

**DIGNIDADE HUMANA E DIREITOS SOCIAIS
NA PANDEMIA: DEVERES PRESTACIONAIS
DO ESTADO E PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO
INSUFICIENTE**

*HUMAN DIGNITY AND SOCIAL RIGHTS IN
PANDEMIC: THE STATE'S PRESTATIONAL DUTIES
AND THE PRINCIPLE OF PROHIBITION OF
INSUFFICIENT PROTECTION*

Jasiel Ivo*

Amanda Montenegro Alencar**

Sergio Torres Teixeira***

*Graduação em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialização em Políticas Culturais pela Universidade Federal de Ouro Preto. Doutorando em Direito na Universidade Católica de Pernambuco. Juiz do Trabalho da 19ª Região e Professor Adjunto da Universidade Federal de Alagoas. E-mail: jasiel.ivo@hotmail.com

**Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco. Mediadora e Conciliadora com formação em cursos reconhecidos pelo CNJ e Advogada. E-mail: amandalencar@gmail.com

***Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da mesma e da Universidade Católica de Pernambuco. Juiz Federal do Trabalho da 6ª Região. E-mail: sergiotteixeira@uol.com.br

Como citar: IVO, Jasiel; ALENCAR, Amanda Montenegro; TEIXEIRA, Sergio Torres. Dignidade humana e direitos sociais na pandemia: deveres prestacionais do Estado e proibição da proteção insuficiente. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 2, p. 153-168, jul. 2022. DOI 10.5433/21788189.2022v26n2p153. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Em emergências buscam-se possibilidades de relativização do princípio da legalidade, considerando as relações de trabalho como um bem que merece ser preservado. O problema proposto é como e em qual medida deve-se observar o princípio da legalidade, orientador das políticas governamentais e do agir dos servidores públicos e aplicadores do direito, sobrevivendo situação extraordinária. O objetivo desta pesquisa é analisar qual escolha hermenêutica é adequada para interpretar a realidade surgida com a pandemia (Covid-19) e refletir sobre aspectos implicados no caso do sopesamento de princípios importantíssimos para o direito, os quais são balizadores e servem de freios e contrapesos da ação estatal, evitando o arbítrio. O método adotado é o analítico, com revisão bibliográfica e documental, principalmente de textos de leis e de atos normativos. Espera-se demonstrar a importância e atualidade do tema, bem como contribuir para a proposta sustentável de solução, que responda ao problema proposto, apontando os valores mais importantes a serem preservados. A conclusão é que o princípio da proibição da proteção insuficiente desponta como baliza, para que seja considerada pelo Estado a sua missão institucional de garantir a convivência social e o gozo dos direitos fundamentais a todos os cidadãos.

Palavras-chave: princípios constitucionais; direitos sociais; pandemia; deveres prestacionais do estado.

Abstract: In emergency situations, possibilities are sought to relativize the principle of legality, considering labor relations as a good that deserves to be preserved. The proposed problem is how and to what extent the principle of legality should be observed, which guides government policies and the actions of public servants and those responsible for enforcing the law, resulting in an extraordinary situation. The objective of this research is to analyze which hermeneutical option is adequate to interpret the reality that arose with the pandemic (Covid-19) and to reflect on aspects involved in the weighting of very important principles for the law, which are beacons and also serve as checks and balances for state action, avoiding arbitration. The method adopted is the analytical one, with bibliographic and documentary review, mainly of texts of laws and normative acts. It is expected to demonstrate the importance and timeliness of the issue, as well as to contribute to the proposal for a sustainable solution that responds to the proposed problem, pointing out the most important values to preserve. The conclusion is that the principle of prohibition of insufficient protection appears as a guideline, so the State considers its institutional mission to guarantee social coexistence and the enjoyment of fundamental rights for all citizens.

Keywords: Constitutional principles. Social rights. Pandemic. State Provincial Duties.

INTRODUÇÃO

No Brasil, como em todo o mundo, uma nova realidade instalou-se a partir do advento da pandemia da Covid-19. Além da preocupação geral com os acometidos pela enfermidade, que sobrecarregam os sistemas de saúde e trazem perdas individuais irreparáveis, a contenção da propagação viral depende diretamente da constrição da circulação de pessoas no âmbito principalmente das cidades.

Aparentemente os efeitos desse evento histórico, em termos de isolamento da população, com o desiderato de conter a disseminação do vírus, farão parte desse novo cenário, a que o mundo já está submetido, de forma mais perene e desde logo está exigindo a adaptação de todos.

Quando se imagina um cenário em que é necessário o isolamento social, o afastamento entre os atores sociais, mas, ao mesmo tempo, não se dispensa, por óbvio, a total movimentação social, pois alguns setores como a saúde, a segurança e a imprensa precisam funcionar, tem-se uma boa ideia da problemática do papel do Estado em cenários de crise.

Vive-se um contexto de modo de produção capitalista, em que a maioria esmagadora vende sua força de trabalho a fim de obter em troca o papel moeda que administrará segundo suas necessidades e valores. Dessa forma, não há como imaginar um Estado que não atue positivamente na concreção de algumas medidas para que à pessoa seja oportunizada a venda dessa força laboral, visto ser a partir disso que ganhará recursos garantidores para as vivências e escolhas.

