

A superinterpretação da Medida Provisória 936: o julgamento da ADI 6.363/DF e a prevalência do direito dos intérpretes sobre o direito dos textos*

The overinterpretation of Medida Provisória 936: the judgment of ADI 6.363/DF and the prevalence of the right of interpreters over the right of texts*

André Karam Trindade(1); Angela Araujo da Silveira Espindola(2); Diego Costa Almeida(3)

1 Doutor em Teoria e Filosofia do Direito (Uniroma3/Itália). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIFG/BA. Coordenador do SerTão – Núcleo Baiano de Direito e Literatura (UNIFG/DGP/CNPq).

E-mail: andrekaratrindade@gmail.com | ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5102-3673>

2 Doutora em Direito Público (UNISINOS/RS). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIFG/BA. Professora Colaboradora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM/RS. Coordenadora do CAJU – Centro de Estudos sobre Acesso à Justiça (DGP/CNPq).

E-mail: ange.espindola@gmail.com | ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4376-6316>

3 Mestrando em Direito (UNIFG/BA). Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Processo Civil. Professor da Faculdade Madre Thais/Ilheus, BA. Bolsista Capes.

E-mail: diego@pessoaepessoa.com.br | ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5544-6590>

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 16, n. 2, p. 1-20, Maio-Agosto, 2020 - ISSN 2238-0604

[Received/Recebido: Agosto 03, 2020; Accepted/Aceito: Dezembro 03, 2020;

Publicado/Published: Março 17, 2021]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2020.v16i2.4241>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui!/click here!](#)

“eu estava estudando a dialética entre os direitos dos textos e os direitos dos intérpretes. Tenho a impressão de que, no decorrer das últimas décadas, os direitos dos intérpretes foram exagerados”
(Umberto Eco)

Resumo

Este ensaio discute os limites da interpretação do texto constitucional na perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito, valendo-se da noção de “superinterpretação”, formulada por Umberto Eco. A proposta consiste em examinar o julgamento da Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6.363/DF, no Supremo Tribunal Federal, cujo objeto foi a Medida Provisória nº 936/2020, que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e autorizou a suspensão temporária de contrato de trabalho, a redução de jornada de trabalho e de salário e outras medidas para reduzir impactos sociais da disseminação da Covid-19. É possível a norma infraconstitucional estabelecer situação de redutibilidade salarial para além daquelas previstas excepcionalmente no texto constitucional? A hipótese do ensaio é que, ao não referendar a medida cautelar concedida pelo relator, o Plenário da Corte incorreu em superinterpretação que vulnerabiliza direitos e garantias constitucionais, contribuindo, desse modo, para a institucionalização de um direito do trabalho de exceção.

Palavras-chave: Superinterpretação. Limites da interpretação. Controle de constitucionalidade. MP 936/2020. ADI 6.363/DF. COVID-19. Estado de exceção.

Abstract

This essay discusses the limits of the interpretation of the constitutional text from the perspective of the Hermeneutic Criticism of Law, using the notion of “superinterpretation”, formulated by Umberto Eco. The proposal consists of examining the judgment of the Precautionary Measure (MC) in the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) nº 6.363 / DF, at the Supreme Federal Court, whose object was Provisional Measure (MP) n. 936/2020, which instituted the Emergency Program for Maintenance of Employment and Income and authorized the temporary suspension of employment contracts, the reduction of working hours and wages and other measures to reduce the social impacts of the spread of Covid-19. Is it possible for the infraconstitutional rule to establish a situation of wage reducibility beyond those provided for exceptionally in the constitutional text? The hypothesis of the essay is that, by failing to endorse the precautionary measure granted by the rapporteur, the Plenary of the Court incurred in overinterpretation that makes constitutional rights and guarantees vulnerable, thus contributing to the institutionalization of an exceptional labor right.

Keywords: Overinterpretation. Limits of Interpretation. Constitutionality control. Provisional Measure (MP) 936/2020. Direct action of unconstitutionality (ADI) 6.363/DF. COVID-19. State of Exception.

1 Introdução

Todos sabemos, ao menos desde o aprofundamento dos estudos hermenêuticos no campo do Direito, que textos e normas não são a mesma coisa. A norma é o produto da interpretação do texto jurídico. Essa simples assertiva contém um conjunto de implicações, a começar pela ideia de que a norma não se dá objetivamente, como se sua interpretação ocorresse por meio uma operação mecânica ou mesmo lógica. Com a superação da metafísica clássica, aprendemos que o sujeito é um ator fundamental no processo interpretativo. Disso não decorre, entretanto, que a atribuição de sentido possa resultar da vontade do intérprete.

Desde 1988, a “irredutibilidade do salário” é um direito constitucionalmente garantido ao trabalhador. Sua única exceção decorre da disposição em “convenção ou acordo coletivo” e, portanto, depende da intervenção sindical. Isso é o que estabelece, textualmente, o artigo 7º, inciso VI, da Constituição. Todavia, não foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a constitucionalidade do artigo 12, da Medida Provisória 936, responsável por autorizar a redução salarial através de acordo individual firmado diretamente entre empregado e empregador. Portanto, quais os limites da interpretação dessa norma jurídica?

Considerando (a) que a teoria da decisão ocupa, atualmente, uma posição de destaque quando se coloca o problema da interpretação e aplicação do Direito, (b) que esse problema constituiu um tema que se situa entre os campos da hermenêutica, do direito constitucional e, igualmente, do direito e literatura, (c) que o alcançado alcançado pelos estudos em Direito e Literatura no Brasil contempla uma série de discussões teóricas, entre elas a questão dos limites da interpretação, podemos nesse caso específico afirmar, inspirados em Umberto Eco, que a Suprema Corte incorreu na superinterpretação da Constituição?

A obra *Interpretation and Overinterpretation*, de Umberto Eco, publicada originalmente pela Cambridge University Press, em 1992, nos sinaliza pontos cegos da interpretação dos textos e, arriscamos afirmar que trata-se de obra que não recebeu a devida atenção dos juristas e muito pode construir para o debate dos limites da interpretação e do intérprete.

Naquela obra – *Interpretação e Superinterpretação* –, Eco abre o primeiro capítulo expondo uma outra obra sua, escrita décadas antes, qual seja: *Opera aperta*, publicada pela editora Bombiani, em 1962. Nela, Eco sustentava o papel ativo do leitor na interpretação de textos dotados de valor estético. Certamente, a questão de fundo, à época, era a dialética entre os *direitos dos textos* e os *direitos de seus intérpretes*. Nos trabalhos sucessivos que produziu, ele buscou os fundamentos semióticos dessa experiência de abertura a cujas regras não havia se dedicado inicialmente.

