

A LIMITAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS EM PERÍODOS
EXCEPCIONAIS: A CALAMIDADE PÚBLICA
COMO INSTRUMENTO LIMITADOR

Barbara Revelles Santos

**A LIMITAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PERÍODOS
EXCEPCIONAIS: A CALAMIDADE PÚBLICA COMO INSTRUMENTO
LIMITADOR***

***THE LIMITATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN EXCEPTIONAL PERIODS:
PUBLIC CALAMITY AS A LIMITING INSTRUMENT***

Barbara Revelles Santos

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 PERÍODOS EXCEPCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E SUA CONSEQUÊNCIA NA PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: BREVES PALAVRAS. 3 A CALAMIDADE PÚBLICA INSTITUÍDA EM RAZÃO DA COVID-19 E SUAS IMPLICAÇÕES NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O presente estudo, cujo campo de estudo é o Direito Constitucional, trata sobre a possibilidade de limitação de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal durante períodos excepcionais, buscando analisar a viabilidade de sua realização por meio da instituição da Calamidade Pública. Para tanto, por meio de estudo de caso e pesquisas bibliográficas, se valerá da análise pormenorizada dos institutos que abrangem a discussão, com o objetivo de demonstrar que, segundo o novo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida cautelar (relatada por Ricardo Lewandowski), apresentada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6363, a Calamidade Pública instituída no Brasil em vista da pandemia da COVID-19 (causada pelo vírus Sars-Cov-2), foi capaz

*ARTIGO RECEBIDO EM 02.11.2020 E APROVADO EM 29.09.2021.

de mitigar direitos fundamentais de cunho social aplicados aos trabalhadores, especialmente aqueles que tratam sobre a obrigatoriedade de negociação coletiva na discussão de direitos trabalhistas, ainda que não haja expressa determinação constitucional nesse sentido.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; períodos excepcionais; calamidade pública; direitos sociais; COVID-19.

ABSTRACT

The present study, whose field of study is Constitutional Law, deals with the possibility of limiting fundamental rights provided for in the Federal Constitution during exceptional periods, seeking to analyze the feasibility of its realization through the institution of public calamity. To this end, through a case study and bibliographic research, a detailed analysis of the institutes that cover the discussion will be used, in order to demonstrate that, according to the new understanding signed by the Supreme Federal Court in the judgment of the precautionary measure (reported by Ricardo Lewandowski), presented in Direct Action of Unconstitutionality nº. 6363, the public calamity instituted in Brazil in view of the COVID-19 pandemic (caused by the Sars-Cov-2 virus), was able to mitigate fundamental social rights applied to workers, especially those dealing with the mandatory collective bargaining in the discussion of labor rights, although there is no express constitutional determination in this regard.

Keywords: Fundamental rights; exceptional periods; public calamity; social rights; COVID-19.

1 INTRODUÇÃO

O ano de 2020 foi marcado pela presença, em todo o mundo, de um perigo constante: a COVID-19, causada pelo vírus SARS-COV-2, nunca antes detectado em seres humanos. Por tal razão, todos os países do globo foram forçados a adotar medidas incomuns, porém adequadas ao momento vivido, buscando conter e minimizar os danos causados pela pandemia em seu território.

No Brasil, a medida tomada foi a instituição do período de Calamidade Pública, ainda pouco conhecido e que sequer conta com disposição constitucional específica, como veremos oportunamente.

É assim que surge a ideia para o presente trabalho: com a instituição do período em 20 de março de 2020 (com duração inicial até 31 de dezembro daquele ano), algumas outras medidas, justificadas pelo período calamitoso em curso, foram tomadas e afetaram de maneira direta direitos fundamentais de cunho social protegidos pela Constituição Federal de 1988.

De início, serão analisados os períodos excepcionais que contam com expressa disposição constitucional, analisando a maneira como a sua instituição interfere na proteção aos direitos fundamentais.

Em seguida, o instituto da Calamidade Pública será explorado: isso porque, ainda que seja considerado pela doutrina como um período excepcional, ao contrário dos períodos mencionados acima, não consta com disposição específica no Texto Maior, assomando-se, todavia, em algumas ocasiões no decorrer das disposições.

Superadas as questões conceituais, por fim, examinaremos a Calamidade Pública à luz de sua instituição em razão da COVID-19, por meio de Decreto Legislativo, utilizado como justificativa para a instauração da Medida Provisória nº 936 (apresentada pelo Presidente Jair Messias Bolsonaro), em que é levantada a possibilidade de negociação individual de direitos aplicados ao trabalhador (considerados como direitos fundamentais de cunho social, classificados como de Segunda Geração) quando a Constituição Federal é clara ao destacar que tais negociações deveriam ser objetos de negociações coletivas.

