

# Luciano Aragão: Sobre a nota técnica do Ministério da Economia

03/06/2020

A nota técnica do Ministério da Economia e da Secretaria de Previdência e Trabalho da Superintendência Regional do RJ (nota informativa – SEI nº 13.448/2020/ME), a meu sentir, faz interpretação extensiva e restritiva de acordo com conceitos pré-concebidos e utiliza como fonte uma só doutrina.



No que diz respeito à força maior, temos que utilizar as fontes de

Direito positivadas e disponíveis nesta data, sendo elas a CLT, como regra geral, e a MP 927, como regra específica para o período da crise sanitária e pandêmica da Covid-19.

Resta dizer que, neste momento de crise, as garantias fundamentais de personalidade (direito a vida e saúde) estão se sobrepondo, isso por questões óbvias, aos direitos fundamentais sociais e aos próprios direitos fundamentais de personalidade (como o da liberdade de ir, vir e ficar).

Como se sabe, não há hierarquia de princípios e regras constitucionais e a fundamentalidade dos direitos sociais ou de personalidade é em razão de estarem dispostos na Constituição, onde se presume maior dificuldade de modificação do que se posicionados em lei ordinária.

Alguns desses direitos garantistas fundamentais são considerados imutáveis, ainda que por emenda constitucional do constituinte derivado, vez que são considerados cláusulas pétreas, é o que ocorre com os direitos garantistas de personalidade localizados nos artigos 5º e 6º da Constituição e, ainda sim, estão sendo restringidos e/ou suspensos por leis locais, destaque-se, dada a excepcionalidade da crise sanitária. Melhor sorte não assiste aos direitos garantistas sociais por encontrarem-se no artigo 7º, em sua maioria.

Notem então que temos a Constituição formal e a Constituição real (aquela que acompanha os fatos políticos e econômicos em razão do dinamismo social) e cabe ao seu intérprete, se provocado, o que invariavelmente é feito, legitimamente, pelos partidos de matriz política de reivindicação social, dizer se, em momentos de crise, o legislador, instado a criar mecanismos legais para debelar a crise, legitimado pela democracia representativa e, utilizando-se de critérios políticos e técnicos-econômicos, e que busca encontrar saída utilizando-se da via legislativa para a crise que se instalou, essa saída feriu ou não a Constituição.

A crítica que se faz é que usamos técnicas de julgamento e hermenêutica constitucional, utilizadas em tempos de normalidade, para julgar e interpretar em tempos de crise pandêmica ou mesmo econômica que a sucederá (oxalá que esteja enganado) e aquele que tem a última palavra não é um órgão técnico (político-econômico) e que, quando nega a constitucionalidade da saída apontada pelo legislador legitimado, não aponta uma outra saída, isso por ser um órgão técnico jurídico, voltando tudo à estaca zero, sendo a economia e a sociedade consumidas diariamente pela crise. É como se tentar buscar resultados diferentes fazendo as mesmas práticas.

Uma crise nunca se repete, ou ela é repelida pelas instituições com poderes constitucionais para combatê-la e se extingue ou ela acaba com tudo.

*Digo isso para justificar a especialidade da MP 927 frente à regra geral da CLT. Então, temos lei de mesma hierarquia especializada para o tempo de crise e cronologicamente posterior à CLT.*

A MP 927 reconhece a força maior como fundamentação de suas determinações, inclusive, indo de encontro ao princípio pretoriano da vedação do retrocesso social, e esse, por óbvio, foi um princípio construído em tempos de normalidade, no qual não nos encontramos agora. A MP 927 não veio para fomentar as demissões, mas, sim, para preservar empregos, sendo complementada, posteriormente, pelas MPs 936 e 944, ambas com o mesmo objetivo.

Contudo, é certo também que muitas empresas tentaram de tudo para manter os empregos e, em muitos casos, sem obter êxito junto aos empregados, seja de forma individual ou mesmo com os sindicatos laborais de forma coletiva, que não aceitaram as reduções de jornada de trabalho ou mesmo a suspensão dos contratos de trabalho, inviabilizando a manutenção dos empregos, *o que de fato ocorreu, mas não por vontade do empregador ou do empregado, gize-se*, mas em razão da dinâmica dos fatos socioeconômicos do momento de crise, motivado pela restrição e/ou suspensão de direitos fundamentais dos cidadãos, necessários, destaque-se à exaustão.

As suspensões ou restrições de direitos fundamentais sociais, ainda que temporárias, historicamente não são aceitas com facilidade, mas devemos sopesar, via análise ponderal, a restrição proporcional de direitos, ainda que fundamentais, em benefício do supremo direito do todo, questionando-se, inclusive, se direitos adquiridos em tempos de normalidades, devem ou não serem suspensos ou restringidos, temporariamente, em momentos de crise.

#### **Nesta hipótese, temos duas situações postas:**

- a) O Ambiente de crise instaurado por força maior reconhecida pela própria MP 927;
- b) A Resistência dos empregados ou de sua categoria profissional na adesão às medidas das MPs 927 e 936, em razão de suspensões ou restrições temporárias de direitos sociais fundamentais trabalhistas.

#### **Dito isso, qual regramento utilizar?**

- a) A CLT, regramento geral para tempos de normalidade; ou
- b) A MP 927, regramento específico para tempos de crise, com constitucionalidade reconhecida pelo STF e, para tanto, fazer uso do diálogo das fontes para se fazer uma análise extensiva do artigo 502 da CLT (força maior) à realidade de dispensa de empregados nos casos em que ambos, empregador e empregado, não deram causa a essa dispensa, ainda que a empresa não tenha sido extinta, porém com comprovados prejuízos financeiros causados pela paralisação total ou parcial de suas atividades, determinada pelo ente estatal local;

#### **Riscos dessa tese:**

- a) Não é a posição do Ministério da Economia ou da Secretaria de Previdência e Trabalho, pelo menos na Superintendência Regional do Rio de Janeiro, segundo nota informativa — SEI nº 13.448/2020/ME, em análise;
- b) Depende exclusivamente de entendimento do Judiciário trabalhista;
- c) A aplicação do artigo 504 da CLT como penalidade.

#### **Possíveis saídas para as empresas:**

- a) Aplicação do 486 da CLT (fato do príncipe) — não recomendada. É quase impossível sua aceitação pelo Judiciário diante da doutrina consolidada de que deveria ter havido, por vontade do ente estatal, o fim da atividade empresarial em específico e, na remota hipótese de se aceitar que a atividade se encerrou pela paralisação total ou parcial da atividade por determinação do ente estatal, teria que se verificar, por perícia, se as finanças da empresa já não estavam em estado pré-cadáver antes mesmo da crise da Covid-19. Ademais, teria que se provar que o ato do ente estatal lhe gerou alguma vantagem e que o ato deletério não foi exercido pelo simples poder de fiscalização em prol do supremo bem comum;
- b) Aplicação do artigo 502 da CLT (força maior) — Há plausibilidade na tese, porém os riscos residem na interpretação do Judiciário trabalhista e a penalidade é a do artigo 504 da CLT, conforme citamos alhures;
- C) Negociação coletiva: esta é a saída que vislumbramos, uma demissão negociada;



d) Uso do artigo 17 da MP 936 c/c artigo 476-A — Bolsa-qualificação como forma de manter os empregos até esperar o aumento da demanda pós-retomada das atividades que sobreviverem ao isolamento social.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-jun-03/luciano-aragao-nota-tecnica-ministerio-economia/>