Diante da situação de Pandemia que ora se vivencia, é indiscutível que os direitos à conservação dos empregos e, por consequência, de renda mínima ao trabalhador alcançam um patamar muito mais relevante que em situações de normalidade social, formando um vínculo muito mais estreito com a dignidade humana, por serem juntos, basicamente, na situação pandêmica, os únicos meios de tornar efetivo o direito de proteção à vida.

Nesta circunstância, portanto, o dever de uma concretização mais contundente destes direitos não pode, em razão das relevâncias adquiridas, ser satisfeito com o arcabouço jurídico laboral vigente antes da pandemia, já que se revela ineficiente para tal desiderato.

Isto fica evidente diante do direito potestativo de dispensa que ostenta o empregador no direito laboral brasileiro e a autonomia contratual individual revigorada na reforma trabalhista operada pela Lei n. 13.467/2017, sendo relevante destacar que, em relação ao direito potestativo de dispensa este sempre esteve presente no Direito Laboral, com exceção apenas dos casos de estabilidade decenal – afastada na Constituição Federal de 1988 -, demais estabilidades provisórias, o período de vigência da Convenção 158 da (Organização Internacional do Trabalho) OIT e situações de dispensa abusiva, assim consideradas na jurisprudência e legislação específica, como a Lei 9.029/95.

Assim, este direito patronal ainda vigora para a maioria das relações de emprego, ganhando mais força com a reforma trabalhista, principalmente com a dispensa coletiva autorizada no art. 477-A da CLT.

Quanto à autonomia individual, seu maior reconhecimento na reforma trabalhista está

traduzido nas diversas regras consolidadas produzidas pela Lei n. 13.467/2017, seja no âmbito da jornada de trabalho, na celebração de contratos de trabalho e até na rescisão contratual.

Nesse cenário, foram editadas as Medidas Provisórias n. 927 e n. 936, de 2020, encontrando-se a primeira com vigência encerrada e a segunda convertida na Lei n. 14.020, de 2020, as Medidas Provisórias n. 1.045 e n. 1.046/2021, todas voltadas às relações de emprego, com a finalidade nelas expressa de estimular a preservação de emprego e de renda mínima. As medidas normativas tomadas, somadas a outras medidas, de natureza política e social, é o que vem assegurando a sobrevivência e a manutenção da saúde de muitos brasileiros.

Na verdade, as medidas provisórias exaradas nesse período implicam justamente o pleno reconhecimento e a efetivação destes direitos mais fundamentais, como meios para se efetivar a proteção antes mencionada, principalmente se considerada a queda vertiginosa da atividade econômica pelo isolamento social imposto para atenuar a propagação do contágio da Covid 19 em quantidade expressiva, e, conseqüentemente, evitar um verdadeiro colapso no sistema hospitalar público e privado.

Assim, utilizando-se de uma pesquisa exploratória, utilizadora da revisão bibliográfica e da técnica do fichamento, neste artigo, faz-se a análise do dever prestacional do Estado decorrente da eficácia vertical dos direitos fundamentais, bem como a correção das medidas legais adotadas, para efeito de garantir aos trabalhadores a manutenção de recursos necessários ao enfrentamento da situação pandêmica. Utiliza-se como critério para esta avaliação o princípio da proibição da proteção insuficiente trazido por Robert Alexy em seus estudos sobre a aplicação da teoria da proporcionalidade nas situações de colisão entre direitos fundamentais (ALEXY, 2015, p. 18-19).

1 O PAPEL DO ESTADO COMO GARANTIDOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA NOVA REALIDADE DE RISCO SOCIAL

Com a prevalência da ideia de criação de uma entidade – o Estado - que pudesse atuar na produção e aplicação do Direito na sociedade, em substituição, portanto, ao exercício por particulares dessas atividades (administrativa, solucionadora de conflitos e legiferante), decorre disso a obrigatoriedade de o Estado promover a efetividade dos direitos consagrados na ordem jurídica; sejam aqueles que exigem uma postura omissiva, no sentido de vedar a intervenção do Estado, sejam os que demandam uma postura prestativa, ou seja, ato positivo de atuação efetiva do Estado para dar concretude a esses últimos.

Em ambas as situações, portanto, têm-se presente a denominada eficácia vertical dos direitos fundamentais. Segundo esse último prisma, o indivíduo frente ao Estado revela uma vulnerabilidade, que, segundo a atuação ou abstenção estatal, deve ser equalizada a fim de se alcançar um patamar civilizatório somente possível dentro da lógica do Estado.

Os Direitos Fundamentais têm eficácia vertical, portanto, por serem oponíveis contra o Estado, como direitos de defesa individual perante o arbítrio de poder que este eventualmente

possa exercer, em determinados casos, quando vier a extrapolar suas funções legais (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 44.). Por isso, é possível afirmar que a eficácia vertical é a observância dos Direitos Fundamentais nas relações entre o Estado e o particular.

Como já afirmado anteriormente, a mudança radical da realidade social em tempos de pandemia obriga o Estado a adotar medidas legislativas e operacionais que acarretam numa verdadeira afronta a direitos fundamentais dos cidadãos, como se tem observado em alguns atos Governamentais e Medidas Provisórias editadas entre os meses de março e abril do ano de 2020 e abril de 2021, cuja validade perante a ordem constitucional principalmente, tem sido tema de várias discussões acadêmicas e também pauta para diversas demandas no âmbito do Poder Judiciário brasileiro (SARLET, 2020).