No entanto, três décadas mais tarde, preocupado com a licença delegada por alguns dos principais setores do pensamento crítico contemporâneo, em especial de

certos desconstrucionistas – que teriam promovido uma apropriação perversa da noção de semiótica ilimitada –, para que o leitor produza um fluxo incontrolável de “leituras”, o mesmo Eco insurge-se contra os exageros muitas vezes cometidos pelos intérpretes.

Após suas *Tanner Lectures* em Cambridge, junto aos membros da Clare Hall, seguidas dos debates com Richard Rorty, Jonathan Culler e Christine Brooke-Rose –, Eco se dedica, então, a explorar de forma mais detida as maneiras de se limitar o alcance das interpretações possíveis e, conseqüentemente, de combater as denominadas *superinterpretações*.

Desde o início, ele chama atenção para um aspecto importante, que, a nosso ver, certamente também se aplica ao Direito: é possível reconhecermos a superinterpretação de um texto sem que precisemos indicar qual é a interpretação correta, ou sequer acreditar que deva existir uma interpretação correta.

Toda essa discussão vem retomada e aprofundada no clássico *I limiti dell'interpretazione* (1990), onde também Eco se dedica ao resgate do valor do texto e, portanto, da *intentio operis*. Nesse livro, ele admite que, nos anos 60, preocupava-se com a tensão entre a fidelidade e a liberdade do intérprete em relação ao texto. Entretanto, passados trinta anos, reconhece que a balança pendeu excessivamente para o lado da liberdade concedida ao intérprete, conferindo-lhe um lugar privilegiado.

Ora, esse mesmo movimento parece repetir-se no Direito. Em certo momento da história, no século XIX, o positivismo legalista nos levou a acreditar que interpretar era descobrir a vontade do legislador (*mens legis*); depois, ao longo do século XX, o positivismo normativista passou a sustentar que interpretar é um ato de vontade e que os juízes possuem discricionariedade para decidir os casos difíceis. Ou seja, da vontade do legislador (*intentio auctoris*) saltamos para a vontade do juiz (*intentio lectoris*), como se a interpretação do Direito continuasse a depender exclusivamente da vontade, ora do autor, ora do leitor¹.

Enfim, a pergunta que ainda nos ocupa é sobre os limites da interpretação no Direito e seus problemas agregados como a discricionariedade e o ativismo judicial, a partir da perspectiva fenomenológico-hermenêutica. Neste texto, a pretensão é examinar a MP n. 936 e a ADI 6363/DF. Se ao final, não restar evidenciado o fenômeno da superinterpretação esperamos provocar o debate para que estudos e pesquisas acerca dos limites da interpretação continuem, sobretudo em tempos de intensificação do uso da automação e da inteligência artificial, sob pena de, na intenção de gerenciar a celeridade da prestação jurisdicional e a produtividade do judiciário, ocultemos o problema da racionalidade decisória e da qualidade intrínseca da prestação jurisdicional.

1 Sobre essas reflexões, recomendamos a leitura prévia do artigo de TRINDADE, Andre Karam. O problema da superinterpretação no direito brasileiro. *Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito* (RECHTD), v. 11, n. 3, p. 447-460, 2019. Disponível em <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/viewFile/rechtd.2019.113.10/60747608>

2 Para além dos limites da interpretação: rotas para a superinterpretação

Estamos ingressando na segunda década do século XXI, o que talvez nos autorize, enquanto estudiosos do direito, a arriscar alguns diagnósticos possíveis a partir da compreensão de algumas transformações estruturais sofridas pelo Direito durante a passagem do século XX para o século XXI, particularmente no que tange ao Poder Judiciário e sua atuação jurisdicional.

Na tentativa de apontarmos algumas premissas, podemos observar o seguinte: (a) estamos em um cenário de crescimento e complexificação do sistema de interação econômica, social e política fora do alcance e do controle do Estado; (b) há uma profusão de interesses diversificados que ameaçam a centralidade e a exclusividade de centros de referências consolidados; (c) no que tange ao Direito, há uma erosão de seus esquemas teóricos, que é causa e consequência de uma crise paradigmática. É esse o cenário em que se dá a emergência de estratégias plurais, justapostas ou paralelas advindas de decisões governamentais – Legislativo e Executivo – mas também de negociações e deliberações nos diversos sistemas e subsistemas que compõem a economia e a sociedade. A produção normativa, portanto, se dispersa e ocorre em instâncias não-legislativas, ou seja, o conteúdo normativo antes determinado pelo Estado, passa a ser determinado não só pelo Estado, mas também por outros atores. A legitimidade desta produção normativa passa a ser examinada – não raro – por uma perspectiva meramente procedimental, vinculado ao seu modo de produção, ao seu modo de elaboração. Mas a legitimação da produção normativa passa, necessariamente, pela interpretação e pelos seus limites.

O ato de interpretar é uma atividade humana em que se atribui valor ou sentido a algo. Na literatura, o texto é o objeto a ser analisado. Com isso, é comum não ser uníssona a sua interpretação, pois, em certa medida, depende do local de fala ou recepção em que o sujeito se encontra, se autor ou leitor, bem como se houve a busca pelo que o texto se propõe a dizer.

No que concerne a intenção original do autor do texto, importante, registrarmos a dificuldade - ou a quase impossibilidade – de, ao analisar o texto, encontrar esta “intenção original” ou “intenção do autor” ou “sentido primevo”. E ainda que fosse possível identificar esta intenção original do autor ao tempo da construção do texto, isso – deslocado no tempo – teria efetivamente qual razão? Poderia ser utilizado para a construção do argumento retórico talvez? Poderia servir para compreender uma determinada realidade histórica ou cultural do autor ou do texto? E ainda assim, quais as garantias de ser “esta” ou “aquela” a melhor interpretação acerca da “intenção original” do autor do texto? Ao fim e ao cabo, ainda restaria identificarmos se deve prevalecer a intenção do leitor ou do autor ou se há um texto autônomo, independentemente de seu autor e de seu leitor.

Isso tudo pode ser transposto para a interpretação de um texto jurídico – da lei, do caso, da decisão judicial?

Na tentativa de reconstruir muito brevemente a compreensão sobre os limites da interpretação na construção das decisões judiciais – nosso foco de análise aqui – se faz oportuno observar que com o advento das legislações sociais e o crescimento da insatisfação dos cidadãos com o desenvolvimento da sociedade industrial do século XIX começa a ser delineada a compreensão do direito como instrumento de transformação social. São as contribuições de Anton Menger e Franz Klein, apoiados na perspectiva da socialização processual, que ressoam no âmbito legislativo². A consequência disso foi, desde então, o reforço e o fortalecimento gradual do poder judicial. E veja que esses movimentos que começam a operar no papel da legislação e no papel da jurisdição, são inevitavelmente reflexos da roupagem do Estado de Direito, mas também do comportamento da Jurisdição e do Processo às modificações operadas no perfil de Estado e aos avanços no que tange a consolidação e promoção dos (novos) direitos³.