Desta feita, tal instrumento provisório foi objeto de Ação Direita de Inconstitucionalidade (distribuída sob o nº 6.363), apresentada pelo partido “Rede Sustentabilidade” perante o Supremo Tribunal Federal que, na ocasião do julgamento da medida cautelar requerida, por meio de seu relator, entendeu por bem agir com parcimônia em razão do período delicado enfrentado pelo país, ainda que exista clara contradição entre o que prevê a medida com os ditames do texto constitucional.

O trabalho, então, pretenderá analisar a maneira como Calamidade Pública se tornou um instrumento limitador de direitos garantidos constitucionalmente, ainda que não exista, para tanto, permissão explícita por parte da Constituição Federal.

2 PERÍODOS EXCEPCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E SUA CONSEQUÊNCIA NA PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: BREVES PALAVRAS

Pacificou-se na doutrina majoritária que os direitos fundamentais, inerentes àqueles sob a proteção do Estado brasileiro (independentemente de sua nacionalidade, em regra), não possuem *status* de direitos absolutos. Isso porque, diante da infinidade de direitos elencados no documento constitucional (são setenta e oito apenas no art. 5º da Constituição Federal, que não exaure todas as proteções) e em tratados e convenções internacionais, é comum que se choquem, sendo necessária, assim, a ponderação e o comedimento no momento de sua aplicação. É essa a ideia que captamos das lições do brilhante Robert Alexy, quando, ao analisar o caso Lebach¹, pronunciou-se no sentido que direitos que se apresentem como contraditórios quando aplicados em casos concretos, não possuem condão de invalidar aqueles capazes de contradizê-lo.

Desta maneira, ainda de acordo com as lições de Alexy (2008), se duas normas, analisadas de maneira isolada, são capazes de produzir resultados contraditórios, nenhuma delas deverá ser considerada inválida ou subsistir em prejuízo de outra. Todavia, deverá ser decidida a precedência de uma delas à luz de um caso concreto quando analisadas conjuntamente, quando ambas são capazes de produzir efeitos.

No entanto, não é apenas na hipótese onde há conflito de direitos que o Estado poderá atuar no sentido de limitá-los: situações

¹ Trata-se de um caso, ocorrido na Alemanha, onde a emissora de TV buscava transmitir o documentário “O assassinato de Soldados em Lebach”. Um dos condenados pelo assassinato naquela ocasião, erigiu-se contra a transmissão alegando que, vez que seria nominalmente citado, isso feriria seus direitos fundamentais. O pedido de proibição da transmissão foi negado.

extraordinárias, consideradas como situações de crise, nas quais o Estado ou a sua democracia estejam sob ameaça, também são compreendidas como pressupostos válidos aptos a permitir a restrição.

Assim, a Constituição Federal, em seu Título V, estabeleceu os mecanismos que poderão ser utilizados na defesa do Estado e de suas instituições democráticas, dividindo-os em instrumentos excepcionais que buscarão manter a ordem em momentos de desequilíbrio (o chamado “sistema constitucional das crises) e instrumento de defesa do país e da sociedade (por meio das Forças Armadas e da Segurança Pública). A sua existência se justifica vez que o

documento constitucional deve estar ajustado para se afirmar tanto em períodos de normalidade e paz institucional, quanto em situações extraordinárias, de instabilidade e crise. Afinal, a vida em comunidade política passa por turbulências (financeiras, econômicas, políticas, bélicas, físicas – como epidemias, terremotos e inundações) que precisam ser debeladas para mantermos o Estado e suas instituições [...].(MASSON, 2018, p.1423).

Especialmente tratando sobre o “sistema constitucional de crises”, a sua previsão é encontrada no Texto Maior a partir de seu artigo 136, e a sua utilização fará as vezes de mecanismo de defesa em busca da volta à normalidade. De acordo com as lições doutrinárias, é compreendido como o conjunto ordenado de normas constitucionais que, informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional (SANTOS, 1981).

Será composto pelo Estado de Defesa e pelo Estado de Sítio, que, ainda que diferentes em vários sentidos (se iguais, por óbvio, a existência dos dois mecanismos não seria justificada), encontram similaridades como:

- (i) a necessidade de observância dos limites constitucionais no momento de sua instituição e;
- (ii) a possibilidade de sua aplicação somente durante os períodos de crise constitucional.

Por assim dizer, se as medidas de exceção forem aplicadas em tempos de normalidade democrática, a Constituição estará sendo violada, configurando-se, então, autêntico golpe de Estado (ARAUJO, 2012).

Destaca-se, ainda, que durante o período de vigência de tais medidas, é vedada a realização de emendas constitucionais, qualquer que seja o seu objeto, de acordo com determinações expressas da Constituição Federal (§1º do art. 60). Trata-se de uma tentativa do Constituinte Originário de evitar mudanças drásticas no texto constitucional (e, conseqüentemente, na sociedade regida por suas normas), durante um período socialmente sensível, de instabilidades e de incertezas. Nesse sentido, é dizer que o poder de emenda ao texto constitucional também se submete a restrições circunstanciais. Assim sendo, são vedadas as mudanças na Constituição Federal em contextos históricos onde a livre deliberação dos órgãos constituintes é restrita, como a Intervenção Federal, Estado de Sítio ou Estado de Defesa (MENDES *et al*, 2008).