Tem sido vigorosa a discussão sobre a validade e legitimidade do isolamento social horizontal imposto pelos governos estaduais e prefeituras em boa parte do País, principalmente no que concerne à dita restrição de direitos sociais e econômicos. O que se depreende, na realidade, com a defesa deste isolamento, funda-se no direito coletivo da redução do contágio e da manutenção de serviços hospitalares dignos aos cidadãos (KOLDO, 2020).

O importante, em todo caso, é que o debate a respeito deste tema seja aberto, claro e com fundamentos sólidos, capazes de apontar os valores sociais mais importantes a serem preservados diante do contexto de crise sanitária. No caso atual, a preservação da vida humana é que vem ganhando maior terreno valorativo, apesar das pressões dos setores que defendem uma maior flexibilidade na constrição da circulação. Isso porque, a defesa da livre circulação vem amparada em argumentos de caráter utilitarista, que ignoram as consequências mais prejudiciais pela diminuição do controle sobre a atividade econômica.

2 DO DEVER PRESTACIONAL DO ESTADO QUANTO AOS DIREITOS SOCIAIS E DA DIGNIDADE HUMANA, FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE

Explica Alexy que a aplicação da regra da proporcionalidade sobre o princípio da dignidade humana é discutida sob a ótica de duas vertentes conceituais doutrinárias. Uma primeira corrente, que defende um conceito absoluto, enxerga a dignidade humana como um direito com precedência sobre todos os demais, de forma que seria inaplicável a este direito a teoria da proporcionalidade, já que sua aplicação independeria de qualquer ponderação com outro direito. A segunda vertente, por seu turno, propõe um conceito relativo à dignidade humana, por reconhecer a possibilidade de que a sua violação seja analisada à luz da teoria da proporcionalidade (ALEXY, 2015, p. 13-14).

Sustenta que sua “tese é de que a concepção relativa é, de fato, a correta, mas que existem alguns desdobramentos da dignidade humana que se encaminham na direção da concepção absoluta.” (ALEXY, 2015, p. 16-17).

Defende o jurista alemão a segunda corrente como prevalecente na maioria dos casos,

porque, segundo afirma, só esta poderia enquadrar adequadamente a dignidade humana como uma norma-princípio, enquanto a primeira corrente a levaria à condição de mera regra.

Ou seja, a natureza principiológica da dignidade humana e, portanto, a sua condição de norma programática, com espaço para a sua otimização, justifica a aplicação da regra da proporcionalidade para o exame de sua violação ou inobservância pelo Estado, no contexto da eficácia vertical deste direito fundamental (ALEXY, 2015, p. 24-25).

Por outro lado, essa natureza principiológica da Dignidade Humana dá ensejo ao Poder Público de adotar políticas que podem gerar questionamentos no âmbito do Judiciário, situação que é alvo de críticas por parte daqueles que colocam o princípio da independência dos poderes numa posição mais elevada, mesmo que isto venha atenuar a vinculação do Estado à efetivação de direitos fundamentais.

Sobre esta possibilidade de se questionar a validade de políticas públicas, é importante destacar as observações que Mônia Leal faz em artigo publicado na obra coletiva organizada por Alexy:

[...] ainda que a eleição das prioridades (fins) e dos instrumentos (meios) aconteça dentro da esfera da Política (discricionariedade), ela está condicionada à consecução de um fim maior, que são os direitos fundamentais. O critério balizador e o limite para estas escolhas residem, por sua vez, justamente na observância do princípio da proporcionalidade (LEAL, 2015, p. 148).

Ocorre que esta análise da proporcionalidade das medidas governamentais, no caso atual, faz ganhar ainda mais força a defesa pela necessidade de garantir-se a máxima proteção aos trabalhadores, presumidamente hipossuficientes, em decorrência do risco social gerado pela pandemia.

Vê-se, portanto, que nesse contexto, os direitos sociais dos trabalhadores - especialmente de preservação do emprego e renda mínima - tem seus fundamentos ampliados por essa necessidade. Isto porque o dever de proteção à vida, no contexto atual, impõe a máxima de sua prevalência sobre outros direitos fundamentais, alcançando inclusive terceiros além do Estado.

No entanto, não se pode olvidar que em relação a terceiros, este direito de proteção deve estar limitado às condutas que possam ser realizadas sem afetar a própria sobrevivência destes, sob pena de se efetuar uma proteção em excesso. Sobre estes alcances e limites do dever de proteção, esclarece Mônia Leal que:

[...] o conceito de ‘dever de proteção’ (Schutzpflicht) poderia servir, também, como fundamento para o controle jurisdicional de políticas Públicas, ao servir como parâmetro para o reconhecimento do ‘dever’ de agir do Estado e, conseqüentemente, para a indicação das possíveis ‘omissões’ ou ‘desvirtuamentos’ por ele praticados, tomando-se como critérios, para tanto, as noções de ‘proibição de proteção insuficiente’ (Untermassverbot) e de ‘proibição de excesso’ (Übermassverbot) [...]. Assim, tem-se que a realização de uma proteção adequada dos direitos fundamentais não é faculdade daquele que atua em nome

do Poder Público, devendo sua atuação pautar-se pela proporcionalidade, a fim de que não se dê de modo insuficiente ou excessivo, aspecto que sugere a existência de uma escala de intensidades e de possibilidades de intervenção por parte do Estado que não pode ser ultrapassada nem num sentido (excesso) e nem noutro (insuficiência), sob pena de se ferir frontalmente a Constituição (LEAL, 2015, p. 150-151).