A crise social que se intensifica no século XX, sobretudo no segundo pós-guerra, passou a justificar uma perspectiva mais socializadora do processo judicial, com vista a instalar um novo modelo de Estado – o *Welfare State* – também pela via jurisdicional. Rapidamente, se concluiu naquele momento histórico, que era necessário liberar as forças atadas do juiz e colocá-las, ao lado das demais forças estatais, a serviço do direito, do bem estar comum e da paz social⁴.

Ao mesmo tempo em que estes contornos estavam ocorrendo não só no perfil do Estado, do Direito, mas também da Jurisdição e do Processo. Essa perspectiva ativa do intérprete, esse papel ativo do intérprete também foi identificado por Umberto Eco em “Opera Aperta” (“Obra Aberta”), coletânea de artigos sobre a poética da arte contemporânea com primeira publicação no ano de 1962. Como o próprio nome da obra sugere, o texto estaria aberto a interpretações pelo leitor/intérprete.

Na tentativa inicial de dar uma maior autonomia ao intérprete, atribuindo-lhe a responsabilidade de igualmente compor a obra – a Constituição e o Estado Democrático de Direito – o século XXI vai se apresentando, de fato, como um período

2 LEYRET, Henry. *Las sentencias del buen juez Magnaud. Reunidas e comentadas*. Bogotá: Temis, 1976. NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2010.

3 Nesse sentido, oportuno recuperar STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. BOLZAN DE MORAIS, J. L.; NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2010. ESPINDOLA, A. A. DA S. O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre*, v. 1, n. 6, p. 207-238, 2008. TRINDADE, André, OLIVEIRA, Rafael. O ativismo judicial na débacle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. In: *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 11, n. 2, p. 751-772, 2016. doi: <https://doi.org/10.5902/1981369422912>

4 NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.

vocacionado para a Jurisdição e para a Doutrina, como referido por Nicola Picardi⁵. Mas aquilo que deveria fortalecer o Estado de Direito, preparando-o para incorporar a perspectiva do paradigma democrático de Direito que se apresenta a partir dos anos 70, 80 e 90, especialmente a partir dos anos 2000 passa a fragilizá-lo.

O constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial, delineado como o Constitucionalismo contemporâneo, em contraposição às estratégias de um neoconstitucionalismo, passa a exigir um redimensionamento do poder judiciário, vez que – sendo o Século XXI, vocacionado para a jurisdição – passa a ser cada vez mais provocado a se manifestar sobre os mais variados temas e, sobretudo, sobre a emergência de novos direitos. Ocorre que, justamente com o novo constitucionalismo e a maior interferência do poder judiciário verificou-se também rotas para arbitrariedades desse poder. Erramos no tempero e adicionamos “sal” demais para o judiciário. A redimensão do papel da jurisdição passa a se apresentar não como reconhecimento da sua responsabilidade política, nos termos propostos por Dworkin, mas antes como autorização para um ativismo judicial, que fragiliza a autonomia do Direito e, conseqüentemente, o próprio Estado Democrático de Direito.

Voltemos a Umberto Eco! Diante do abuso nesse protagonismo do leitor/intérprete, inclusive com compreensões extraídas pelo intérprete da sua própria consciência, sem qualquer compromisso com a semântica, mais adiante, Umberto Eco reconhece a necessidade da busca pelo valor do texto.

Não é que se opõe ao papel criativo do leitor ou que haveria uma classificação entre a melhor ou pior interpretação a ser dada, mas “se não há regras que ajudem a definir quais são as melhores interpretações, existe pelo menos uma regra quais são as más”⁶.

Ou seja, “o fato de um texto admitir diferentes interpretações não significa, de maneira nenhuma, que desse texto se possa fazer qualquer interpretação”⁷. Ou, como diz Lenio Streck reiteradamente em suas palestras, citado por André Karam Trindade, “não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”⁸. Existem limites a serem observados pelo leitor, que não pode se valer das suas concepções individuais para atribuir sentido da forma que melhor lhe aprouver, até porque muitas vezes se revelam totalmente dissociadas do texto.

Neste sentir, André Karam Trindade, de forma sintética, esclarece que:

Se, num primeiro momento, Eco privilegiou a autoridade do leitor – e, aqui, ele cita a maliciosa metáfora de Tzvetan Todorov

5 PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

6 ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 61.

7 TRINDADE, Andre Karam. O problema da superinterpretação no Direito brasileiro. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 11, n. 3, p. 447-460, 2019.

8 TRINDADE, Andre Karam. O problema da superinterpretação no Direito brasileiro. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 11, n. 3, p. 447-460, 2019.

(1987): um texto não de um piquenique em que o leitor traz as palavras e os leitores o sentido (que, na verdade, é uma frase de Georg Lichtenberg em alusão aos trabalhos de Jakob Bohme) -, contribuindo para certa arrogância do leitor, que assumiu um papel ativo demais na livre atribuição de sentido; num segundo momento, Eco se preocupa, então, com os limites que o texto impõe a atividade interpretativa. Ora, para que numa interpretação seja exitosa, parece recomendável que ela possa ser verificável, tendo por base o próprio objeto interpretado, no caso o texto.⁹

E, quando essa leitura se revela de plano inadequada, inconcebível e insustentável do texto, tem-se o fenômeno da superinterpretação. Ela caracteriza-se pela imposição da vontade do leitor, que desrespeita a intenção do texto, ao violar a sua coerência ou, então, por usurpar seus limites semânticos, apoderando-se do seu sentido.¹⁰

Aqui, por maior que seja o papel criativo do intérprete, como diz Eco, não se pode dizer que Jack Estripador cometeu seus crimes com base no evangelho segundo São Lucas.^{11 12}

Ademais, não se pode dizer, outrossim, que a estorinha de Pinóquio se revela como uma metáfora de Jesus¹³; que a personagem Capitu em Dom Casmurro seria transexual¹⁴; ou, até mesmo, a total inversão de sentido demonstrada por Machado de Assis, no conto a Sereníssima República, quando da discussão do sorteio ali realizado, a palavra Nebrask, inserida neste formato por erro de grafia, e, mesmo com juramento de 5 pessoas, ao contrário do que a própria fonética sugeria, de Nebraska virou Caneca, após ajuda do testemunho de um grande filólogo¹⁵.