2.1 ESTADO DE DEFESA E ESTADO DE SÍTIO

Com relação ao Estado de Defesa, este deverá ser compreendido como um instrumento de manutenção de crise menos gravoso quando colocado em comparação com o Estado de Sítio. Entretanto, apenas o Presidente da República (em razão de competência privativa prevista no inciso IX do art. 84 do texto constitucional) é autoridade apta para a sua decretação. Trata-se, então,

de instrumento de restauração da ordem mais brando e indulgente, mas, igualmente respeitador do princípio da necessidade – afinal, sua decretação só é tolerável se não houver nenhuma outra medida mais sóbria capaz de solucionar o incidente constitucional (MASSON, 2018, p. 1430)

A medida em comento somente poderá ser decretada diante de grave e iminente instabilidade institucional ou calamidades de grandes proporções na natureza, após, é claro, o preenchimento e observância de todos os requisitos previstos pela Constituição, que estipula período

máximo de vigência de 30 dias (prorrogáveis apenas uma vez por igual período, nos moldes apresentados pelo §2º do art. 136).

Dentre as medidas coercitivas aplicáveis durante o período, temos limitações à direitos fundamentais à reunião, ao sigilo de correspondência e ao sigilo de comunicação telegráfica ou telefônica.

É possível, também, a instituição de medidas de ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos quando o Estado de Defesa for instituído em consequência de calamidade pública.

Cessado o período de duração da medida, cessará, também, a mitigação de tais direitos, justificada pela ideia de que estamos diante de uma suspensão de direitos fundamentais e não de uma supressão dos mesmos (o que seria impossível em nossa ordem constitucional).

Por seu turno, o Estado de Sítio, cuja competência privativa para a instituição também é do Presidente da República (inciso IX do art. 84 da CF/88) é, segundo o art. 137 da Constituição Federal, justificado por grave comoção de repercussão nacional, ocorrências de fatos que comprovem a ineficácia das medidas tomadas durante o período de Estado de Defesa (pressupondo, assim, de que se trata de uma medida mais gravosa) e em razão de declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira.

No que se refere a duração, não há, no texto constitucional de 1988, período máximo para que perdurem seus efeitos nos casos de decretação pautada no estado de guerra. Em se tratando de decretação em razão de outros motivos, o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período, previsto para o Estado de Defesa, é aplicado.

Em resumo, o Estado de Sítio é medida excepcional, temporária, cuja competência para decretação é do Presidente da República, que deverá se limitar às hipóteses previstas constitucionalmente, vez que tal ato acarretará em restrição de direitos e garantias fundamentais (VIANNA, 2008).

Por se tratar de medida mais gravosa do que o Estado de Defesa, por óbvio, o grupo de direitos fundamentais afetados será maior. Vejamos:

Em se tratando de Estado de Sítio justificado por grave comoção de repercussão nacional ou ineficácia das medidas tomadas durante o Estado de Defesa, direitos de liberdade (como a obrigação de permanência em localidade determinada, suspensão de direito de reunião e liberdade de imprensa) e inviolabilidade (de correspondência, de sigilo das comunicações, de domicílio – vez que a busca e apreensão será permitida a qualquer tempo) serão afetados, de maneira que é correto dizer que

mais amplas ainda são as restrições previstas durante o Estado de Sítio, que envolvem a liberdade de locomoção, o sigilo das comunicações, a liberdade de comunicação em geral (prestação de informação, imprensa, radiodifusão e televisão), o direito de reunião, a inviolabilidade do domicílio e o direito de propriedade (CF, art. 139). (MENDES, 2009, p. 297)

Já nos casos de decretação de Estado de Sítio fundamentado na declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira, será possível a suspensão de qualquer direito ou garantia constitucional, desde que haja autorização expressa por parte Congresso Nacional. Ademais, é possível que durante esse período sejam suspensas as imunidades constitucionais conferidas aos parlamentares.

2.2 A CALAMIDADE PÚBLICA COMO PERÍODO EXCEPCIONAL

Segundo o dicionário, calamidade, do latim *calamitate* (palavra utilizada para expressar a distribuição dos trigais antes das messes), é compreendida como o período de desgraça pública; grande infortúnio; catástrofe causadas por secas, enchentes, tempestades, furacões e epidemias. No grego, sua origem está na palavra *kalamos*, que pode ser traduzida como tormenta.