Sustentando, pois, a possibilidade de o Poder Judiciário avaliar Políticas Públicas com fundamento na teoria do “dever de proteção”, pelo uso da proporcionalidade, especialmente na aplicação do “princípio da proibição de proteção insuficiente”, a autora traz julgados do Supremo Tribunal Federal que trilharam este mesmo entendimento, como nos casos cujos trechos dos fundamentos seguem abaixo, colhidos respectivamente nos Habeas Corpus nº 104.410-RS, da Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, cujo Relator fora o Ministro Gilmar Mendes, e, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1800-1-DF, Tribunal Pleno, julgado em 11/06/2007, sendo Relator o Ministro Ricardo Lewandowski:

É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo de extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência [...]. Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal (LEAL, 2015, p. 128)

[...] como se sabe, o princípio da proporcionalidade, bem estudado pela doutrina alemã, corresponde a uma moeda de duas faces: de um lado, tem-se a proibição do excesso (*Übermassverbot*) e, de outro, a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*). [...] *A medida legal contestada conforma-se perfeitamente à outra faceta do princípio da proporcionalidade acima mencionado, a qual exige que o Estado preste proteção eficaz aos economicamente hipossuficientes, sobretudo no que respeita seus direitos de cidadania* (LEAL, 2015, p. 128-129, grifo nosso).

Não obstante haja o reconhecimento, pela Suprema Corte brasileira, da observância do princípio da proibição da proteção insuficiente, a autora adverte, entretanto, que este entendimento não tem se estendido aos direitos sociais prestacionais de forma plena, em razão de elementos teóricos incidentes sobre a análise das políticas públicas relacionadas a estes direitos, sendo eles: o “mínimo existencial”, o “núcleo dos direitos fundamentais” e a “reserva do possível”. No entanto, observa a autora que quando a efetividade destes direitos sociais está vinculada à Dignidade Humana no que mais possui de relevante que é o direito à vida, isto leva a sua identificação com o “mínimo existencial”, conduzindo a uma observância maior do princípio da proibição da proteção insuficiente (LEAL, 2015, p. 155-157).

Demonstrada, portanto, à luz da doutrina e da jurisprudência aqui expostas, a possibilidade de aferição de medidas governamentais pela regra da proporcionalidade, em relação ao direito de proteção objetivado por elas, especialmente à luz do princípio da proibição de proteção insuficiente,

passa-se, no próximo tópico, ao exame de alguns aspectos contidos nas Medidas Provisórias 927/2020 e 936/2020 e nas Medidas Provisórias 1.045 e 1.046/2021, relacionados à efetividade dos direitos à preservação do emprego e da renda mínima, para efeito de avaliar-se a correção das medidas ali previstas, levando-se em conta os direitos fundamentais presentes na situação atual.

3 ANÁLISE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS 927 E 936, DE 2020, LEI Nº 14.020, DE 2020 E MEDIDAS PROVISÓRIAS 1.045 E 1.046/2021 E A EFETIVIDADE DO DIREITO DE PROTEÇÃO NELAS OBJETIVADO

Conveniente esclarecer, desde logo, que ainda que a medida provisória n. 927, de 2020, não tenha sido convertida em lei no prazo de 120 dias, tendo sua vigência encerrada em 19 de julho de 2020 através do ato declaratório da mesa do congresso nacional nº 92, de 2020, os efeitos gerados durante seu tempo de vigência, bem ainda como os atos praticados com base em suas disposições são válidos, devidamente legítimos, e, não podem ser simplesmente ignorados. Os efeitos de uma vigência, ainda que temporária, gera consequências inapagáveis no ordenamento e no sistema da justiça também, visto que as situações atípicas ali engendradas serão, a posteriori, razão de demandas judiciais.

Tem sido reiterada a afirmação de que as Medidas Provisórias n. 1.045 e n. 1.046/2021 não passam de uma recauchutagem das anteriores de 2020. Isso porque, de um lado, as medidas provisórias têm força de lei ordinária, produzindo efeitos de norma jurídica igualmente às leis oriundas do Parlamento. No entanto, uma vez não sendo acatadas pelo Poder Legislativo, e, como resultado, não transformadas em lei *strictu sensu*, perdem a cogência. Para que seu conteúdo retorne a ter efeitos no mundo fático, o Poder Executivo volta a usar seu poder normativo, exarando nova norma, com numeração diversa, mas, materialmente idêntica à derrubada pelo Parlamento.

Pois bem, o princípio da proporcionalidade está vinculado ao imperativo de efetividade dos direitos fundamentais, tidos como “mandamentos de otimização”, porquanto “devem ser realizados de forma “ótima”, na máxima medida possível”. Assim, a restrição destes direitos só é possível pela proporcionalidade que se dará na ponderação entre os direitos fundamentais em jogo. Para tanto, deve-se observar: “a) a determinação da importância do princípio contrário; b) uma avaliação dos danos da não-realização plena do princípio em questão, que deve ser restringido na mínima medida necessária; c) a verificação de ser a importância desse princípio contrário e sua realização justificam a lesão a outro direito em pauta (análise entre custo e benefício)” (LEAL, 2015, p. 156).