No Direito, não é diferente. A interpretação sempre foi tema importante na sua história, e, sem dúvida, o seu papel variou também a depender da prevalência dada no momento, principalmente se ficaria com texto ou com o intérprete.

9 TRINDADE, Andre Karam. O problema da superinterpretação no Direito brasileiro. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 11, n. 3, p. 447-460, 2019.

10 TRINDADE, Andre Karam. O problema da superinterpretação no Direito brasileiro. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 11, n. 3, p. 447-460, 2019.

11 ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 28.

12 STRECK, Lenio Luiz. *Assim como nos AAs, sugiro a Jusvoa (Juristas Voluntaristas Anônimos)*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-12/assim-aas-sugiro-jusvoa-juristas-voluntaristas-anonimos>. Acesso em: julho 2020.

13 STRECK, Lenio Luiz. *Assim como nos AAs, sugiro a Jusvoa (Juristas Voluntaristas Anônimos)*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-12/assim-aas-sugiro-jusvoa-juristas-voluntaristas-anonimos>. Acesso em: julho 2020.

14 STRECK, Lenio Luiz. *Assim como nos AAs, sugiro a Jusvoa (Juristas Voluntaristas Anônimos)*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-12/assim-aas-sugiro-jusvoa-juristas-voluntaristas-anonimos>. Acesso em: julho 2020.

15 TRINDADE, Andre Karam. O problema da superinterpretação no Direito brasileiro. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 11, n. 3, p. 447-460, 2019.

A exemplo do que ocorreu na literatura, o período após a segunda guerra levou o protagonismo ao intérprete, que, no direito, seria o julgador. A literalidade do texto como defendia em linhas gerais o positivismo¹⁶, sem a conexão entre o direito e moral, deveria ser afastada para colocar no centro a ideia de justiça. Aqui, preponderou as diretrizes estabelecidas pela escola do direito livre e da jurisprudência dos interesses.

Se no primeiro momento pode até reconhecer de certa forma a importância do protagonismo do intérprete para afastar a aplicação de normas elaboradas no regime totalitário do nazismo e fascismo, mais adiante, mormente quando analisada a discricionariedade em cotejo com o movimento constitucionalista, revelou-se e revelou-se perniciosa.

O Brasil é exemplo disso. Como diz Lenio Streck, mesmo depois da Constituição, teses como o neoconstitucionalismo na sua versão radical-chique-ponderadora chegaram para fincar raízes. Ou seja, ignoram-se textos legais. Limites textuais nada valem. Institucionalizou-se a tese de que o Direito é o que os tribunais dizem que é.¹⁷

O fato é que esse poder leva a verdadeiras decisões voluntaristas e solipsistas¹⁸ em que o texto constitucional, que decorre do poder constituinte, e, portanto, emana do povo, cede para o poder do não eleito, o judiciário, que a gravidade se acentua quando é a própria Corte Constitucional que assim o faz, seja para atender o clamor da sociedade, ou, como preferem alguns, a “voz das ruas”, seja para atender o mercado nas matérias que envolvem os direitos sociais.

3 Para além da (des)constitucionalização de direitos: rotas para o direito do trabalho de exceção

O Direito em certa medida reflete o pensamento hegemônico da sociedade. No judiciário trabalhista¹⁹, esclarecendo, de logo, que medidas disruptivas no

16 Neste particular, registre-se que existem diversos positivismos. Para melhor entendimento, a leitura proposta por Lenio Streck do verbete “positivismo jurídico”. STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte, Letramento, 2017, p. 159-210.

17 STRECK, Lenio Luiz. *Assim como nos AAs, sugiro a Jusvoa (Juristas Voluntaristas Anônimos)*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-12/assim-aas-sugiro-jusvoa-juristas-voluntaristas-anonimos>. Acesso em: julho 2020

18 Neste sentir, esclarece André Karam Trindade: “Toda superinterpretação é um ato solipsista e, portanto, ativista. Por quê? Porque ela se funda em elementos extratextuais, cuja origem remete, inevitavelmente, à vontade do intérprete. A superinterpretação funda-se sobre elementos exógenos ao texto, porém endógenos quanto a consciência do sujeito. E aqui é onde reside o perigo. Toda superinterpretação implica determinado grau de privatização da linguagem.” TRINDADE, Andre Karam. O problema da superinterpretação no Direito brasileiro. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 11, n. 3, p. 447-460, 2019.

19 Os métodos específicos do pensamento econômico encontram-se difundidos em todos os ramos do Direito. Neste sentir, assevera Alexandre Morais da Rosa: “No âmbito do Sistema Judiciário, este

tocante aos direitos sociais não se limitam a este campo²⁰, vive-se o fenômeno da desconstitucionalização, em verdadeiro Direito do Trabalho de Exceção, pois “na possibilidade de, existindo uma regulação jurídica do trabalho, ser ela a própria negação da necessária proteção jurídica que justifica a sua existência.”²¹

No Brasil, como bem adverte Cristiano Paixão e Ricardo Lourenço Filho, as relações trabalhistas são atingidas em três momentos, sendo que um dos órgãos responsáveis por essa desconstrução das regras e princípios que regem o mundo do trabalho é o próprio Supremo Tribunal Federal.²² Ou seja, “quem comanda a nova ordem é essa entidade abstrata que se convencionou denominar “mercado”, cujas visões informam uma série de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos anos de 2016, 2018 e 2020”^{23 24}

Para os autores, a primeira onda inicia-se em 2016 quando o STF diz que o administrador tem o dever de proceder ao corte dos salários dos servidores em greve assim que a paralisação se iniciar (decisão em caráter de repercussão geral na Reclamação nº RE 693.456-RJ). A segunda onda, ainda com reflexos provenientes da Reforma Trabalhista, evidencia-se quando a Corte Constitucional autoriza a terceirização de forma irrestrita por meio da ADPF 324 e RE 958.252-MG, bem assim

cotejo acontece no registro (i) Macro: da organização e administração da Justiça, especificamente no plano Legislativo e Organizacional do Ordenamento Jurídico, especialmente mediante a destruição das noções de Direito Fundamental e Constituição; e (ii) Micro: da decisão judicial *stricto sensu*, inserida no contexto do discurso jurídico neoliberal, avaliada pelo critério da eficiência. DA ROSA, Alexandre Moraes. *Constitucionalismo garantista: notas lógicas. Garantismo Hermenêutica e Neo Constitucionalismo: Um Debate com Luigi Ferrajoli*. Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle.

20 A título de exemplo, no Legislativo, evidencia-se com a implementação da Reforma Trabalhista. No executivo, tem-se a busca pela flexibilização das normas de combate ao trabalho escravo por meio de Portaria e a extinção do Ministério do Trabalho e Emprego.