É possível dizer, então, que

calamidade (do latim: calamias, tatis) era o flagelo que atingia os calamos, prejudicando as colheitas: geadas, fungos, parasitas, chuvas torrenciais etc. O termo generalizou-se e passou a significar acontecimento causador de grande prejuízo. Catástrofe (do grego:

καταστροφή) era o fim, a morte, a destruição, o aniquilamento. Cataclismo (do grego: κατακλυσμός) era a inundação, a submersão. Em português, as três palavras exprimem a mesma ideia. (CUNHA, 2020)

A doutrina, por sua vez, conceitua calamidade como

o infortúnio, a catástrofe, o acontecimento infausto que assume grandes proporções. Calamidade Pública é o cataclismo, o fato sinistro que atinge número indeterminado de pessoas: enchentes, furacões, terremotos. Pelas dimensões a que pode chegar, a Calamidade Pública não permite uma delimita o apriorística dos prazos (vez que   possível que prazos judiciais sejam suspensos durante sua ocorrência). (TORNAGHI, 1975, p. 70)

Entretanto, com o passar dos anos, a palavra “calamidade” teve o seu alcance ampliado, sofrendo, assim, aplica es e altera es de maneira que p de ser empregada para traduzir males graves capazes de atingir uma coletividade ou grande grupo de pessoas, resultando num desequilíbrio social imprevisto.

Ainda assim, cumpre dizer que o instituto da Calamidade Pública no Brasil, embora comumente utilizado pelos Estados e Municípios brasileiros, não encontra na Constitui o Federal de 1988 artigo específico que o conceitue.   dizer: trata-se de um instrumento cujo conceito é aberto.

Mesmo que bastante confundida com o chamado Estado de Emergência, os dois institutos são bastante diferentes em suas semelhanças: em se tratando de situa es de perigos iminentes – ou seja, ainda não concretizadas, o instrumento correto a ser aplicado será o Estado de Emergência. A Calamidade Pública, por seu turno, ocorre quando a situa o, anteriormente temida, capaz de justificar o Estado de Emergência, já está materializada e causando prejuízo (tanto ao Poder Público quanto aos seus administrados).

Em outras palavras, podemos tratar da Calamidade Pública como instrumento semelhante   situa o de emergência, mas cujas razões para a

aplicação são consideradas de maior gravidade, vez que os danos causados somente poderão ser suportados ou superados quando existir auxílio externo (ZACARIAS, 2014).

É obscuro, ainda, entender em quais casos o instituto poderá ser visualizado. O texto constitucional o menciona apenas em poucas ocasiões ao longo de seus 250 artigos:

A calamidade pública aparece pela primeira vez na Constituição Federal no inciso XVIII do art. 21, que aponta como competência da União o planejamento e promoção da defesa do Estado contra calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações.

Adiante, surge no art. 136 (anteriormente mencionado quando do estudo do Estado de Defesa) como condição que permite a decretação do período excepcional menos gravoso, permitindo a ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos pelo Estado, que responderá pelos danos e custos que do ato decorram.

Será, também, decretada visando a instituição de empréstimos compulsórios para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou de sua iminência. É o que prevê o inciso I do art. 148 da Constituição Federal.

Por fim, a calamidade pública justifica a abertura de crédito extraordinário, mediante medida provisória, objetivando atender despesas imprevisíveis e consideradas urgentes, decorrentes de períodos de guerra, comoção interna ou calamidade.

Em âmbito infraconstitucional, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101 de 2000, por sua vez, responsável por estabelecer normas de finanças públicas, voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal), prevê o instituto da calamidade pública como hipótese que sustenta a não observância, pelo Estado (compreendido como pessoa política e não como ente da Federação), do atingimento dos resultados fiscais.

Destaque-se, ainda, que ano de 2020, por meio da Lei Complementar nº 173, a referida lei foi alterada no sentido de prever, na ocorrência de calamidade pública, a dispensa de observância de limites para os entes da Federação para a contratação e aditamento de operações de crédito, concessão de garantias e contratação mútua, bem como o recebimento de transferências voluntárias.

Também se dispensou, visualizada a circunstância calamitosa, a vedação de realização de operações de créditos entre entes da Federação e a captação de recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido, recebimento antecipado de valores de empresa em que o Poder Público detenha capital social, a assunção de obrigações sem autorização orçamentária e a assunção de compromissos.

Ademais, também foram afastadas as condições para a concessão ou ampliação de benefício de natureza tributária, de criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa e de criação ou aumento de despesa, desde que os recursos envolvidos sejam destinados ao combate à calamidade pública.

Isto posto, é aceitável mencionar que a Calamidade Pública pode ser considerada como a decretação de um período excepcional (que, inclusive, justifica a instituição de outro – o Estado de Defesa), em razão da ocorrência de fatos que desprotegem o Estado e a sociedade, ainda que não conte com determinação constitucional expressa nesse sentido.