A interpretação e aplicação das Medidas Provisórias em comento estarão sempre condicionadas aos motivos justificadores dessa legislação e as suas finalidades (enfrentamento da calamidade pública e preservação de emprego e renda), de maneira que todas as situações jurídicas previstas terão suas concretizações avaliadas conforme esta diretriz.

Considerando, pois, que estas Medidas Provisórias tiveram como objetivo o enfrentamento

da crise humanitária e o risco social existente, por óbvio o limite da sua aplicação temporal estará vinculado ao período de duração de sua vigência e da referida situação, os quais poderão ser delimitados por ato de reconhecimento oficial do seu fim, mas isto exige algumas reflexões: a) a dificuldade econômica e financeira das empresas pode variar, pois algumas atividades empresariais poderão ter a sua recuperação em momentos diversos, seja antes ou depois do episódio de risco social, de forma que, mesmo após o seu término, algumas situações comprovadamente demonstradas poderão justificar a continuidade de algumas das medidas adotadas; b) também não se pode desconsiderar que apesar do isolamento social, várias empresas serão menos afetadas em razão da necessidade social de continuidade de suas atividades, a exemplo de supermercados, farmácias, postos de gasolina, serviços de transporte de passageiros e produtos essenciais e outros.

É importante destacar que os textos normativos em análise buscam uma forma de compatibilizar a incidência de várias normas principiológicas que se mostram em conflito no presente momento, mas que podem ser polarizadas nos seguintes direitos fundamentais em conflito: o direito à liberdade econômica e de uso da propriedade (em relação ao empregador) e o direito à dignidade humana e à proteção social (em relação ao empregado).

Ocorre que as referidas normas provisórias atribuem aos próprios atores sociais a responsabilidade de compatibilizarem este conflito, pelo que alguns parâmetros devem ser observados, considerando-se os princípios da proporcionalidade e da proibição da proteção insuficiente: a) priorizar a busca do equilíbrio entre os fins sociais perseguidos - enfrentamento do risco social gerador da calamidade pública declarada, com a proteção dos que circulam no ambiente empresarial e a preservação dos empregos e renda dos que vivem da própria mão-de-obra - sem deixar, obviamente, de fixar os limites que pode suportar a atividade empresarial; b) buscar meios de exercer a atividade econômica sem a utilização de mão-de-obra em espaço que possibilite a aglomeração ou contato físico próximo com a clientela; c) a realizar medidas de proteção mais urgentes como aquisição e disponibilização de equipamentos, produtos específicos e vestuário adequado; d) adotar estratégias de comunicação mais eficientes visando a informação constante e precisa sobre o comportamento dos trabalhadores no ambiente empresarial e a fiscalização constante quanto ao cumprimento das orientações dos órgãos sanitários, até com possibilidade de aplicação das penalidades previstas em lei, inclusive demissão por justa causa; e) implantar as medidas dando prioridade: i. aos trabalhadores pertencentes aos grupos de risco – idosos e portadores de comorbidades; ii. aos trabalhadores fora do grupo de risco, mas que convivam mais assiduamente com pessoas pertencentes aos grupos de risco.

Consoante se observa da legislação em comento, várias das medidas previstas podem ser adotadas de forma unilateral pelo empregador, sem a necessidade de concordância do empregado e muito menos da entidade sindical profissional. Claro que parte da ideia de o risco da atividade econômica ser ônus do empregador (art. 2º, da CLT), além de que a sua atuação será em prol da atividade empresarial, cuja preservação é imprescindível para a própria subsistência do trabalhador.

Apesar disso, não se pode olvidar que o exercício dessa faculdade patronal deve ter como norte, como já expresso anteriormente, a preservação dos empregos e da renda mínima, o que exige

algumas ponderações, decorrentes do arcabouço protetivo do direito do trabalho: a) não podem ser adotadas medidas que venham a impossibilitar a manutenção do emprego e o comprometimento significativo da renda, como, por exemplo, criar custos a serem suportados pelo empregado como a aquisição de materiais de proteção (máscaras, álcool, desinfetantes, etc.); b) a necessidade de a empresa adotar tais medidas possui presunção *juris tantum*, podendo ser consideradas excessivas ou abusivas quando tal necessidade não restar provada durante o estado de calamidade pública, principalmente pelo fato de terem sido adotadas unilateralmente pelo empregador. Como exemplo, uma rede de farmácias poderá ter a sua atividade econômica afetada de maneira bem menos grave que outras atividades, o que exige uma análise da proporcionalidade das medidas adotadas tendo como parâmetro situações de outros setores da economia e o do empregador; c) o rol de medidas não é taxativo, a exemplo da reforma trabalhista de 2017 na redação do art. 611-A, da CLT, embora devam ser justificadas pela finalidade legal e pelo contexto fático presentes, pelo que medidas que estejam em sentido contrário a essas premissas serão consideradas abusivas.

É importante destacar, que durante o tempo de vigência da MP 927, de 2020, o STF declarou a inconstitucionalidade dos artigos 29 e 31, pela maioria de seus membros, conforme julgamento envolvendo as 07 (sete) Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade propostas contra a referida legislação, ajuizadas respectivamente pelos partidos PDT - Partido Democrático Trabalhista (6.342), Rede Sustentabilidade (6.344), CNTM - Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (6.346), PSB - Partido Socialista Brasileiro (6.348), PCdoB - Partido Comunista do Brasil (6.349), Solidariedade (6.352) e CNTI - Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (6.354) (STF., 2020).