21 LOPES, Joao Gabriel Pimentel. *Do direito protetivo do trabalho de exceção: o caso do trabalhador intermitente*. Teoria Jurídica Contemporânea. 2019, p. 40-61.

22 PAIXAO, Cristiano. FILHO, Ricardo Lourenço. *O STF e o direito do trabalho: as três fases da destruição*. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/30068-o-stf-e-o-direito-do-trabalho-as-tres-fases-da-destruicao>. Acessado em: julho 2020.

23 PAIXAO, Cristiano. FILHO, Ricardo Lourenço. *O STF e o direito do trabalho: as três fases da destruição*. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/30068-o-stf-e-o-direito-do-trabalho-as-tres-fases-da-destruicao>. Acessado em: julho 2020.

24 Registre-se que os indícios dessa mudança de paradigma já revelavam em período anterior ao marco estabelecido pelos autores do referido texto, a exemplo da liminar dada pelo ministro Gilmar Mendes na Reclamação 6266 em que reconheceu o salário mínimo como base de cálculo para cômputo do adicional de insalubridade em inequívoca ofensa ao inciso IV, artigo 7, da CF, mas ficam mais evidentes desde a suspensão dos efeitos da ultratividade da norma coletiva por meio da decisão liminar do Ministro Gilmar Mendes na ADPF 323, de forma que a validade do instrumento coletivo estaria limitada a seu período de vigência. Com isso, inverteu-se o interesse e a ordem na busca pela negociação coletiva. O sindicato que deveria buscar o empregador ou sindicato patronal para no mínimo manter as conquistas sociais inseridas nos instrumentos normativos, e não o contrário.

quando extingue a contribuição sindical compulsória, o que resultou na perda da principal receita dos Sindicatos.

E, ao final, demonstram que na onda atual, por sua vez, o STF escancara o “oportunismo desconstituente”²⁵ para pôr em prática o “ativismo judicial da destruição”²⁶, respaldado pelo “Direito Constitucional de Crise” ou, como prefere alguns, o “Direito Constitucional de Emergência”, pois, como dito pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI 6363, abaixo esmiuçado, “não se pode negar validade a essa norma (MP 936) sob pena de, querendo proteger, matar o doente. E os doentes aqui são muitos, são as empresas, é o sistema econômico produtivo, é o trabalhador”.²⁷

Cria-se um princípio jurídico: o do melhor interesse do mercado²⁸ em que os direitos sociais se revelam como entraves para a propagação da lógica econômica defendida pelo neoliberalismo, e, portanto, devem ser extirpados ou drasticamente reduzidos.

Pata tanto, fez-se necessária uma “nova gramática de poder, em que a excepcionalidade se instrumentaliza por uma racionalidade assentada em cálculos de custos, que liquidificam os obstáculos colocados pelo direito vigente.”²⁹

Esse direito que emerge como algo incontornável, “projetando-se como direito líquido no sentido de Bauman, prescinde dos predicados da previsibilidade, da segurança e da confiança, transmutando-se em instrumento de dominação da nova configuração de poderes.”³⁰

É o estado de exceção inserido na seara trabalhista no qual a vida humana é reduzida a vida nua e transformada em objeto domesticado pelo poder, de forma que “o que era essencialmente uma suspensão temporal do ordenamento com base numa

25 PAIXAO, Cristiano. *COVID 19 e o oportunismo desconstituente*. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/a-grande-crise/covid-19-e-o-oportunismo-desconstituente-por-cristiano-paixao/>. Acessado em: julho 2020.

26 PAIXAO, Cristiano. FILHO, Ricardo Lourenço. *O STF e o direito do trabalho: as três fases da destruição*. Disponível em <https://www.anamatra.org.br/artigos/30068-o-stf-e-o-direito-do-trabalho-as-tres-fases-da-destruicao>. Acessado em julho 2020.

27 Pleno - Redução de salários por acordo individual em decorrência da Covid - 19 - com audiodescrição. *Youtube*. 19 abril 2020. (3h24min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LFwWUDURYMQ&t=117s>. Acessado em: julho 2020.

28 DA ROSA, Alexandre Morais. *Constitucionalismo garantista: notas lógicas*. Garantismo Hermenêutica e Neo Constitucionalismo: Um Debate com Luigi Ferrajoli. Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle.

29 SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *A introdução das políticas ultraliberais no Brasil e as reformas trabalhistas: uma ponte para a exceção?* In: *Direito do Trabalho e Pensamento crítico*. Porto Alegre, HS Editora, 2016, p. 71-78.

30 FERREIRA, António Casimiro. *Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção*. Porto: Vida Económica, 2012, p. 130.

situação fática de perigo, adquire uma disposição espacial permanente que, como tal, permanece, porém, estavelmente fora do normal”.³¹

Neste sentir, valendo-se dos conceitos ora suscitados à luz da experiência portuguesa, António Casimiro Ferreira:

Fenómeno particularmente evidente na esfera laboral, onde o direito de exceção se apresenta em ruptura paradigmática com os pressupostos do direito do trabalho, eliminando o conflito enquanto elemento dinâmico das relações laborais e a proteção do trabalhador enquanto condição de liberdade. As funções do direito do trabalho são igualmente questionadas, nomeadamente a função económico-instrumental sempre dependente dos débeis equilíbrios entre a mercantilização do trabalho e os limites impostos pelo estatuto conferido pelo direito do trabalho ao trabalhador vacila perante as anunciadas alterações ao tempo de trabalho e descanso, enquanto a função de organização das relações de poder na esfera laboral colocada sob o efeito da dispensabilidade dos trabalhadores e do estreitamento da negociação coletiva torna a organização da “submissão voluntária” do trabalhador à autoridade do empregador num exercício de poder despótico, sem contrapoder.³²

Como se vê, “a atividade dos tribunais, no contexto de crise, revela a existência de uma jurisprudência da “austeridade” que tem por objeto o direito de exceção”³³, sendo a decisão final na ADI 6363 um exemplo típico desse fenómeno quando a interpretação foi contrária ao que diz a Constituição Federal, especialmente quando o STF possibilitou a redução salarial sem a participação do Sindicato, e, portanto, de forma dissociada, ou melhor, inversa, ao que se extrai do seu inciso IV, artigo 7, em que de acordo com os Direitos Sociais determina a irredutibilidade salarial, salvo se por negociação coletiva.

O aumento de despesas e redução das receitas proporcionadas pelo atual cenário de pandemia, acentuadas com o não raro fechamento do comércio como medida de supressão para evitar a disseminação do vírus, potencializou a atuação dos agentes económicos junto ao Estado para adoção de medidas que visassem reduzir os efeitos no mercado³⁴.