Entretanto, ainda que assim seja reconhecida pela doutrina, não há, nem na Constituição Cidadã, nem em legislação infraconstitucional, previsão de possibilidade de mitigação de direitos e garantias fundamentais, tão caros à sociedade, em razão de sua decretação pela União, pelos Estados, pelo Município ou, ainda, pelo Distrito Federal. Assim, no silêncio do constituinte originário ou derivado e do legislador, somos induzidos à ideia de que não há que se falar em tal possibilidade.

Isso pelo motivo de que, como é pacífico na doutrina, as normas constitucionais afetas aos direitos e garantias fundamentais devem ser interpretadas de maneira que lhe seja garantida maior efetividade e aplicação na sociedade. Temos, então, que

este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA) é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais). (CANOTILHO, 1991, p. 162)

Assim, não seria coerente (e, de maneira mais radical, não seria sequer constitucional) conferir à Calamidade Pública a possibilidade de mitigar a efetividade de direitos e garantias fundamentais.

3 A CALAMIDADE PÚBLICA INSTITUÍDA EM RAZÃO DA COVID-19 E SUAS IMPLICAÇÕES NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Antes de entrar, de fato, no estudo do tema, é de extrema importância realizar um breve relato histórico sobre as circunstâncias que permeiam a problemática.

A Organização Mundial da Saúde (*World Health Organization*) recebeu, no final do ano de 2019, alerta emitido de uma das províncias localizadas na República Popular da China onde casos de pneumonia, causado por um novo tipo de coronavírus que nunca antes havia sido identificado em humanos, eram mencionados. Em rapidez e alcance impossíveis de prever (justificados pelas festas de final e início do ano celebradas no mundo), a doença (que recebeu o nome de COVID-19), que até o momento era desconhecida e sem qualquer possibilidade de tratamento, espalhou-se pelo globo, causando medo e diversas mortes em países europeus e asiáticos ainda no início do ano de 2020.

Por tais motivos, a Organização Mundial de Saúde (OMS), em 30 de janeiro de 2020, entendeu por bem declarar situação de emergência de saúde pública de interesse internacional, ainda quando os casos estavam restritos à China e a pandemia ainda não estava configurada.

Cabe parênteses sobre o fato de que, ainda que a OMS se trate de órgão internacional, a agência especializada em saúde não tem poder de ação forte como os que possui os órgãos internos dos países. O alerta para o Sars-Cov-2, então, serviu para que os países já afetados seguissem as recomendações visando evitar a maior disseminação do vírus.

Seguido ao anúncio feito, a Itália decretou estado de emergência após a confirmação dos primeiros casos no território do país. Posteriormente, a Espanha e os Estados Unidos da América tomaram medidas nesse sentido.

Em 26 de fevereiro do mesmo ano, o primeiro caso no Brasil foi confirmado. Tratava-se de um homem, de 61 anos, recém-chegado da Itália. Não demorou para que os casos confirmados (e as consequentes mortes), começassem a formar curva ascendente no país, forçando a atuação de Chefes dos Poderes Executivos, em todas as esferas federativas, no sentido de estabelecer condutas e ações na intenção de frear a contaminação.

3.1 O DECRETO CALAMIDADE PÚBLICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Compreendida a gravidade da doença, foi sancionada a Lei 13.979/2020, responsável por tratar sobre as medidas para o enfrentamento da emergência (vez que anterior ao período de perigo, que era iminente e não contemporâneo) de saúde pública de importância internacional causada pela doença. Dentre elas estavam as medidas de isolamento, quarentena, realização compulsória de exames, testes e vacinação (quando existente) e a restrição excepcional e temporária de entrada e saída do território brasileiro, bem como a requisição de bens e serviços de pessoas físicas ou jurídicas, garantida a posterior indenização.

Ainda em razão de tal instrumento normativo, todo aquele que tenha possível contato com agentes infecciosos da COVID-19 ou que tenha circulado em áreas consideradas como regiões de contaminação, deverão colaborar com as autoridades sanitárias através da comunicação imediata.

Entretanto, a lei não foi suficiente para a conscientização da população, de maneira que o Senado Federal, após solicitação do Presidente da República, em 20 de março de 2020, expediu Decreto Legislativo (nº 6 de 2020) reconhecendo a ocorrência de Estado de Calamidade Pública em todo o território nacional, justificando-a em razão dos danos COVID-19, com eficácia inicial até 31 de dezembro de 2020.

Inicialmente, o decreto publicado dispensou o atingimento de resultados fiscais e limitou o empenho para o atingimento de metas de resultados orçamentários. A não observância de limites orçamentários e a destinação excepcional de mais recursos às políticas de saúde, sem que, para tanto, haja crime de responsabilidade fiscal, também foi possível graças à instauração da Calamidade Pública no Brasil.

A medida também possibilitou a instauração de regimes jurídicos e provisórios visando conter os impactos, sociais e de saúde pública, causados pela situação.

