barroso	SIM (D)
ADPF 485	07.12.20	E/D	Barroso	SIM (D)
ADPF 620	24.02.21	E/D	Barroso	SIM (D)
ADPF 335	30.08.21	E/D	Barroso	SIM (D)
ADPF 188	15.06.22	E/D	Fachin	SIM (D)
ADPF 893	21.06.22	E/D	Barroso	SIM (D)
ADC 41	08.06.17	E/D	Barroso	SIM (D)
ADC 17	01.08.18	E/D	Barroso	SIM (D)
ADO 26	13.06.19	Dispositivo	Celso de Mello	SIM (D)

POSFÁCIO

A leitura um posfácio presume leitura prévia do prefácio, da apresentação e, claro, do texto que está sendo posfaciado. Aqui, portanto, abordo o livro de Alex Jordan Soares Monteiro Mamede, cujo título é "Direitos Fundamentais Trabalhistas: restrições da jurisprudência da crise na pandemia".

Foi com muita honra que recebi o convite do pesquisador e autor da presente obra, Alex Mamede, para posficiar a sua obra. O livro é resultado da dissertação de mestrado do autor junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas, com orientação do Professor Doutor Guilherme Camargo Massau.

Particpei da banca de qualificação da dissertação, onde já tivemos oportunidade de trocar ideias acerca do excelente tema abordado pelo Alex. Mais adiante, com o trabalho pronto e maduro, estive na banca final de defesa da excelente dissertação de mestrado do autor.

Alex Mamede, agora Mestre em Direito pela UFPEL, é também pesquisador no mesmo Programa, na linha de pesquisa Estado e Constituição, com ênfase em Jurisdição Constitucional, Jurisprudência de Crise e Direitos Sociais. É pós-graduado em Direito Processual do Trabalho e Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Foi estagiário do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região (Paraíba), técnico judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (Bahia), analista judiciário do Tribunal Regional da 2ª Região (São Paulo) e advogado. Atualmente, Alex é Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (Rio Grande do Sul).

O livro que tenho a honra de posficiar, "Direitos Fundamentais Trabalhistas: restrições da jurisprudência da crise na pandemia", está estruturado em introdução, considerações finais e três capítulos.

O primeiro capítulo trata da caracterização da jurisprudência da crise brasileira, com suas principais influências e reflexos no direito brasileiro. Também questiona: de qual crise estamos falando? Examina a jurisprudência da crise

econômica desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Português a partir do controle de constitucionalidade das medidas de austeridade de 2010 a 2014, bem como a influência do pragmatismo jurídico norte-americano e seus elementos consequencialismo, contextualismo e antifundacionismo.

Encerra, antes da conclusão parcial, com o exame dos riscos de uma importação acrítica e os pontos de aproximação e diferenças em relação ao exercício da jurisdição constitucional no Brasil. Alex foi de uma invulgar felicidade nessa parte propedêutica da sua obra, ao apresentar aspectos que dão sustentabilidade ao tema no seu âmago principal, que é a jurisprudência brasileira.

Pois no segundo capítulo, o autor aborda os limites e restrições aos direitos fundamentais trabalhistas no âmbito da jurisprudência da crise brasileira. São examinados os tipos de restrições aos direitos fundamentais trabalhistas, os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas e a opção pela prevalência das regras na definição dos direitos fundamentais trabalhistas. Os debates da Assembleia Nacional Constituinte, em 1987 e 1988, são aqui examinados com grande profundidade. Questões como salário, duração do trabalho, férias, normas de saúde e segurança e reconhecimento da negociação coletiva de trabalho são, aqui, examinados com rigor pelo autor. O capítulo encerra com o exame das predileções por um suporte fático amplo no âmbito da teoria externa e a superabilidade das regras.

No terceiro e último capítulo, Alex apresenta uma análise qualitativa de casos paradigmáticos. Aqui, é examinado o padrão decisório do Supremo Tribunal Federal e os meios de compreensão do entendimento da corte. Há uma preocupação com a dificuldade de extração de uma *ratio decidendi* no modelo *seriatim* adotado pelo STF. Por fim, são examinadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas no período da pandemia por ocasião das medidas implementadas pelo Estado para buscar garantir os direitos sociais em voga naquele momento: saúde e trabalho.

A obra de Alex é profunda e de qualidade invulgar, destacando a preocupação do autor com temas tão sensíveis nos últimos tempos.

Ter participado das bancas e escrever este posfácio é, para mim, como já disse, uma honra e uma alegria.

Recomendo o livro, parabenizo o autor, sua pesquisa, o Programa de Pós-Graduação que lhe deu sustentabilidade e o seu orientador. Cumprimento, ainda, a editora e desejo uma ótima leitura a todos quantos tenham interesse no tema.

*Gilberto Stürmer*¹

¹ Professor Titular do PPGD da PUCRS. Advogado. Titular da Cadeira nº 100 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Santa Catarina e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilla (Espanha).