31 AGAMBEN, G. *Homo sacer – o poder soberano e a vida nua I*. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 175-176.

32 FERREIRA, António Casimiro. *Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção*. Porto: Vida Económica, 2012, p. 76.

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

34 ALMEIDA, Diego Costa. *A liberação de FGTS e seguro-desemprego na rescisão por força maior*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/costa-almeida-fgts-seguro-desemprego-rescisao-forca-maior>. Acesso em: julho 2020.

Diante disso, inicialmente, optou-se por flexibilizar e ampliar a utilização dos institutos existentes na própria Legislação trabalhista, a exemplo da antecipação de feriados e férias, redução de prazo e formalidades na utilização do teletrabalho, utilização do banco de horas, dentre outros, conforme se verifica da Medida Provisória 927.

Não foi suficiente. A sociedade exigia que o Governo deveria compartilhar com os custos da crise para evitar o mal maior: o colapso da economia.

Neste sentir, valendo-se da premissa de que os empregos deveriam ser preservados e garantir a continuidade das atividades empresariais, o executivo editou a Medida Provisória 936, responsável por estabelecer o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, batizado como “BEm”.

Dentre as medidas ali consignadas, sem dúvida, a principal celeuma foi a possibilidade abarcada no seu artigo 12, qual seja, suspensão contratual e redução proporcional da jornada e salário dos empregados.

Com efeito, a depender da faixa salarial, notadamente para os que recebessem valor abaixo de R\$3.135,00 (três mil, cento e trinta cinco reais) – três salários mínimos da época-, e empregados denominado pela doutrina de hipersuficiente (empregado com nível superior e com salário igual ou superior a duas vezes o teto pago pela previdência social), haveria a possibilidade de se fazer por ajuste individual, sem a participação do Sindicato.³⁵

O empregado em praticamente todas as situações teria o seu salário reduzido por meio de negociação individual, mormente pelo fato de que o percentual a ser adimplido pelo Governo teria como base de cálculo o seguro-desemprego, sem a chancela prévia do Sindicato, não ficando claro se a manifestação deste no prazo de 10 dias figuraria como condição de validade do acordo.

Diante deste panorama, o partido Rede Sustentabilidade ingressou com a ADI 6363 sob o fundamento de que a medida adotada pelo Governo seria inconstitucional por ter violado os artigos 7º, VI, XIII e XXVI, e 8º, III e VI, da Constituição, sendo que a Relatoria ficou com o Ministro Ricardo Lewandowski.

Em decisão cautelar, o Relator privilegiou o diálogo social tripartite, envolvendo governos, entidades patronais e organizações de trabalhadores por se constituir em ferramenta essencial para o desenvolvimento e implementação de soluções sustentáveis, desde o nível comunitário até o global.³⁶

Ao final, mesmo com esclarecimento via decisão de Embargos de Declaração de que os acordos passariam a ter validade tão logo fossem firmados, deu “interpretação

35 É bom que se diga que houve regulamentação do procedimento a ser adotado por empregador e empresa por meio da Portaria 10.486 de 2020. Mais adiante, em 06 de julho de 2020, a Medida Provisória foi transformada em Lei. Com isso, o artigo 12 passou a ter uma nova redação. Sendo assim, de logo, remete o leitor ao site do planalto para que tenha acesso, a saber: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-14.020-de-6-de-julho-de-2020-265386938>

36 Decisão liminar da ADI 6363. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342847103&ext=.pdf>. Acessado em: jul. 2020.

conforme à Constituição ao § 4º do art. 11 da Medida Provisória 936/2020, de maneira a assentar que “[os] acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho [...] deverão ser comunicados pelos empregador é de outes ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração”, para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva, importando sua inércia em anuência com o acordado pelas partes”.³⁷

No plenário, no entanto, por maioria, vingou o entendimento de que as alterações acima aduzidas são constitucionais.

Para tanto, com variações pontuais no voto de cada ministro que acompanhou a divergência (Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Dias Toffoli), entendeu-se que o momento atual é excepcional e, por isso, medidas excepcionais também devem ser canceladas para preservar os vínculos empregatícios.

Como dito pelo Ministro Alexandre de Moraes, responsável por iniciar a divergência, a exigência de tornar o ato jurídico perfeito com a concordância do Sindicato geraria insegurança jurídica e impactaria na eficácia dessa medida emergencial com conseqüente aumento do desemprego. A MP 936 atenderia, portanto, a proteção social do emprego, a dignidade da pessoa humana, o respeito aos valores sociais e a livre iniciativa. É necessário interpretar a norma em questão mais razoavelmente para sobrevivência do empregado e do empregador.³⁸

Em verdade, trata-se de mais uma decisão em que o STF corrobora com o projeto de poder do neoliberalismo para o qual o Direito do Trabalho passa a ser o inimigo³⁹, e, neste caso, aquele que milita no campo contrário aos seus interesses, o Sindicato, por consequência, também o é.

O artigo 7, inciso VI, da CF, é claro ao dizer que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social a irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.

É claro, transparente, incontroverso que o salário não deve ser reduzido. A situação extraordinária, como se verifica de plano, é justamente o que consta no próprio artigo: “salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

Ou seja, valendo-se da distinção de Pedro Serrano em relação ao Estado de Exceção e Legalidade extraordinária⁴⁰, é da própria Constituição que se deve extrair os

37 Decisão liminar da ADI 6363. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342847103&ext=.pdf>. Acessado em: jul. 2020.

38 Pleno - Redução de salários por acordo individual em decorrência da Covid - 19 - com audiodescrição. *Youtube*. 19 abril. 2020. (31min10s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LFwWUDURYMQ&t=117s>. Acessado em: julho 2020.

39 PAIXAO, Cristiano. FILHO, Ricardo Lourenço. *O STF e o direito do trabalho: as três fases da destruição*. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/o-stf-e-o-direito-trabalho-inimigo-01112016>, acessado em: julho 2020.

40 Para melhor compreensão da distinção ora tratada, Lockdown e Estado de Sítio: operar uma unha não exige anestesia geral! STRECK, Lenio Luiz. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/lenio-streck-operar-unha-nao-exige-anistia-geral>. Acessado em: julho 2020.

elementos para superar este momento extraordinário. Frise-se: Em situação normal, a irreduzibilidade. Na excepcionalidade, redução salarial com a participação do Sindicato.