Foi, então, instituída Comissão Mista no Congresso Nacional, responsável por acompanhar a situação fiscal e a execução orçamentária e financeiras das medidas tomadas. Os trabalhos da Comissão, em consequência da alta taxa de transmissão do vírus, tiveram sua realização por meio virtual.

Baseando suas ações na Lei 13.979/20 e no Decreto Legislativo nº 6 (que instituiu a ocorrência de Calamidade Pública no território nacional), o Presidente Jair Messias Bolsonaro, por meio de Medidas Provisórias (instrumento que, com força de lei, tratará de circunstâncias de relevância e urgência, que não podem esperar o demorado procedimento legiferante utilizado no Poder Legislativo), apresentou algumas condutas visando a proteção da economia nacional, sua preocupação naquele momento. Dentre os instrumentos provisórios, destacou-se a Medida Provisória nº 936.

3.2 A DISCUSSÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 936

Instituída em 1º de abril de 2020, a Medida Provisória nº 936 (convertida posteriormente na Lei 14.020/20) fundou o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispôs, ainda,

sobre medidas trabalhistas (complementares às medidas levantadas anteriormente pela Medida Provisória 927). Sua instituição justificou-se na decretação do estado de Calamidade Pública enfrentado pela nação e, ainda antes de sua conversão em lei², revelou-se como causa de acalorados debates na comunidade jurídica.

No dia seguinte à sua instituição, o partido político “Rede Sustentabilidade” apresentou, perante o Supremo Tribunal Federal, Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI registrada sob o nº 6363) buscando, como o próprio nome da ação sugere, declarar a inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Medida apresentada.

Destaca-se que partidos políticos dependem de representação junto ao Congresso Nacional para serem considerados legitimados para o intento da ação. Se, posteriormente, a representação for perdida, a ação não será prejudicada. Tal medida permite que as minorias parlamentares sejam capazes de provocar a jurisdição constitucional para a revisão de normas. Perdida a representação após intentada a Ação, não há prejuízos para a discussão. (BARROSO, 2012).

Além do mais, são considerados legitimados universais, de sorte que não é necessária a comprovação da pertinência temática no momento da propositura da ação, vez que se presume de maneira absoluta a pertinência temática, em virtude de suas atribuições institucionais para tal parcela de legitimados (MORAES, 2017).

O grupo político obteve êxito ao provar a sua legitimidade para o intento da ADI, de maneira que requereu em sua petição inicial que a medida objeto fosse declarada pela Corte como inconstitucional. O pedido foi justificado com o fato de que a Medida Provisória, em seu bojo, afronta direitos sociais aplicáveis aos trabalhadores, considerados como Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão, previstos a partir do art. 7º do texto constitucional.

² A saber, Lei 14.020, de 6 de julho de 2020, com vigência estendida pelo Decreto nº 10.517, de 13 de outubro de 2020.

A afronta, segundo o partido político, é encontrada naqueles dispositivos que permitem a supressão da negociação coletiva no momento de ajuste de direitos entre o empregador e o empregado, como a redução da jornada de trabalho e a suspensão do contrato estabelecido, durante o período de Calamidade Pública instalado (arts. 7º, inciso II e 8º, §1º). A Medida, ainda, apresenta que a realização de tais acordos individuais deverá ser comunicada, em até 10 dias corridos, aos sindicatos das categorias (art. 10, §4º).

Na peça inaugural da Ação, o partido político alega que a possibilidade de negociação individual nos casos elencados acima possibilita que o empregador a utilize em detrimento da negociação coletiva (que, por sua vez, se apresenta como o caminho mais vantajoso ao trabalhador, sujeito hipossuficiente da relação de emprego e, muitas vezes, ignorante naquilo que tange aos seus direitos). Justifica o pedido com o argumento de que são em momentos de crise que a proteção do trabalhador se torna imperativa.

O argumento levantado é o de que a Constituição Federal de 1988 é cristalina ao determinar que os salários e as jornadas de trabalho são irredutíveis, com exceção das hipóteses onde exista acordo ou convenção coletiva, visando garantir a manutenção dos postos de trabalho, como bem reproduz o texto constitucional abaixo:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;(vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943) (BRASIL, 1988)

Assim, sustenta o partido Rede Sustentabilidade pela impossibilidade de que legislação infraconstitucional (na forma de Medida Provisória) esvazie por completo a previsão estabelecida no art. 7º, ainda que por período determinado.

Rodriguez (1993), na obra em que cuida de tratar sobre os Princípios aplicáveis à relação de trabalho, mostra que a desigualdade presente nas relações trabalhistas data períodos desde antes da promulgação do nosso texto constitucional de 1988, de maneira que o Direito do Trabalho surge como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Daí, surge a importância de proteger o empregado por meio das negociações coletivas.