Em relação ao primeiro dispositivo, que exigia a comprovação do nexo de causalidade para a configuração da contaminação da Covid 19 como doença ocupacional, foi considerado o seu descompasso com a realidade de muitas atividades essenciais exercidas em ambiente de risco de contaminação, principalmente em relação a trabalhadores que realizam atividades em ambientes vinculados à saúde.

Apesar da regra afastada pecar pela generalização de seu alcance, o que foi decisivo para o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, isto não impede que, independentemente da presunção da contaminação pelo trabalho, seja feita a avaliação do nexo técnico epidemiológico, conforme dispõe o artigo 21-A da Lei 8.213/91. Já o segundo dispositivo afastado pela Corte Suprema previa a vedação de autuação pela fiscalização do trabalho, que deveria ser apenas de orientação, situação esta que tornaria ainda mais ineficiente a proteção ao trabalhador no ambiente laboral.

Observa-se que nas referidas declarações de inconstitucionalidade a proporcionalidade realizada determinou a prevalência – maior peso – do princípio da proteção à saúde dos trabalhadores, em detrimento de direitos da autarquia previdenciária oficial referentes ao suporte, pelo Estado, de benefícios sociais, bem como de direito do empregador quanto à organização do ambiente empresarial sem maiores custos, diante da crise econômica provocada pela pandemia.

No geral, pode-se afirmar que as providências previstas na Medida Provisória 927, de

2020 mostraram-se insuficientes para atender à necessidade de maior proteção aos trabalhadores, de forma que mesmo a sua realização plena não alcançou o objetivo previsto em seu art. 1º, principalmente porque não impôs ao empregador a adoção das medidas ali previstas, mas tão-somente estabeleceu a faculdade de realizá-las, além de não prestigiar a atuação das entidades sindicais para possibilitar um maior equilíbrio na implantação de medidas acordadas. Pelo contrário, deu prevalência absoluta aos acordos individuais num momento em que a fragilidade social e econômica do trabalhador, fato inerente à maioria das relações de trabalho no Brasil, alcança um nível-elevado, com maior possibilidade de precarização das condições de trabalho.

E essa precarização pode se dar de forma mais acentuada em determinadas atividades laborais, como, por exemplo, o home office que teve grande aumento neste tempo de pandemia, seja pela ausência de treinamento adequado para esta atividade, seja pela insuficiência de tempo para uma organização do trabalho que atendesse aos parâmetros da legislação do trabalho, especialmente, a relacionada à segurança do meio ambiente de trabalho. Como consequência, estudos têm apontado a extensão da jornada de trabalho e do volume de serviço como fatores desencadeadores de doenças de natureza orgânica e psíquica.¹

Assim, conclui-se que a medida governamental em comento esteve em descompasso com o princípio da proibição da proteção insuficiente, já que não propiciou a efetividade dos direitos sociais necessários a assegurar a devida proteção dos trabalhadores contra o risco social advindo da pandemia, além de ter possibilitado a ampliação da precarização das condições de trabalho.

Com o objetivo de instituir o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e Renda, a referida medida provisória estabeleceu o pagamento de benefício emergencial a trabalhadores formais, limitando este pagamento a duas situações distintas: a) a redução proporcional de jornada de trabalho e salário; ou b) suspensão temporário do contrato de trabalho, e fixando tempo máximo para a realização destes eventos (90 dias), consoante o disposto no art. 16 da MP 936, de 2020, que prescrevia que “o tempo máximo de redução proporcional de jornada e de salário e de suspensão temporária do contrato de trabalho, ainda que sucessivos, não poderá ser superior a noventa dias, respeitado o prazo máximo de que trata o art. 8º”, dispositivo mantido na conversão para a Lei 14.020, de 2020.

Apesar da declaração de constitucionalidade plena da legislação em comento pelo STF, na análise de decisão liminar ocorrida na ADI 6363, principalmente quanto ao tema mais controvertido que era a obrigatoriedade da participação dos sindicatos na validação dos acordos individuais, a qual foi desconsiderada, observa-se que as medidas previstas, não obstante buscassem colaborar para a manutenção dos empregos em certas atividades empresariais, deixaram a desejar quanto à

1 Em informação jornalística no site do sistema Jornal do Comércio, foi divulgada pesquisa que constatou que 57% dos trabalhadores “afirmam que o home office está mais cansativo, apesar da rotina ser menos agitada. Para os entrevistados, o fato de estar em casa faz com que pensem muito mais no trabalho do que estavam acostumados... A pesquisa revelou ainda que 70% das pessoas em regime de teletrabalho consideram que produzem igual ou mais que o período antes da pandemia... Se não encontrado o equilíbrio sugerido..., o home office pode fazer com que a síndrome de *burnout*, um distúrbio emocional com sintomas de exaustão extrema, estresse e esgotamento físico resultante de situações de trabalho desgastante, se agrave durante a pandemia. Segundo a psicóloga e professora universitária Geórgia Menezes, os funcionários que repentinamente passaram a trabalhar de casa podem estar mais propensos ao problema. “O home office é carregado de estresse. Isso porque o lugar que antes era usado apenas para o descanso e relacionamento com a família, virou uma extensão da empresa”, explica Geórgia” (APRÍGIO, 2020).

concretude dos objetivos estabelecidos.