Não cabe ao STF criar uma norma para que seja possível a redução salarial por meio de contrato de trabalho individual em época de crise (como se existissem o Direito Constitucional e o Direito Constitucional da Crise), sem a necessidade de negociação coletiva, e, a exemplo do que ocorreu quando autorizou a possibilidade da execução antecipada da pena sem o trânsito em julgado, a decisão “não apenas ultrapassou os limites semânticos do texto constitucional, como lhe esvaziou seu sentido originário”.⁴¹

Não se quer dizer com isso que se deve buscar a interpretação literal do texto. As inconsistências e problemas decorrentes desse método são de toda ordem. Como diz Lenio, “o literalista é aquele que, diante da regra “Proibido cães na plataforma”, proíbe o cão guia. E deixa entrar o urso”.⁴²

De outra banda, não é o caso de rechaçar com o poder interpretativo do julgador. No entanto, esta atividade deve ser feita à luz do texto. Ele tem limites, e devem ser respeitados, sob pena de afronta ao próprio regime democrático.

Há que interpretá-lo com coerência e integridade, como um verdadeiro romance em cadeia⁴³. “O “constituir” da Constituição é a obrigação suprema do direito. É, pois, a virtude soberana (parafrazeando Dworkin). A partir da feitura da lei, a decisão judicial passa a ser racionalizada na lei, que quer dizer “sob o comando da Constituição” e não “sob o comando das injunções pessoais-morais-políticas do juiz ou dos tribunais”⁴⁴

41 Trecho extraído da petição Inicial apresentada na ADC 44 em que um dos pontos foi justamente a superinterpretação dada pelo STF no caso em que se discutiu a presunção da inocência e a antecipação no cumprimento da pena. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oab-stf-declare-constitucional-prisao.pdf>

42 STRECK, Lenio Luiz. *O literalista e o voluntarista diante dos cães na plataforma*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-03/senso-incomum-literalista-voluntarista-diante-caes-plataforma>. Acessado em: julho 2020.

43 Trata-se de metáfora criada por Dworkin para reforçar a ideia da tradição e da coerência e integridade. Para ele: “Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juizes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juizes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juizes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturadas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção”. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 281.

44 STRECK, Lenio Luiz. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 14, n. 2, p. 3-26, 2009.

E, se assim o fosse, máxime quando os artigos 7º e 8º estão inseridos como Direitos e Garantias Fundamentais, na condição de cláusulas pétreas, o artigo 12, da MP 936 seria e é inconstitucional, pois a única resposta correta⁴⁵ para o caso seria endossar o papel constitucionalmente atribuído ao sindicato na defesa dos direitos da categoria, e, neste caso, mesmo em época de calamidade pública, se ausente, o negócio jurídico diretamente firmado entre empregado e empregador seria inválido por vício de vontade.

5 Considerações finais

Assumidas aqui as premissas, apontada a perspectiva metodológica, com a intenção de examinar os limites interpretativos da Medida Provisória 936/2020, a qual institui o “Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda” e autoriza a suspensão temporária de contrato de trabalho, a redução de jornada de trabalho e de salário e outras medidas para reduzir impactos sociais da disseminação da Covid-19. Nesta trilha, nossa compreensão é no sentido de que compreender a ADI 6.363/DF, a qual discute se aquela Medida Provisória, que autoriza medidas de emergência, por ajuste individual e sem a participação do sindicato, viola o artigo 7º, XIII e XXVI, o artigo 8º, III e VI, ambos da Constituição e, especialmente, o seu artigo 7º, VI, que afirma que reduções de salários não podem ser operadas por acordos individuais autônomos sem a necessária intervenção sindical.

Nossa hipótese é que, diante do esgotamento funcional e paradigmático dos esquemas teóricos do direito e do enfraquecimento da capacidade de resposta do Estado Democrático de Direito, a Constituição – como ideia e como texto – tem sua estrutura fragilizada e se volatiliza. Ao problematizar a ADI 6.363/DF e a MP 936/2020, encontramos a presença da superinterpretação constitucional e, conseqüentemente, o fortalecimento da tese de que estamos caminhando rumo a um direito do trabalho da exceção, vulnerabilizando direitos e garantias constitucionais.

45 “A tese da única resposta correta pressupõe, por um lado, uma reconstrução acerca do que é o Direito de uma sociedade democrático cooperativa (partnership democracy) compreendida como comunidade de princípios: Dworkin, contra o positivismo, afirma que o Direito não se reduz a um conjunto de regras convencionalmente estabelecidas no passado a serem, quando muito, meramente reproduzidas no presente pelo juiz, e, contra o realismo, que o Direito não se dissolve em diretrizes políticas ou em meras convicções políticas pessoais do juiz a serem legitimadas em razão de sua eficácia ótima. E, por outro lado, a tese da única resposta correta pressupõe uma reconstrução de acerca de como interpretar o Direito: para além do dilema positivista e realista entre descobrir ou inventar uma decisão, Dworkin defende que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que o Direito constitui a melhor justificação do conjunto das práticas jurídicas, a narrativa que faz de tais práticas as melhores possíveis. A tese da única resposta correta pressupõe, portanto, uma ruptura tanto com o paradigma positivista de ciência e teoria do Direito, quanto uma ruptura com o próprio paradigma positivista do Direito, que se esgotaram”. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Dworkin: De que maneira o Direito se assemelha à literatura?* *Revista Faculdade Direito UFMG*, n. 54, p. 91-118, 2009.

A estrutura deste texto pretendeu consolidar a perspectiva da legitimação substancial da produção normativa, para além da legitimação procedimental, igualmente necessária, mas insuficiente, o que nos conduz para o tema dos limites da interpretação constitucional, inserindo o problema do ativismo judicial e da superinterpretação constitucional. Feito isso, a análise da ADI 6.363/DF e a MP 936/2020, demonstrou o transbordamento dos limites constitucionais e, no caso específico da decisão judicial destacada, a marcha rumo ao direito do trabalho de exceção. O agigantamento do poder judiciário neste século XXI traz efeitos colaterais sérios e, paradoxalmente, enfraquece o próprio Estado de Direito.