O partido ainda, enfatizando a urgência e necessidade de atuação rápida da Corte e, baseando o pedido no art. 11 da Lei 9868/99 (lei responsável por reger os procedimentos das ações do controle concentrado), requereu na inicial da ação que os dispositivos da medida fossem suspensos cautelarmente.

Adere, ainda, a ideia de que a fumaça do bom direito (“*fumus boni iuris*”) e o perigo da demora (“*periculum in mora*”) são requisitos que se fazem presentes no caso em tela. Isso pois as razões expostas deixam cristalino que o instrumento foi responsável por violar preceitos constitucionais e que, no caso de demora na apreciação da ADI, a afronta à Constituição estaria aperfeiçoada, devido ao fato de que as medidas provisórias possuem vigência imediata logo após sua publicação. Tais requisitos foram apreciados pela Corte Constitucional, que entendeu que

o *fumus boni iuris* está amplamente configurado, diante de todas as razões acima expostas, as quais evidenciam que a Medida Provisória nº 936, de 2020, violou diversos preceitos fundamentais da Constituição. O *periculum in mora*, por seu turno, consubstancia-se na vigência imediata a Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020, a partir de sua publicação, já produzindo todos os seus efeitos. É preciso agir com rapidez, para impedir que se consuma tamanha afronta à Constituição. (BRASIL, 2020)

Assim, em 6 de abril de 2020, o Supremo Tribunal Federal analisando o pedido de suspensão cautelar dos dispositivos, proferiu decisão no sentido de que o afastamento dos sindicatos nas negociações entre as

partes do contrato de trabalho, ainda que no período de Calamidade Pública, tem grande potencial de causar prejuízos aos empregados. É o que se nota após a leitura do trecho reproduzido abaixo:

Ora, num exame ainda perfuntório da inicial, próprio desta fase processual, parece-me que assiste razão, em parte, ao partido político que a subscreve. Com efeito, a análise dos dispositivos do texto magno nela mencionados revelam que os constituintes, ao elaborá-los, pretenderam proteger os trabalhadores - levando em conta a presunção jurídica de sua hipossuficiência - contra alterações substantivas dos respectivos contratos laborais, sem a assistência dos sindicatos que os representam.

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

Entretanto, justamente em razão da COVID-19, perdura a exigência da flexibilização de alguns entendimentos e, inclusive, direitos, sem que, para tanto, sejam superados entendimentos de organizações internacionais.

Por isso, cumpre à Suprema Corte enfrentar a questão sob exame com a devida parcimônia, buscando preservar ao máximo o texto normativo sob ataque - certamente editado com a melhor dos propósitos - sem, contudo, renunciar à sua indelegável tarefa de conformá-lo aos ditames constitucionais. (*ibid*)

Ricardo Lewandowski, relator da ação, asseverou que o Supremo Tribunal Federal e o Poder Judiciário devem agir, nesse período, com extrema cautela. Afirma, por outro lado, que são constatadas contradições entre os ditames da Medida Provisória nº 936 e o que dispõe a Constituição Federal.

Nada obstante, o relator não suspendeu os dispositivos e deferiu apenas em parte a cautelar pleiteada pelo partido Rede Sustentabilidade. Por bem, entendeu que em razão do período delicado vivenciado e frente aos direitos violados, era crucial dar, ao menos, o mínimo de efetividade à comunicação ao sindicato dos empregados (natural quando estamos diante de negociações coletivas), a quem caberá manifestação sobre o acordo individual firmado.

Assim, o texto da Medida Provisória atacado pela Ação deveria ser interpretado de maneira conforme à Constituição Federal e não suspenso, de modo que, segundo a Corte,

a mera previsão, na MP 936/2020, de que tais acordos “deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato representativo da categoria, no prazo de até dez dias corridos” aparentemente não supre a inconstitucionalidade apontada na inicial. Isso porque a simples comunicação ao sindicato, destituída de consequências jurídicas, continua a afrontar o disposto na Constituição sobre a matéria.

Por isso, cumpre dar um mínimo de efetividade à comunicação a ser feita ao sindicato laboral na negociação. E a melhor forma de fazê-lo, a meu sentir, consiste em interpretar o texto da Medida Provisória, aqui contestada, no sentido de que os “acordos individuais” somente se convalidarão, ou seja, apenas surtirão efeitos jurídicos plenos, após a manifestação dos sindicatos dos empregados. Na ausência de manifestação destes, na forma e nos prazos estabelecidos na própria legislação laboral para a negociação coletiva, a exemplo do art. 617 da Consolidação das Leis do Trabalho será lícito aos interessados prosseguir diretamente na negociação até seu final. (BRASIL, 2020)