Primeiramente, porque não impôs a obrigatoriedade da adoção das medidas ali previstas, o que poderia ser feito condicionando a sua não realização a fatos a serem comprovados pelos empregadores, como, por exemplo, a suspensão total da atividade empresarial ou fechamento do estabelecimento, situação que poderia ensejar até a dispensa por motivo de força maior, consoante o disposto no art. 502, da CLT.

A propósito, tem-se discutido na doutrina e na jurisprudência nacionais a possibilidade do enquadramento da dispensa na hipótese fática contida no art. 486 da CLT, denominada de *factum principis*, em razão dos fechamentos de atividades empresariais pelo isolamento social previsto nos diversos regramentos estaduais ou municipais nesse sentido, para efeito de responsabilização destes entes federados no pagamento das indenizações decorrentes dessas dispensas.

Ou seja, esta seria uma forma de responsabilizar o Estado por perdas do risco social da pandemia, uma vez que a crise sanitária de proporções globais que ora se enfrenta seria um problema de dimensões tamanhas a ter condições de ser enfrentado somente por este elegido ente apto à proteção da sociedade.

Tem prevalecido, no entanto, a rejeição a este enquadramento, porquanto a atuação do Poder Público, nestes casos, não decorre de mero ato discricionário, mas sim de necessidade com caráter de ordem pública que impõe tais medidas, considerando as posições técnicas-científicas dos especialistas e organismos locais e mundiais a respeito desta necessidade do isolamento social mais contundente (PRITSCH, 2020).

Em segundo lugar, não proibiu o legislador a dispensa imotivada, deixando-a ainda como opção do empregador que, neste caso, não teria qualquer obrigação de justificar a dispensa, atuando, pois, em sentido totalmente em descompasso com as finalidades do programa instituído pela referida legislação. Observa-se, portanto, a prevalência do direito à liberdade econômica do empregador em detrimento do direito à proteção do emprego que se torna tão necessário no contexto atual. E estas constatações têm se realizado, consoante as notícias referentes às perdas de postos de trabalho e também de demissões em massa, configurando-se, portanto, a ineficácia ou insuficiência das medidas previstas na medida provisória em comento.

Em reportagem divulgada em mídia de grande circulação, foram perdidos cerca de 4,9 milhões de postos de trabalho, durante o 1º trimestre do ano de 2020, em razão da pandemia, aumentando o desemprego para 12,6% no referido trimestre. Segundo a matéria, “também ocorreu no período uma retração sem precedentes na massa de rendimento real do brasileiro, da ordem de 3,3%. De acordo com o IBGE, isso representa R\$ 7,3 bilhões a menos”.

Dado interessante na reportagem é a constatação de trabalhadores com maior remuneração e, portanto, com maior qualificação não tiveram perda de renda, pelo contrário, tiveram aumento, considerando o ganho médio de quem está formalmente no mercado. Assim, os trabalhadores menos qualificados e, portanto, com menor faixa de renda foram os mais atingidos pelo desemprego causado em virtude da situação pandêmica, sendo inúmeras as reportagens sobre demissões em massa em diversos setores da economia, como metalúrgicas, construtoras, fábricas e outros.

Como consequência, conclui-se que, aplicando-se a regra da proporcionalidade em razão dos direitos fundamentais em conflito, a medida governamental desatende, de forma contundente, o princípio da proibição da proteção insuficiente. Pelo contrário, a medida reforça algumas assimetrias da relação laboral, sendo exígua no amparo eficaz e eficiente aos trabalhadores.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mudanças geradas pela situação de calamidade pública derivada da pandemia exigem do Estado, considerando a sua missão institucional de garantir a convivência social e o gozo dos direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos, a adoção de medidas que venham a tutelar efetivamente os direitos fundamentais, cuja preservação torna-se a prioridade no contexto.

Desse modo, a preservação da vida humana e da saúde têm sido os direitos de tutela prioritária na presente realidade pandêmica. Assim, para cumprir as medidas de contenção e proteção durante a pandemia, deve-se dar prioridade aos direitos sociais que sejam necessários à proteção do trabalhador, como é o caso dos direitos à preservação dos empregos e de renda mínima para a sobrevivência das pessoas necessitadas.

Ao mesmo tempo, como outras crises de saúde, a Covid-19 está exacerbando as desigualdades sociais, pois as medidas de quarentena no Brasil têm tido um impacto muito mais sério nas comunidades e áreas periféricas. A desigualdade mais do que nunca exposta se apresenta como símbolo indelével da tragédia social que se abate sobre populações que vivem espremidas em favelas, sufocadas em subempregos, desamparadas no desemprego, na ausência da educação efetiva como consequência da omissão do Estado Social.

O neoliberalismo opera na perspectiva do fim das políticas públicas sociais e aposta nas parcerias, principalmente com ONGs que realizam a disputa pelos financiamentos provenientes de organismos multilaterais e pelos fundos públicos. Na perspectiva da regulação indireta e híbrida, os Estados não têm mais do que um papel de subordinado ou assistente, e interiorizam suficientemente esse papel para não ter mais condições de definir políticas sociais, ambientais ou científicas sem a concordância, ainda que técnica, dos oligopólios (DARDOT, 2016, p. 282).