As premissas assumidas e a metodologia aqui empregada estruturam a compreensão de que existem possibilidades de se encontrar respostas adequadas ao paradigma do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, à Constituição. Há, portanto, um teto hermenêutico para a produção normativa no âmbito do Poder Judiciário, que deve ser respeitado sob pena de fragilizar o Estado de Direito, a Constituição e, o próprio Direito, ferindo sua autonomia. Ainda que possamos concordar que vivemos um tempo vocacionado para a Jurisdição, como afirma Nicolas Picardi, temos que lembrar que ele mesmo afirma que é também um tempo vocacionado para a doutrina jurídica. É certo que a passagem do Estado liberal clássico para o Estado social de direito implicou em um incremento dos poderes do juiz. Este, no entanto, dentro de sua responsabilidade política, no contexto de um Constitucionalismo contemporâneo, pode colmatar as lacunas da lei, mas não as fendas, que exigirão inevitavelmente uma ação do legislador e um debate democrático construído na sociedade através e a partir dos filtros, canais e balizas da mesma Constituição que reconhece a responsabilidade política do juiz, mas também dos demais poderes. Existem barreiras para o arbítrio dos juízes e é necessário que seja dada visibilidade a estas barreiras. E, possivelmente, ao afirmar que vivemos um tempo vocacionado para o judiciário que culminou num cenário de ativismos judiciais e superinterpretação da Constituição, possamos também estabelecer um pacto semântico com o Constitucionalismo Democrático e tomar a “vocação para o judiciário” não como “protagonismo do juiz”, mas como uma etapa necessária de maturidade do Constitucionalismo contemporâneo, onde o poder judicial é visto como estrutura democrática, em que a legitimação do seu poder não está no Estado, no poder político.

O Direito do Trabalho tem como princípio basilar a proteção. É da sua essência buscar por meio de medidas impositivas o máximo de compatibilidade de força para que seja resguardado o mínimo existencial do empregado.

No Brasil, a importância dos direitos sociais é constitucionalmente reconhecida no título dos direitos e garantias fundamentais, como verdadeiras cláusulas pétreas, sendo que essa mesma Constituição estabelece como um dos seus objetivos a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais.

Nos últimos anos, no entanto, normas sedimentadas passaram a ser alvo e sofreram profundas mudanças, provenientes, na sua maioria, dos efeitos irradiados pelo neoliberalismo.

As normas trabalhistas aumentavam o Custo Brasil. Sendo assim, na condição de fiadores desse movimento, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário deveriam ao máximo reduzi-lo, e, como uma verdadeira empresa, passou-se a mercantilizar o direito, estabelecendo verdadeiros espaços de exceção em que a Constituição deixa de ser aplicada.

No judiciário, o STF capitaneia esse movimento. De início, em decisões isoladas. Mais adiante, de forma sistematizada e com aplicação por vezes de um direito subversivo⁴⁶, para, atualmente, no contexto de calamidade pública, como visto na ADI 6363, em verdadeira superinterpretação, esquecer definitivamente o texto constitucional para julgar conforme a sua consciência, transformando-o na sua antítese por meio de argumentos voluntaristas, o que revela efeitos danosos a democracia com inequívoco retrocesso social.

Nota

* Entre a submissão e a publicação do artigo, algumas modificações ocorreram. A Medida Provisória (MP) 936 foi convertida na Lei 14020/20 e o acórdão referente ao julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6363/DF foi divulgado pelo Supremo Tribunal Federal posteriormente à submissão feita à Revista. De todo modo, o objeto de análise do artigo permanece inalterado com a confirmação da possibilidade de redução de salários por acordo individual, sem a participação do sindicato, a depender do percentual ajustado e faixa salarial do empregado

46 FERREIRA, António Casimiro. *Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção*. Porto: Vida Económica, 2012, p. 94.

Referências Bibliográficas

- AGAMBEN, G. *Homo sacer – o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2007.
- ALMEIDA, Diego Costa. *A liberação de FGTS e seguro-desemprego na rescisão por força maior*, Consultor Jurídico. São Paulo, 29 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/costa-almeida-fgts-seguro-desemprego-rescisao-forca-maior>.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ECO, Umberto. *Limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 1995.
- ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 6, p. 207–238, 2008.
- FERREIRA, António Casimiro. *Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção*. Porto: Vida Económica, 2012.
- LEYRET, Henry. *Las sentencias del buen juez Magnaud. Reunidas e comentadas*. Bogotá: Temis, 1976.
- LOPES, Joao Gabriel Pimentel. Do direito protetivo do trabalho de exceção: o caso do trabalhador intermitente. *Teoria Jurídica Contemporânea*, v. 4, n. 2, p. 40-61, 2019. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/24372>.
- NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2010.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Dworkin: De que maneira o Direito se assemelha à literatura? *Revista Faculdade Direito UFMG*, n. 54, p. 91-118, 2009.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Ronald Dworkin: De que maneira o Direito se assemelha à literatura? In: TRINDADE, André Karam et al. *Direito e Literatura: ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 21-38.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e Superinterpretação: ADI 6.341 e a querela das competências federativas. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 15, n. 3, p. 751-772, 2020.
- PAIXAO, Cristiano. COVID 19 e o oportunismo desconstituinte. *Jornal GGN*, São Paulo, 9 de abril de 2020. Disponível em: <https://jornalgggn.com.br/a-grande-crise/covid-19-e-o-oportunismo-desconstituinte-por-cristiano-paixao>
- PAIXAO, Cristiano. FILHO, Ricardo Lourenço. O STF e o direito do trabalho: as três fases da destruição. *ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho*, Brasília, 30 de junho de 2020. Disponível em <https://www.anamatra.org.br/artigos/30068-o-stf-e-o-direito-do-trabalho-as-tres-fases-da-destruicao>.

PAIXAO, Cristiano. FILHO, Ricardo Lourenço. O STF e o direito do trabalho do inimigo. *JOTA*, São Paulo, 1º de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/o-stf-e-o-direito-trabalho-inimigo-01112016>

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. A introdução das políticas ultraliberais no Brasil e as reformas trabalhistas: uma ponte para a exceção? In: EINOFT, D.; TOSS, L.; SEVERO, V. (orgs.). *Direito do trabalho e pensamento crítico*. Porto Alegre: HS Editora, 2016, p. 71-78.

STRECK, Lenio Luiz. Assim como nos AAs, sugiro a Jusvoa (Juristas Voluntaristas Anônimos). *Consultor Jurídico*, São Paulo, 12 de abril de 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-abr-12/assim-aas-sugiro-jusvoa-juristas-voluntaristas-anonimos>.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Lockdown e Estado de Sítio: operar uma unha não exige anestesia geral! *Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/lenio-streck-operar-unha-nao-exige-anestesia-geral>.

STRECK, Lenio Luiz. O literalista e o voluntarista diante dos cães na plataforma. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 3 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-03/senso-incomum-literalista-voluntarista-diante-caes-plataforma>.

STRECK, Lenio Luiz. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 14, n. 2, p. 3-26, 2009. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1766/1406>.

STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TRINDADE, André Karam, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O ativismo judicial na débâcle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 11, n. 2, p. 751-772, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22912>.

TRINDADE, André Karam. O problema da superinterpretação no Direito brasileiro. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 11, n. 3, p. 447-460, 2019. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2019.113.10>.