4 CONCLUSÃO

O trabalho apresentado teve o condão de articular a respeito da possibilidade ou não de que o instituto da Calamidade Pública, que ainda que muito utilizado, não conta com disposições constitucionais e

infraconstitucionais específicas, seja suficiente para mitigar a aplicação de direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Para tanto, foi necessária a análise da (in) constitucionalidade da Medida Provisória nº 936/20 (convertida na Lei 14.020/2020), discutida no seio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363, apresentada pelo partido político Rede Sustentabilidade, que manifestou dentro de seus argumentos o fato de que alguns dispositivos da medida feriram disposições constitucionais ligadas aos direitos fundamentais. No julgamento do pedido cautelar exposto na Ação, a Corte Constitucional Brasileira entendeu que, muito embora os direitos destinados aos trabalhadores sejam caros à sociedade, o contexto histórico vivido, que justificou a instituição de Calamidade Pública, pede para que sejam flexibilizados (ainda que não haja no texto constitucional de 1988 disposição clara nesse sentido, como ocorre com os demais períodos excepcionais).

É possível dizer, assim, que uma janela interpretativa foi aberta no sentido de que o período delicado de Calamidade Pública vivido é suficiente para justificar a limitação de direitos que em situações normais não seriam mitigados da maneira como ocorreu no caso em tela (mediante uma Medida Provisória).

Não é dizer, entretanto, que o uso do instrumento da Calamidade Pública é capaz de causar a total supressão ou esvaziamento de direitos fundamentais que, nessa hipótese, perderiam completamente a sua aplicação no mundo real: a decisão realiza a sua manutenção no sentido que permite que o direito seja limitado durante o período calamitoso causado pela COVID-19, mas altera a interpretação do texto no sentido de que haja certo controle de tal limitação.

Diante disso, é possível conceber que, ainda que não haja disposição constitucional expressa nesse sentido, a Calamidade Pública, considerada como período excepcional, é instrumento hábil para limitar direitos fundamentais. Deve-se, todavia, realizar minuciosa análise sobre a sua aplicação nesse sentido, adaptando-a ao contexto histórico vivenciado, buscando, de tal maneira, não esvaziar direitos e garantias alcançados a duras penas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 492 p. (Teoria & Direito Público). Tradução: Virgílio Afonso da Silva.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2012. 592 p.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1953 p.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição, de 05 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Lei de Responsabilidade Fiscal. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.. . Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 05 maio 2020.

BRASIL, Opas. **Histórico: Coronavírus**. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875#historico. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo. **Informativo nº 53**. Relator: Pleno. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo53.htm>. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6363**, Decisão em Sede de Cautelar. Rede Sustentabilidade. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 16 de abril de 2020. .. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206363%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&so](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206363%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true) rtBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 01 ago. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. 1522 p.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **Covid-19**: Quais os reflexos do estado de Calamidade Pública para o processo civil? 2020. Disponível em: conjur.com.br/2020-abr-03/direito-civil-atual-quais-reflexos-estado-calamidade-publica-processo#:~:text=Tal%20lei%20estabelece%20medidas%20que,de%20calamidade%20pública%20no%20Brasil.. Acesso em: 17 jun. 2020.

DICIONÁRIO Informal: **Calamidade**. Calamidade. Disponível em: <https://www.dicionarioinformal.com.br/calamidade/>. Acesso em: 06 maio 2020.

FERREIRA, Olavo Augusto Alves Vianna. **Sistema Constitucional de Crises**. 337 p.

FONTELES, Samuel Sales. **Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2020. 315 p.

FOLHA informativa COVID-19 - Escritório da OPAS e da OMS no Brasil. 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19#historico>). Acesso em: 20 ago. 2020.

LINHA do tempo do Coronavírus no Brasil. 2020. Elaborada por Sanar Saúde. Disponível em: <https://www.sanarmed.com/linha-do-tempo-do-coronavirus-no-brasil>).. Acesso em: 08 jun. 2020.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Juspodivm, 2018. 1567 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 328 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. Atlas: Atlas, 2017. 594 p.

ROUBICEK, Marcelo. **Calamidade Pública**: o que é e quais suas implicações. 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/03/18/Calamidade-p%C3%BAblica-o-que-%C3%A9-e-quais-suas-implica%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 10 jun. 2020.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **O Estado de Emergência**. São Paulo: Imprensa, 1981. 111 p.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 1056 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 925 p.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1975, v. II, p. 70

ZACARIAS, Giovanni Matiuzzi. **As responsabilidades na decretação da situação de emergência ou Calamidade Pública**. 2005. 48 f. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização em Planejamento e Gestão em Defesa Civil, Centro Universitário de Estudos e Pesquisas Sobre Desastres, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005. Cap. 06. Disponível em: https://www.ceped.ufsc.br/wp-content/uploads/2014/09/Monografia_Giovanni_0.pdf. Acesso em: 12 jul. 2020.

Barbara Revelles Santos

Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito

Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela UNIDERP

Bacharel em Direito pela Universidade Nove de Julho

Advogada