Na verdade, a política econômica atual no Brasil e nos países que seguem o modelo neoliberal implica a proposital exclusão das proteções sociais. Buscam essas políticas a alocação de pessoas nos processos econômicos de modo estritamente conveniente e necessário à mais eficiente reprodução do capital, comprovando o funcionamento da ordem política sempre em prol da classe dominante. Nesse contexto, a retórica populista da exclusão termina por encobrir o que de fato importa: as formas insuficientes de inclusão. A ideia de racionalidade neoliberal elimina a alteridade, que não encontra lugar em uma sociedade narcisista e ensimesmada (MARTINS, 1997, p. 20-21, 58).

Segundo os dizeres de David Harvey, “o Estado não se retira, mas curva-se às novas condições que contribuiu para instalar” (DARDOT, 2016, p. 182). Assim, é dito que a disciplina

neoliberal impõe retrocessos sociais e organiza uma transferência de renda para as classes mais afortunadas, supondo a transferência da responsabilidade pelo dismantelamento do Estado social e educador para outras instâncias, mediante a instauração de regras de concorrência em todos os domínios da existência.

Nesse cenário, observa-se que as providências adotadas pelo Governo Federal, em especial as previstas nas Medidas Provisórias 927 e 936/2020 e em suas reprises vertidas nas Medidas Provisórias 1.045 e 1.046/2021, em que pese contenham expressamente a defesa de direitos sociais como seu objetivo primordial, pecam pela ausência de dispositivos que imponham a obrigatoriedade das medidas ali previstas e limitem a faculdade patronal da dispensa imotivada ou mesmo por força maior, que deve ser devidamente comprovada.

Afinal, não devem ser desconsiderados os aportes financeiros que o Governo Federal tem feito e divulgado, não apenas destinados à população mais carente, como também às empresas, seja assumindo parte ou a integralidade da remuneração, seja oferecendo linhas de crédito com condições de quitação plenamente possíveis e condizentes com a situação econômica atual.

O programa governamental PRONAMPE - de crédito a micro e pequena empresa, chegou a prever aporte de 15,9 bilhões de reais do Tesouro, promovendo garantias para crédito bancário tomado por micro e pequenas empresas, setor fortemente abalado pelo impacto econômico da pandemia do coronavírus.

Observa-se, assim, que a facultatividade da adoção das medidas previstas, por parte dos empregadores, sinalizou uma clara prevalência da liberdade econômica em detrimento do direito de proteção social à classe trabalhadora num momento de sua maior fragilidade social na história do País. Disto resulta um claro descompasso com o princípio da proibição da proteção insuficiente defendido na doutrina de Alexy, como visto neste artigo.

Urge, pois, que sejam impostas pelo Poder Público condições que desestimulem, principalmente, as dispensas de trabalhadores, sob pena de se ampliar ainda mais a tragédia social já imposta pela situação de pandemia.

Com efeito, se a resposta a esta situação ímpar na história social deste século estiver fundamentada nos princípios da confiança pública, transparência e, principalmente, no respeito e empatia pelos mais vulneráveis, estar-se-á não apenas defendendo os direitos intrínsecos de todo ser humano, como também, criando ferramentas jurídicas mais eficazes para garantir que se possa superar essa crise e aprender lições para o futuro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; DA SILVA, Rogério Luiz Nery (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

APRÍGIO, Marcelo. Pesquisa revela que trabalhadores estão mais cansados por causa do *home*

office. **Jornal do Comércio**, [s. l.], 17 maio 2020. Disponível em: <https://jc.ne10.uol.com.br/economia/2020/05/5609492-pesquisa-revela-que-trabalhadores-estao-mais-cansados-por-cao-de-home-office.html>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus nº 104.410-J/RS**. Porte ilegal de arma de fogo. Relator: Min. Gilmar Mendes, 6 de março de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>. Acesso em: 5 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1800-1/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 11 de junho de 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756901/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1800-df> . Acesso em: 5 maio 2020.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A dignidade humana e o princípio da proporcionalidade como fundamentos e como parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; DA SILVA, Rogério Luiz Nery (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

MARTINS, José de Souza. **Exclusão social e a nova desigualdade**. São Paulo: Paulus, 1997.

PRITSCH, Cesar Zucatti. Força maior e *factum principis*: responsabilidade nas paralisações decorrentes do Covid-19. **Jornal Estado de Direito**, Porto Alegre, 7 abr. 2020. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/forca-maior-e-factum-principis-responsabilidades-nas-paralisacoes-decorrentes-do-covid-19/>. Acesso em :11 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais em tempos de pandemia. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-23/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia>. Acesso em: 25 abr 2020.

SILVA, Xavier da; NERY, Rogério Luiz. Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; DA SILVA, Rogério Luiz Nery (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

STF: Suspenso trecho da MP 927 que não considera coronavírus doença ocupacional. Migalhas, [s. l.], 29 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/325770/stf-suspenso-trecho-da-mp-927-que-nao-considera-coronavirus-doenca-ocupacional>. Acesso em: 29 maio 2020.

Como citar: IVO, Jasiel; ALENCAR, Amanda Montenegro; TEIXEIRA, Sergio Torres.

Dignidade humana e direitos sociais na pandemia: deveres prestacionais do Estado e proibição da proteção insuficiente. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 2, p. 153-168, jul. 2022. DOI 10.5433/21788189.2022v26n2p153. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 10/08/2021

Aprovado em 27/05/2022